

DESENVOLVIMENTO NACIONAL

por uma agenda
propositiva e inclusiva

Fabrício Motta
Emerson Gabardo

Coords.



CONSELHO EDITORIAL

Ana Claudia Santano – Professora do programa de mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

Daniel Wunder Hachem – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Emerson Gabardo – Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR; Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR; Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

Fernando Gama de Miranda Netto – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente

do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC/PR; Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP; Professora de Direito Administrativo da UFC/CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA; Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e Coordenadora Regional do IBDU.

Luiz Fernando Casagrande Pereira – Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Graduação em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

D451

Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva [recurso eletrônico] / coordenação de Fabrício Motta, Emerson Gabardo – Curitiba: Íthala, 2020. 568p.: il.; 22,5cm

Vários colaboradores

ISBN: 978-65-5765-016-5

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. I. Motta, Fabrício (coord.). II. Gabardo, Emerson (coord.). III. Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA.

CDD 342 (22.ed)

CDU 35

Editora Íthala Ltda.
Rua Pedro Nolasco Pizzatto, 70
Bairro Mercês
80.710-130 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Raro de Oliveira
Revisão: Karla Leite


Respeite o direito autorial

Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

DESENVOLVIMENTO NACIONAL

por uma agenda
propositiva e inclusiva

Fabrício Motta
Emerson Gabardo

Coords.



EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2020

SUMÁRIO



Apresentação..... 15
Fabício Motta

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

O dever de erradicar a pobreza e o direito ao desenvolvimento como parâmetro de avaliação dos Tribunais de Contas: acórdão de parecer prévio n. 287/18 – TCE-PR 19
Adriana da Costa Ricardo Schier | Saúl Hercán Kritski Báez

O Tribunal de Contas da União e o controle das agências reguladoras 37
Benjamin Zymler

Reforma jurídica para o desenvolvimento da governança da ordenação pública econômica no Brasil..... 51
Carlos Ari Sundfeld

A complexidade do poder regulamentar via decretos: dos limites normativos ao possível déficit democrático..... 63
Caroline Müller Bitencourt | Janriê Reck

Novas tecnologias na Administração Pública, no mercado e na sociedade: instrumentos para aceleração da marcha ou verdadeiros entraves para a condução do Brasil e dos brasileiros rumo ao desenvolvimento?..... 81
Daniel Ferreira

Contratação temporária de professores substitutos: a problemática da “sucessividade” e o dilema das pequenas unidades administrativas 99
Eduardo dos Santos Dionizio

Estado gerencial, regulação e desenvolvimento: o papel da Administração Pública na indução dos agentes privados à promoção social..... 113
Emerson Affonso da Costa Moura

De Mariana a Brumadinho: o marco regulatório da segurança de barragens sob a ótica da delegação do exercício do poder de polícia 131
Flávio Henrique Unes Pereira

O controle judicial do processo administrativo disciplinar.....	149
<i>Florivaldo Dutra de Araújo</i>	
Atos normativos infralegais e os parâmetros do controle judicial das políticas públicas de saúde no tocante ao fornecimento de medicamentos	167
<i>Georges Louis Hage Humbert Natália Libório</i>	
Parcerias sociais: dificuldades práticas na implementação da Lei 13.019/2014.....	183
<i>Irene Nohara Daniel Scheiblich Rodrigues</i>	
O princípio republicano como princípio constitucional estruturante do regime jurídico-administrativo	197
<i>José Sérgio da Silva Cristóvam</i>	
Direito administrativo e desenvolvimento: visão prospectiva.....	213
<i>Juarez Freitas</i>	
A atualidade do debate sobre políticas urbanas para a promoção do direito à cidade	221
<i>Lígia Maria Silva Melo de Casimiro</i>	
A aplicabilidade do Código de Processo Civil no processo administrativo	235
<i>Manoel Messias Peixinho</i>	
A nova LINDB e o direito administrativo: o que esperar?	251
<i>Maria Sylvia Zanella di Pietro</i>	
Riscos de improbidade administrativa na gestão de calamidades públicas e as consectárias responsabilizações jurídicas do agente público.....	261
<i>Rogério Gesta Leal</i>	
Os poderes regrantes do Executivo e de sua administração.....	279
<i>Sergio de Andréa Ferreira</i>	
Acordo de leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento de segurança jurídica.....	293
<i>Thiago Marrara</i>	
Um olhar substancialmente federativo das compras públicas no Brasil.....	311
<i>Victor Aguiar Jardim de Amorim</i>	
Conceito jurídico-positivo de ato de improbidade administrativa.....	323
<i>Vladimir da Rocha França</i>	

PARTE II

TEXTOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS

Primeiro Lugar

A utilização de inteligência artificial na atividade regulatória: uma proposição de regulação inteligente em favor do desenvolvimento nacional341
William Ivan Gallo Aponete | Rafaella Nátaly Fácio

Segundo Lugar

Hércules, o gestor361
Francisco Arlem de Queiroz Sousa

Segundo Lugar

O lobby como facilitador da decisão pública satisfatória381
Gustavo Martinelli

Terceiro Lugar

O marco regulatório do saneamento no Brasil e o impacto nas políticas de saneamento dos municípios da região norte de Santa Catarina.....399
Daniel Wagner Heinig | Ana Paula Myszczyk

PARTE III

RESUMOS DE EXPERIÊNCIAS INOVADORAS EM GESTÃO PÚBLICA

Licitações públicas – transparência na era digital na administração municipal421
José Roberto Tiossi Junior

Gestão de riscos como condição para uma administração sustentável: atuação da Controladoria Geral da Prefeitura de Santa Maria - RS423
Carolina Salbego Lisowski

O uso das novas tecnologias nos serviços públicos: a experiência do município de Pato Branco (PR) no *ranking* das cinco principais *smart cities* de médio porte do Brasil425
Bárbara Dayana Brasil

Ouvidoria 100%: *ranking* de eficiência dos interlocutores e secretarias427
Weber Dias Oliveira

Plano Mineiro de Promoção da Integridade – PMPI429
Nicolle Ferreira Bleme | Juliana Aschar

Eficiência na gestão educacional municipal: projeto “Situação nas Escolas” e os 100 indicadores para uma escola de qualidade em Ribeirão Preto - SP	431
<i>Celso de Almeida Afonso Neto Fábio Wendel de Souza Silva</i>	
Integração na análise automatizada de risco em licitações e contratos	433
<i>Henriques Moreira Turíbio César Augusto Ferreira</i>	
O controle interno no Poder Legislativo – um estudo de caso da Câmara Municipal de Campinas.....	435
<i>Bruno Barbosa de Souza Santos Heloisa Candia Hollnagel</i>	
Eixo 3 da ETR-Probidade (PGF/AGU): da repressão à prevenção.....	437
<i>Bruno Félix de Almeida</i>	

PARTE IV

RESUMOS DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

Programas de integridade no Projeto de Lei 1292/95 – nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos	441
<i>Philippe Magalhães Bezerra</i>	
Repercussão da sustentabilidade nas contratações públicas na manutenção e custeio de serviços públicos	443
<i>Antônio Flávio de Oliveira</i>	
O <i>dispute boards</i> e a arbitragem como novas perspectivas no procedimento licitatório .	445
<i>Henrique Nonato Quaresma dos Santos</i>	
Concurso público para Polícia Militar do Estado da Bahia: desdobramentos da anulação de questões por ação judicial individual.....	447
<i>Adhemar Santos Xavier</i>	
PEC 287: os impactos antes de sua aprovação	448
<i>Ana Luiza da Cunha Menezes Almeida Lara de Oliveira Osório Ayres</i>	
Do compromisso previsto no artigo 26 da LINDB como instrumento de negociação de dívidas e a ordem cronológica dos pagamentos na Administração Pública: propostas para a eficiência na gestão dos recursos públicos	450
<i>Gustavo Silva Gusmão dos Santos</i>	
A reforma trabalhista de 2017 como fato do príncipe ensejador de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo	452
<i>Bruno Dourado Bertotto Martins Antônio Zeferino da Silva Júnior</i>	

Os programas de integridade como instrumento de combate à corrupção.....	454
<i>Dalila Martins Viol Marcus Vinicius Gonçalves da Cruz</i>	
A aplicação da teoria dos precedentes pelo Tribunal de Contas da União e as alterações da LINDB	456
<i>Fernanda de Moura Ribeiro Neves</i>	
A economia comportamental como mecanismo de aprimoramento da gestão das empresas estatais.....	458
<i>Giovani Ribeiro Rodrigues Alves</i>	
O direito administrativo sanitário e os desafios da assistência farmacêutica no Brasil....	459
<i>Jordão Horácio da Silva Lima Daniel dos Santos Rodrigues</i>	
Concepções e esclarecimentos sobre a revogação parcial do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992 frente ao artigo 28 da Lei n. 13.655/2018	460
<i>Wellison Muchiutti Hernandez</i>	
A inobservância do dever de acessibilidade como ato de improbidade administrativa....	461
<i>Ana Laura de Freitas Rego Rebeca de Souza Barbalho</i>	
Parâmetros para aplicação do controle de convencionalidade dos tratados de direitos humanos da OIT no Brasil	462
<i>Bruna Nubiato Oliveira Maucir Pauletti</i>	
Contratação temporária de professores substitutos – a problemática da “sucessividade” e o dilema das pequenas unidades administrativas	463
<i>Eduardo dos Santos Dionizio</i>	
Administração Pública e o novo regime fiscal: eficiência ou morte	465
<i>Paulo Tadeu Moreira Saldanha</i>	
Evolução do planejamento no macroprocesso de contratações públicas	466
<i>Leandro de Souza Alcântara</i>	
O marco regulatório do saneamento no Brasil e o impacto nas políticas de saneamento dos municípios da região norte de Santa Catarina.....	467
<i>Daniel Wagner Heinig Ana Paula Myszczyk</i>	
Ação popular e o controle social exercido pelos Tribunais de Contas.....	468
<i>Luiz Gustavo de Oliveira Vieira</i>	

O lobby como facilitador da decisão pública satisfatória	469
<i>Gustavo Martinelli</i>	
O termo de compromisso do art. 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente	471
<i>Luiz Antônio Freitas de Almeida</i>	
Sanções e penas: entre a coerência punitiva estatal e a independência das instâncias administrativa e jurisdicional penal	473
<i>Antonio Rodrigo Machado</i>	
A importância dos cartórios extrajudiciais para o combate à corrupção: realidade e expectativa.....	474
<i>Mariângela de Fatima Ariosi</i>	
A Lei de Improbidade Administrativa: a busca por uma maior intensidade nas penas.....	475
<i>Guilherme Gabriel Tiago Gomes Gonçalves</i>	
Competência suplementar dos estados como medida para agilizar a implementação de arbitragem tributária em âmbito regional: uma análise pela perspectiva da Administração Pública dialógica	476
<i>Érika A. Rosa</i>	
Políticas públicas para o alcance do desenvolvimento nacional: a proposição e inclusão do terceiro setor na educação básica por meio das medidas de fomento	477
<i>Carla Regina Bortolaz de Figueiredo</i>	
O Código de Defesa do Usuário de Serviço Público: concretizando uma agenda inclusiva para os cidadãos?.....	479
<i>Cynthia Gruending Juruena Clayton Santos do Couto</i>	
A utilização de inteligência artificial na atividade regulatória: uma proposição de regulação inteligente em favor do desenvolvimento nacional.....	481
<i>William Ivan Gallo Aponte Rafaella Nátaly Fácio</i>	
Terceirização na administração pública após a reforma trabalhista	482
<i>Luciana da Silva Vilela Roberta Seben</i>	
A necessidade de se pensar as reformas sob a ótica da sustentabilidade.....	484
<i>Guilherme Cortez dos Santos</i>	
Comunidades terapêuticas e políticas públicas: um estudo de caso em Campo Grande.	486
<i>Hudson Marcos Alves Dias</i>	

Políticas públicas em relação ao uso de drogas: estudo de caso considerando uma análise de efetividade administrativa	487
<i>Ricardo Luiz Alves Franciele Silva Cardoso</i>	
A eliminação da relativização da propriedade privada como proposta de governo que prejudica o desenvolvimento nacional.....	489
<i>Maria Luiza Miranda da Costa</i>	
Negociação processual atípica nos processos administrativos disciplinares: desafios e perspectivas	490
<i>Roberta Cruz da Silva Shayenne Ladislau Silva</i>	
Entre pontes e muralhas, o “soberano” cidadão: a interpretação jurídica do investimento estrangeiro na infraestrutura brasileira na perspectiva do direito administrativo neoconstitucional	492
<i>Carolina Reis Jatobá Coêlho</i>	
Meios consensuais para solução de conflitos em matéria de improbidade administrativa e a derrogação do art. 17, §1º, da Lei n. 9.249/1992	494
<i>Mateus Domingues Graner</i>	
Análise e possibilidade de implementação do instituto do <i>dispute board</i> em obras de grande vulto no âmbito nacional	495
<i>Henrique Furtado Tavares</i>	
A necessidade de um Estado menos engessado e mais tecnológico	497
<i>Renata Carvalho Kobus</i>	
Autocomposição na administração federal: uma avaliação de eficiência administrativa e eficácia	498
<i>Carolina Lemos de Faria</i>	
Governança corporativa nas sociedades de economia mista: o que faltou à Petrobras? .	500
<i>Ludmyla Rocha Lavinsky</i>	
Novas matizes do jogo democrático no cenário nacional: reflexões sobre judicialização da política, ativismo judicial e combate à corrupção	501
<i>Romano Deluque Júnior</i>	
O mito da autonomia no modelo brasileiro de agências reguladoras	503
<i>Ana Luiza Fernandes Calil Leonardo Parizotto Gomes</i>	

O exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo enquanto Administração Pública.....	505
<i>Arthur Gabriel Marcon Vasques Lamartine Santos Ribeiro</i>	
O direito à boa Administração Pública: um direito fundamental?.....	507
<i>Dafne Reichel Cabral</i>	
Administração Pública e a absorção de inovações tecnológicas: violência simbólica do mercado e autonomia administrativa.....	509
<i>Luasses Gonçalves dos Santos</i>	
Condições e limites objetivos à celebração de compromissos do art. 26 da LINDB no exercício de competências vinculadas da Administração Pública.....	511
<i>Murilo Cesar Tabora Ribas</i>	
A corrupção como fenômeno político e econômico: uma abordagem teórica e um estudo de caso no Brasil.....	513
<i>Fernanda Maria Afonso Carneiro</i>	
Política pública de combate a obesidade: o uso de uma tributação seletiva e seu impacto no orçamento público	515
<i>Gabriel Buissa Ribeiro de Freitas Lucas Bevilacqua</i>	
Controle social na elaboração e execução das políticas urbanas: compatibilidade da legislação federal com a gestão democrática da cidade	517
<i>Carolina Barbosa Rios</i>	
O fundo de combate e erradicação da pobreza como mecanismo de alcance do desenvolvimento nacional e sustentável – da Resolução 41/128 – ONU à Emenda Constitucional 31/2000	519
<i>Saúl Hercán Kritski Báez</i>	
As “orientações gerais da época” do art. 24 da LINDB: (in)segurança jurídica e desafios à governança pelos precedentes administrativos.....	520
<i>Fernanda Alves Andrade Guarido Daniel Castanha de Freitas</i>	
Acesso à justiça e seu diálogo com o direito à boa Administração Pública: uma possibilidade?	522
<i>Raphaela Rodrigues Costa</i>	
A razão pública no liberalismo político de Jhon Rawls: mecanismo de racionalidade para orientar a tomada de decisão na esfera pública?	524
<i>Clayton Gomes de Medeiros</i>	

Levando o combate ao desmatamento à sério: o PPCDAm e o princípio da proibição de retrocesso ambiental	525
<i>Diego Emanuel Arruda Sanchez</i>	
Políticas regulatórias de mobilidade urbana: reflexões acerca da utilização das patinetes elétricas	527
<i>Lucas Bossoni Saikali</i>	
A ideia de serviço público como meio essencial de desenvolvimento e da condição de agente.....	528
<i>Amanda Luiza Oliveira Pinto Tomazini</i>	
Entre o intervencionismo e a subsidiariedade do Estado: a demonização do Estado no caso das privatizações	530
<i>Giulia De Rossi Andrade Tailaine Cristina Costa</i>	
A necessidade de comprovação da má-fé para caracterização de um ato ímprobo que importe em enriquecimento ilícito.....	532
<i>Rodrigo de Oliveira Ferreira</i>	
Compreendendo os riscos da Administração Pública.....	534
<i>Tiago Beckert Isfer</i>	
O reconhecimento de dívidas na Administração Pública: excepcionalidades e considerações normativas com fulcro em casos concretos	535
<i>Débora Walter dos Reis</i>	
A retroatividade na instituição do ato administrativo: atos declaratórios e constitutivos ..	536
<i>Flávio Garcia Cabral Jorge Felipe Fernandes dos Santos</i>	
Consensualismo e Estado: uma solução ao baixo índice de pagamento de multas ambientais?	538
<i>Mirela Miró Ziliotto</i>	
Responsabilidade civil do Estado legislador: leis de efeitos concretos	539
<i>Larissa Pereira Eiras</i>	
Sanção administrativa concorrencial: balizas e parâmetros	541
<i>Paulo Victor Barbosa Recchia</i>	
Os limites da atividade controladora e os novos sistemas de controle interno municipais	543
<i>Óthon Castrequini Piccini</i>	

Contributo das cinco gerações de administrativistas ao tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa	545
<i>Antonio Rodrigues do Nascimento</i>	
O instituto da requisição administrativa aplicada à área da saúde pública: reflexões a partir da experiência de Palmas - TO	547
<i>Aline Sueli de Salles Santos</i>	
Judicialização da saúde e a interferência judicial no planejamento orçamentário da Administração Pública.....	549
<i>Júlia Maria Tomás dos Santos Platon Teixeira de Azevedo Neto</i>	
Efetividade do poder de polícia ambiental no Estado de Goiás	551
<i>Leticia Martins de Araújo Mascarenhas Cleuler Barbosa das Neves</i>	
Proteção de dados: uma nova dimensão de direitos fundamentais e impressões iniciais acerca do enfrentamento da corrupção pela administração.....	553
<i>Cinthy Hayashida de Carvalho Zortéa</i>	
A competência legislativa concorrente estadual da arbitragem na Administração Pública.....	554
<i>Guilherme Sampieri Santinho Tiago Andreotti e Silva</i>	
A gestão do Fundo Amazônia na visão da teoria da ação comunicativa de Habermas: oportunidade de avanço no Estado Democrático de Direito	555
<i>Mário Augusto de Araújo Luzzi Júnior</i>	
Hércules, o gestor.....	556
<i>Francisco Arlem de Queiroz Sousa</i>	
Educação previdenciária como ação de inclusão social: instrumento de política pública da administração	557
<i>Suzana Toshimi Furuia Tsukagoshi Gallinati Heim James Gallinati Heim</i>	
Coordenação do XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo	559
Programa do XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.....	561

APRESENTAÇÃO



Entre os dias 16 e 18 de outubro de 2019 o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA realizou a 33ª edição do Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, um dos maiores e mais conceituados eventos jurídicos do país. Esta obra é o ato final do evento, ocorrido na bela cidade de Campo Grande - MS, onde se reuniram juristas renomados, profissionais de destaque e estudiosos em geral, tendo como cenário principal a discussão dos fundamentos, das mutações e dos rumos do Direito e da Administração Pública.

Não é exagero dizer que o Direito Administrativo Brasileiro possui as digitais do IBDA em sua construção, pois incansáveis e dedicados professores e professoras ligados ao Instituto construíram – e constroem – as bases desse ramo do conhecimento jurídico com o foco centrado na preeminência do cidadão frente ao Estado e, sobretudo, na existência de deveres estatais voltados à plena efetividade dos direitos fundamentais e objetivos da República. O Instituto é centrado na livre circulação de ideias e na importância do debate para a evolução do Estado, da Administração Pública e do Direito Administrativo, objetivo que é cumprido também com a realização de eventos acadêmicos.

O evento foi realizado em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos maiores juristas que nosso país já produziu. Professor Celso Antônio, membro fundador e Presidente de Honra do IBDA, possui uma personalidade singular, agregadora de diferentes virtudes: nos conquista não somente por sua sólida formação científica como também por seu raciocínio complexo e rápido, além de um senso de humor fino e inteligente. A contribuição do professor Celso Antônio para a construção do Direito Administrativo Brasileiro é imensurável, materializada em obras e estudos que são referências seguras e obrigatórias. Por essas razões, o IBDA e o Direito Administrativo têm motivos de sobra para homenagear o mestre Celso Antônio, referência segura tanto na calma como nas tempestades!

O tema geral do evento, *Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva*, bem resume nossos desafios atuais. O combate à corrupção, câncer que rouba nosso futuro, permanece uma bandeira importante. Entretanto, sua efetivação deve ser feita nos limites do devido processo legal, cuja observância não se negocia, nem mesmo para a perseguição de conduta tidas como criminais ou ímprobas. A história demonstra que não se deve relativizar os mecanismos objetivos típicos da legalidade, pois invariavelmente incorremos no esgarçamento institucional e prejuízo estrutural à sociedade. Nesse mesmo sentido, convém anotar que o regime de direitos fundamentais estabelecido pela Constituição da República é o maior bem que uma democracia pode deixar para as futuras gerações. Sem ele, qualquer ambição de ordem pública ou combate à corrupção torna-se ação autoritária que é tanto ilegítima quanto ineficiente.

A promoção do desenvolvimento nacional passa pelo combate rígido à corrupção, nos quadrantes do direito, mas não se resume a ele. O reconhecimento e a plena prioridade aos direitos fundamentais, como o direito à educação, continua sendo o passo inicial que insistimos em ignorar. Sem educação, cujo regime orçamentário-financeiro deve ser protegido, não temos liberdade de pensamento. Durante o evento, jamais se imaginaria que no ano seguinte os pressupostos do Estado social ganhariam nova força diante de uma pandemia que assolou praticamente todo o planeta, impondo um período de medo e de restrições que não tem data para acabar. Vemos, por ocasião do combate à pandemia, a importância de que se tenha um Estado garantidor de conquistas sociais e especialmente eficaz na implementação do direito fundamental à saúde, bem maior que hoje merece toda nossa atenção. Para além da discussão a respeito do “tamanho” de Estado que queremos, o mínimo que se apresenta como consenso é composto por políticas públicas e serviços de proteção social, especialmente dos mais vulneráveis.

Este livro é composto, inicialmente, por *artigos* elaborados por professores participantes do Congresso. Trata-se de estudos aprofundados, ligado à temática geral do evento, que são agora divulgados com o intuito de fomentar debate livre e propositivo. A segunda parte desta obra é composta pelos *textos vencedores do concurso de artigos jurídicos* realizado no evento. A conexão da pesquisa acadêmica com a práxis é o objetivo das *experiências inovadoras em gestão pública* apresentadas no congresso, cujos resumos constituem a terceira parte do livro. Finalmente, a quarta parte contém os *resumos dos comunicados científicos* apresentados e defendidos perante bancas de avaliação.

O Congresso marca também o encerramento do mandato da Diretoria eleita para o triênio 2017-2019. Durante esse período, tive a elevada honra e alegria de conviver com profissionais excepcionais, fortalecendo sólido vínculo de amizade forjado nas diversas lições acadêmicas. Registro meu sincero agradecimento aos professores Emerson Gabardo, Maurício Zockun, Cristiana Fortini e Rodrigo Valgas; juntos conseguimos promover encontros abertos, pautados pela plena liberdade acadêmica, pluralidade ideológica e busca de soluções para os desafios que enfrentamos de forma igual, ainda que com propostas de soluções diferentes. Igual gratidão fica registrada ao instituto de Direito Administrativo de Mato Grosso do Sul – IDAMS, que acolheu com gentileza, disposição e eficiência um congresso memorável.

Boa leitura a todos e a todas!

Fabrício Motta

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (2017-2019)
Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás
Doutor em Direito do Estado (USP) e mestre em Direito Administrativo (UFMG)
Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e
Políticas Públicas (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás)

PARTE I



TEXTOS DOS
PROFESSORES
PARTICIPANTES

O dever de erradicar a pobreza e o direito ao desenvolvimento como parâmetro de avaliação dos Tribunais de Contas: acórdão de parecer prévio n. 287/18 – TCE-PR

Adriana da Costa Ricardo Schier

Pós-doutora em Direito Público (PUCPR)

Doutora em Direito (UFPR)

Professora de Direito Administrativo (UniBrasil)

Vice-Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo

Saúl Hercán Kritski Báez

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia (UniBrasil)

Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial (PUCPR)



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O direito ao desenvolvimento e o combate à pobreza; 3 A atuação do Tribunal de Contas do Estado do Paraná e a Agenda 2030 – acórdão de parecer n. 287/18 – TCE-PR; 4 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, durante os trâmites de apreciação das contas do Chefe do Poder Executivo do exercício de 2017 – realizado em fins de 2018 –, inaugurou posicionamento referente ao acompanhamento e controle da gestão pública. Buscando dar efetividade aos ditames estabelecidos na Constituição, no exercício de sua competência de órgão controlador apresentou o caderno denominado: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.¹ Tal documento promove, na seara da Administração Pública, uma sensível mudança de paradigma quanto ao acolhimento de programas e metas internacionais voltados à realização direito ao desenvolvimento.

¹ No exercício de sua competência constitucional o TCE elaborou a peça ‘Acórdão de Parecer Prévio’, que corresponde à elaboração técnica das atribuições administrativas atribuídas ao Chefe do Poder Executivo, na avaliação quanto às despesas obrigatórias, índices constitucionais, obrigações legais e planejamento. Na oportunidade de apreciação das contas do exercício de 2017 a Relatoria do TCE aprovou, mediante Acórdão de Parecer Prévio, anexar à decisão o Caderno Temático referente aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS. PARANÁ. TCE-PR. *Contas do governador: exercício 2017. Acórdão de parecer prévio n. 187/18. Curitiba: TCE-PR, 2018.* Disponível em: <https://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2017/pdfs/parecerprevio.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2019.

Sabe-se que o reconhecimento do direito ao desenvolvimento como direito humano foi dado pela Resolução n. 41/128, de 1986, pela Organização das Nações Unidas.²

Na seara nacional, o inciso IV, do art. 3º, da Constituição Federal, reconhece o desenvolvimento como objetivo da República Federativa do Brasil, estabelecendo como dever do poder público construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando-se a pobreza e a marginalização e promovendo-se o bem de todos. Resta nítido, pelo conjunto dos objetivos plasmados no texto, a missão do Estado brasileiro atuar para a superação da pobreza e da desigualdade.

As prescrições do constituinte, contudo, não foram suficientes para a construção da sociedade idealizada. As pesquisas feitas pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que promove a avaliação de cerca de 190 países com base em índices e medições de critérios voltados ao desenvolvimento, indicam que o Brasil caiu no ranking. Em 21 de março de 2017, o PNUD, ao publicar dados do ano de 2015, a respeito do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), constatou que o Brasil ocupa atualmente o 79º (septuagésimo nono) lugar entre as 189 nações e territórios que tiveram seu IDH avaliado.³ No último Relatório, lançado pelo PNUD em 9 de dezembro de 2019, constata-se que o Brasil mantém a mesma colocação no ranking mundial.⁴

Os índices verificados pelo PNUD permitem compreender as carências existentes na realidade nacional, traduzindo-se em importante ferramenta de mapeamento de setores onde as políticas públicas para o desenvolvimento devem ser observadas.⁵ Os dados indicam, assim, que dentre diversas áreas a serem priorizadas no Brasil, destaca-se a necessidade de medidas direcionadas ao combate à pobreza, recorte do presente artigo.

² ONU. *Resolução n. 41/128, de 1986*. Decide aprobar la Declaración sobre el derecho al desarrollo. 97ª sesión plenaria, 4 dic. 1986. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/RES/41/128>. Acesso em: 2 dez. 2019. Para Melina Girardi Fachin, o direito ao desenvolvimento necessita ser observado à luz dos princípios da Constituição e dos tratados internacionais sobre direitos humanos, atribuindo-lhe natureza de direito fundamental. FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 180.

³ PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2018*. New York: PNUD, 2018. Disponível em: <https://www.br-undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html> Acesso em: 9 dez. 2019. Milena Girardi Fachin assevera que se vive no Brasil uma aporia, já que, “do ponto de vista do crescimento econômico, o País ocupa os primeiros lugares do ranking, mas do ponto de vista do desenvolvimento possui níveis muito baixos, em comparação com os países latino-americanos.” FACHIN, Milena Girardi. *Direitos humanos e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 172.

⁴ PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2019*. New York: PNUD, 2019. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2019.

⁵ Os relatórios apresentados pelo PNUD demonstram os índices de desenvolvimento humano de cada país, sendo apresentados dados referentes desde a expectativa de vida, o acesso à água potável, à educação, alimentação, renda etc.

Nesta matéria, sabe-se que o constituinte determinou que compete concorrentemente à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos desfavorecidos, conforme previsto no art. 23, X, da Constituição. Buscando-se atingir tal desiderato, editou-se a Emenda Constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000, que alterou os artigos 79, 80 e 81, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando a criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza em nível federal. Essa alteração também propiciou que Estados, Distrito Federal e Municípios instituíssem fundos da mesma natureza com os recursos provenientes de previsão legislativa.⁶

Em cumprimento às prescrições constitucionais foi editada a Lei Complementar n. 111, de 6 de julho de 2001, que cria o referido Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Nos termos do seu art. 1º, o objetivo do Fundo era viabilizar “a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência e seus recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, saúde, educação, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida.” Nos termos do referido dispositivo, ainda, a vigência do Fundo encerraria em 2010, como de fato ocorreu. Infelizmente, as ações do fundo não foram suficientes para combater a miséria que ainda assola milhares de brasileiros. Por isso, resta aos Estados, Municípios e Distrito Federal a competência para estabelecer fundos da mesma natureza, vinculados a receitas do ICMS e do ISS.

No Estado do Paraná foi criado o Fundo Estadual de Combate à Pobreza pela Lei n. 18.573, de 30 de setembro de 2015, “com a finalidade de promover, coordenar, acompanhar e integrar as ações governamentais destinadas a reduzir a pobreza e a desigualdade social e as suas respectivas causas e efeitos.”, nos termos do seu art. 1º.⁷

Por certo, a criação de fundos específicos voltados ao combate à pobreza não é a única medida que deve ser adotada pelos entes federativos para erradicar tal mazela. Por isso mesmo, desenha-se como objeto do presente estudo a interessante iniciativa do Tribunal de Contas do Estado do Paraná que, no uso de suas competências constitucionais, estabeleceu como parâmetro de controle a análise da atuação do poder público em face do seu dever constitucional de combater a pobreza e reduzir as desigualdades.

O texto, então, foi desenvolvido em duas partes. Na primeira, revisita-se o tema do desenvolvimento e a Agenda 2030, especificamente no que concerne ao objetivo de desenvolvimento sustentável n. 01, que determina a erradicação da pobreza. Na segunda parte

⁶ Como se sabe, os fundos visam a repartição específica ou vinculada de recursos para o objetivo determinado e, ainda, a gestão desses recursos pelo ente da federação mediante a participação da sociedade civil.

⁷ Vários outros Estados já criaram seus Fundos específicos, com dados disponíveis on-line. DOOTAX. *FECF, FCP OU FECEOEP – Fundo Estadual de Combate à Pobreza*. S.d. Disponível em: <https://www.dootax.com.br/fecp-fcp-ou-feceop-fundo-estadual-de-combate-a-pobreza/>. Acesso em: 10 dez. 2019. Acesso em: 9 dez. 2019.

analisa-se a atuação do Tribunal de Contas do Estado do Paraná e a edição do Caderno: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, pretendendo-se demonstrar como os cânones decorrentes do direito ao desenvolvimento deverão ser utilizados como parâmetros para avaliação da gestão pública.

2 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E O COMBATE À POBREZA

Ainda que fundada em componentes ideológicos, a noção de desenvolvimento vem sendo reconstruída, em âmbito internacional, notadamente a partir dos anos 90. Até então, a ONU utilizava o PIB, o Produto Interno Bruto, para classificação do grau de desenvolvimento dos Estados e, como salienta Folloni, não incluía a *distribuição da riqueza* como referencial para a métrica do desenvolvimento.⁸ Entretanto, outros critérios vêm sendo eleitos, os quais permitem avaliar o acesso dos cidadãos a um núcleo mínimo de direitos, definido a partir de condições que possam assegurar o gozo de vida uma digna.⁹

Tal mudança na concepção de desenvolvimento foi fortemente influenciada pelo pensamento de Amartya Sen. Para o autor, a perspectiva de desenvolvimento calcada apenas na matriz da Economia apresenta-se como um processo *cruel*, pois as *benesses* somente poderão ser alcançadas *após* atingido um certo grau de crescimento econômico. E, por isso mesmo, assevera que o desenvolvimento “deve ir muito além da acumulação de riqueza, do crescimento do PIB e de outras variáveis relacionadas à renda”.¹⁰

Em termos normativos, na seara internacional, a construção da noção de desenvolvimento de maneira mais ampla vem sendo desenhada desde a Resolução 1.161, aprovada na 12ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1957, que já fazia referência ao desenvolvimento econômico e social.¹¹ De forma ainda mais abrangente adveio a Declaração

⁸ FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014. p. 75.

⁹ Uma das primeiras tentativas de superação do PIB como índice capaz de identificar o grau de desenvolvimento de um país, segundo José Eli da Veiga, deu-se em 1972, no Butão, país da região do Himalaia. Tal experiência embasava-se no conceito de Felicidade Interna Bruta (FIB), índice medido a partir de quatro referenciais: a promoção do desenvolvimento social e igualitário; o alcance dos valores culturais; a conservação do meio ambiente e o estabelecimento da governança. VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 18-19.

¹⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 24-25. Há quem sustente, de forma ainda mais crítica, que não haveria jamais possibilidade de que os países não desenvolvidos, segundo este referencial econômico, alcançassem os países desenvolvidos. Isso porque, o crescimento econômico de tais países teria sido alcançado pelo colonialismo e pelo imperialismo. Assim, sem tais condições, sem uma periferia dominada, seria impossível chegar aos mesmos índices. FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política [...]. Op. cit.

¹¹ Sem embargo, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a Carta da Organização dos Estados, lançada em 1948, na Cidade do México, já previa a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural, a

Internacional sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, por meio da Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Tal documento, segundo Arjun Sengupta, trata explicitamente do desenvolvimento como um *direito humano e universal*, e o reconhece como um processo econômico, social, cultural e político que objetiva a busca pelo bem-estar da sociedade.¹²

Pautado no pensamento de Amartya Sen,¹³ tem-se que o direito ao desenvolvimento abrange o acesso aos direitos humanos em todas as suas perspectivas, permitindo o alcance universal das liberdades políticas, das liberdades econômicas, dos direitos sociais, da transparência e da participação na gestão pública.¹⁴ Essa dimensão ampla é, afinal, a que consta na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, da ONU, de 1986, que estabelece, em suas considerações, que “o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”.¹⁵

Com base nessas premissas, Amartya Sen, juntamente com conjunto com Mahbub ul Haq, desenvolveu o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Tal índice considera os aspectos relacionados à renda do país em conexão com a expectativa de vida e o acesso à educação, por exemplo.¹⁶ Na avaliação da renda, passou-se a utilizar a referência da Renda Nacional Bruta (RNB) *per capita*, em substituição ao PIB *per capita*. Na área da educação,

erradicação da pobreza e disponibilização de um maior volume de recursos financeiros decorrente do desarmamento das nações. MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SÁTIRO, Guadalupe Souza. O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito humano e sua proteção internacional e constitucional. *Arquivo Jurídico*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 2-22, jul./dez. 2015. p. 11. Para uma retomada histórica dos instrumentos normativos tratando do tema ver o estudo de FACHIN, Milena Girardi. *Direitos humanos e desenvolvimento*. Op. cit.

¹² ONU. *Resolução n. 41/128, de 1986*. Op. cit.

¹³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 28.

¹⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 25

¹⁵ ONU. *Resolução n. 41/128, de 1986*. Op. cit.

¹⁶ O índice foi desenvolvido em 1990 pelos economistas Amartya Sen e Mahbub ul Haq, no entanto, as variáveis só foram incluídas em 2010, passando a considerar dados acerca da saúde – referências a uma vida longa e saudável – e o acesso que os indivíduos possuem à educação. Os índices tratados anteriormente (média de anos de educação para adultos e expectativa de anos de escolaridade para crianças) e o padrão de vida (renda), são avaliados a partir da análise da Renda Nacional Bruta *per capita*, mais a análise do poder de paridade de compra. IBGE. Contas nacionais. *Renda nacional bruta – Brasil 2011-2016*. Disponível em: <https://brasilensintese.ibge.gov.br/contas-nacionais/renda-nacional-bruta.html>. Acesso em: 10 dez. 2019.

A renda nacional bruta é o valor dos pagamentos feitos aos indivíduos detentores dos fatores de produção, cujos serviços foram utilizados na elaboração do Produto Nacional Bruto. Isto é, RNB = PNB (o PNB seria o PIB + as rendas enviadas e recebidas do exterior). O poder de paridade de compra é medido em dólares. PNUD. *O que é o IDH*. S.d. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html>. Acesso em: 10 dez. 2019.

considera-se, atualmente, o número estimado de anos de estudos. E a medição da taxa de analfabetismo leva em conta a média de estudos da população adulta exemplificativamente.¹⁷

Na esfera nacional tais ideário pode ser identificado na Constituição de 1988, que, ao adotar novos referenciais, especialmente no campo socioambiental, propõe uma noção holística de desenvolvimento, afastando-se da tradição economicista adotada nas Cartas anteriores. Desde o preâmbulo, tem-se que o Estado Democrático instituído deverá assegurar o desenvolvimento. Já o art. 3º estabelece que a República Federativa do Brasil tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Tais objetivos traduzem as opções políticas do Poder Constituinte Originário que orientam o Estado Brasileiro em direção à construção de um País em que seja assegurado o desenvolvimento nacional (art. 3º, II). Importante observar, ainda, as prescrições do artigo 151, I, da Constituição, que estabelece a igualdade como um valor que visa “[...] promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País”, também cita-se o desenvolvimento no artigo 239, §1º, artigo 218, §2º e art. 5º, XXIX. Daniel Wunder Hachem em comentários aos dispositivos citados ressalta que há desenvolvimento no âmbito da promoção de igualdades, inclusive em termos regionais, na estruturação da aceleração do crescimento econômico, no plano do avanço tecnológico e claramente no sentido de elevação na qualidade social. Tem-se, assim, reconhecido o papel do Estado com o intuito de se lograr mudanças qualitativas na sociedade, prestigiando o bem-estar social da população com o desiderato de diminuir as desigualdades.¹⁸

A atual noção de desenvolvimento, portanto, tem como pressuposto a interdependência do aspecto econômico com outros elementos, tais como o social e o político, e a ocorrência de transformações estruturais que permitam, para além das mudanças qualitativas, a sua manutenção de forma sustentável. Conforme Juarez Freitas, deve-se buscar um modelo de Estado que privilegia a sustentabilidade como um direito ao futuro que implica no alcance do desenvolvimento “socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente”, de modo a assegurar, para a geração atual e para as

¹⁷ Ver, sobre tais índices, o documento da ONU: “A verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano”, lançado em Nova York, em novembro de 2010. PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2010*. New York: PNUD, 2010. Disponível em: https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-PNUD_HDR_2010.pdf. Acesso em: 8 set. 2017.

¹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Fórum, Belo Horizonte, n. 53, p. 152-153, jul./set. 2013.

gerações do futuro, “o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos”.¹⁹

Para Ingo W. Sarlet, o desenvolvimento está entre os chamados direitos de solidariedade e fraternidade de terceira dimensão, definindo-se como direito fundamental implícito, assim designado em face da cláusula de abertura material do §2º, do art. 5º, da Constituição.²⁰ Entende-se, assim, que:

ao ser consagrado no texto constitucional, garante a cada cidadão o direito de escolher a vida que gostaria de ter, confere a cada indivíduo a liberdade de definir como irá viver, impondo ao Estado, e à sociedade, o dever de permitir a todas as pessoas, desta e das próximas gerações, a expansão de suas capacidades, em um ambiente de plena participação política.²¹

Percebe-se, portanto, que o direito ao desenvolvimento está em conexão com os demais direitos fundamentais do catálogo, vinculando-se, diretamente, aos deveres impostos ao Estado e à sociedade para a construção da sociedade almejada. Nesse contexto emana o recorte do presente artigo: o dever de erradicar a pobreza, imposição de um estado que busca alcançar os patamares mais altos de desenvolvimento.

No plano da tratativa internacional a busca pela eliminação da pobreza foi elevada a um dos objetivos do Milênio. Com efeito, a Organização das Nações Unidas, em 2000, com o apoio de 191 nações, elencou as metas do milênio, conhecidas como Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM).²² Pretendia-se, com tais ODMs, assegurar melhor qualidade de vida à população do globo, criando-se uma rede de segurança humana, que “não mais se

¹⁹ FREITAS, Juez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 41. No mesmo sentido: SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 15-16; GOMES, Eduardo Biacchi; MASSUCHIN, Barbara Andrzejewski. Direitos fundamentais e direito ao desenvolvimento. A Conferência de Copenhague: uma nova tentativa de cooperação internacional para uma política climática eficiente. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 41, p. 95-121, jul./set. 2010.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 92-93. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *O contrato de gestão na Administração Pública brasileira*. 2005. 522 f. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 110. No mesmo sentido: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 246; HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: Op. cit., p. 154.

²¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento: Administração Pública, direitos fundamentais e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 83.

²² São eles: 1) acabar com a fome e a miséria; 2) oferecer educação básica de qualidade para todos; 3) promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde das gestantes; 6) combater a AIDS, a malária e outras doenças; 7) garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente e 8) estabelecer parcerias para o desenvolvimento. ODM BRASIL. *Os objetivos do desenvolvimento do milênio*. S.d. Disponível em: <http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>. Acesso em: 10 dez. 2019.

resume à ausência de guerra e de conflitos, mas consiste em um conjunto estrutural e estável de garantias jurídico-políticas e de conquistas socioeconômicas capazes de reduzir a vulnerabilidade humana.”.²³ Erradicar a pobreza foi fixado como o primeiro Objetivo do Milênio.

Apesar dos avanços em escala mundial no atendimento aos objetivos traçados na virada do milênio, há ainda uma longa trajetória a ser percorrida para assegurar a todas e a todos as benesses que poderão garantir uma vida digna.²⁴ Por isso, em setembro de 2015, diante em uma nova rodada de discussão, foi lançada a Agenda 2030, assinada por 193 Estados-membros da ONU, sendo estabelecidos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.²⁵ Importa, para o presente estudo, o Objetivo n. 01, que consiste, novamente, no dever de erradicar a pobreza, em todas as suas formas, em todos os lugares.

Por certo, em escala global há indicadores que demonstram melhora na condição de renda média propiciando uma considerável redução da pobreza, conforme assevera Angus Deaton. Entretanto, conforme indica o autor, a pobreza ainda é um fenômeno existente na realidade de milhões de pessoas, mesmo daquelas que vivem em países considerados desenvolvidos.²⁶

O debate sobre a definição da pobreza é bastante acirrado.²⁷ Alguns conceitos variam em torno da ideia de pobreza absoluta e relativa. Segundo Adriana S. Serra, a noção de pobreza absoluta refere-se à “insuficiência de renda para garantir uma nutrição adequada e

²³ AZEVEDO, Márcia R. *Objetivos do desenvolvimento sustentável: desafios à participação do Brasil na governança global*. S.d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/95b77016c8e9c025ead845cc633f3da5.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

²⁴ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e as novas perspectivas do desenvolvimento sustentável pela Organização das Nações Unidas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. esp., n. 35, p. 192-206, dez. 2016.

²⁵ Tais objetivos tratam de temas como segurança alimentar e agricultura, saúde, educação, igualdade de gênero, redução das desigualdades, energia, água e saneamento, padrões sustentáveis de produção e de consumo, mudança do clima, cidades sustentáveis, proteção e uso sustentável dos oceanos e dos ecossistemas terrestres, crescimento econômico inclusivo, infraestrutura e industrialização, governança, e meios para de implementação de ações para o seu alcance, notadamente através de parcerias. BRASIL. Itamaraty. Ministério das Relações Exteriores. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)*. S.d. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/134-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>. Acesso: 2 dez. 2019.

²⁶ DEATON, Angus. *A grande saída: saúde, riqueza e as origens das desigualdades*. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017. p. 225.

²⁷ A noção de pobreza tem sido objeto de inúmeros debates na história recente e sua compreensão se faz importante para tornar possível promover medidas e políticas para sua erradicação. Carla Abrantkoski Rister destaca que o conceito de pobreza e os métodos de sua aferição podem ser compreendidos em dois sentidos: a pobreza objetiva e a pobreza subjetiva. O método para aferição da pobreza objetiva seria aquela que diz respeito ao levantamento de dados com critério científico, sem levar em consideração a opinião ou o sentimento dos envolvidos. Por sua vez, o método para aferição da pobreza no sentido subjetivo estaria relacionado com a valoração do sentimento daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 339.

a falta de acesso a serviços públicos essenciais, tais como educação e saúde.”²⁸ Tal conceituação contrasta com a definição do que viria a ser conhecido como pobreza relativa, que diz respeito à análise subjetiva da pobreza considerada a correlação da renda auferida em comparação com o padrão razoável de determinada sociedade.²⁹

Tais noções derivaram do critério utilizado pelo Banco Mundial para medição da pobreza. Já no ano de 1990 tal instituição passou a considerar como linha de pobreza mundial internacional a aferição de renda de até US\$ 1,00 por dia ou US\$ 370,00 por ano. O uso desse padrão vem a ser conhecido como método monetário.

Jeffrey D. Sachs³⁰ pondera as deficiências de tal método, seja porque não estabelece uma real noção a respeito da pobreza, seja porque desconsidera uma definição específica para analisar a satisfação das necessidades básicas, sejam elas as de alimentação, acesso à água potável, ao saneamento básico, a moradia, a serviços de saúde pública, ao ensino etc. Ademais, acentua o autor que tal critério deixa de considerar as diferentes realidades vivenciadas em países com culturas e histórico de desenvolvimento distintos vez que a base da análise estaria centrada na renda *per capita*³¹. Soma-se a isso as mudanças nos padrões utilizados pelo Banco Mundial que, segundo Angus Deaton³², resultam em certo questionamento quanto ao fato do próprio banco ser o principal agenciador de dados que tratam da pobreza.

Amartya Sen, por outro lado, entende a pobreza como a privação do indivíduo em exercer suas capacidades básicas. Ele destaca que a pobreza não se refere apenas à carência de renda ou a uma renda baixa, mas sim à ausência de possibilidades do sujeito em lograr exercer livremente suas capacidades.³³

Com base em tais referenciais foi lançado, em 1997, o Índice de Pobreza Humana – IPH, que estabelece como critério de medição da pobreza as privações calculadas mediante variáveis, tais como: a expectativa de vida inferior a quarenta anos; percentual de alfabetização de adultos; acesso ao serviço de saúde e ao percentual de crianças menores de cinco anos com peso abaixo do recomendado. Assim, conforme leciona Adriana Serra, o Índice de Pobreza Humana (IPH), considerando os dados relativos ao impacto da pobreza na

²⁸ SERRA, Adriana Stankiewicz. *Pobreza multidimensional no Brasil rural e urbano*. 2017. 161p. Tese (Doutorado) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, São Paulo, 2017. p. 20.

²⁹ SERRA, Adriana Stankiewicz. *Pobreza multidimensional no Brasil rural e urbano*. Op. cit.

³⁰ SACHS, Jeffrey D. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 46.

³¹ Jeffrey D. Sachs irá destacar que a compreensão da desigualdade existente no mundo necessita observar os mecanismos de medição dessas desigualdades: “Há muitas definições, bem como debates intensos sobre o número exato de pobres, onde eles vivem e como sua quantidade e suas condições econômicas mudam ao longo do tempo. É útil começar com o que todos estão de acordo e depois distinguir três graus de pobreza: pobreza extrema (ou absoluta), pobreza moderada e pobreza relativa” SACHS, Jeffrey D. *O fim da pobreza*: Op. cit., p. 46.

³² SACHS, Jeffrey D. *O fim da pobreza*: Op. cit., p. 230

³³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 36.

realidade social, estabelecerá o nível de privação de oportunidades de determinada realidade, logrando, com isso, promover essencialmente um conceito de pobreza multidimensional.³⁴

A verificação da pobreza deve focar-se no referencial bem-estar, o que significa compreender que além do recurso financeiro disponibilizado pelos indivíduos, para suprir suas necessidades básicas, também deve ser analisada com base na influência desses recursos – ou de sua ausência – em suas capacidades sociais, suas implicações na participação de tomada de decisões, o entendimento e compreensão das violências sociais, bem como nas questões de emprego, saúde básica e planejamento familiar.³⁵

Tais fatores levaram à criação do Índice de Pobreza Multidimensional (IPM). A verificação, neste caso, faz-se a partir da captação de dados referentes às carências mencionadas e logradas mediante censo familiar. Assim a pobreza será compreendida por um nível de renda ou consumo previamente estabelecido, sendo este o parâmetro para a aferição do mínimo de bem-estar ao qual determinada pessoa está sujeita.³⁶

O Brasil, segundo o Banco Mundial,³⁷ é classificado como um país com renda média-alta, admitindo-se por referência o dado de que, pelos valores do PIB, cada brasileiro teria a disponibilidade de US\$ 5,50 por dia. Neste sentido, o IBGE destaca em sua Síntese de Indicadores Sociais (SIS) de 2018 que o país registrou aumento do número de pessoas que vivem com renda até US\$ 5,50 por dia ou US\$ 406,00 por mês, destacando que 25,7% dos pobres registrados no Brasil no ano de 2016, passou a 26,5% no ano seguinte.³⁸ Já o ISI de 2018 registra dados alarmantes: no período de 2016-2017 a região nordeste acumulou 44,8% da população nacional que vivia na pobreza, considerando os indicadores da linha monetária US\$ 5,50 por dia ou US\$ 406,00. Com base nesse referencial, a porcentagem indica que 25,5 milhões de brasileiros se encontram na linha da pobreza. A região sul registrou 3,8 milhões de pessoas e a região sudeste 15,2 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha. Tomando-se o indicador de extrema pobreza – pessoas que vivem com US\$ 1,90 ou menos ao dia, os dados são ainda mais chocantes. No ano de 2017 o país registrou que

³⁴ SERRA, Adriana Stankiewicz. *Pobreza multidimensional no Brasil rural e urbano*. Op. cit., p. 23.

³⁵ SERRA, Adriana Stankiewicz. *Pobreza multidimensional no Brasil rural e urbano*. Op. cit.

³⁶ PNUD. *¿Qué es el Índice de Pobreza Multidimensional?* S.d. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/node/2515>. Acesso em: 10 jun. 2019.

³⁷ WORLD BANK. Brasil. S.d. Disponível em: <https://data.worldbank.org/country/brazil?locale=pt>. Acesso em: 10 dez. 2019.

³⁸ “No Brasil, em relação à medida de US\$ 5,50 PPC diários, 26,5% da população, ou quase 55 milhões de pessoas, viviam com rendimento inferior a esta linha em 2017 (cerca de R\$ 406,00 mensais), diante de 25,7% da população em 2016. A maior parte dessas pessoas (mais de 25 milhões) estava na Região Nordeste, enquanto na Região Centro-Oeste havia menos de 3 milhões de pessoas. O Nordeste era também a região com maior percentual de sua população com renda inferior a esta linha, 44,8%, ao passo que esta proporção era de 12,8% no Sul. Na Região Sudeste, por sua vez, houve aumento de 1,3 pontos percentuais, passando de 16,1% para 17,4% da população”. IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2018*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. p. 57. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

6,6% da população total se encontrava nesse patamar. Em números absolutos, as pessoas que sobreviviam com menos de US\$ 1,90 por dia aumentou de 13,5 milhões em 2016, para 15,2 milhões de pessoas no ano de 2017. Outro resultado preocupante em relação aos indicadores diz respeito ao número de crianças e adolescentes que vivem abaixo da linha da pobreza. Segundo dados do IBGE, crianças e adolescentes de 0 a 14 anos que vivem com menos de US\$5,50 PPC por dia correspondeu a 43,4%.³⁹ Ainda assim, o Ipea destaca em estudo que o período avaliado de 1990 até 2015 o número de brasileiros considerados no parâmetro de miserabilidade foi reduzido.⁴⁰

Tais dados indicam, portanto, que a pobreza não pode ser medida apenas por meio da renda, tomando-se por base o PIB nacional. Segundo o III Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030, importante documento elaborado por diversos setores voltados ao estudo da realidade brasileira e o alcance dos ODSs, a pobreza trata-se de um estado de carências, dentre elas, a falta de acesso aos serviços públicos. Acentua-se, assim, em tal documento, que “no Brasil, eliminar a pobreza exige enfrentar as desigualdades raciais e étnicas, de gênero, geracionais e regionais, entre outras.” mediante atuação do Estado.⁴¹

Por certo, a implementação de condições para a criação de uma sociedade em que estejam eliminadas as desigualdades, na qual seja assegurado a todos a liberdade de escolha do modo de vida, um ambiente em que os objetivos do desenvolvimento sustentável sejam concretizados, impõe inquestionavelmente deveres ao Estado. Afinal, “se os direitos à alimentação, educação e saúde são vistos como componentes do direito humano ao desenvolvimento, o Estado tem que aceitar a responsabilidade primária em oferecer esse direito [...]”.⁴²

Por isso mesmo, o direito ao desenvolvimento e o alcance das metas previstas na Agenda 2030 deverão ser considerados como importantes parâmetros de controle e verificação da legitimidade das políticas públicas adotadas na seara nacional, conforme indicado no Acórdão de Parecer Prévio n. 287/18, exarado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

³⁹ IBGE. *Síntese de indicadores sociais*: Op. cit.

⁴⁰ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Erradicando a pobreza e promovendo a prosperidade em um mundo em mudança – subsídios ao acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32558&Itemid=432. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁴¹ GTSC A2030. *III Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável*: Brasil, 2019. Disponível em: https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2019/09/relatorio_luz_portugues_19_final_v2_download.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁴² SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Revista Social Democracia Brasileira*, n. 68, p. 64-84, mar. 2002. p. 72. No mesmo sentido, SEN, Amartya sustenta um papel vital para o Estado no processo de desenvolvimento, já que “a expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social, etc. contribui diretamente para a qualidade de vida e seu florescimento”. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 191.

3 A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ E A AGENDA 2030 – ACÓRDÃO DE PARECER N. 287/18 – TCE-PR

A instituição das cortes de contas na seara administrativa brasileira, como órgãos auxiliares do Poder Legislativo, primeiramente visava a auditoria financeira e orçamentária, admitindo-se como principal objetivo controlar os gastos e as despesas, tomando-se a arrecadação como parâmetro. Nesse diapasão, a análise voltava-se ao controle de legalidade dos atos de gestores públicos, principalmente considerando-se os recursos vinculados, os parâmetros de responsabilidade fiscal e a adequação dos processos administrativos em consonância com as normas de regência e a boa prática administrativo-fiscal.⁴³

O constituinte de 88, contudo, foi além e atribuiu aos Tribunais de Contas a competência para o controle de legitimidade da atuação dos gestores, permitindo-se a avaliação da gestão pública em consonância com os princípios do regime jurídico administrativo e com os valores adstritos às boas práticas de governança.⁴⁴ No ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro compreende-se que esse controle se expande à seara política, vez que logra estabelecer mecanismos de avaliação do programa governamental em razão da legislação pertinente.⁴⁵

Avançando ainda mais na adoção de parâmetros de controle voltados ao cumprimento dos objetivos da República, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, ao emitir Acórdão de Parecer Prévio n. 287/18, referente à prestação de contas do Chefe do Executivo do exercício de 2017, inaugurou em seus cadernos temáticos aquele referente aos Objetivos

⁴³ LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 307.

⁴⁴ Luiz Henrique Lima destaca que essa evolução da fiscalização dos tribunais de contas convergiu para uma maior relevância do órgão, de modo a exercer inúmeras atividades vinculadas à sua competência, tais como: levantamento, auditoria, inspeção, acompanhamento e monitoramento. Assim, esclarece que “[...] antes da Constituição de 1988, as fiscalizações dos Tribunais de Contas restringiam-se a auditorias financeiras e orçamentárias. A partir da nova Carta, ampliaram-se as dimensões da fiscalização exercida pelo controle externo, cabendo-lhe examinar os aspectos de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional da gestão pública, sob os critérios da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade”. LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo*: Op. cit., p. 308.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 898-899.

de Desenvolvimento Sustentável – ODS.⁴⁶ O Conselheiro Relator, Fernando Augusto Mello Guimarães,⁴⁷ justificou a empreitada destacando que:

[...] visando abandonar a abordagem predominante dos indicadores oficiais, que tendem a ser genéricos e referidos mais a esforço que a resultados, e a incrementar sua relevância, confiabilidade, operacionalidade e aderência ao quadro de indicadores globais ou nacionais para acompanhamento da Agenda 2030, sugeriu-se revisão baseada em 8 critérios que poderá ser aprimorada e de alguma forma aproveitada na elaboração do PPA 2020-2023 do Estado.

O que se observa na referida proposta da Corte de Contas é o intento do órgão de controle externo em promover, mediante mecanismos de controle, o mapeamento da realidade paranaense em relação ao cumprimento das metas traçadas na Agenda 2030. Partiu-se da premissa de adequação das ODS para com a legislação vigente, sendo um dos tópicos de relevância no citado caderno o *Mainstreaming the 2030 Agenda*,⁴⁸ que é um guia estabelecido pela Agenda 2030 de adaptação das normas internas para com os objetivos de desenvolvimento sustentável. Outro ponto de relevância é o mecanismo de organização no estabelecimento das políticas públicas, sendo, primordial o planejamento, a execução e a verificação de resultados. Como bem salienta o caderno temático, é necessário que a cultura de promoção de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável esteja em consonância com a visão internacional de desenvolvimento.⁴⁹

⁴⁶ Importante citar que o Tribunal de Contas da União implantou auditoria coordenada cujo objetivo foi “avaliar a presença de estruturas de governança no Governo Federal para implementar a Agenda 2030 e a meta 2.4 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) no Brasil e consolidar os resultados com os de outras onze Entidades Fiscalizadoras Superiores da América Latina e Caribe sobre o mesmo tema.”. Dividido em duas fases, a fase latino-americana foi coordenada pelo TCU. Tem-se que “Os principais dados e análises dos países participantes, quando cabível, foram utilizados em comparação aos resultados nacionais. Um sumário executivo consolidará os resultados, com vistas a oferecer um panorama regional do nível de preparação dos governos da América Latina para implementação da Agenda 2030.”. TCU. *Acórdão 709/2018/TCU*. Processo n. TC 029.427/2017-7. Data da Sessão: 4/4/2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d32333032353639&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acesso em: 2 dez. 2019.

⁴⁷ PARANÁ. TCE-PR. *Contas do governador: exercício 2017*. Objetivos do desenvolvimento sustentável. Curitiba: TCE-PR, 2018. Disponível em: <https://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2017/pdfs/ods.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁴⁸ ONU. *Mainstreaming the 2030 Agenda for Sustainable Development – Reference Guide for UN Country Teams*. 2017. Disponível em: <https://unsdg.un.org/sites/default/files/UNDG-Mainstreaming-the-2030-Agenda-Reference-Guide-2017.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁴⁹ No caderno temático o Conselheiro relator destaca que “A condução cuidadosa do processo de internalização pode ser considerada a primeira determinante do sucesso na construção do desenvolvimento sustentável proposto pela Agenda 2030; a adaptação dos objetivos globais às realidades nacionais ou subnacionais exige atenção ao ambiente de planejamento. O planejamento representa a conexão entre os planos e a realidade. No Brasil, o planejamento no setor público obedece a mandamentos previstos na Constituição Federal (art. 165); as práticas de elaboração, a organização do conteúdo, e mesmo o nível de detalhamento dos instrumentos de planejamento

Pode-se dizer, com base na adoção destes novos parâmetros, que se busca a fiscalização da fiscalização, pois além das questões gerenciais e de limites constitucionais, o Tribunal de Contas buscará avaliar a implementação das políticas públicas e dos recursos a ela destinados, a eficiência dos programas adotados tomando-se como referência para o controle o alcance dos Objetivos delineados na Agenda 2030.

Assim, tem-se que tal documento consiste na propositura de que a Corte de Contas do Estado do Paraná promova Relatório no sentido de mapear as condições de implementação da Agenda 2030 no âmbito estadual. Além de mapear as práticas existentes, o referido Relatório promove mecanismos de avaliação das políticas adotadas em consonância com os ODS, demonstrando-se convergência de interesse na atuação do poder público na consecução das ODS.

Especificamente em relação ao ODS n. 01, objeto do presente artigo, constou que “com base nos dados analisados, é possível afirmar que as políticas públicas vigentes e orçadas em 2017 deixaram de lado alguns aspectos importantes do desenvolvimento sustentável, revelando a necessidade de políticas setoriais específicas que atinjam as metas da Agenda. Os Objetivos 1 (Erradicação da Pobreza), com 24 iniciativas diretas [consta dentre] aqueles que concentram a maior quantidade de ações diretamente vinculadas.”⁵⁰

Com isso o trabalho realizado pelo TCE não busca simplesmente promover o apontamento de melhorias ou o alerta para a carência de programas efetivos, mas tecer em conjunto metodologia de acompanhamento das políticas paranaenses no sentido de lograr cumprir a longo prazo da Agenda 2030.

Estabelece, portanto, critérios de avaliação das políticas existentes, destacando-se a avaliação do “(i) o grau de maturidade de componentes de mecanismos de Governança do Centro de Governo, ou seja, das instâncias estratégicas do Poder Executivo para exercer as tarefas de planejamento de longo prazo, coordenação sinérgica de políticas para o desenvolvimento sustentável e monitoramento dos esforços e resultados das políticas públicas, entre outros componentes; (ii) a vinculação dos Programas Finalísticos do PPA 2016-2019 com os ODS e o volume de recursos da LOA 2017 associado a essas ações; e (iii) a qualidade dos indicadores de monitoramento oficiais.”⁵¹

dos entes federativos, no entanto, podem variar nas circunstâncias específicas. Os instrumentos básicos de programação, cuja proposta é formulada pelo poder Executivo, estão sujeitos à aprovação e à proposição de emendas por parte do Poder Legislativo, devendo, ainda, ser objeto de audiências públicas na fase de elaboração e de prestação de contas. O PPA deve conter as diretrizes responsáveis por delimitar as ações a serem propostas anualmente na LDO e na LOA, e sua vigência desencontrada do mandato do Chefe do Poder Executivo consiste no principal dispositivo contra a solução de continuidade das políticas públicas” PARANÁ. TCE-PR. *Contas do governador: exercício 2017. Objetivos [...]*. Op. cit.

⁵⁰ PARANÁ. TCE-PR. *Contas do governador: exercício 2017. Objetivos [...]*. Op. cit., p. 54.

⁵¹ PARANÁ. TCE-PR. *Contas do governador: exercício 2017. Objetivos [...]*. Op. cit., p. 69.

A Corte de Contas ressalta, com referido documento, que as sociedades, conjuntamente com os órgãos competentes, deverão avaliar e adequar as políticas públicas e as ações do poder público sob a ótica de cumprimento dos objetivos da Agenda 2030 que se relacionam com os direitos fundamentais plasmados no texto constitucional.⁵²

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ambiente de necessária realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, notadamente no que se refere ao desenvolvimento sustentável, a recente decisão da Corte de Contas do Estado do Paraná destaca-se por incentivar a participação mais efetiva do órgão de controle externo no que concerne aos mecanismos de avaliação das políticas públicas em consonância com a Agenda 2030.

A edição de tal documento pelo TCE, adotando-se como parâmetros de controle das políticas públicas os ODSs, trata-se de importante mecanismo de implementação dos cânones previstos por Amartya Sen para realizar o direito ao desenvolvimento. Com tal postura, o TCE impõe ao Estado o redirecionamento de suas políticas públicas, que deverão estar voltadas a garantir, aos cidadãos paranaenses, condições que lhes permitam expandir suas capacidades, gozando dos direitos que lhes assegurem a prerrogativa de escolherem a maneira como querem viver uma vida boa.⁵³

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Márcia R. *Objetivos do desenvolvimento sustentável: desafios à participação do Brasil na governança global*. S.d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/95b-77016c8e9c025ead845cc633f3da5.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Itamaraty. Ministério das Relações Exteriores. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)*. S.d. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/134-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>. Acesso: 2 dez. 2019.

⁵² Os cadernos que tratam a respeito do desenvolvimento sustentável e a aplicação das ODS para a Agenda 2030 da ONU, podem ser resumidos com o seguinte texto: "As recomendações do Relatório ODS Paraná são dirigidas ao Governo Estadual e abordam o estabelecimento de ações estratégicas para a elaboração do Plano de Desenvolvimento Sustentável do Estado, o fortalecimento da função planejamento e coordenação geral, assim como das atribuições de pesquisa aplicada; a incorporação das metas dos ODS no PPA 2020-2023 e nos Orçamentos; a aproximação dos indicadores de desempenho dos Programas aos indicadores globais, a alimentação dos sistemas de monitoramento e a adoção de ferramentas de acompanhamento; o incremento da participação social nos processos orçamentários e de monitoramento das políticas públicas, e o apoio às políticas municipais de desenvolvimento sustentável"

⁵³ Necessário destacar trecho da obra de Amartya Sen: "Os papeis instrumentais da liberdade incluem vários componentes distintos, porém inter-relacionados, como facilidades econômicas, liberdades políticas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora" SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 77.

DEATON, Angus. *A grande saída: saúde, riqueza e as origens das desigualdades*. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DOOTAX. *FECF, FCP OU FECEOEP* – Fundo Estadual de Combate à Pobreza. S.d. Disponível em: <https://www.dootax.com.br/fecf-fcp-ou-fecoeep-fundo-estadual-de-combate-a-pobreza/>. Acesso em: 10 dez. 2019. Acesso em: 9 dez. 2019.

FACHIN, Milena Girardi. *Direitos humanos e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e as novas perspectivas do desenvolvimento sustentável pela Organização das Nações Unidas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. esp., n. 35, p. 192-206, dez. 2016.

GOMES, Eduardo Biacchi; MASSUCHIN, Barbara Andrzejewski. Direitos fundamentais e direito ao desenvolvimento. A Conferência de Copenhague: uma nova tentativa de cooperação internacional para uma política climática eficiente. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 41, p. 95-121, jul./set. 2010.

GTSC A2030. *III Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável*: Brasil. 2019. Disponível em: https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2019/09/relatorio_luz_portugues_19_final_v2_download.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Fórum, Belo Horizonte, n. 53, p. 152-153, jul./set. 2013.

IBGE. Contas nacionais. *Renda nacional bruta* – Brasil 2011-2016. Disponível em: <https://brasilensintese.ibge.gov.br/contas-nacionais/renda-nacional-bruta.html>. Acesso em: 10 dez. 2019.

IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*: 2018. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. 57f. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Erradicando a pobreza e promovendo a prosperidade em um mundo em mudança* – subsídios ao acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32558&Itemid=432. Acesso em: 10 jun. 2019.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SÁTIRO, Guadalupe Souza. O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito humano e sua proteção internacional e constitucional. *Arquivo Jurídico*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 2-22, jul./dez. 2015.

ODM BRASIL. *Os objetivos do desenvolvimento do milênio*. S.d. Disponível em: <http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>. Acesso em: 10 dez. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *O contrato de gestão na Administração Pública brasileira*. 2005. 522 f. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

ONU. *Resolução n. 41/128, de 1986*. Decide aprovar la Declaración sobre el derecho al desarrollo. 97ª sesión plenaria, 4 dic. 1986. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/RES/41/128>. Acesso em: 2 dez. 2019.

ONU. *Mainstreaming the 2030 Agenda for Sustainable Development* – Reference Guide for UN Country Teams. 2017. Disponível em: <https://unsdg.un.org/sites/default/files/UNDG-Mainstreaming-the-2030-Agenda-Reference-Guide-2017.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

PARANÁ. TCE-PR. *Contas do governador: exercício 2017*. Objetivos do desenvolvimento sustentável. Curitiba: TCE-PR, 2018. Disponível em: <https://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2017/pdfs/ods.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2018.

PARANÁ. TCE-PR. *Contas do governador: exercício 2017*. Acordão de parecer prévio n. 187/18. Curitiba: TCE-PR, 2018. Disponível em: <https://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2017/pdfs/parecerprevio.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2019.

PIOVESAN Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2010*. New York: PNUD, 2010. Disponível em: https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-PNUD_HDR_2010.pdf. Acesso em: 8 set. 2017.

PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2018*. New York: PNUD, 2018. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html> Acesso em: 9 dez. 2019.

PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2019*. New York: PNUD, 2019. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2019.

PNUD. *O que é o IDH*. S.d. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html>. Acesso em: 10 dez. 2019.

PNUD. *¿Qué es el Índice de Pobreza Multidimensional?* S.d. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/node/2515>. Acesso em: 10 jun. 2019.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluído, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SACHS, Jeffrey D. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento: Administração Pública, direitos fundamentais e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2019.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Revista Social Democracia Brasileira*, n. 68, p. 64-84, mar. 2002.

SERRA, Adriana Stankiewicz. *Pobreza multidimensional no Brasil rural e urbano*. 2017. 161p. Tese (Doutorado) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, São Paulo, 2017.

TCU. *Acórdão 709/2018/TCU*. Processo n. TC 029.427/2017-7. Data da Sessão: 4/4/2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d32333032353639&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acesso em: 2 dez. 2019.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

WORLD BANK. *Brasil*. S.d. Disponível em: <https://data.worldbank.org/country/brazil?locale=pt>. Acesso em: 10 dez. 2019.

O Tribunal de Contas da União e o controle das agências reguladoras

Benjamin Zymler

Mestre em Direito e Estado (UnB)
Ministro do Tribunal de Contas da União



SUMÁRIO: **1** Introdução: A prestação de serviços públicos no Estado moderno; **2** Natureza jurídica das agências reguladoras; **3** A evolução do controle do TCU sobre a prestação de serviços públicos; **3.1** Estrutura organizacional do TCU; **3.2** Mecanismos de controle; **4** A atuação do TCU junto às agências reguladoras – alguns casos marcantes; **5** Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO: A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ESTADO MODERNO

A criação das agências reguladoras está inserida no contexto da ampla reforma do Estado brasileiro iniciada no começo da década de 90 e guarda pertinência com a nova visão estatal, ensejada pelas contínuas mutações que vêm ocorrendo no mundo moderno, as quais estão gradativamente impondo alterações nos ordenamentos jurídicos nacionais. Questionam-se os objetivos do Estado, sua estrutura, sua própria razão de ser.

Nesse contexto, impõe rever sua atuação na prestação dos serviços ditos públicos, os quais, na precisa lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, englobam “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.¹

Muito foi debatido a respeito da precisa definição de serviço público. Hoje, contudo, a discussão perdeu muito de sua relevância. Afinal, são as normas positivas que definem o que é serviço público. Os autores concordam que, independentemente das tentativas de definição ontológica da expressão, serviço público é o que a lei estabelece como tal.

Assim, a evolução do conceito acompanha *pari passu* a própria dinâmica da visão de Estado. No Estado Liberal pós-revolucionário, cuja principal função era garantir aos cidadãos o usufruto pleno de seus direitos de liberdade e propriedade, poucas eram as prestações positivas a cargo do Poder Público. A noção de serviço público era, então, incipiente.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 85.

A evolução histórica caminhou no sentido de ampliar as funções estatais. Percebeu-se que a defesa da liberdade, por meio do estabelecimento de uma lista de direitos individuais negativos, acarretava enorme desigualdade entre os cidadãos. Alargou o Estado, então, seu espaço de atuação. Transmutou-se de agente garantidor para empreendedor, que interfere nas esferas social e econômica. Coube ao novo Estado Social cumprir funções relevantes, de forma a assegurar à população um nível mínimo de satisfação das necessidades consideradas essenciais.

No final do século XX, a tendência verificada no ordenamento jurídico da grande maioria dos países ocidentais teve sentido inverso, vinculada à passagem do Estado Social para o chamado Estado Neoliberal, que retoma uma parcela dos paradigmas do antigo Estado Liberal.

A crise fiscal da *welfare state* revelou a incapacidade de o Estado prestar diretamente os serviços que estavam a seu cargo. Por conseguinte, implantou-se um modelo de enxugamento da máquina administrativa, inclusive por meio da desestatização de suas empresas e da concessão de serviços públicos para agentes privados.

Nesse novo contexto, o Poder Público, ao invés de prestar diretamente os serviços, buscou executar uma atuação reguladora, deixando a função operacional e executora dos serviços para terceiros. Inseriu-se no ordenamento jurídico, como reflexo desta mudança, a figura da agência reguladora.

2 NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Incapaz de realizar novos investimentos nos diversos setores básicos da economia, o Estado brasileiro, a partir do Programa Nacional de Desestatização, implantado pela Lei n. 8.031/1990, adota novos mecanismos de prestação de serviços públicos. Afasta-se gradualmente da prestação direta dos serviços públicos, reservando para si a atividade de regulação e fiscalização, que passam a ser exercidas basicamente por agências criadas por lei. A prestação desses serviços, agora realizada por terceiros, em regra, estranhos à Administração, concretiza-se mediante contratos de concessão ou de permissão e atos de autorização, de acordo com a vontade expressa nos arts. 175 e 21, XI e XII, da Constituição Federal.

Se não há dúvida quanto ao sentido expresso da atividade de fiscalização, é mister precisar o alcance do termo regulação. Para tanto, importa citar a lição de Pedro Henrique Poli, que, em acepção ampla, define regulação como sendo:

a atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, per-

missionário ou autorizatário do serviço público, à luz de poderes que lhe tenham sido por lei atribuídos para a busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução.²

As normas instituidoras de tais agências delimitaram sua natureza jurídica. São consideradas autarquias especiais. Assim, por exemplo, a Lei n. 9.427/1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), estabeleceu, em seu art. 1º, que a referida agência apresenta regime especial e tem por atribuição regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

Já a Lei n. 9.472/1997, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, ao criar a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por força do ditame constitucional contido no art. 21, XI, inseriu-a na Administração Pública federal indireta, vinculada ao então Ministério das Comunicações, com a função de regular as telecomunicações, sob o regime de autarquia especial (art. 8º). O § 2º do mencionado artigo esclarece que o regime especial decorre da independência administrativa, da ausência de subordinação hierárquica, do mandato fixo com estabilidade de seus dirigentes e da autonomia financeira.

Por seu turno, a Lei n. 9.478/1997, que dispôs sobre a política energética nacional e criou a Agência Nacional de Petróleo (ANP), estabeleceu, em seu art. 7º, que a referida agência pertence à Administração Pública federal indireta e está vinculada ao Ministério de Minas e Energia e submetida ao regime de autarquia especial.

Por fim, a Lei n. 10.233/2001 criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), tendo estabelecido que esses entes devem fiscalizar e regular as respectivas áreas de atuação, quais sejam, transportes terrestres e aquaviários. Nos termos do art. 21 do mencionado Diploma legal, foi estabelecido que tais entidades integram a Administração Pública federal indireta, sendo vinculadas ao Ministério dos Transportes e submetidas ao regime autárquico especial.

Percebe-se, por conseguinte, que compete às diversas agências regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos ou o exercício de atividade econômica específica (no caso do petróleo e do gás natural). Integram, ademais, a Administração Pública federal indireta, estando vinculadas aos Ministérios respectivos. Submetem-se a regime autárquico especial, notabilizado pela maior autonomia financeira e funcional, independência administrativa e mandato fixo de seus dirigentes.

² FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Sintese, 1999. p. 40.

Discussão que se impõe, decorrente desse maior nível de autonomia conferido às agências reguladoras, diz respeito à aplicação das normas relativas à supervisão ministerial, na forma como disciplinada pelo Decreto-Lei n. 200/1967.

Característica fundamental dos entes estatais autárquicos é sua maior independência em relação à Administração direta. Contudo, as entidades submetidas a regime autárquico comum apresentam nível de interação com o ente superior mais estreito, quando comparadas às de regime especial. O controle sobre aquelas é exercido pelo Ministério respectivo, sob a forma de supervisão ministerial, nos termos dos arts. 19 a 29 do citado diploma legal. Evidente que, em relação a estas, dotadas de regime especial, não há falar em sujeição às mesmas limitações das demais autarquias. Por conseguinte, impõe-se afastar as normas do Decreto-Lei n. 200/1967 que tratam da supervisão ministerial no que for incompatível com o novo regramento dado às agências reguladoras.

3 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DO TCU SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Cumprе mencionar que a Constituição Federal de 1988, ao tratar da fiscalização da Administração Pública, estabeleceu que o controle externo, no âmbito da União, compete ao Congresso Nacional, que o exerce com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Foram ampliadas consideravelmente as atribuições da Corte de Contas, como reflexo da preocupação do constituinte originário em dotar o órgão de instrumentos jurídicos adequados para exercer sua missão institucional.

Dentre as múltiplas facetas do controle externo, mencione-se o natural controle que os Tribunais de Contas devem exercer sobre os órgãos e entidades estatais encarregados de regular a prestação de serviços públicos delegados.

Os trabalhos iniciais desenvolvidos pelo TCU, concernentes ao acompanhamento de concessões de serviços públicos, versaram sobre o setor de rodovias federais. As primeiras normas reguladoras desse acompanhamento originaram-se de decisões pontuais proferidas pelo Plenário da Corte de Contas, que foram, afinal, condensadas em instruções normativas.

O Tribunal, mediante a Decisão n. 141/1993, aprovou requerimento formulado pelo então relator, Ministro Luciano Brandão, acerca do acompanhamento de todos os procedimentos relativos à concessão para a exploração da Ponte Rio-Niterói, especialmente quanto à viabilidade técnica e econômica da outorga, à licitação e aos aspectos do contrato de concessão.

Após esses acompanhamentos iniciais, o Tribunal decidiu, dada a relevância do assunto, criar norma interna sobre fiscalização de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos federais. Assim, em 22/11/1995, foi editada a Instrução Normativa TCU n.

10, posteriormente substituída pela de n. 27/1998, que dispôs sobre a fiscalização dos processos de desestatizações, concessões, permissões e autorizações de serviços públicos.

Em seguida, o TCU editou a Instrução Normativa TCU n. 46/2004, que regulamentou a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles.

Tendo em vista a inserção no ordenamento jurídico pátrio das parcerias público-privadas, o TCU publicou a Instrução Normativa 52/2007, a qual tratou do controle e da fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União.

Finalmente, no dia 20/6/2018, o TCU editou a Instrução Normativa n. 81/2018, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. Essa última norma, além de revogar as Instruções Normativas 27/1998, 46/2004 e 52/2007, consolidou os comandos constantes dessas normas e apresentou significativas inovações em relação ao modelo anteriormente adotado.

Destaco que a Instrução Normativa n. 27/1998 previa o acompanhamento das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos em dois momentos distintos, quais sejam, a fase do acompanhamento da outorga e a do acompanhamento da execução contratual.

Na fase de execução contratual, a fiscalização verifica o fiel cumprimento das normas pertinentes e das cláusulas contidas no contrato e nos respectivos termos aditivos firmados com a concessionária, além de avaliar a ação exercida pelo órgão ou entidade federal concedente ou pela respectiva agência reguladora.

É importante ressaltar que essa metodologia de controle, porque enfatizava a fiscalização concomitante da atuação do Estado, permitiu, como será visto adiante, a adoção de ações preventivas e corretivas de extrema relevância. Contudo, havia necessidade de aprimorar a dinâmica do acompanhamento das desestatizações e racionalizar a fiscalização a cargo do Tribunal, priorizando os pontos de maior relevância, materialidade e oportunidade e que apresentem maior risco para a regularidade e economicidade das desestatizações conduzidas pelo Poder Público.

Dentre as inovações incorporadas, podem-se citar as seguintes:

i) o fim dos múltiplos estágios de acompanhamento dos processos. A experiência tem demonstrado que alguns estágios de fiscalização se caracterizam por verificações de documentos e outras formalidades, que passaram a agregar cada vez menos valor aos processos de desestatização, diante da consolidação institucional-legal destes;

ii) o envio, por parte dos órgãos gestores, do extrato de planejamento da desestatização com antecedência mínima de 150 dias da data prevista para a publicação do edital. Esclareço que o referido documento deverá conter as seguintes informações: descrição do objeto a ser desestatizado, previsão do valor dos investimentos, relevância e localização do objeto ou empreendimento e cronograma licitatório. O objetivo desta inovação é gerar um lapso de tempo suficiente para a revisão do planejamento dos trabalhos nas unidades técnicas do TCU, com vistas a mobilizar os recursos humanos necessários ao acompanhamento. Devo ressaltar que as informações contidas em tais extratos são de caráter genérico e não devem ser confundidas com as que constam dos estudos de viabilidade. Assim sendo, seu envio não representa ônus significativo para o Poder Executivo, mas proporcionará ganhos de eficiência para a Corte de Contas; e

iii) o envio da documentação ao Tribunal com antecedência mínima de 90 dias em relação à publicação do edital licitatório, ampliando-se o prazo previsto nas normas revogadas, que era de 30 dias. São até 75 dias para a análise pelas unidades técnicas e 15 dias para o julgamento, uma vez finalizado o trabalho daquelas. Esclareço que os referidos prazos começam a fluir a partir do recebimento de todos os estudos de viabilidade e minutas de documentos que formalizam a desestatização.

A previsão e a ampliação dos prazos mínimos para o envio de informações ao Tribunal visaram permitir que a Corte de Contas aprofunde as análises das modelagens dos projetos, para induzir o aperfeiçoamento dos arranjos contratuais e favorecer a regular execução dos serviços.

3.1 Estrutura organizacional do TCU

Em 1998, percebendo as mudanças advindas da reforma do Estado brasileiro, o Tribunal de Contas da União criou unidade técnica voltada basicamente para a análise dos processos de privatização e para o controle da atuação dos órgãos reguladores: a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid).

A verificação da atuação finalística dos entes reguladores ganhou maior destaque com a reestruturação ocorrida no Tribunal. O acompanhamento dos atos de gestão orçamentária das agências reguladoras ficou a cargo de outra unidade técnica, viabilizando a alocação de toda a força de trabalho da Sefid para a verificação dos atos associados à regulação dos serviços públicos.

Posteriormente, houve a criação de uma segunda Sefid, em decorrência do significativo aumento dos trabalhos de fiscalização realizados pelo TCU tendo como objeto a concessão de serviços públicos.

Mais recentemente, houve a fusão dessas secretarias com as antigas unidades encarregadas da fiscalização das obras públicas, o que ensejou a criação de sete novas unidades técnicas, denominadas Secretarias de Fiscalização de Infraestrutura (Seinfra), que ficaram encarregadas de fiscalizar a prestação de serviços públicos e a atuação das agências reguladoras.

Cabe salientar que as Seinfras, ao contrário do que ocorria com as Sefid, fiscalizam também as atividades-meio das agências reguladoras.

Atualmente, o Tribunal acompanha a prestação de serviços públicos nas áreas de energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, portos, rodovias, ferrovias, aeroportos, transportes de passageiros interestaduais e internacionais e estações aduaneiras interiores (os “portos secos”). Adicionalmente, a Corte de Contas federal fiscaliza a exploração das atividades nos setores de petróleo e gás natural. A diversidade e a complexidade dessas áreas exigem alto nível de especialização das equipes técnicas, o que vem impondo ao TCU grande esforço na área de capacitação de pessoal.

3.2 Mecanismos de controle

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 71, que o controle externo da Administração Pública federal compete ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Os diversos incisos do referido dispositivo relacionam as atribuições da Corte de Contas, dentre as quais destacam-se: i) o julgamento das contas dos gestores públicos da Administração direta e indireta; ii) a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, bem como das concessões de aposentadoria e pensão na administração indireta; e iii) a realização de inspeções e auditorias nas entidades da Administração direta e indireta.

Sendo as agências reguladoras entidades autárquicas, ainda que sob regime especial, o controle direto sobre os administradores das referidas agências decorre diretamente do texto constitucional. Cabe ao Tribunal, por conseguinte, apreciar os atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria e de pensão dos servidores das agências. Além disso, os administradores principais têm o dever político de prestar contas dos recursos geridos em determinado exercício ao TCU. Por fim, a Corte de Contas pode realizar, por iniciativa própria ou em atendimento a solicitação do Congresso Nacional, auditorias nas mencionadas entidades, para verificar a regularidade nas áreas contábil, financeira, patrimonial e orçamentária.

Cumprido salientar que, caso sejam constatadas irregularidades que demandem rápida atuação do TCU, deve o processo correspondente ser encaminhado imediatamente ao respectivo Ministro-Relator. Nessa hipótese, por decisão monocrática ou colegiada, poderá

ser adotada medida cautelar, com vistas a evitar a ocorrência de dano efetivo ou potencial ao Erário e, em última análise, aos usuários dos serviços públicos.

Aduzo que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato pode apresentar denúncia ao Tribunal acerca de possíveis irregularidades ou ilegalidades ocorridas na atuação das agências reguladoras.

Não há, portanto, maiores dúvidas a respeito da larga extensão da atividade fiscalizadora do TCU, a qual não se restringe aos aspectos jurídico-formais. O Tribunal de Contas da União vai além, uma vez que procura examinar os resultados alcançados pelas agências no exercício de sua missão institucional.

Afinal, consoante exposto pelo Ministro Marcos Vinícios Vilaça, “a fiscalização da legalidade só será relevante e eficaz se estiver integrada à avaliação do desempenho da Administração Pública e dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos”.³

Ademais, deve-se ter em mente que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional 19/1998, o princípio da eficiência foi erigido à norma constitucional. Por conseguinte, compete também ao Tribunal verificar se as entidades sujeitas ao seu poder controlador atuam de forma eficiente.

Além disso, cabe destacar que o art. 71, IV, da Constituição Federal de 1988 expressamente atribuiu ao Tribunal o poder de realizar auditoria de natureza operacional. O objetivo dessa modalidade de auditoria vai muito além do mero exame da regularidade contábil, orçamentária e financeira. Ela intenta verificar se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos do órgão ou entidade, consoante estabelecidos em lei. Com esse desiderato, é examinada a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia.

Especificamente em relação às agências reguladoras, o TCU, por meio das auditorias operacionais, verifica se estão sendo atingidas as finalidades estabelecidas para essas entidades por meio das respectivas leis de criação. Isso abrange a avaliação do cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora.

Dessa forma, impõe-se ao Tribunal a fiscalização da execução dos contratos de concessão. Uma análise superficial identificaria uma possível redundância das esferas de controle, uma vez que uma das atribuições das agências é exatamente fiscalizar os contratos de concessão e de permissão e os atos de autorização de serviços públicos.

Entretanto, fica claro que o TCU exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau, que busca identificar se as agências estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais, o de fiscalizar a prestação de serviços públicos. Deve a Corte de Contas, no desempenho de sua competência constitucional, atestar a correção da execução

³ VILAÇA, Marcos Vinícios. *Encontro Anual de Dirigentes do Tribunal de Contas da União*. Brasília (DF), 1996. (Informação verbal – palestra).

desses contratos. Ressalte-se, todavia, que essa ação não visa controlar a empresa concessionária em si, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos por elas firmados.

Em síntese, o Tribunal não pode pretender substituir as agências reguladoras, mas zelar pela atuação pronta e efetiva desses entes, com o objetivo primordial de assegurar a adequada prestação dos serviços públicos para a população.

Deve-se ter em mente, nessa nova concepção de Estado, e por que não dizer de controle, que o objetivo último a ser buscado é a eficiência da prestação de serviços públicos. A pronta atuação do Tribunal deve contribuir para o atingimento desse nível de excelência.

4 A ATUAÇÃO DO TCU JUNTO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS – ALGUNS CASOS MARCANTES

Ao longo dos últimos anos, o Tribunal tem proposto, por iniciativa própria, uma série de atividades na área de regulação. Tem recebido também várias demandas externas, principalmente das Casas do Congresso Nacional e do Ministério Público Federal. A título ilustrativo, são apresentados a seguir, de forma sucinta, alguns dos principais trabalhos executados pelo TCU.

De início, centrou o Tribunal sua atenção na realização de auditorias nas agências reguladoras que já estavam em funcionamento (Aneel, Anatel e ANP). Adicionalmente, o TCU fiscalizou a área de transportes, por intermédio de auditorias realizadas no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

Cabe frisar que as auditorias realizadas no DNIT tiveram o intuito de verificar a qualidade dos serviços prestados nas rodovias concedidas, sendo o desempenho dessa autarquia como ente regulador do setor rodoviário avaliado apenas de forma subsidiária. Posteriormente, após a criação da Antaq e da ANTT, o enfoque das fiscalizações realizadas pelo TCU passou a abarcar também o nível de qualidade das atividades regulatórias desenvolvidas por essas duas entidades.

As auditorias realizadas na Aneel, Anatel e ANP permitiram conhecer a organização e a forma de atuação de cada uma das agências reguladoras, bem como elaborar e implementar métodos e procedimentos para as fiscalizações das delegações de serviços públicos nos setores de eletricidade, telecomunicações e petróleo.

Em momento posterior, as auditorias nas agências passaram a ter objetivos mais específicos dentro do universo de atribuições das agências. Assim, por exemplo, em um determinado exercício, foi focado precipuamente o desempenho das fiscalizações realizadas pelas agências sobre os concessionários.

Para organizar melhor a exposição, serão enunciados, por área específica, os principais resultados alcançados pelo Tribunal em cada um dos setores de serviços públicos.

No setor de telecomunicações, no caso das outorgas das bandas C, D e E, o Tribunal identificou um erro nas fórmulas das planilhas que calculavam o preço mínimo dessas outorgas. A correção desse erro, realizada pela Anatel tão logo comunicada a detecção da falha, resultou em um acréscimo de cerca de R\$ 1,6 bilhão em relação ao valor inicialmente estipulado.

Posteriormente, a Anatel realizou licitação visando destinar a faixa de frequência de 700 MHz à ativação de serviço de telecomunicações móvel terrestre (SMP) utilizando tecnologia 4G denominada *Long Term Evolution* (LTE). A faixa de 700 MHz era ocupada por serviços de radiodifusão. O art. 16 do Regulamento sobre Condições de Uso dessa faixa, aprovado pela Resolução Anatel 625/2013, que modificou a destinação dessa faixa para o serviço móvel pessoal, estabeleceu que os vencedores da licitação ressarciriam integralmente os custos decorrentes da redistribuição de canais de TV e RTV.

Inicialmente, o TCU apresentou alguns questionamentos, especialmente no que concerne aos compromissos que seriam assumidos pelas licitantes vencedoras em relação ao ressarcimento dos custos que seriam incorridos pelas emissoras de televisão que sairiam da faixa de frequência licitada, os quais foram estimados em aproximadamente R\$ 3,6 bilhões, em valores históricos de 2014. Em resposta a esses questionamentos, a Anatel alterou o edital e eliminou as pendências. Dessa forma, o leilão foi realizado e a atuação do TCU induziu o aperfeiçoamento do processo licitatório. Ressalto que, graças a essas concessões, foi implementado o processo de substituição da TV aberta analógica pela TV aberta digital.

No setor elétrico, destaco que o critério de fixação do preço mínimo para outorgas de aproveitamentos hidrelétricos foi objeto de avaliações do Tribunal. Em decorrência da atuação do TCU, a Aneel alterou o método de cálculo do preço mínimo, o que propiciou, apenas nos leilões ocorridos em 2000, um acréscimo no preço inicial de mais de R\$ 200 milhões em relação ao critério anteriormente utilizado.

Merece destaque a prorrogação das concessões do setor elétrico, possibilitada pelo art. 7º da Lei 12.783/2013, com o intuito de assegurar a continuidade e a eficiência da prestação do serviço para a sociedade. Ocorre que o referido diploma não estabeleceu diretrizes para a prorrogação dos contratos de 41 concessionárias de distribuição que venciam até 2017. Em razão disso, por meio do Acórdão 1.836/2013 – Plenário, foram expedidas determinações no sentido de que fosse planejada tempestivamente a solução a ser adotada para as referidas concessões.

Em um primeiro momento, o Ministério de Minas e Energia informou que pretendia prorrogar todos os contratos de distribuição, devendo ser definidas metas de melhoria da

prestação do serviço, num prazo de cinco anos. Em 2015, o Poder Executivo publicou o Decreto 8.461/2015, que regulamentou a prorrogação das referidas concessões de distribuição, tendo optado pela prorrogação de todas as concessões vincendas.

O TCU reconheceu a importância estratégica do serviço de distribuição de energia elétrica e a gravidade de uma eventual descontinuidade no seu fornecimento, que atingiria 50 milhões de unidades residenciais. Nesse contexto, a Corte de Contas entendeu que, apesar de algumas concessionárias apresentarem problemas históricos em relação à qualidade do serviço e à falta de capacidade financeira, não havia condições para vedar a prorrogação dos contratos em tela.

Cumpra salientar que as concessões problemáticas não foram prorrogadas, em conformidade com decisão adotada pela assembleia de acionistas da Eletrobras. Essa decisão encontrou respaldo na Lei n. 13.360/2016, que facultou à União, quando as concessões de energia elétrica não forem prorrogadas e quando o prestador do serviço for pessoa jurídica controlada pela União, promover a licitação da concessão associada à transferência do controle da pessoa prestadora do serviço.

No setor de petróleo, o Tribunal acompanhou as licitações de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural, tendo sido feitas diversas determinações à ANP com vistas ao aperfeiçoamento do processo licitatório, notadamente no sentido de dar maior transparência aos interessados e garantir adequadas condições para a atuação da própria agência durante a execução contratual.

Recentemente, o Tribunal de Contas da União aprovou os termos da revisão do contrato de cessão onerosa firmado pela Petrobras e pela União. O Governo federal pagará à Petrobras US\$ 9 bilhões pela revisão de um contrato firmado em 2010 para a exploração de áreas do pré-sal. A Petrobras usará esse montante no leilão do excedente de cessão onerosa.

O contrato de cessão onerosa garantia à empresa explorar 5 bilhões de barris de petróleo em áreas do pré-sal pelo prazo de 40 anos. Em troca, a empresa antecipou o pagamento de R\$ 74,8 bilhões ao governo. Desde 2013, o governo vem negociando um aditivo a esse contrato, depois que a Petrobras pediu ajustes por conta da desvalorização do preço do barril de petróleo no mercado internacional.

Ainda no setor de petróleo e gás natural, o TCU aprovou a realização do leilão dos excedentes da cessão onerosa da produção de petróleo. O relator do processo, Ministro Raimundo Carreiro, não fez mudanças no edital, mas citou a ressalva com relação à capacidade da Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) de gerir o contrato do excedente da cessão onerosa. Segundo o Tribunal, a estatal sofre com deficiência financeira e falta de pessoal.

O ministro apontou também a demora do Ministério de Minas e Energia em enviar toda a documentação para a análise da corte de contas. Segundo ele, os referidos documentos deveriam ter sido entregues 90 dias antes da publicação do edital, mas só foram enviados um mês antes.

No que concerne ao setor rodoviário, cabe destacar que, analisando os editais de concessões de sete importantes lotes rodoviários, incluídos os trechos da rodovia Fernão Dias e Régis Bittencourt, decidiu o Tribunal realizar 24 determinações ao Departamento Nacional de Estradas e Rodagens (DNER) com o objetivo de adequar o processo licitatório aos ditames legais, dentre as quais se destacam: i) inclusão no edital de disposições acerca da política ambiental a ser adotada pela concessionária; ii) alterações no edital buscando garantir o caráter competitivo do certame e o sigilo das propostas; iii) supressão de cláusulas que implicariam aumento de tarifas de pedágio para os usuários, decorrentes de riscos inerentes ao negócio da concessionária; e iv) inclusão de cláusulas que visam garantir a prestação de um nível de serviço adequado aos usuários.

No setor portuário, destaco que o TCU analisou a desestatização, por meio de arrendamento, de áreas e instalações localizadas nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e terminais de Outeiro e Miramar, relativas ao primeiro bloco dos projetos previstos na Portaria 38/2013, emitida pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP-PR). Por meio do Acórdão 3.661/2013 – Plenário, o órgão de contas condicionou a publicação dos editais das licitações à adoção de várias providências, relativas à correção das falhas verificadas, dentre outros, nos estudos de demanda empreendidos pelo órgão licitante.

Ainda no setor portuário, deve ser destacado o Acórdão 923/2019 – Plenário, tendo em vista a discussão travada no Plenário do TCU a respeito dos limites do controle exercido sobre as decisões discricionárias adotadas pelos dirigentes das agências reguladoras.

Naquela oportunidade, foram julgados pedidos de reexame interpostos pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica (Centronave) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) contra o Acórdão 1.439/2016 – Plenário, cuja redação foi mantida pelo Acórdão 1.877/2016 – Plenário, ambos relatados pela Ministra Ana Arraes. Os referidos acórdãos foram proferidos quando do julgamento de denúncia versando sobre as seguintes supostas irregularidades: i) aumento abusivo, sem homologação pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), das tarifas praticadas no arrendamento portuário Libra Terminal Rio S.A. (Libra); ii) cobrança da tarifa Terminal Handling Charge (THC) sem comprovação de seu caráter de ressarcimento; e iii) omissão da Antaq na fiscalização e na regulação da atuação dos armadores estrangeiros.

Num primeiro momento, após reconhecer a existência de falhas na regulação pela Antaq da cobrança de tarifas pelos arrendatários portuários, o TCU determinou quais ações deveriam ser adotadas pelo ente regulador. Posteriormente, em sede de recurso, foi destacado no voto condutor do acórdão que:

fica patente que a efetiva atuação da agência reguladora é necessária devido à falha de mercado configurada pela assimetria de informações observada na situação em

apreço. O usuário do serviço portuário desconhece os parâmetros da cobrança que lhe é imposta pela empresa de transporte marítimo. Ao mesmo tempo, ficou claro nos autos, conforme reconhecido pelo Tribunal ao prolatar o acórdão recorrido, que a Antaq não exerce qualquer controle sobre os valores recolhidos a título de THC.

Contudo, o Plenário entendeu que, visando solucionar as falhas existentes na regulação exercida pela Antaq, o TCU tinha determinado quais providências a agência deveria adotar. Assim sendo, a Corte de Contas não só instou o ente regulador a exercer as atribuições previstas na sua lei de criação (Lei n. 10.233/2001), mas também fixou as medidas que deveriam ser implementadas, o que caracterizou uma intervenção excessiva na esfera de competência daquele ente.

Diante disso, destaquei em meu voto que “tendo em vista a necessidade de respeitar o espaço discricionário da Antaq, cabe a ela definir esses procedimentos, competindo ao Tribunal fixar um prazo de 60 dias para que a agência apresente a esta Corte de Contas um plano de ação detalhado a ser implementado com esse objetivo.”

Em síntese, compete ao TCU induzir a agência a adotar as medidas necessárias para exercer plenamente suas competências. Entretanto, não cabe à Corte de Contas definir previamente quais devem ser essas ações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma do Estado Brasileiro redimensionou o papel da Administração Pública na prestação de serviços públicos. Reduziu o tamanho do Estado agente, ao mesmo tempo que acentuou sua função regulatória. Nesse contexto, insere-se a criação das agências reguladoras, entidades dotadas de maior autonomia financeira, administrativa e patrimonial.

O objetivo principal da descentralização em curso é a busca da prestação de serviços públicos de forma mais adequada, o que favorece seus usuários. Atua o Estado na regulamentação e fiscalização dos serviços, diretamente, mediante um de seus órgãos, ou de forma descentralizada, por meio das agências reguladoras.

Dentro dessa nova concepção de Estado, o controle ganha preeminência. Além do exame da legalidade, devem os órgãos controladores verificar a eficiência da atuação das agências reguladoras.

O Tribunal de Contas da União detém competência constitucional para fiscalizar e julgar as contas dos dirigentes das agências reguladoras. Nesse contexto, exerce o controle também sobre as outorgas dos serviços públicos a terceiros.

Quanto ao acompanhamento da execução contratual dos serviços concedidos, deve o Tribunal atuar de forma complementar aos órgãos/entidades reguladores. Em princípio, a

fiscalização das concessionárias é de responsabilidade do Poder Concedente. Entretanto, isso não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, ao realizar a fiscalização sobre a prestação dos serviços públicos delegados.

Em relação ao controle social, peça chave do Plano de Reforma do Estado em curso, deve-se convir que sua efetivação somente será eficaz se conseguir estabelecer vínculos sistêmicos com os entes estatais encarregados do controle.

No momento atual, em que a sociedade civil ainda não encontra mecanismos plenos de mobilização no âmbito da cidadania, somente técnicos especialistas, como os que compõem os quadros estatais, podem canalizar as demandas sociais. Daí a inafastável busca de integração que se espera entre os diversos tipos de controle de serviços públicos.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

VILAÇA, Marcos Vinícios. *Encontro Anual de Dirigentes do Tribunal de Contas da União*. Brasília (DF), 1996. (Informação verbal – palestra)

Reforma jurídica para o desenvolvimento da governança da ordenação pública econômica no Brasil

Carlos Ari Sundfeld

Professor titular de Direito (FGV-SP)
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Destinatários da Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica; 3 Sobre o conteúdo das normas e atos e sobre os processos administrativos de ordenação pública; 4 Sobre a organização, avaliação periódica e revisão das normas administrativas de ordenação; 5 Considerações finais: Sobre a expropriação regulatória; Referências.

1 INTRODUÇÃO

São três as tendências que, nesta apresentação, me interessam quanto aos debates jurídicos e políticos sobre regulação pública.

A primeira tendência, naturalmente forte no dia a dia dos profissionais jurídicos e dos agentes administrativos, é aceitar a regulação como ela é. Ela é vista como conjunto de fatos consumados, devendo os burocratas e advogados se ocupar de entendê-la, interpretá-la e aplicá-la de modo fiel. O regulador, aqui, mesmo quando edita normas gerais, é basicamente um juiz, que dirige e arbitra disputas caso a caso, sem visão e projeto muito próprios. Tal postura envolve a aceitação da regulação como produto inevitável dos jogos de forças dos interesses. Ela pode ser chamada de *orientação pró-regulação*.

A segunda tendência é inversa. Por princípio, é contrária às regulações, vistas como incapazes de alcançar os resultados que prometem, e também desconfiada dos reguladores, potenciais sabotadores da liberdade privada e do funcionamento normal dos mercados. É uma tendência de economistas e políticos hiper liberais, encampada às vezes por intérpretes jurídicos para combater a regulação por meio de interpretações restritivas ou argumentos de inconstitucionalidade. É razoável chamá-la de *orientação antirregulação ou pró-desregulação*.

A terceira tendência reconhece o valor potencial das regulações. Em contrapartida, é bem realista quanto aos inúmeros fatores que as desviam e desatualizam. Assim, em tentativa de composição, ela põe o foco nos instrumentos de equilíbrio e correção dos processos regulatórios. É a orientação por trás do *movimento de melhoria regulatória (better*

regulation), adotado por alguns governos para estimular mudanças nas regulações setoriais. Entre os práticos do Direito, seu efeito mais evidente é a preferência pelo uso de argumentos de natureza processual (defesa de mais instrução processual para a validade de medidas regulatórias, por exemplo).

A orientação pró melhoria regulatória foi bem sintetizada pelo Conselho da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), em sua Recomendação de 2012 sobre *Política Regulatória e Governança*, que exortou os governos a assumirem compromissos de alto nível com uma política explícita de qualidade regulatória, inclusive por meio de leis gerais aplicáveis a todas as administrações do país.

A Recomendação é enfática quanto à necessidade dessa política envolver mecanismos de coordenação entre os níveis supranacional, nacional e subnacional do governo, para promover coerência regulatória, evitando a duplicação ou conflito de normas. Para tanto, a política tem de ser capaz de identificar questões regulatórias transversais em todos os níveis do governo, promovendo a coerência entre as abordagens regulatórias setoriais ou descentralizadas. Além disso, considerando que os níveis subnacionais de governo são normalmente mais frágeis dos pontos de vista técnico e organizacional, a política nacional de melhoria regulatória tem de ser capaz de desenvolver a capacidade de gestão e desempenho regulatório desses níveis.

Para a OCDE, a política nacional de melhoria regulatória deve assegurar que os benefícios econômicos, sociais e ambientais justifiquem os custos da regulação, bem como que seus efeitos distributivos sejam considerados, maximizando os benefícios líquidos. Os reguladores devem sempre buscar formas alternativas de regulação, para identificar a melhor entre elas. Para tudo isso, é preciso que a avaliação de impacto regulatório (AIR) se torne uma obrigação geral dos reguladores.

Ademais, a política nacional deve incluir transparência e participação nos processos regulatórios, garantindo que a regulação sirva ao interesse público, bem como incorporar mecanismos e instituições que supervisionem de modo ativo os reguladores, de modo a promover a desejada qualidade regulatória. Ademais, devem existir sistemas acessíveis e efetivos de revisão da legalidade das normas, processos, decisões e sanções regulatórias.

A avaliação de riscos, a gestão de riscos e as estratégias de comunicação de risco para a concepção e implementação das regulações são também importantes para garantir que a regulação seja direcionada e efetiva.

Por fim, a política nacional de melhoria regulatória deve incluir programas sistemáticos de revisão do estoque regulatório, assegurando que as normas existentes estejam atualizadas, efetivas, consistentes, capazes de atingir seus fins e com custos justificados.

A recente Lei da Liberdade Econômica (Lei Federal n. 13.874, de 2019) veio da iniciativa de uma ala política e técnica que desconfia em princípio das regulações e das

atuações públicas, acredita de modo radical nas capacidades do setor privado e, por isso, tende à defesa do estado mínimo. Embora ao final do processo legislativo o texto da lei não tenha espelhado essa visão por inteiro – seja em virtude dos improvisos jurídicos dos responsáveis pela iniciativa, seja pelos ajustes que o Congresso Nacional fez no texto – durante a tramitação foi a visão radical que mais apareceu na retórica dos defensores do texto que acabou por vingar. Como a história segue, é previsível que novas iniciativas antirregulação surjam em curto prazo.

Na nova lei, a visão antirregulatória ficou bem evidente nos dispositivos do art. 4º que, na tentativa de conter ao máximo as mãos dos reguladores, definiu casos de “abuso do poder regulatório” (palavras são relevantes: “abusos de autoridade” são crimes, hoje tratados na lei 13.869, de 2019). Tais dispositivos da nova lei são bem abertos, com retórica ameaçadora contra as autoridades regulatórias. No art. 3º também é expressivo o emprego de força retórica em favor do espaço privado e contra reguladores ao se enunciar uma curiosa – embora confusa e, por isso, talvez pouco útil – *Declaração de Direitos da Liberdade Econômica*.

Nesta apresentação, é inevitável chamar atenção para o fato de que a luta da visão antirregulatória, que gerou a Lei da Liberdade Econômica, não é apenas contra os reguladores e seus simpatizantes mais convictos. Em alguma medida, é também contra os defensores das medidas de qualidade regulatória que, na esfera internacional, são defendidas pela OCDE, embora a nova lei tenha buscado ou simulado alguma solução de compromisso.

É interessante o art. 5º da Lei da Liberdade Econômica que, repetindo um preceito recém aprovado na Lei das Agências Reguladoras Federais (n. 13.848, de 2019), previu em seu *caput* a realização de análises de impacto regulatório, como defendido pela OCDE, mas no parágrafo único esvaziou totalmente a força jurídica dessa previsão, delegando ao regulamento dispor sobre a “data de início da exigência ... o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada”.

O notável nesse art. 5º é que, ao mesmo tempo, seu *caput* funciona como argumento quanto à existência de uma política brasileira (embora apenas federal) de melhoria regulatória (ao menos quanto às AIR), mas o parágrafo único deixa espaço para as autoridades hiper liberais – responsáveis diretas pela nova lei – usarem seu atual poder para, sem qualquer estudo técnico, eliminar com mais facilidade as regulações que julgarem inconvenientes ou excessivas.

A presente apresentação, cética quanto à orientação antirregulação que determinou a feição final da Lei de Liberdade Econômica, defende a possibilidade de, sem revogá-la, ser editada outra lei, agora sob a inspiração da orientação pró melhoria regulatória, na linha da OCDE.

Tomou como ponto de partida os diagnósticos e as propostas de pesquisa acadêmica que coordenei, no ano de 2018, quanto à necessidade e possibilidade de uma reforma normativa nacional em favor da efetiva implementação das finalidades públicas da regulação, com respeito à liberdade econômica. Na ocasião, eu e meus colegas elaboramos e apresentamos um anteprojeto com normas gerais de direito econômico.¹ Essas propostas tiveram eco no debate público logo no início de 2019, chamaram atenção para um possível caminho legislativo e para alguns conceitos jurídicos importantes (o de atos de liberação, p.ex.), mas não foram consideradas no conteúdo essencial da Lei da Liberdade Econômica, editada posteriormente a partir da improvisada medida provisória n. 881, de 2019.

A visão que defendemos é que liberdade econômica não é incompatível com as finalidades verdadeiramente públicas que inspiram a ordenação.² O equilíbrio ambiental, a coesão social, a segurança das instalações e a qualidade da infraestrutura viabilizam o exercício da liberdade – o qual, portanto, depende da existência de ordenação estatal.

O problema é que são intensas as restrições sobre a liberdade econômica e sobre a vida comum, mas ainda faltam mecanismos capazes de, em âmbito nacional e para todos os setores, evitar ou corrigir improvisos, fracassos e inadequações da ordenação. Com isso, o estado ordenador da vida privada vem se transformando em fator de inibição do empreendedorismo, da inovação, da livre competição e dos avanços de produtividade, sem contar sua baixa eficácia na realização das finalidades públicas.³

Nesse clima, surgem conflitos, confusões e abusos em torno da atuação administrativa, os quais deveriam ser evitados – tudo isso sem contar os casos de corrupção, que não são excepcionais. Ministérios públicos, juízes e até tribunais de contas são acionados para fazer algum controle a respeito e, se aqui e ali conseguem corrigir problemas e aplicar punições, em seu conjunto não ajudam muito a conter a desordem, inclusive por faltarem parâmetros mínimos e estáveis que os balizem. E aí o voluntarismo dos controladores acaba se somando ao dos legisladores e administradores públicos.

A meu ver, o anteprojeto que defendemos sem sucesso é, entre os documentos disponíveis para futuras discussões legislativas, o que se afina de modo mais completo com

¹ Ver: SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* Lei Nacional da Liberdade Econômica – para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 239-244, abr./jun. 2019. Além do coordenador, foram responsáveis pela pesquisa e pelas propostas os profs. Eduardo Jordão (FGV-RJ), Egon Bockmann Moreira (UFPR), Floriano Azevedo Marques Neto (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Jacintho Arruda Câmara (PUC-SP), José Vicente Santos de Mendonça (UERJ) e Marçal Justen Filho (ex-UFPR).

² Sobre o conceito jurídico da ordenação administrativa: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

³ O Tribunal de Contas da União vem realizando trabalho de levantamento das disfunções burocráticas do estado brasileiro que afetam a competitividade das empresas. O acórdão 634/2019 – Plenário, j. 20.03.2019, contém síntese geral a respeito, além de dados sobre disfunções na expedição de autorizações de registro de produtos e para o funcionamento de empresas.

a Recomendação da OCDE, além de ter sido elaborado com todos os cuidados técnico-jurídicos, como se deve esperar de acadêmicos experientes, bem ao contrário da referida medida provisória. Assim, se e quando o governo brasileiro entender chegada a hora de levar a sério por inteiro a visão da OCDE, será um documento de referência útil ao debate.

O anteprojeto tem por objeto as intervenções feitas com os poderes de autoridade sobre as atividades que, em função do princípio da liberdade, pertencem ao setor privado. Mas suas regras também servem, embora supletivamente (isto é, apenas para suprir eventuais insuficiências das leis específicas), para proteger empreendimentos privados que, em função de outorgas estatais (por concessão ou autorização), façam a exploração econômica de serviços públicos.

O que se propôs foi uma lei que, com breves dispositivos, impeça o exercício descontrolado da função estatal de ordenar a vida econômica privada, evitando a ineficácia da regulação e as capturas, além de garantir o ambiente vital para a atuação dos agentes econômicos, que são regidos pelo direito privado. Assim, a proposta objetiva também preservar o espaço normativo das leis de direito civil e comercial, cuja edição é de competência privativa da União (CF, art. 22, I), impedindo seu esvaziamento. Mas a proposta não vingou.

Logo após a promulgação da Lei da Liberdade Econômica, resgatando parte das soluções de nossa pesquisa e proposta acadêmica, os deputados Eduardo Cury (PSDB-SP) e Alessandro Molon (PSB-RJ) – em coerência com o ponto de vista que defenderam durante o processo legislativo e que acabou não prevalecendo – apresentaram à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 4.888, de 2019, o qual se encontra em tramitação, para dispor sobre a governança da ordenação pública econômica.

Esse texto alternativo é mais enxuto que nossa proposta acadêmica inicial – para não se contrapor ao conteúdo da Lei da Liberdade Econômica, recém editada – e tem algumas normas que, embora não tivessem sido sugeridas antes, fazem sentido no atual contexto e estão bem alinhadas com as ideias iniciais. Sua preparação envolveu a assessoria técnica dos deputados, altamente qualificada, além dos acadêmicos que estiveram envolvidos desde 2018 no esforço de, por meio de uma lei com normas gerais de direito econômico, alinhar os vários níveis de governo do Brasil aos programas internacionais pró melhoria regulatória.

Tanto nosso anteprojeto acadêmico original, mais amplo, como o Projeto de Lei n. 4.888, de 2019, sucinto, inspiram-se na ideia de que a ordenação pública brasileira precisa ser globalmente ordenada por meio de um programa nacional de melhoria regulatória permanente. Para isso, entre outras medidas, eles consideram importante impor e viabilizar a avaliação e a revisão permanentes da ordenação pela própria administração pública, com forte participação dos controles internos.

Pelo ângulo dos estímulos jurídicos, essa evolução depende da solução de uma lacuna: falta no Brasil uma lei nacional com o marco geral para o programa de ação que garanta

a permanente melhoria da ordenação. É juridicamente viável suprir a lacuna por meio de normas legais de direito econômico, com efeito vinculante para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O direito econômico inclui todas as áreas da regulação pública (urbanística, ambiental, sanitária, dos transportes, dos frigoríficos, do ensino privado, das instituições financeiras, dos preços dos medicamentos, dos seguros, da previdência privada etc.) e a Constituição de 1988 deu competência à União para editar normas gerais de direito econômico (art. 24, I e § 1º). São elas, portanto, que podem ajudar na evolução.

No contexto atual, em que já está em vigor uma problemática Lei de Liberdade Econômica, é viável ao Congresso Nacional, com base nessa competência, fazer um ajuste de rumo, editando a Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica, sem chocar-se propriamente com a lei já existente.

A presente apresentação procura, assim, chamar atenção para os pressupostos que inspiram o projeto de Lei n. 4.888, de 2019 (Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica), bem assim defender sua aprovação como passo relevante para o desenvolvimento da ordenação pública brasileira e para alinhá-la às diretrizes da OCDE. Para tanto, busca expor brevemente qual pode ser, no contexto que se vive, o conteúdo de uma lei nacional de direito econômico.

A seguir, a apresentação se divide em quatro momentos: primeiro, explica quais são os destinatários dos preceitos do projeto; segundo, destaca os dispositivos que buscam influir sobre o conteúdo das normas e dos atos administrativos da ordenação pública, bem como sobre os processos administrativos; terceiro, expõe quais são as regras relativas à organização, avaliação periódica e revisão das normas administrativas de ordenação; por fim, trata dos dispositivos que buscam impedir a expropriação administrativa de direitos.

2 DESTINATÁRIOS DA LEI DE GOVERNANÇA DA ORDENAÇÃO PÚBLICA ECONÔMICA

Os *destinatários mais diretos* da futura lei serão os órgãos, entidades e autoridades administrativas, inclusive as autônomas ou independentes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com competência de ordenação sobre as atividades econômicas e sobre outros atos da vida privada, bem como os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas.

Por um lado, o projeto prevê para eles o dever de observar normas gerais cujo objetivo é modular a ordenação segundo diretrizes mais modernas; por outro lado, impõe o dever de implantar programas de avaliação e revisão das normas.

Em coerência com a ideia de boa governança, o projeto exige que esses órgãos e entidades estabeleçam, mantenham, monitorem e aprimorem sistema de gestão de riscos

institucionais e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de práticas que possam impactar o cumprimento de sua missão e a observância da lei.

Em paralelo, para viabilizar materialmente o cumprimento desses deveres, o projeto autoriza que, em todas as etapas e providências de quaisquer processos ou procedimentos administrativos de ordenação, tais órgãos e entidades contem com apoio externo, operacional ou técnico, de entidades, empresas ou profissionais, por eles contratados segundo os critérios da especialização, integridade, independência e confiança, devendo os atos decisórios finais dos processos e procedimentos ser examinados e editados internamente.

O *segundo grupo de destinatários* públicos das normas gerais do projeto de lei são os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para quem é prevista a competência de, por decreto, para cada ente federativo: definir metas para a redução da quantidade e dos custos da ordenação pública; uniformizar critérios para a organização por temas do estoque acumulado de regulamentos, atos e orientações práticas de nível infralegal; orientar os processos de consulta pública, de definição da agenda de revisão e de avaliação da eficácia e do impacto; e, ainda, assegurar o funcionamento do sistema de gestão de riscos institucionais e controles internos.

Em conexão com essa competência das chefias do Executivo, com o objetivo de garantir o respeito das metas e demais deveres pelos órgãos e entidades destinatários, o projeto prevê que, em cada ente da Federação, órgão designado por lei ou decreto observará a execução da Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica e realizará consultas públicas periódicas a respeito, submetendo ao Chefe do Executivo seu relatório de avaliação, com propostas de correção ou melhoria.

O *terceiro grupo de destinatários* do projeto de lei são os particulares cujos direitos individuais estejam envolvidos na ordenação pública, bem assim os entes privados (associações representativas) e os órgãos públicos (Ministérios Públicos) legitimados para a defesa coletiva e difusa de direitos nesse campo.

Quanto a isso, o projeto prevê como direitos de natureza individual, coletiva ou difusa em relação à ordenação pública: requerer e obter informação e orientação adequada e clara quanto aos deveres e condicionamentos públicos a que estão sujeitas as atividades econômicas e outros atos da vida privada; obter em prazo razoável decisão clara e exaustiva quanto aos requisitos para o deferimento de pleito negado por decisão administrativa ou judicial anterior; buscar proteção contra as medidas de ordenação pública inválidas, bem como contra os métodos coercitivos ilegais ou desleais e outras práticas irregulares das autoridades; e ter acesso aos órgãos administrativos e judiciários para prevenção ou reparação de danos patrimoniais individuais, coletivos ou difusos causados pela violação dos direitos.

Além disso, o projeto prevê a inclusão, no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 1985), de nova hipótese de cabimento dessa ação, agora para contemplar os danos morais e patrimoniais causados à livre organização ou ao exercício da cidadania, da vida civil ou de atividade econômica privada, por interferência, oneração ou barreira burocrática ilegal ou abusiva, bem como por expropriação administrativa ilegal ou abusiva de direitos. Assim, viabiliza-se o uso das ações civis públicas como meio de obrigar as autoridades de ordenação a cumprirem o que dispuser a Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica, assegurando a efetividade do programa nacional de melhoria regulatória.

3 SOBRE O CONTEÚDO DAS NORMAS E ATOS E SOBRE OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE ORDENAÇÃO PÚBLICA

Para influir no conteúdo das normas administrativas de ordenação, o projeto da Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica prevê quatro deveres básicos para os órgãos e entidades por elas responsáveis.

O primeiro é adotar processos decisórios orientados pela conformidade legal, pela desburocratização e pela indicação de evidências suficientes quanto à necessidade e adequação das decisões.

O segundo dever é modular as exigências feitas aos administrados segundo a capacidade real de as autoridades públicas tomarem, de modo tempestivo e fundamentado, as providências respectivas a seu cargo.

O terceiro é, em função da experiência e das pesquisas disponíveis, classificar as atividades privadas em níveis crescentes de risco, levando em consideração a probabilidade estatística de incidentes, de danos e de outros efeitos negativos, para assim definir e graduar: a imposição de deveres e condicionamentos públicos; a preferência pela autorregulação; as políticas de liberalização; os programas e métodos de fiscalização; e as alternativas de aplicação, dosimetria, dispensa e substituição de sanções administrativas.

O quarto dever é editar, como condição prévia da atividade fiscalizatória, normas com parâmetros objetivos para identificar as infrações e para preveni-las, bem como para orientar sua repressão.

Importante destacar, por fim, outro dispositivo, este ligado aos processos administrativos. Segundo o projeto, os estados, o Distrito Federal e os municípios, quando exercerem competências administrativas de ordenação mas não tiverem normas legais próprias suficientes, deverão observar as Leis Federais n. 9.784, de 1999 (Lei de Processo Administrativo da Administração Pública Federal) e n. 9.873, de 1999 (Lei dos Prazos de Prescrição da Ação Punitiva da Administração Pública Federal).

4 SOBRE A ORGANIZAÇÃO, AVALIAÇÃO PERIÓDICA E REVISÃO DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS DE ORDENAÇÃO

No Brasil, existem centenas de milhares de leis e regulamentos administrativos federais, estaduais, distritais e municipais com intervenções públicas das mais variadas espécies nas atividades econômicas. Órgãos, agências e conselhos de fiscalização profissional se multiplicam, exercendo competências administrativas de ordenação: editar regulamentos, exigir licenças e autorizações, fazer fiscalizações, instaurar processos administrativos sancionadores, aplicar sanções, etc. Mas a eficácia global desse grande sistema não é avaliada – e, muitas vezes, os resultados são ruins ou pelo menos duvidosos.

A lacuna principal do sistema é que as medidas de ordenação das atividades econômicas não passam por avaliações técnicas sistemáticas periódicas quanto à sua eficácia e custos, com participação dos afetados e beneficiados, como devia ser, de modo a dar base para sua revisão, quando necessário.

Para o projeto de Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica, o caminho da evolução é fazer a cultura da avaliação tomar o estado ordenador por inteiro, em todos os níveis da Federação. As autoridades administrativas de ordenação devem ter o ônus jurídico da prova periódica de que suas intervenções fazem sentido e funcionam.

As múltiplas ordenações estatais sobre a vida privada não devem ser aceitas como dados naturais ou como desejáveis por princípio, tampouco podem se prolongar por simples inércia. Em si, bons propósitos regulatórios são inúteis. O que vale é a capacidade de realizar fins públicos, ao menor custo para a sociedade.

Em coerência com essas premissas, o projeto da Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica prevê três deveres básicos para os órgãos e entidades administrativas responsáveis pela edição e aplicação de normas administrativas de ordenação.

O primeiro é o dever de manter o estoque acumulado de regulamentos, atos e orientações práticas de nível infralegal organizado por temas, com a indicação expressa dos vigentes para cada tema.

O segundo é o dever de fazer a revisão constante das normas de ordenação pública para reduzir sua quantidade e os custos para os administrados e para a sociedade, sem prejuízo às finalidades públicas.

O terceiro dever é fazer avaliações periódicas da eficácia, do impacto e da atualidade de todas as medidas de ordenação pública e, quando for o caso, sua revisão.

Assim, quanto ao tópico que aqui interessa o objetivo do projeto da Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica é, para proteger a liberdade e as finalidades públicas, criar instrumentos para as medidas estatais de intervenção serem metódica e efetivamente

avaliadas, questionadas, corrigidas e, quando inadequadas, substituídas ou eliminadas. São instrumentos para assegurar que toda ordenação estatal da vida privada seja considerada sempre como experimental e provisória. O projeto acompanha a tendência internacional de criação ou reforço da obrigação de avaliação de medidas regulatórias, no contexto de programas de melhoria regulatória.⁴

O projeto cria um programa de revisão geral da ordenação pública, de âmbito nacional, para viabilizar a permanente prevenção e eliminação de problemas de eficácia, bem como das ineficiências, desvios e excessos estatais.

Impõe-se aos administradores públicos o dever de implementar amplo programa de compilação e de revisão das exigências regulatórias hoje existentes. O objetivo é dar clareza à ordenação existente, além de diminuir a quantidade e os custos da ordenação para a sociedade ou para os agentes econômicos e também eliminar excessos cristalizados, sem prejuízo da proteção das finalidades públicas. O programa de revisão terá caráter permanente, com o engajamento não só dos órgãos setoriais, mas também dos Chefes do Poder Executivo e dos órgãos centrais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, o projeto, além de trazer, ao Direito brasileiro como um todo, conceitos jurídicos consistentes para balizar as relações entre o poder público ordenador e a iniciativa econômica privada, concebeu um programa paulatino, porém constante, para a revisão regulatória em todas as unidades do estado brasileiro.

O projeto foi construído tendo como pressuposto a *temporiedade das leis de intervenção*. Em virtude do regime constitucional da liberdade econômica este é um valor essencial, que vem sendo comprometido no Brasil, distorcendo nossa organização econômica. É hora de defendê-lo nacionalmente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: SOBRE A EXPROPRIAÇÃO REGULATÓRIA

O projeto de Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica também procurou dispor sobre tema que, embora relevante para balizar a ordenação pública e proteger direitos patrimoniais, não mereceu até hoje tratamento legislativo geral: o fenômeno que, por influência norte-americana, hoje se vem denominando como *expropriação regulatória*.

Os publicistas brasileiros sempre trataram dele, mas sob as rubricas “sacrifício de direito” (usada entre os europeus) ou “servidão administrativa” (usada entre nós sobretudo em questões sobre propriedade imobiliária, como contraposição a “limitação administrati-

⁴ Para uma análise a experiência norte-americana com os programas de revisão voltados à melhoria da qualidade regulatória, ver: HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. A new executive order for improving federal regulation? Deeper and wider cost-benefit analysis. *John M. Olin Program in Law & Economics Working Paper*, n. 150, 2002.

va”). Examinei os problemas ligados a procedimento e consequências da expropriação regulatória no artigo acadêmico denominado *Revisão da Desapropriação no Brasil*.⁵ Já quanto à distinção entre, por um lado, os condicionamentos ou limitações administrativos (isto é, as regulações não expropriatórias) e, por outro, os sacrifícios de direito (isto é, as regulações expropriatórias), as discuti em meu artigo *Condicionamentos e Sacrifícios de Direito*.⁶

No projeto de Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica, a primeira previsão importante sobre o tema é que o exercício de competências públicas de ordenação sobre atividades econômicas ou sobre as propriedades privadas não poderá levar, de modo direto ou indireto, à expropriação administrativa unilateral de direitos.

Para dar conteúdo a essa proibição, o projeto define como expropriatórias as medidas de ordenação que, por suas características e abrangência, dificultem a ponto de inviabilizar o exercício de direito patrimonial constituído ou que retirem parcela substancial de seu valor.

Mas nem toda medida restritiva de ordenação está abrangida nesse conceito e regime. O projeto excetua a medida cujos efeitos restritivos possam ser compensados, de modo imediato e suficiente, por formas alternativas de exercício do direito atingido, nos termos da legislação aplicável.

Em coerência com essas disposições, o projeto estabelece que dependerá de desapropriação, com prévia declaração de utilidade pública ou interesse social, nos termos da legislação específica – e, portanto, de indenização prévia, justa e em dinheiro – a eficácia individual das medidas de ordenação que tenham caráter expropriatório, isto é, que dificultem a ponto de inviabilizar o exercício de direito patrimonial constituído ou que retirem parcela substancial de seu valor.⁷

REFERÊNCIAS

HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. A new executive order for improving federal regulation? Deeper and wider cost-benefit analysis. *John M. Olin Program in Law & Economics Working Paper*, n. 150, 2002.

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, p. 38-48, 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2425>. Acesso em: 7 dez. 2019.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Condicionamentos e sacrifícios de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 4, p. 78-83, 1993.

⁷ Para uma explicação detalhada dessa proposta legislativa sobre as expropriações regulatórias, ver a palestra do Gustavo Binenbojm: PROPOSTA para a Lei Nacional da Liberdade Econômica, 11.04.2019. [S.l.: S.n], 2019. 1 vídeo (34m50s). Publicado pelo canal SBDP Oficial. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Cm-QUUfp4IYE&list=UUAn-BqY-CsYRMA6009Xx8dg&index=5&t=0s>. Acesso em: 30 jun. 2020.

PROPOSTA para a Lei Nacional da Liberdade Econômica, 11.04.2019. [S.l.: S.n], 2019. 1 vídeo (34m50s). Publicado pelo canal SBDP Oficial. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-CmQUUfp4IYE&list=UUAAn-BqY-CsYRMA6009Xx8dg&index=5&t=0s>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* Lei Nacional da Liberdade Econômica – para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 239-244, abr./jun. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, p. 38-48, 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2425>. Acesso em: 7 dez. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. Condicionamentos e sacrifícios de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 4, p. 78-83, 1993.

A complexidade do poder regulamentar via decretos: dos limites normativos ao possível déficit democrático

Caroline Müller Bitencourt

Pós-doutora em Direito (PUCPR)
Doutora em Direito (Unisc)
Professora do Programa de Pós-Graduação,
Mestrado e Doutorado em Direito (Unisc)

Janriê Reck

Doutor em Direito (Unisinos)
Professor do Programa de Pós-Graduação,
Mestrado e Doutorado em Direito (Unisc)
Procurador federal



SUMÁRIO: **1** Introdução. **2** A atuação legislativa do Chefe do Poder Executivo a partir da figura do decreto no direito brasileiro; **3** Os limites e as possibilidades de controle do decreto regulamentar: uma questão não tão simples assim; **4** Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pergunta sobre o significado do decreto está na ponta da língua de qualquer operador jurídico, de estudantes de direito e mesmo de cidadãos mais bem informados: trata-se de um ato do poder executivo que regulamenta uma lei. Regulamentar a lei significa que o conteúdo do decreto versará sobre as minúcias que não cabe à lei detalhar, no sentido de melhor aplicação desta. Um simples esforço de reflexão levará à falta de respostas, posto que este conhecimento superficial do senso comum nem de longe responde perguntas como “qual a situação hermenêutica do criador do decreto?”, “decreto é uma “aplicação” da lei?”, “é possível dizer que o Decreto n. X regulamentou “mal” a Lei n. Y?”.

O decreto envolve uma alta complexidade no direito brasileiro, tanto sob a perspectiva dos limites de sua atuação, quanto sobre o debate acerca da sempre polêmica atuação legislativa do Poder Executivo e os possíveis déficits democráticos que poderá ocasionar, final, impossível não lembrar que os decretos (então figura do Decreto-lei) foram utilizados em abundância pela ditadura militar no período antidemocrática da história brasileira.

A principal questão é: que problema o decreto visa resolver, ou seja, qual a sua função? Há diferentes funções a depender do tipo de decreto? Esta pergunta não pode ser respondida a partir de alguma lógica, senão a da evolução do próprio Direito e da política. De fato, como não poderia deixar de ser, o decreto não é, de longe, uma exigência lógica, mas sim fruto de uma evolução histórica visando responder certos problemas. Assim como a palavra “decreto” carrega toda sua tradição histórica, especialmente quanto a sua aplicação no direito brasileiro.

Assim, o decreto enquanto ato normativo do Poder Público, neste trabalho será observado a partir da sua atuação pelo Poder Executivo, por tal razão, serão abordados os chamados decretos regulamentares e também os decretos autônomos. Importante que se diga, que no âmbito de sua atuação, será imprescindível que se compreenda suas diferentes formas de controle, a partir também do estabelecimento dos limites de atuação em cada espécie normativa.

Outro ponto sensível a esse estudo é justamente o debate democrático, afinal, também, a tradição revela que é no Poder Legislativo que os cidadãos exercem sua autonomia de autoconvencimento, transformando programas políticos de vinculação da sociedade na linguagem do Direito e, procurando, com isto, dar-lhes uma estabilidade momentânea, até serem substituídos por outro programa.¹ O Poder Executivo é lócus de execução da lei e, como tal, deriva sua legitimação das leis – estas sim legítimas porque fruto da autonomia do cidadão. Daí a razão pela qual não se legitima a atividade do Executivo, apenas a pessoa de seu comandante. A legitimação das atividades do Executivo é, deste modo, indireta.

2 A ATUAÇÃO LEGISLATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO A PARTIR DA FIGURA DO DECRETO NO DIREITO BRASILEIRO

A figura do decreto, seja autônomo ou mesmo regulamentar, costuma ser definida como um ato normativa de incumbência do chefe do Poder Executivo, diferenciando-se quanto a sua classificação como um ato normativo primário² ou um ato normativo secundá-

¹ Note-se que o decreto regulamentar evidentemente não está nos atos normativos albergados no art. 59 da Constituição Federal e, por tal razão, não integra as fases do processo legislativo. Sobre as frases do processo legislativo no Brasil ver em: GONÇALVES, Fernando Bernardo. O processo legislativo na Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 381.

² É um típico ato normativo primário a Lei ordinária, a qual se submete ao processo legislativo em todas as suas fases. Como regra geral, edita normas genéricas e abstratas que decorrem da Constituição, como “fruto da decisão de um órgão do Estado de instaurar direito novo”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226.

rio.³ Evidente que apesar da abordagem ser jurídica, há que se refletir acerca do papel e de sua função sob a lógica e observação política também da figura do decreto.

O fundamento de validade do decreto normativo, como não poderia deixar de ser, encontra respaldo constitucional no art. 84, IV.⁴

A tradição, no direito brasileiro, sempre fora a de que os decretos normativos só poderiam ser os decretos executivos, isto é, aqueles referidos na parte final do inciso IV do art. 84: “para sua fiel execução” [da lei]. A Emenda Constitucional n. 32, cuja intenção declarada fora desburocratizar a Administração Pública, reviveu os decretos autônomos, isto é, decretos que podem criar ou extinguir direitos (no caso, organização da Administração Pública, e extinção de funções e cargos públicos, quando vagos). Tal figura embora muito interessante, especialmente por ser considerada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal um ato normativo primário, portanto, passível de ação direta de inconstitucionalidade, não será objeto de análise nesse trabalho

Se questionado em que consiste a figura do regulamento, a dogmática jurídica responderia prontamente: “Regulamento é a norma jurídica de caráter geral, editada pela autoridade administrativa, em matéria de sua competência, conferida pela *lei formal*, com o objetivo de facilitar-lhe a aplicação”.⁵ Ou seja, note-se que a primeira referência básica, é justamente observar os limites desse poder regulamentar atrelado a fiel execução da lei, afinal, o primeiro problema que o decreto terá de enfrentar é o problema da aplicação.

Observado pela perspectiva democrática, observa-se que a margem de atuação política, por mais que em tese seja menor, afinal a sua atuação criativa já estaria limitada por outro ato normativo, no caso, a Lei, também é verdade que o decreto afasta a caracterização da construção legislativa em sua faceta mais democráticas, aberta a debates e interlocuções com a esfera pública, haja vista sua caracterização se dar de forma bastante unilateral.⁶

³ Importa já referir que esses são atos que derivam imediatamente dos atos primários (ex: Lei), de quem dependerá sua validade jurídica, em uma perspectiva de legalidade. Para Ferreira Filho: “Também neste nível cabe distinção entre atos gerais – dos quais os regulamentos são o melhor exemplo e particulares (individuais) de que são típicos atos de aplicação de normas gerais, a determinados indivíduos, pessoalmente indicados. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo legislativo*. Op. cit., p. 225-226.

⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999. p. 238.

⁶ [...] opostamente às leis, os regulamentos são elaborados em gabinetes fechados, sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou mesmo dos segmentos sociais interessados na matéria. Sua produção se faz apenas em função da vontade, isto é, da diretriz estabelecida por uma pessoa, o Chefe do Poder Executivo, sendo composto por um ou poucos auxiliares diretos seus ou de seus imediatos. Não necessita passar, portanto, nem pelo embate de tendências políticas e ideológicas diferentes, nem mesmo pelo crivo técnico de uma pluralidade de pessoas instrumentadas por formação ou preparo profissional variado ou comprometido com orientações técnicas ou científicos discrepantes. Sobremais, irrompe da noite para o dia, e assim também pode ser alterado ou suprimido. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 321.

Não é possível comparar-se a legitimação alcançada pelos processos de formação da lei e do decreto, por mais defeituoso que seja o primeiro e virtuoso que seja o segundo: o *déficit* de legitimidade é insuportável. Daí que a ideia, aferrada, com razão, na dogmática, de que o regulamento deve ater-se à lei. A ideia de que a autonomia se expressa em *leis* do legislativo, e que determinadas conquistas evolutivas, nesta linha, devam ser preservadas,⁷ fundamentam também conceitos fundamentais, quais sejam, o de Princípio da Legalidade⁸ e Estado Democrático. Ambos são conquistas evolutivas que se tornaram estruturas e programas fundamentais do Direito, quase que se tornando símbolos deste.

Aqui a abordagem evidentemente é política, no sistema de formação das leis no direito brasileiro há uma série de freios e contrapesos no seu processo de formação, sujeitando-se a revisões pelas casas legislativas no caso federal, bem como a análise das comissões e posteriormente a veto e sanção por parte do Executivo. Mesmo a necessidade de ter de expor as razões do projeto e mesmo a defesa em caso de argumentos contrários durante as deliberações legislativas, tende a enriquecer sua construção também na perspectiva da sua fundamentação e legitimidade democrática. Assim, sob o manto da legalidade, é preciso que o Poder regulamentar do Executivo, mantem-se como “o ato *estritamente subordinado*, isto é, meramente subalterno e, ademais, *dependente de lei*. [...] Daí que, em nosso sistema, *de direito*, a função do regulamento é muito modesta.”⁹

Sabe-se que na tradição do uso de decreto no direito brasileiro, nem sempre foi assim, basta lembrar da figura dos Decretos-leis. Tal figura amplamente utilizada na história brasileira em períodos antidemocráticos, marcados pelas Constituições especialmente de 1937 e de 1967. Mais, a ideia de que o Executivo apenas pode regulamentar a lei reside na conquista evolutiva, plenamente fundamentável, do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, na atual conjuntura pós Constituição de 1988, a atuação do Poder Executivo na formação dos decretos regulamentares deve estar inserida no contexto da legalidade e da democracia, “isso que explica o facto de, na actualidade, não se conceberem regulamentos independentes que, pelo menos, não tenham fundamento legal no que respeita à matéria a regular”.¹⁰

⁷ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no Direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre S. de; MARQUES NETO, Floriano de A. (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁸ Evidente que aqui o conceito de legalidade não deve ser apenas observado pela sua simples vinculação com a lei, nas lições de Aragão é necessário se ter presente em que medida acontece essa vinculação. ARAGÃO, Alexandre S. de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, abr./jun. 2004. Embora o tema da vinculação e discricionariedade seja bastante relevante, não será objeto central desse trabalho no tocante as possibilidades de controle do abuso do poder de regulamentar.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 296.

¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 716.

Até aqui, pode-se concluir, rasteiramente, que faz parte da compreensão do atual Estado Democrático de Direito a ideia de que a criação da norma é um, ou pelo menos, uma tentativa, de um exercício da autonomia. Mal ou bem, isto é feito dentro do âmbito onde debates são levados a efeito, o Poder Legislativo. Não pode o Poder Executivo criar leis, posto que não é o foro competente – afinal, dentro do Poder Executivo, pelo menos dentro da atual organização, não há debates plurais no que toca à elaboração do decreto.

Não é necessário muito dissertar acerca das dificuldades de se criar normas suficientemente “precisas” no Poder Legislativo. Além de uma empreitada impossível, a vagueza normativa é parte do jogo político. Além disto, estratégia para prolongar a vida das normas. Somam-se estes fatores com a necessidade de ação por parte dos poderes públicos e a consagração da legalidade “genérica”,¹¹ além de um progressivo incremento da atividade administrativa, e tem-se como resultado um amplo espaço aberto para a “regulamentação”. Trata-se de uma necessidade histórica e funcional: pelo menos dentro do Direito Administrativo, é praticamente impossível concretizar políticas públicas e demais programas sem os procedimentos¹² de sua materialização:

Regulamentação – Trata-se do poder de regulamentar (*power of ordinance* do direito constitucional inglês); no Brasil, tal poder dissimula, por vezes, a delegação legislativa, vedada pelo art.36, § 2º. A Constituição francesa do ano VIII, art. 44, estatuiu que o governo proporia as leis e faria os regulamentos necessários para lhes assegurar a execução. Nela foi que se inspirou, nesse ponto, a Constituição imperial do Brasil. A Constituição da República Argentina (art. 86, § 2º) ao tratar do assunto, recomendara ao Presidente da república ter o cuidado de “não alterar o espírito” das leis regulamentadas “com exceções regulamentares”.¹³

Aos poucos, a diferenciação entre poderes torna-se tal, e a atividade de regulamentação, tão consagrada, que a atividade regulamentar configura-se como uma “prerrogativa” do Poder Executivo, inviável de ser atacada pelos outros poderes. A crescente complexidade da atuação dos poderes governamentais torna transparente uma visível maior quantidade de atos do Poder Executivo, atos de cunho “geral”, e não “material”, assim “pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução”.¹⁴

¹¹ Isto é, a ideia de que os poderes públicos devem pautar por normas pré-estabelecidas, não necessariamente “Leis”.

¹² Tomados aqui no sentido de sucessão de atos.

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. VII. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 411.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 102.

Talvez seja temerário afirmar que houve uma tendência, ou que esta tendência se mantém, de *transferência* da atividade de legislar do Poder Legislativo ao Executivo. É visível que na maior parte dos países, senão na totalidade, há incremento tanto na produção de “leis” quanto de “regulamentos”, pelo menos do século XIX em diante. De todo modo, é verdade que há uma maior produção normativa executiva e uma crescente realocação das tensões jurídicas em direção ao Poder Executivo, no que talvez adquira alguma proeminência. É curioso, posto que a autocompreensão do Estado Democrático de Direito imputa ao Poder Executivo a tarefa de executar materialmente as normas. Contudo, isso não é tão simples. Daí a existência da atividade de regulamentação e sua incorporação na tradição dogmática, como essencial a regular atividade jurídica.¹⁵

Tanto é assim que o Decreto é prontamente posto no sistema piramidal, adquirindo validade da norma superior.¹⁶

A atividade regulamentar, deste modo, é posta junto a uma atividade legislativa *latu sensu* do Poder Executivo, e é justificada no sistema de freios e contrapesos. O Poder Executivo assume a tarefa de editar normas gerais. Pode fazê-lo tanto originariamente (o que a tradição dogmática chama de “regulamentos autônomos”) quanto de maneira derivada, regulamentar. O Poder Executivo opera, portanto, em uma lógica semelhante à do Poder Legislativo, o Poder Executivo não faz nada imediatamente;¹⁷ põe, de outra banda, programas que serão seguidos. O Poder Executivo não age motivado também por um “caso” específico: os fatos relevantes são a edição de uma lei, seu dever normativo de regulamentar e os fatos que motivaram a referida a lei a regulamentar.

¹⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. *O regulamento no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 115: “A faculdade de regulamentar provém de um poder próprio da Administração Pública”

¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 239: “Na hierarquia das normas, representam os *regulamentos* o grau mais alto na esfera administrativa, logo abaixo das normas legais, sendo a complementação destas. Pelo nosso sistema constitucional, são os *regulamentos* aprovados por *decreto executivo* e a sua amplitude só encontra limites nos textos legais regulamentados”.

¹⁷ Uma abordagem simplista e não complexa da atividade de regulamentar pode conduzir a sua real dimensão de interpretação e aplicação do direito: “Nesse sentido, a Administração seria mera executora de decisões tomadas de modo completo pelo legislador, restando-lhe pouco ou nada a acrescentar, na medida em que a inovação por regulamento lhe é vedada. Esse posicionamento parece-nos, se não inteiramente equivocado, ao menos insuficiente. Seja porque nem o art. 5º, II, CF traduz o princípio da legalidade em sua completude, nem o poder regulamentar se encerra na dicção do inciso IV, art. 84, CF; seja por não levar em conta as modificações sociais e técnicas que vêm produzindo uma sociedade cada vez mais plural e complexa, insuscetível de ser normatizada de forma ampla e exclusiva pela lei formal aprovada pelo Parlamento”. DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. *Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 89, n. 1, p. 144-166, jan./jun. 2017. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br > ojs > index.php > rda > article > viewFile](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile). Acesso em: 30 nov. 2019.

Materialmente, o regulamento se assemelha à lei, pois, como ela, está voltado a uma série indeterminada de situações ou pessoas. Dela, entretanto, se afasta pelo *regime jurídico* que o rege, já que, como repetidas vezes acentuaremos, está hierarquicamente submetido à lei¹⁸.

Todas as perplexidades que envolvem o Poder Legislativo (como é possível leis “gerais”?) acorrem também ao Poder Executivo. Não se pode, idealisticamente, fechar os olhos para a realidade: a despeito das dificuldades, o Poder Executivo entende a lei, regulamenta-a, os servidores compreendem a lei e o decreto, e agem conforme estes. Fechar os olhos a esta realidade é fechar-se em um mundo que se pretende crítico, mas que na realidade é meramente uma manifestação de chauvinismo intelectual, tantas vezes inspirador de um ceticismo artificial, nozes fora o seu terrível ônus de prova: teriam de provar que as pessoas “imaginam” que compreendem o decreto e a lei.

A atividade legislativa¹⁹ do Executivo, no Brasil, manifesta-se através de Medidas Provisórias, Leis Delegadas e Decretos Regulamentares, mas também desde a edição. Os dois primeiros veículos estão inseridos dentro da Constituição como espécies legislativas, e, salvo restrições constitucionais, podem criar direitos e obrigações livremente. Para os fins deste trabalho, contudo, essa temática não interessa. Interessa, isto sim, a figura “decreto”.

O decreto é um tipo de ato, formal, advindo do Poder Executivo.²⁰ Geralmente é observado mais da perspectiva do Direito Administrativo que do Direito Constitucional. Assim, os juristas, se instados a responder qual a “natureza jurídica” do decreto, provavelmente a maior parte responderá que se trata de um ato administrativo, e não de uma espécie legislativa.

Os decretos podem ser “gerais” ou “particulares” (materiais). No caso do decreto particular, assume uma forma do tipo “Nomeie-se Maria para o Conselho tal” ou “Exonere-se José”. Trata-se aqui meramente de manifestações do Poder hierárquico ou disciplinar da Administração Pública. Não é também este o tipo de decreto a preocupação do trabalho. Interessa a manifestação do Poder Normativo.

Nesta toada, o Direito cria um problema que ele tem de responder. O decreto parece ser uma categoria fundamental para dar conta das demandas da política e da administração. Mas esta solução cria uma série de outros problemas. O principal deles é o da vinculação do decreto executivo à lei²¹. Isto será deixado para mais adiante. Estas questões serão meramente exploratórias, para deixar clara a dimensão da problemática.

¹⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. *O regulamento no Direito brasileiro*. Op. cit., p. 8.

¹⁹ “Legislativa” aqui tomada não no sentido técnico-jurídico, mas sim no de oposição aquele de atos concretos.

²⁰ Existe também a figura do “Decreto Legislativo”, que não vem ao caso neste trabalho.

²¹ Para Meirelles que, “sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar, a lei, dentro dos limites por ela traçados.”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 108.

A primeira questão é: para quem o decreto é dirigido? A doutrina usualmente tem uma interpretação restritiva, apontando que o decreto volve-se à Administração Pública:

Os regulamentos contêm comandos dirigidos, não aos indivíduos, que só devem obediência à lei (art. 153, §2º da CF), mas aos órgãos do Poder Executivo, subordinados hierarquicamente ao Chefe da Administração Pública. Não produzem, pois, efeitos junto aos particulares; endereçam-se, sim, aos funcionários executivos, que produzam as normas individuais.²²

Não tão simples. Os decretos apontam, em geral, sim, à Administração Pública. Isto é bem verdade em ramos do direito tais como o Direito Previdenciário, Tributário e Administrativo. Mas o decreto também estabelece a forma como direitos e obrigações, além da explicitação de significados, advindos da legislação previdenciária, tributária e administrativa serão exercidos pelos particulares; neste sentido, não há dúvidas que os decretos, mesmo nestes ramos, estabelecem comportamentos para os particulares. Mas a realidade é ainda maior: vê-se decretos regulamentando o Estatuto da Terra, a Lei de Duplicatas, cheques, microempresa, juizados especiais, descanso semanal remunerado, aprendizes, lei de acesso à informação, lei da migração etc., enfim, parece não haver ramo do Direito que escape à atividade regulamentar do Poder Executivo, a despeito da opinião doutrinária. Esta pergunta acima se liga à pergunta de se o decreto cabe em qualquer ramo do direito. Novamente a resposta é a mesma: a doutrina vincula o decreto às atividades administrativas; na prática, há uma plêiade de decretos regulamentando as mais diversas atividades, como citado. Um ingrediente que aumenta a dificuldade é o de que uma série destes decretos foram elaborados nas ordens constitucionais anteriores. Persiste a dúvida se a ordem constitucional inaugurada em 1988 recepcionaria decretos regulamentando direitos trabalhistas, por exemplo. De todo modo, não é fácil alcançar, à primeira vista, uma solução constitucional, posto que a norma constitucional aponta que o decreto regulará leis, sem dizer *quais tipos* de leis.

A doutrina é pouco aprofundada na discussão se existe ou não um *dever* de regulamentar. Se, de um lado, o Poder Executivo é independente, de outro, ele não pode ter o poder de deixar ineficaz uma dada norma, pois aí seria invadir as atribuições do Poder Legislativo. Interessante é o lado contrário deste debate: quais os limites de autonomia da própria Administração, isto é, até onde ela pode resistir à legislação? Este debate liga-se aos limites da divisão de poderes, onde ao Legislativo é vedado criar leis individuais e levar a efeito atos materiais, competências que são reservadas ao executivo. São decorrências destes limites o direito do Poder Executivo de auto-organizar-se, elaborando sua estrutura interna e planejamento governamental. Exemplo disto são as reservas de iniciativa de lei ao Poder Executivo presentes na Constituição. Mas casos há onde a Lei não interfere com a estrutura do Poder Executivo, sendo saliente que a falta de um decreto regulamentar prejudica a própria lei.

²² CARRAZZA, Roque Antônio. *O regulamento no Direito brasileiro*. Op. cit., p. 8.

3 OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DE CONTROLE DO DECRETO REGULAMENTAR: UMA QUESTÃO NÃO TÃO SIMPLES ASSIM

Haveria um outro debate interessante quanto pensamos na administração pública e sua atuação sob a ótica do interesse público, trataria de um PODER-DEVER de regulamentar ou um DEVER-PODER²³ da administração pública, considerando que a regulamentação trouxesse mais segurança a aplicação da lei ou mesmo mais proteção ao interesse dos administrados?

Uma das questões importantes que se pretende ver enfrentada é o da necessidade de regulamentação. Existe algum tipo de lei, pelo modo de sua apresentação, que necessita ser regulamentada, e outro tipo, que não? A doutrina responde que sim, há diferentes graus de densidade da norma.

Roque Carrazza, por exemplo, pensa que apenas leis não autoaplicáveis merecem regulamento: “podemos, pois, dizer que, no Brasil, o regulamento é um ato normativo, unilateral, inerente a função administrativa, que, especificando os mandamentos de uma lei não autoaplicável, cria normas jurídicas gerais”.²⁴ Leis autoaplicáveis seriam aquelas que não necessitam de maiores explicações, como o Código Civil e as leis penais. Também é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello.

A Constituição prevê os regulamentos executivos porque o cumprimento de determinadas leis *pressupõe uma interferência de órgãos administrativos* para a aplicação do que nelas se dispõe, *sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta*.²⁵

Daí porque a maioria dos doutrinadores preferir dizer que o decreto é apontado para o Administrador público, e não para o público em geral. Afinal, é o Administrador público que deverá materializar a lei. Difícil para a doutrina admitir dois fenômenos conjuntos: a supremacia da lei e a possibilidade de o decreto obrigar particulares. Como se opera em um nível lógico de observação única, não é possível, para a doutrina, admitir a lei valer mais do que o decreto, e, ao mesmo tempo, o cidadão ser obrigado a ambos. Ou um, ou outro. Obviamente que tal descrição destoa da prática jurídica, motivo pelo qual é necessário encontrar observações mais complexas.

Interessante questão é a de que se é possível encontrar uma solução modalizada em sim/não para a questão de se a atividade regulamentar é discricionária. Significa refletir

²³ O conceito de dever poder é no sentido extraído da obra de: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit.

²⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. *O regulamento no Direito brasileiro*. Op. cit., p. 14.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 303.

se o Poder Executivo pode regulamentar de qualquer maneira, ou há uma maneira ótima de regular, ou se depende, e em que casos.

A atividade regulamentar é discricionária.²⁶

Para o referido autor, onde não houver espaço para a atuação administrativa, descaberá decreto; do mesmo modo, quando toda a lei for vinculante. Na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, a atividade regulamentar,²⁷ de outra banda, é *necessária* não por imperativos linguísticos, mas por força de uniformização do trato para com o cidadão: “Sem estes padrões impostos na via administrativa, os órgãos e agentes administrativos guiar-se-iam por critérios díspares ao aplicarem a lei, do que resultariam tratamentos desuniformes aos administrados”.²⁸

Parece, contudo, que mesmo diante a tentativa da doutrina de aclarar a margem de atuação e conseqüentemente os limites do decreto, a questão permanece complexa. De fato, existem âmbitos de regulamentação perfeitamente legítimos e abertos, e que permitem que a Administração Pública exerça sua liberdade. Quando os fins são postos claramente, não há porque se limitar esta liberdade, pena de interferência entre os poderes. Por exemplo, é irrelevante, na ótica do cidadão, se seu requerimento vai passar por tal funcionário, ou tiver o procedimento com “n” passos; ao cidadão importa o efetivo conhecimento de seu conteúdo por alguém competente para decidir. Este parece ser o espaço legítimo para o decreto. Mas, novamente, outras complexidades se impõem. Isso porque os procedimentos sempre estão mesclados com conteúdos, e, sob determinada observação, são também eles mesmos conteúdos. Se uma lei estabelece, por exemplo, que o segurado deverá apresentar a “documentação necessária” para que faça jus a benefício previdenciário, na teoria dominante, o decreto poderá estabelecer quaisquer documentos que sejam, de modo a inviabilizar a concessão do

²⁶ Essa parece ser a posição mais comum. Ver, por exemplo: MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 437: “Essa vedação não significa que o regulamento deva reproduzir literalmente o texto da lei, pois seria de flagrante inutilidade. O poder regulamentar somente será exercido quando alguns aspectos da aplicabilidade da lei são conferidos ao Poder Executivo, que deverá evidenciar e explicitar todas as previsões legais, decidindo a melhor forma de executá-la e, eventualmente, inclusive, suprimindo suas lacunas de ordem prática ou técnica”.

²⁷ Trata-se, portanto, de uma fonte administrativa que detalha uma lei ordinária ou complementar, tornando-a aplicável na prática. A função desse regulamento em relação à Lei é semelhante à da Lei frente à Constituição. Há casos e m que o detalhamento necessário para a aplicação da lei pelo Legislativo seria impossível ou, ao menos, indesejada, sobretudo por motivos de eficiência e de celeridade na expedição dessas normas. Em outros casos, mesmo que possível, mais adequado pode-se mostrar o detalhamento das regras legais feito por aqueles que conhecem, mais de perto, a rotina das tarefas executivas. Aqui, a utilidade do poder regulamentar consiste em evitar que o Legislativo, sem conhecer bem a tarefa de execução da lei, crie regras que impliquem em graves problemas práticos. MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto. v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561/77253>. Acesso em: 3 dez. 2019.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 305.

referido benefício. Daí a necessidade de se estabelecer meios de controle da discricionariedade.²⁹ A própria doutrina, por outras vias, combate a discricionariedade na regulamentação:

Ao regulamentar uma lei tributária não autoaplicável, o Executivo precisa interpretá-la. Em outros termos, a emissão do decreto, que veicula o regulamento, deve ser precedida, lógica e cronologicamente, de um labor exegético, ao qual não se pode furtar o Chefe da Administração Pública [...] Tal interpretação alberga dois momentos; a saber: 1) o da determinação exata da moldura que a lei tributária fixa, com todos os caminhos que, dentro dela, podem prosperar; e, 2) o da opção por um desses caminhos possíveis [...] Percebe-se, disto tudo, que a lei tributária ao ser regulamentada limita o poder discricionário de que, neste particular, está investido o Chefe do Executivo [...].³⁰

Quando a lei expressamente define algum instituto, o decreto deve se ater aquele significado. Quando a lei é vaga e permite definições, outras normas, inclusive o decreto, poderão definir os termos. Algumas vezes, parece que a norma necessariamente remete ao decreto, para que ganhe concretude.

Pontes de Miranda dá uma solução completamente diferente: quando a lei é tão vaga que deixa dúvidas, o Executivo tem de encolher-se, posto que não é sua função fazer cessar qualquer tipo de dúvida: “Onde a lei oferece dúvida, não é ao Poder Executivo que toca varrê-la”.³¹ Para Pontes de Miranda,³² o decreto tem mera função redundante-procedimental. De todo modo, a doutrina é unânime no sentido de que o decreto executivo não pode ir além das obrigações geradas na norma legal³³:

Se a regra é *impositiva*, ou *proibitiva*, isto é, de direito cogente, ao regulamento não é dado torná-la *regra dispositiva ou interpretativa* [...] O regulamento é proposto de interpretação ou conjunto de normas de direito formal administrativo. Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir [...] Vale dentro da lei; fora da lei, a que se reporta, ou das outras leis, não vale.³⁴

²⁹ Eros Roberto Grau tenta responder ao problema estabelecendo algumas distinções. “Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: i) vinculação da Administração às definições *da lei*; ii) vinculação da Administração às definições *decorrentes* – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva da lei*; no segundo, em face da *reserva da norma* (norma que pode ser tanto *legal* quanto *regulamentar*; ou *regimental*)”. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 183.

³⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. *O regulamento no Direito brasileiro*. Op. cit., p. 138.

³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Op. cit., p. 411.

³² Aliás, uns dos autores que mais profundamente comentou o tema.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 321: “São visíveis, pois, a natural inadequação e os imensos riscos que adviriam para os objetivos essenciais do Estado de Direito – sobreposse, repita-se, em um país ainda pouco afeito a costumes políticos mais evoluídos – de um poder regulamentar que pudesse definir, por força própria, direitos ou obrigações de fazer ou não fazer impositivos aos administrados”.

³⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Op. cit., p. 412.

Enfim, o ciclo inicial está completo. Dado o estado atual do Estado Democrático de Direito, entende-se que só a lei é produzida a partir da autonomia do sujeito. Regular, contudo, é necessário. Esta regulamentação, todavia, não poderá ir além do que posto na lei, senão há, aí, um ataque ao próprio Estado Democrático de Direito e à liberdade, igualdade e justiça que visa proteger. Surge, então, finalmente, a difícil questão de se saber se o decreto regulamentou adequadamente uma norma legal. Antes, contudo, outra discussão, que também ajuda a jogar luzes sobre o problema.

A discussão que emerge dos defeitos do decreto é interessantíssima. Trata-se de perguntar em quais categorias de reciclagem normativa – existentes para a autopreservação do Direito – que se encaixam os defeitos do decreto, isto é, na ilegalidade ou na inconstitucionalidade. As dificuldades são várias, principalmente a começar pela divisão mesma, visto que qualquer ilegalidade é, no final das contas, uma inconstitucionalidade. O ordenamento criou, para dar conta disto, a tese da inconstitucionalidade reflexa, que gera inúmeras dificuldades, mas é isto que se tem para trabalhar.

Algumas proposições iniciais mais fáceis, para então se alcançar maior dificuldade. É ponto pacífico na doutrina que ele não está sujeito, em princípio, ao controle concentrado de constitucionalidade, via ação direta de inconstitucionalidade. A doutrina tem então admitido, que por ser um ato do Poder Público, independente de normativo ou concreto, caberia se violar preceito fundamental, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, parágrafo 1º e Lei 9.882/99. Mas porque não refletir o debate sobre a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade. Explica-se: se o decreto contraria a lei, há uma ilegalidade, e a inconstitucionalidade é apenas reflexa. Não caberão ações de controle concentrado, e tampouco jurisdição no STF; mas ações coletivas poderão dar conta do problema, além da solução individual

Se um decreto regulamenta lei que não existe, há, aí, inconstitucionalidade, posto que não há lei para contrastar. O decreto invadiu a competência do poder legislativo. O curioso é que, neste caso, há aptidão para subida de recurso extraordinário, tendo em vista a ofensa à competência prevista em norma Constitucional. Se se interpretar de maneira ainda mais radical, o decreto sem lei sujeitar-se-á a controle concentrado, posto que o art. 102, a, da Constituição Federal, utiliza os termos “ato normativo federal”.

Na atual conjuntura brasileira, tem-se o interessante debate estabelecido, por exemplo, no que se refere ao decreto das armas que já sofreu sete alterações legislativas pelo próprio presidente, e sobre tais decretos já tramitam no Supremo Tribunal Federal ações diretas de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. Quando utilizada a ADPF é justamente por compreender que se trata de um ato normativo secundário, no qual havia extrapolado seus limites regulamentares, já a preferência pela Ação direta de inconstitucionalidade atacava a Lei 10.826/2003, pedindo o arrastamento dos feitos para o Decreto que deveria regulamenta-la. Uma outra complexidade é adicionada

à discussão. É intuitivo que, nos termos acima, o Judiciário tem poder para invalidar, pelos motivos constitucionais, os decretos. Agora, teria o Poder Legislativo tal poder? É claro que interessa ao Legislativo, enquanto organização, que as leis sejam bem interpretadas, em uma visão otimista das instituições. Isto significa que o Legislativo poder fazer este controle por si só. A Constituição Federal responde que “art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Note-se que a Constituição, deste modo, autoriza ao Poder Legislativo que proceda ao controle da legalidade/constitucionalidade dos decretos. O Poder Legislativo utilizará do instrumento normativo idôneo às questões relativas à sua competência exclusiva, que é o Decreto Legislativo. Para tanto, os legisladores terão de interpretar se o decreto bem ou mal regulamentou uma lei, e são necessário instrumentos para tanto.

Forma-se uma tensão delicada entre um Executivo que tem um poder autônomo de regulamentar, e um Legislativo que tem instrumentos para fiscalizar e neutralizar este poder. Isso vai fazer com que novamente o argumento da incompetência e invasão de poderes venha à tona, e, deste modo, haveria sempre ofensa direta à Constituição. Enfim, sempre que o Poder Legislativo sustar um ato do Poder Executivo, poderá estar sustando de maneira incorreta. Como é uma ofensa direta à Constituição, e não uma indireta, e se trata de um ato normativo, abrir-se-iam tanto as portas do Recurso Extraordinário quanto do controle concentrado. A complexidade das cadeias de observações/interpretações: o Executivo interpreta a lei, editando um decreto; operação que por sua vez será observada a partir do Legislativo, que deverá interpretar as duas normas com a edição de uma terceira (decreto legislativo) e, finalmente, a do Judiciário, que terá de fazer a leitura de tudo isto junto, além de, por óbvio, ter de realizar as outras operações inerentes à interpretação contemporânea, como levar em conta o paradigma do Estado Democrático de Direito, a supremacia da Constituição, etc.

Observando novamente o primeiro problema, qual seja, o da vinculação do decreto à lei. Pela compreensão ordinária do problema, não pode o decreto criar direitos e obrigações. Isto não pode ser levado muito a sério, posto que, assim fosse, não haveria decreto (se o decreto diz qual é a droga ilícita, gera o direito de perseguição e punir do Estado, e obrigação de não consumir a droga; se o decreto diz quais são os documentos necessários, gera ao cidadão a obrigação de trazê-los para efetivar seu direito³⁵). Talvez fosse menos temerário dizer que não é possível criar direitos e obrigações que não sejam instrumentais aos direitos postos na lei. Mas isto gera uma série de outros problemas conceituais, que não serão analisados agora.

Para que o decreto “regulamente” a lei, é necessário compreendê-la. Eis aí a delicadeza da situação. Vai-se compreender normas gerais para criar normas gerais; trocar-se-ão

³⁵ Muito embora, nesse caso, seria possível recorrer a outras categorias, como a de ônus e faculdade. Isso não evitaria o problema, de todo modo.

universais por universais – se tais categorias ainda forem de algum uso. O fato é: o decreto não resolve caso concreto algum, até porque ele não existe. O decreto não tem, contudo, aquela liberdade significativa que a lei tem em face da Constituição³⁶. Os fatos são os de conhecimento geral (usam-se drogas tais), científicos (drogas tais costumam provocar os danos x no corpo humano) e prospectivo (usualmente, os documentos “n” são aptos a gerar a prova de tal situação); não há nenhum específico. A pergunta é se é um processo de dois estágios, ou um estágio, e em que sentidos isto pode ser dito. A doutrina aponta para esta necessidade de interpretação: “Regulamentar é mais difícil do que fazer a própria lei; exige pleno conhecimento do alcance das regras jurídicas legais (o de que nem sempre tem noção clara os legisladores) e do ramo do direito em que a lei mergulha”.³⁷

Compara-se a atividade regulamentar com a do intérprete doutrinário:

O poder que tem o regulamento não é mais, intrinsecamente, do que o do intérprete doutrinário, e, às vezes é menos [...]³⁸. [...] A interpretação que o Executivo dá a uma lei tributária, ao regulamentá-la, é tão passível de críticas como a que despede qualquer doutrinador, por maior que seja sua idoneidade intelectual. A única interpretação que vincula a todos é a realizada pelo Poder Judiciário³⁹.

Para a doutrina, deste modo, o feitor do decreto terá de interpretá-lo não como um juiz, mas sim como um intérprete doutrinário, sem a pressão do caso. Parece estranho, posto que é a mesma doutrina a dizer, com exceção de Pontes, que a Administração Pública tem discricionariedade para regulamentar. De todo modo, a intuição principal parece justa: a de que Executivo é um intérprete do texto. Nem poderia deixar de ser, visto ser irresponsável a pergunta de quando não há interpretação. De todo modo, com certeza, e a doutrina aponta isto com certa razão, muito embora com muita ingenuidade, os legisladores trabalhem com uma plêiade muito maior de textos possíveis e de convencimento recíprocos; o legislador responde à pergunta, enfim, da razão prática: “que devemos fazer?” Tudo indica que o material com o qual o Executivo está autorizado a trabalhar é muito menor, mas isto é uma hipótese a ser confirmada ou refutada mais adiante.

De toda forma, o regulamento possibilita os enlaces comunicativos, que outro modo seriam possíveis, mas caóticos. Reduz, assim, as possibilidades significativas possíveis, na missão constitucional de permitir a execução da lei mesma. “Regulamentar é editar normas que se limitem a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto à atividade humana, cria meios que sirvam à atividade humana para melhor se entender o texto”.⁴⁰ O decreto é, enfim,

³⁶ Que é outro processo delicado de compreensão.

³⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Op. cit., p. 411.

³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Op. cit., p. 412.

³⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. *O regulamento no Direito brasileiro*. Op. cit., p. 165.

⁴⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Op. cit., p. 411.

um potencializador da comunicação entre lei e destinatário, e, conforme a autocompreensão do Estado Democrático de Direito, a isto deve se resumir.

Finalmente, Pontes chega a uma conclusão sábia, porém utópica, se levada às últimas consequências: “Quanto menos se regulamenta, melhor”.⁴¹ E veja-se tal máxima não seria atribuída apenas ao Poder Regulamentar, pois Ferreira Filho em sua clássica obra do Processo Legislativo já alertava que a constante mudança das leis ou excesso de produção legislativa, mesmo que advinda de sua forma mais democrática como a Lei ordinária, repercute constantemente sobre as relações sociais e afeta existências individuais: “Com isso o mundo jurídico torna-se uma babel. A multidão de leis afoga os juristas, esmaga o advogado, estonteia o cidadão, desnorteia o juiz. A segurança das relações sociais, o principal mérito do direito, se evapora”.⁴² Não é, pois, a compreensão dos nosso Chefes do Executivo pós redemocratização constitucional, a exemplo do atual presidente da República⁴³ que tem abusado de seu poder de regulamentar, gerando mais de 41 ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, afinal, o número de decretos completados seis meses do primeiro ano de mandato é de 237 até junho de 2019.⁴⁴ Eis a configuração do abuso do poder de legislar:

Comportamentos violadores das regras do jogo político muitas vezes não são percebidos como desviantes pela sociedade, ou são tolerados em nome do apelo a formas de legitimação vinculadas a argumentos irracionais (tradicional ou carismática). Invoçam-se as razões do Estado, os imperativos econômicos, governabilidade ou outros conceitos indeterminados.⁴⁵

Quem perde com tudo isso é a democracia e o esvaziamento dos espaços de deliberação e representatividade popular, ou seja, todos nós.

⁴¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Op. cit., p. 411.

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo legislativo*. Op. cit., p. 35.

⁴³ Publicada a seguinte declaração do presidente pelo Jornal Zero Hora: “Com a caneta, eu tenho muito mais poder do que você”, diz Bolsonaro a Maia. FERNANDES, Talita. “Com a caneta, eu tenho muito mais poder do que você”, diz Bolsonaro a Maia. *Jornal Zero Hora*, maio 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2019/05/com-a-caneta-eu-tenho-muito-mais-poder-do-que-voce-diz-bolsonaro-a-maia-cjw8kzsb900j001lxxv8f2ecw.html>. Acesso em: 1º dez. 2019.

⁴⁴ Matéria publicada na Revista Exame. BOLSONARO edita recorde de decretos desde Collor. *Exame*, jun. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/bolsonaro-edita-recorde-de-decretos-desde-collor/>. Acesso em: 1º dez. 2019.

⁴⁵ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do poder de legislar*. Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 129.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dizer que o Poder regulamentar do decreto está solucionado ao se afirmar que há da vinculação do decreto à lei, é no mínimo amenizar o problema. Há como visto uma complexidade que envolve o Poder regulamentar, cercada pelo limite muitas vezes tênue entre criar a regulamentar, até os déficits democráticos por optar por essa forma de regulamentação, haja vista que o decreto é construído muitas vezes “a portas fechadas”. Pela compreensão ordinária do problema, não pode o decreto criar direitos e obrigações. Isso não pode ser levado muito a sério, posto que, assim fosse, não haveria decreto (se o decreto diz qual é a droga ilícita, gera o direito de perseguição e punir do Estado, e obrigação de não consumir a droga; se o decreto diz quais são os documentos necessários, gera ao cidadão a obrigação de trazê-los para efetivar seu direito. Talvez fosse menos temerário dizer que não é possível criar direitos e obrigações que não sejam instrumentais aos direitos postos na lei. Mas isto gera uma série de outros problemas conceituais, que não serão analisados agora.

Para que o decreto “regulamente” a lei, é necessário compreendê-la. Eis aí a delicadeza da situação. Vai-se compreender normas gerais para criar normas gerais; trocar-se-ão universais por universais – se tais categorias ainda forem de algum uso. O fato é: o decreto não resolve caso concreto algum, até porque ele não existe. O decreto não tem, contudo, aquela liberdade significativa que a lei tem em face da Constituição.

Em comum na doutrina brasileira encontra-se algumas premissas, tais como: I - regulamentar a lei tem sido entendido pela doutrina como uma atividade onde a preocupação é minudenciar os termos legais; II - não pode o decreto dispor de maneira “criativa”, isto é, estipulando direitos e deveres, ou dirimindo dúvidas; III - doutrina em sua maior parte, pensa o decreto de maneira mais liberal ao Executivo, de modo que a atividade regulamentar pode suprir as “lacunas” deixadas pela lei; IV - quando exercido de forma a extrapolar a finalidade a que se propôs, pode incorrer uma ilegalidade por contrariar a lei) ou inconstitucionalidade (quando não regulamente e comete excesso criando norma primária), ou mesmo quando dentro da legalidade mas utilizado em excesso, não deixa de configurar um abuso do Poder de Legislar, sendo que o excesso legislativo do Poder Executivo comporta um déficit democrático.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre S. de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, abr./jun. 2004.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no Direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre S. de; MARQUES NETO, Floriano de A. (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- BOLSONARO edita recorde de decretos desde Collor. *Exame*, jun. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/bolsonaro-edita-recorde-de-decretos-desde-collor/>. Acesso em: 1º dez. 2019.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *O regulamento no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999.
- DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. *Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 89, n. 1, p. 144-166, jan./jun. 2017. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br > ojs > index.php > rda > article > viewFile](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile). Acesso em: 30 nov. 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FERNANDES, Talita. “Com a caneta, eu tenho muito mais poder do que você”, diz Bolsonaro a Maia. *Jornal Zero Hora*, maio 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2019/05/com-a-caneta-eu-tenho-muito-mais-poder-do-que-voce-diz-bolsonaro-a-maia-cjw8kzsb900j001lxxv-8f2ecw.html>. Acesso em: 1º dez. 2019.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Fernando Bernardo. O Processo Legislativo na Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561/77253>. Acesso em: 3 dez. 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. VII. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do poder de legislar*. Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Novas tecnologias na Administração Pública, no mercado e na sociedade: instrumentos para aceleração da marcha ou verdadeiros entraves para a condução do Brasil e dos brasileiros rumo ao desenvolvimento?

Daniel Ferreira

Pós-doutor em Direito (IGC)
Doutor em Direito do Estado e Direito Administrativo (PUC-SP)
Professor e atual coordenador do Programa de
Mestrado em Direito (Uninter)



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Desenvolvimento pressupõe crescimento econômico socialmente justo e benigno do ponto de vista ambiental, mas não se resume a isso; 3 Compreendendo as tecnologias e conjecturando acerca de seus impactos em relação ao desenvolvimento do Brasil e dos brasileiros; 4 O papel do Estado e da Administração Pública em relação aos “avanços” tecnológicos à luz do direito pátrio vigente; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A verificação dos potenciais impactos das novas tecnologias junto à Administração Pública e ao Direito Administrativo no Brasil – e, paralelamente, junto ao mercado e à própria sociedade – pode ser examinada por diversos ângulos.

Contudo, tratar desse particular objeto de estudo mediante consideração do desenvolvimento nacional como objetivo a ser alcançado e, ainda mais, numa perspectiva propositiva e inclusiva, parece reclamar um exame diferenciado e que repercuta na análise de diferentes formas de intervenção estatal.

Elege-se, pois, a prestação de serviço de acesso (ou de conexão) à internet como objeto de investigação a partir do seu entrelaçamento com o desenvolvimento e numa perspectiva de inovação tecnológica, embora relativamente antiga. Sua escolha deriva, ademais, da imprescindibilidade de acesso à internet no cotidiano das pessoas físicas e jurídicas, de modo que investigar os efeitos do acesso – e do não acesso – há de repercutir em constatações antagônicas, no sentido de ela assumir feições de dádiva ou de quase-maldição, conforme os resultados concretos de sua fruição.

Nesse contexto, não se chegará a conclusões propriamente ditas, porque o intento é o de oferecer, ao fim e ao cabo, apenas algumas impressões, ainda que perfunctoriamente justificadas, por não ser a internet e seu acesso assuntos conhecidos em extensão ou profundidade adequadas.

2 DESENVOLVIMENTO PRESSUPÕE CRESCIMENTO ECONÔMICO SOCIALMENTE JUSTO E BENIGNO DO PONTO DE VISTA AMBIENTAL, MAS NÃO SE RESUME A ISSO

Em obra anterior, conceituou-se o desenvolvimento como “crescimento econômico socialmente justo e benigno do ponto de vista ambiental”,¹ portanto, mediante filiação ao pensamento de Ignacy Sachs. Mas o que isso quer significar, afinal?

De partida, o desenvolvimento deve ser compreendido como *crescimento econômico*, assim denotando a majoração do Produto Interno Bruto (PIB) de um dado país, o qual, por sua vez, exprime a somatória dos bens e serviços finais produzidos num dado espaço de tempo e de território. Ou seja, na medida em que aumenta a disponibilidade objetiva desses (bens e serviços) tem-se crescimento econômico.

Todavia, esse referencial, sozinho, diz pouco ou quase nada, se não quando obrigatoriamente analisado em cotejo com a população que a eles tem (ou não tem) acesso. Se o número de potenciais consumidores cresce em proporção superior à do PIB, então mesmo com incremento do PIB o cenário poderá ser de recessão econômica, pois a divisão da totalidade dos bens e serviços pela população revelará um número menor, e não maior, como se poderia equivocadamente supor. Além disso, o crescimento econômico tende, por si só, a aumentar a riqueza das pessoas originalmente mais abastadas,² maximizando o abismo entre ricos e pobres. Logo, para se avaliar se houve ou não crescimento econômico é preciso dar um passo adiante, passando-se a considerar o PIB *per capita* (PPC) como parâmetro mais indicado e como potencial referência para a qualidade de vida das pessoas.

Ocorre que a consideração isolada do PPC também não se mostra prestante para se concluir por ter havido crescimento econômico. Uma evasão acentuada de pessoas pode repercutir no aumento PPC, ainda que o PIB diminua, o que revelaria uma melhor distribuição de renda, mas não necessariamente expansão da economia. Portanto, o que realmente importa em termos de desenvolvimento é crescimento econômico em quantidade e qualidade.

¹ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 48.

² SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 97.

Isto é, aumento do PIB pari passu com melhor distribuição de renda, repercutindo (em tese) na melhoria da qualidade de vida das pessoas, concretizada mediante verdadeira mobilidade social.³

Mesmo assim o resultado do aumento do PIB e do PPC, juntos, pode não ser compatível com o desenvolvimento, bastando haver, por exemplo, diminuição considerável do número de empregos a partir da adoção de novas tecnologias, como a automação. Como por meio dela se otimizam recursos de diversas ordens, um processo fabril automatizado ou modernizado, para usar o termo empregado por Gilberto Bercovici, pode redundar em aumento de lucratividade e diminuição dos preços finais dos produtos, satisfazendo a um só tempo o empresário e uma boa parcela da população, sobretudo de menor renda,⁴ porém com evidente prejuízo aos postos de trabalho.

Logo, para se garantir o crescimento econômico socialmente justo faz-se mister melhorar a distribuição de renda e riqueza, sem sacrificar a busca diuturna pelo pleno emprego. Destarte, o único desenvolvimento admissível – como tal – é o incluyente, que “requer, acima de tudo, a garantia do exercício dos direitos civis, cívicos e políticos”,⁵ de modo a promover verdadeira e completa emancipação da pessoa humana, no sentido de libertação de quaisquer amarras e assunção de responsabilidades, inclusive de transformação da realidade em benefício próprio e dos demais, o que exige a prestação-fruição de um trabalho remunerado e em condições tais que se mostre apto a subsidiar uma vida decente, plena e gratificante.⁶

Com efeito, esse crescimento econômico, ainda quando socialmente justo, não pode se mostrar selvagem do ponto de vista ambiental, como ocorre na China, por exemplo. É dizer, o crescimento econômico também precisa ser ordenado e autossustentável, no sentido de garantir transmissão da capacidade produtiva sempre que necessário, inclusive de uma geração para outra,⁷ o que pressupõe manutenção de padrões de degradação “aceitáveis”, de modo a se **“minimizar as mudanças irreversíveis e, sobretudo, os danos irreversí-**

³ Eros Grau defende, desde 1980, que o desenvolvimento pressupõe crescimento econômico acompanhado de um processo contínuo e intermitente de mobilidade social, que faz com que as pessoas ascendam de uma condição para outra. (GRAU, Eros. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: RT, 1981. p. 7-14).

⁴ “Desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos. Não existem fases de desenvolvimento pelas quais, necessariamente, passam todas as sociedades seguindo os moldes da industrialização européia. [...] Quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas simples modernização”. (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 52-53).

⁵ SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconomia*: Op. cit., p. 39.

⁶ SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconomia*: Op. cit., p. 293.

⁷ SILVA, Solange Teles. Desenvolvimento sustentável e florestas: reflexões iniciais. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Orgs.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 395-422.

veis”⁸ ao ecossistema – o que pode e deve ser alterado sempre que inovações tecnológicas permitirem a obtenção dos mesmos resultados por alternativas menos poluentes e degradantes do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por isso, insiste-se: “de conseguinte, a sustentabilidade ambiental deve ser assumida como um freio, não no sentido de atrasar o avanço na direção do desenvolvimento, mas de dar a temperança necessária à escolha da velocidade e dos caminhos eleitos no rumo à ecossocioeconomia do amanhã”.⁹ De todo modo, desenvolvimento não se resume a isso. Como afirmado por Ignacy Sachs,

[...] a noção de desenvolvimento é central nas preocupações da ONU. Ao longo dos últimos 50 anos, ela se enriqueceu consideravelmente. A idéia simplista de que o crescimento econômico, por si só, bastaria para assegurar o desenvolvimento foi rapidamente abandonada em proveito de uma caracterização mais complexa do conceito, expressa pelas adições sucessivas de epítetos: *econômico, social, cultural*, naturalmente *político*, depois *viável [sustainable]*, enfim, último e recente acréscimo, *humano*, significando ter como objetivo o desenvolvimento dos homens e das mulheres em lugar da multiplicação de coisas.¹⁰

Por sua vez, o traço de nacionalidade em termos desenvolvimentistas pressupõe equilíbrio entre inovação e tradição, de modo que a identidade cultural de um povo seja preservada em suas plúrimas facetas (língua, modo de viver – habitação, vestimenta, alimentação etc. – e obter recursos para a sobrevivência, relacionar-se com outras pessoas etc.), a despeito da globalização desenfreada e dos avanços tecnológicos.

Em sua dimensão política, busca-se, como dito, não apenas garantir o exercício de direitos cívicos e políticos, porém integrar cada ser humano ao corpo social, de modo a permitir-lhe reconhecer-se nos demais e, por isso mesmo, engajar-se em todas as lutas necessárias para o livre desenvolvimento de cada um e de todos, bem como das empresas e da própria nação. Nesse sentido, Amartya Sen deixa muitíssimo claro que a “verdadeira” liberdade só existe para aquelas pessoas que ostentam acentuado grau de desenvolvimento, o que reclama crítica e reflexão especialmente acerca de questões econômicas, sociais e políticas. Sendo assim, resta indubitável que o desenvolvimento exprime um *plus* sobre o crescimento econômico, representado por uma concomitante mais valia qualitativa, de índole ambiental e social, pelo menos, muito embora seja a liberdade humana o principal fim, bem como o principal meio, para atingimento desse desiderato, porque somente as liberdades reais experimentadas por cada sujeito poderão servir de parâmetro para conformação do

⁸ SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconomia*: Op. cit., p. 99.

⁹ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal*: Op. cit., p. 55.

¹⁰ SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconomia*: Op. cit., p. 351-352.

seu pessoal, particularizado e voluntário destino.¹¹ E para ser livre é preciso, evidentemente e pelo menos, ter-se oportunidade de acesso a trabalho digno, de modo a permitir autossustentância e provisão singular ou associada das necessidades familiares.¹²

Mas há como ser verdadeiramente livre na sociedade (brasileira) do século XXI?

3 COMPREENDENDO AS TECNOLOGIAS E CONJECTURANDO ACERCA DE SEUS IMPACTOS EM RELAÇÃO AO DESENVOLVIMENTO DO BRASIL E DOS BRASILEIROS

Tecnologia, como qualquer outra palavra, pode ser empregada em vários sentidos. Para fins deste estudo, aproveitamos as mesmas considerações feitas por Patrícia Baptista e Clara Iglesias Keller para o fim de fixar conteúdo semântico do termo, em sentido amplo, como sendo “qualquer processo com capacidade de transformação da realidade, física ou virtual”.¹³

Dessa feita, o fogo e sua utilização – ou dominação, se se preferir – exprimem tecnologia que vem sendo utilizada pela humanidade há milhares de anos. Por outra, é possível referir ao isqueiro como um produto representativo de inovação tecnológica, e disruptiva, no sentido de ter sido ele “capaz de enfraquecer ou, eventualmente, de substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado”,¹⁴ como o palito de fósforo.

Sendo assim, são as inovações tecnológicas disruptivas que devem mais “preocupar” as pessoas, físicas e jurídicas, bem como o próprio Estado, no sentido de compreensão, exame e eventual correção de rumo dos impactos (ocorridos ou ainda antevistos como passíveis de ocorrer) nos âmbitos econômico, social, ambiental, político, institucional ou até mesmo psicológico delas decorrentes.

¹¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 76-77.

¹² “O trabalho dignifica não só por conta da possibilidade que dá ao indivíduo de alimentar a sua família, mas, também, pelo desenvolvimento pessoal que fomenta. O exercício da atividade laborativa requer, no mais das vezes, qualificação, profissionalização, técnica, ou seja, requer do trabalhador dedicação ao aprendizado de um ofício, ao conhecimento em determinado setor, e o conhecimento é instrumento a serviço da liberdade, da autonomia. É através do conhecimento que se exercita a razão”. (POPP, Carlyle; SETTI, Maria Estela Gomes. A pessoa com deficiência e seu direito ao trabalho: estrutura e efetividade. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. v. III. Curitiba: Juruá, 2010. p. 353).

¹³ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. p. 129.

¹⁴ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Op. cit., p. 130.

Na sociedade moderna, os avanços tecnológicos tendem à otimização de recursos, inclusive de pessoal, especialmente no que diz com as experiências econômicas do passado. A automação bancária é bom exemplo, no mau sentido; e duplo. Por um lado, fez encolher o número de obreiros efetivamente necessários nas unidades bancárias e, por outro, os expôs a condições laborais propiciatórias de doenças ocupacionais, como a LER (lesão do esforço repetitivo).¹⁵

Esse exemplo exprime per se a necessidade de exame das inovações tecnológicas desde o seu nascedouro, para fins de se constatar sua compatibilidade com o desenvolvimento – das pessoas (consideradas individualmente, em termos coletivos ou enquanto integrantes da sociedade em geral) e das instituições, privadas e públicas.

Dada as limitações deste artigo, elege-se uma única situação a examinar e, assim, tentar exemplificar os ganhos e as perdas que o advento da Internet (enquanto Tecnologia de Informação e Comunicação – TIC), está a produzir em termos de (des)desenvolvimento.

Tratando da “Sociedade da Informação – transformação e inclusão social”, Antonio Francisco Maia Oliveira Rogério e Eduardo Rodrigues Bazi registram que

[...] para o desenvolvimento desta Sociedade da Informação é imprescindível a integração do acesso à informação para capacitar e atualizar cidadãos para que possam competir no mercado de trabalho. A informação reduz incertezas e o acesso a ela aumenta a competitividade.

[...] à medida que os cidadãos são informados, tornam-se capazes de ações com um retorno mais confiável, lucrativo e prático. Costa (1995) afirma que: “o indivíduo em condições de adquirir novas tecnologias de informação apresenta, via de regra, maiores possibilidades de sucesso, do ponto de vista de competitividade, de qualidade e de produtividade na maioria das situações da vida”. Este ambiente informacional satura-nos com mensagens de natureza distintas; esta extraordinária expansão do conteúdo informacional da vida moderna é uma forte característica da Sociedade da Informação.¹⁶

Concorda-se integralmente tais observações. Ter ou não ter acesso a informação (“nova”, de qualidade e confiável) permite maior ou menor possibilidade de sucesso da pessoa ou da instituição em diferentes cenários, mormente econômico.

Por exemplo, não se questiona o fato de que quem tem acesso a um curso de direito numa capital de estado tem muito mais chances de se ver aprovado num concurso público,

¹⁵ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal*: Op. cit., p. 51.

¹⁶ OLIVEIRA, Antonio Francisco Maia; BAZI, Rogério Eduardo Rodrigues. Sociedade da informação, transformação e inclusão social: a questão da produção de conteúdos. *Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação*, Campinas, v. 5, n. 2, p. 115-131, jan./jun. 2008. p. 122-123.

para cargo de nível médio, do que um morador de uma pequena cidade no interior nordestino que não tem acesso a qualquer curso superior em seu domicílio.

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio-conclusão, dentre outros, permitiu a Ariane Fernandes da Conceição titular-se doutora em desenvolvimento rural, junto à UFRS em 2016, após defender a tese intitulada “Internet pra quê? – a construção de capacidades e as TIC no processo de desenvolvimento rural”. Em suas conclusões, a olhos vistos também fortemente influenciada por Amartya Sen, a autora deixou assim consignado:

No que tange ao desenvolvimento rural propriamente dito, a construção de capacidades a partir da utilização da internet oportuniza aos agricultores familiares a busca por novos mecanismos que possam promover o meio rural. A viabilidade física das TIC é uma pré-condição essencial para estabelecer a ligação desta com o processo de desenvolvimento rural, sendo necessária infraestrutura física, como acessibilidade (estradas), infraestrutura de comunicação e de energia elétrica a fim de minimizar a vulnerabilidade dos moradores rurais. Ao incentivar e proporcionar novas formas de interação social, as TIC oportunizam a expansão da liberdade das escolhas dos atores, que passam a ter a oportunidade de livre escolha na busca da melhoria de sua condição de vida e de decisão no caminho que irão seguir.¹⁷

Ou seja, nessa perspectiva o acesso à *internet* se presta a viabilizar o desenvolvimento das pessoas, das famílias e dos pequenos empreendedores no âmbito rural pela viabilização de acesso à informação e por interligar pessoas físicas e jurídicas à distância, inclusive por meio de aplicativos, como o WhatsApp. A falta dela, pois, evidencia diferentes níveis de oportunidades e revela que o acesso à internet poderia se prestar, pelo menos, a buscar reequilibrar a situação entre quem está mais perto ou mais distante da informação e das oportunidades sociais e tecnológicas, inclusive de educação à distância (EaD) em diferentes níveis e formatos.

De outra banda, o acesso à internet pode ter efeitos nem tão bons assim, para dizer o mínimo. Em tempos de modernidade líquida, em que o (parecer) “ter e consumir” assume maior importância e evidência que o “ser”, o acesso à informação tende a exacerbar o consumo,¹⁸ pois pertencer a um certo grupo requer assumir os mesmos padrões estéticos, visuais, em termos de qualidade, quantidade e variedade, o que não poucas vezes repercute em superendividamento ou diminuição de autoestima, podendo redundar em depressão, quando isso não (mais) se torna possível.

¹⁷ CONCEIÇÃO, Ariane Fernandes da. *Internet pra quê? – a construção de capacidades e as TIC no processo de desenvolvimento rural*. 2016. 208p. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Rural) – UFRS, Porto Alegre, 2016. p. 191. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/150533/001009433.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2019.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Ocorre que esse consumo também se vislumbra em relação às pessoas (e suas histórias), cada vez mais escancaradas nas mídias sociais (notadamente o Facebook e o Instragram) como potencial objeto de interesse,¹⁹ numa frenética busca por *likes* para auto-satisfação, e, ainda pior, não poucas vezes colocadas à disposição para eventual “consumo” por meio de aplicativos, como o Tinder (que cruza informações do Facebook e do Spotify para buscar aproximações de “perfil”).

Numa situação nitidamente patológica, é preciso reconhecer que há pessoas vitimadas por “dependência da internet e de jogos eletrônicos”, não por acaso figurando como título de artigo acadêmico cujas conclusões são aqui apresentadas, por sua particular importância para os fins deste artigo, e que por sua eloquência dispensam maiores lucubrações:

É evidente que a maioria dos usuários problemáticos de Internet apresenta formas exacerbadas de vulnerabilidade pessoal (baixa tolerância à frustração, alta esquivas ao dano, ansiedade social, baixa auto-estima) e que, dentre outras deficiências, a rede mundial torna-se uma das melhores formas de diminuição do estresse e do medo da vida real. Até aqui, parece haver uma concordância geral entre as pesquisas e a visão de dois dos autores deste artigo (Abreu e Góes). Entretanto, nossa crença é de que, à medida que esses internautas se refugiam progressivamente no mundo virtual e se aliviam das experiências de vida, tais comportamentos começam a exibir características muito mais peculiares e intensas daquelas inicialmente apresentadas. Portanto, nesse momento passariam a assumir uma nova forma de classificação psiquiátrica – a então denominada dependência de Internet. A essa altura, comportamentos muito específicos começam a ser exibidos, fazendo com que os indivíduos literalmente troquem a vida real pela vida virtual (dentro da Internet), pois encontram mais satisfação nesse mundo anônimo do que aquela desfrutada no mundo real (estão escondidos atrás da tela). Os dependentes de qualquer idade usam a rede como uma ferramenta social e de comunicação, pois têm uma experiência maior de prazer e de satisfação quando estão conectados (experiência virtual) do que quando não conectados. Tais pacientes não mais se alimentam regularmente, perdem o ciclo do sono, não saem mais de casa, têm prejuízo no trabalho e nas relações pessoais, se relacionam somente com conhecidos do mundo virtual etc. Dessa maneira, não seria de se estranhar que essas pessoas cheguem a ficar conectadas por mais de 12 horas por dia e atinjam, com relativa frequência, 35 horas ininterruptas de conexão; colecionem ao longo de um ano mais de quatro milhões de fotos eróticas ou recebam mais de três mil e-mails em apenas um dia. Efetivamente, muda-se a geografia de vida. Todavia, acreditamos que pesquisas futuras responderão se a Internet deve ser entendida como uma das novas síndromes psiquiátricas do século XXI ou apenas um novo campo de expressão dos velhos problemas. Em relação à dependência de jogos

¹⁹ “Numa sociedade de consumidores, tornar-se uma mercadoria desejável e desejada é a matéria de que são feitos os sonhos e os contos de fadas”. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 22).

eletrônicos, os achados dos estudos de neuroimagem e eletrofisiologia, embora bastante preliminares, sugerem uma possível base neurobiológica comum relacionada ao sistema mesolímbico, reforçando a hipótese de que o uso excessivo de jogos eletrônicos pode ser um transtorno psiquiátrico da linha das dependências. Mais pesquisas sobre a dependência em jogos eletrônicos devem ser realizadas para que se possa compreender melhor suas características clínicas, seus fatores de risco e proteção, sua relação com outros transtornos mentais e as bases neurobiológicas associadas a esse comportamento. Dessa forma, será possível formular diagnósticos mais criteriosos e planejar tratamentos efetivos e individualizados para nossos pacientes.²⁰

Por fim, cita-se o problema decorrente *fake news* na seara política, apenas a título de ilustração, tomando por base os seus efeitos em relação à eleição americana de 2016, por conta da atuação da empresa de consultoria política Cambridge Analytica, que coletou dados de quase cem milhões de usuários do Facebook – como confessado por ele mesmo – para, a partir disso, dirigir mensagens de publicidade política adaptada, com vistas a deliberadamente influenciar potenciais eleitores a votarem em Donald Trump.

Nesses referidos contextos, o acesso à internet pode facilmente se transmutar de ferramenta para o desenvolvimento das pessoas, das instituições e até mesmo de uma nação para instrumento de opressão, de precarização da saúde (física e mental) e desnaturação de instituições (como a família, a empresa, círculo de amizades etc.), além de repercutir em problemas econômicos e sociais que transcendem o espaço doméstico ou laboral, trazendo prejuízo para a coletividade, de modo que o menor acesso a ela pode funcionar como fator de evitação de desenvolvimento nas suas dimensões econômica, social, ambiental (do trabalho), cultural, política e humana, propriamente dita, dentre outras, de forma direta ou indireta.

Em suma, o acesso à internet – como ferramenta tecnológica de informação e comunicação que é faz décadas – pode ser uma benção ou uma catástrofe para o desenvolvimento, o que exige dos órgãos de Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e da própria Administração Pública redobrada atenção e tomada de providências, conforme cada caso, consoante o direito vigente.

4 O PAPEL DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO AOS “AVANÇOS” TECNOLÓGICOS À LUZ DO DIREITO PÁTRIO VIGENTE

O compromisso da República Federativa do Brasil com o desenvolvimento – das pessoas, das instituições (privadas e públicas) e da própria nação – resta escancarado no

²⁰ ABREU, Cristiano Nabuco de *et al.* Dependência de internet e de jogos eletrônicos: uma revisão. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 30, n. 2, p. 156-167, 2008. p. 164-165.

preâmbulo da Constituição de 1988, porque arrolado como razão-de-ser e objetivo do Estado Democrático que se estava fundando, assumidamente “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Não bastasse isso, reforçou-se o mesmo ideário ao se prever, no inc. II do art. 3º, garantir o desenvolvimento nacional como um objetivo fundamental da República, ao lado da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, o desenvolvimento como conceitualmente examinado encontra eco nas disposições constitucionais primeiras, notadamente as constantes do art. 3º, pois “a análise sistemática dos objetivos da República revela a busca de um crescimento econômico socialmente benigno, portanto que propicie, afinal, uma transformação social estrutural”.²¹ Ademais, o art. 5º inc. XXIX reforça as suas dimensões tecnológica e econômica como direito fundamental²² e o art. 225 exprime a sustentabilidade ambiental como imperativo constitucional, que impôs “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações”.

Em outro giro, ainda mais importante, o fato de a dignidade da pessoa humana ter sido erigido como fundamento da República (art. 1º, inc. III) leva Gustavo Justino de Oliveira a afirmar que:

em que pesem as inúmeras transformações pelas quais passa o Estado contemporâneo, com ele permanece (e no caso brasileiro por expressa previsão constitucional) o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional. E se no centro da noção de desenvolvimento encontra-se a pessoa humana, cumpre à organização estatal - mormente por meio de seu aparato administrativo - exercer ações em número, extensão e profundidade suficientes para bem desincumbir-se da obrigação constitucional de realizar um dos valores que fundamentam a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana [...].²³

²¹ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal*: Op. cit., p. 59.

²² Art. 5º [...] - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

²³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, nov./dez./jan. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 27 nov. 2019.

Sintetizando, para fins de induzir, promover e garantir o desenvolvimento nacional, o Estado Brasileiro e a própria Administração Pública podem e devem lançar mão de diferentes políticas e instrumentos, em todas as esferas da federação, conforme as necessidades vislumbradas em cada situação, o que inclui agir de modo preventivo, concomitante ou reativo, principalmente nos âmbitos legislativo e executivo, em se tratando de “avanços” tecnológicos.

E outra vez invocando como justificativa as limitações editoriais deste artigo, adota-se a questão do acesso à internet como pano de fundo para examinar as competências públicas na seara.

Para fins de intervenção no domínio econômico, o Estado pode explorar atividade dessa natureza em situações especialíssimas, atendidos os requisitos do art. 173 da CR. No que diz com a disponibilização de acesso à internet, com vistas à obtenção dos efeitos positivos para o desenvolvimento, toma-se por exemplo a Prodepa,²⁴ cujos objetivos sociais englobam, dentre outros, a tarefa de “prestar serviços técnicos de telecomunicações, processamento de dados e tratamento de documentos a órgãos ou entidades da Administração Federal, Estadual e Municipal, a entidades de direito privado e diretamente ao cidadão”, constante disposto no item III do art. 4º do seu Regimento Geral.²⁵ Logo, se efetivamente garantido o acesso à internet (de banda larga) a todos os cidadãos paraenses por meio da referida empresa pública, então o direito ao desenvolvimento instrumentalizado pelo acesso à informação e comunicação digital estaria plenamente satisfeito, assim restando cumpridas aos disposições constitucionais de 1988.

Nada obstante, ainda assim poderia haver certa celeuma, no sentido de utilidade-necessidade e, pois, acerca da legitimidade de uma unidade da federação intervir num serviço habitualmente prestado pela iniciativa privada – ainda que intermediado por entidade integrante da Administração Indireta e, em princípio, não vocacionada para a obtenção de lucros (de mercado, pelo menos); portanto, como empresa pública. A resposta, para tanto, seria objetiva e precisa: a busca pela universalização de acesso – ainda que não nos moldes de serviço público, regido de partida pela Lei n. 8.987/1995 – que se sabe jamais será atingida em regime de mercado estritamente privado por conta da falta de sustentabilidade econô-

²⁴ “Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Pará, está vinculada à Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Educação Técnica e Tecnológica (SECTET), faz parte do Conselho de Sistemas de Informação e Telecomunicações (COSIT), por meio do Decreto de no. 1.489/2016, é a Empresa responsável pela gestão e manutenção das Redes de Comunicação de Dados do Estado do Pará, por meio do Decreto de no. 796/2013, e ainda, é a Empresa que designada por propor, avaliar e recomendar as políticas e melhores práticas de TIC para o Estado, por meio do Decreto de no. 1513/2016, visando a economicidade, eficiência e eficácia dos gastos governamentais com TIC.” (PRODEPA. *Quem somos*. S.d. Disponível em: <http://www.prodepa.pa.gov.br/quem-somos>. Acesso em: 5 dez. 2019).

²⁵ PRODEPA. *Regimento geral*. S.d. Disponível em: http://www.prodepa.pa.gov.br/sites/default/files/REGIMENTO_COMPLETO-V17_20_02_12_Por_Diretoria1_0.pdf. Acesso em: 5 dez. 2019.

mico-financeira para oferta. De todo modo, sabe-se que é necessária autorização legislativa para tanto, de modo que esse tipo de “solução interventiva” não pode ser materializado pelo Poder Executivo a seu exclusivo talento.

O mesmo se pode afirmar em relação à potencial disponibilização de acesso/conexão à internet sob o manto do regime jurídico próprio dos serviços públicos. A atuação estatal assim capitulada tem sido assumida como subsidiária em face de serviços não previstos explicitamente na Constituição da República com essa feição. Logo, apenas quando indubitavelmente necessário e em relação a serviços que revelem interesse coletivo sobranceiro.

No caso do acesso à internet isso não se discute, ainda que os serviços de telecomunicações sejam de competência material da União, consoante assim previsto no inc. XI do art. 21: “XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. É que os serviços de telecomunicações não se confundem com os serviços de acesso à internet, postos que estes são assumidos por lei (não declarada inconstitucional) como uma “utilidade conexa”, um serviço de valor adicionado.²⁶

De conseguinte, mesmo quando prestado o serviço de telecomunicações de telefonia fixa mediante concessão de serviço público, o concomitante oferecimento de acesso à internet (estranhamente) não resta albergado pelo regime jurídico-administrativo, ainda que sua essencialidade na sociedade contemporânea seja incontestada e, pois, sua universalização se revelasse como de indiscutível interesse público há décadas.

Sendo assim, é preciso compreender como e em que medida o Marco Civil da Internet – a Lei n. 12.965/2014 resolveu (ou não) o problema de universalização do acesso, que se confirmou em seu bojo como condição de dignidade da pessoa humana na atualidade e instrumento apto a auxiliar na promoção do desenvolvimento pleno dos indivíduos e das instituições.

Dito marco legal trouxe novidades e previu, dentre tantas normas, algumas regras e princípios de particular interesse para os fins deste estudo, basicamente os constantes dos arts. 1º ao 4º, 6º ao 8º, aqui transcritos em partes, porém com os devidos destaques:

²⁶ Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT).

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...]

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; [...]

VI - a finalidade social da rede.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...]

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais [...]

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

I - do direito de acesso à internet a todos;

II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; [...]

Art. 6º Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...]

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; [...]

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Pouco existe a discutir acerca do conteúdo de tais comandos, eloquentes por si, os quais, entretanto, muito mais apresentam intenções do que fornecem ferramentas jurídicas operacionalizáveis para cumprimento dos fins legais mediante intervenção administrativa ou mesmo judicial. Nada obstante, a literalidade de tais disposições normativas atende aos reclamos deste artigo e confirma que o acesso à internet pode e deve contar com a fiscalização dos poderes públicos e exigir deles intervenções criativas.

Reverendo a atuação-vocação da Prodepa, não seria difícil sustentar que a prestação do acesso por meio de empresa pública se justifica na busca da mais expedita universalização da rede e a preços que se supõe compatíveis com a essencialidade do serviço até mesmo para exercício da cidadania. Dito de outro modo, os preços cobrados não podem ser uma forma de arditosamente afastar o cidadão do potencial controle dos gastos públicos, por exemplo, nem mesmo para inibir a participação na construção orçamentária.

Outra revela-se por meio do Programa Internet para Todos, do Governo Federal, que existe desde 2018 e pressupõe parcerias voluntárias com os governos locais. Dito programa está vinculado ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e tem por objetivo:

[...] prover conexão às pessoas que vivem em uma localidade de um município. No Brasil há mais de 30.000 localidades sem a conexão ou com prestação inadequada de serviço de acesso à internet.

O Internet para Todos será implementado a partir de parcerias entre o MCTIC e municípios e executado por empresas credenciadas junto ao ministério.

Para participar do programa, os municípios deverão firmar um termo de adesão com o MCTIC, no qual indicarão as localidades para atendimento. Esse termo define as obrigações do município, como a garantia de infraestrutura básica para a instalação dos equipamentos de conexão.

Os moradores das localidades indicadas pelos municípios terão a oportunidade de contratar serviços de conexão à internet oferecidos por empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, que serão credenciadas pelo MCTIC a partir de janeiro de 2018. Essas empresas poderão prover elas mesmas os serviços ou trabalhar em parceria com provedores locais para a sua efetiva disponibilidade.

O Internet para Todos não oferecerá o serviço gratuito, mas a preços reduzidos, pois a empresa tem um ônus para manter a infraestrutura de conexão. Entretanto, a empresa que atender essas localidades, por ter as garantias e isenções oferecidas pelo Programa, poderá oferecer um produto com um preço menor.

Como parte do esforço do governo federal para ampliar o acesso à internet em banda larga no país, a Telebrás, por meio do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas (SGDC), atuará na implantação do Internet para Todos.²⁷

Com esse perfil, a ingerência indireta do governo federal no domínio econômico, relativamente aos provedores de acesso à internet aperfeiçoa-se por meio de estímulo ao engajamento do governo municipal, para que em parceria deste com a iniciativa privada seja possível socializar o acesso, por meio de barateamento de preços (mediante isenções fiscais), além de buscar a sua paulatina universalização.

²⁷ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Internet para todos*. O que é o programa: S.d. Disponível em: https://internetparatodos.mctic.gov.br/portal_apt/opencms. Acesso em: 3 jan. 2020.

A ideia parece conveniente e útil, converge para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mas só o tempo dirá se ela será suficiente para atender os direitos previstos no Marco Civil da Internet ou se ainda será preciso intervir, indiretamente, mediante outros mecanismos de fomento. Na insuficiência, pela importância de tal serviço e pelo seu indubitável caráter de essencialidade, vê-se como plausível intervenção indireta regulatória, quem sabe impondo, em caráter extraordinário e em certas regiões ou para certas pessoas, com necessidades especiais provisórias ou permanentes, a prestação desse serviço agregado (de valor adicionado) como *conditio sine qua non* de funcionamento da empresa privada exploradora de atividade econômica ou de manutenção da outorga do serviço público concedido/permitido, sem prejuízo de se abrir a discussão relativamente a quem será responsável por custear o serviço, conforme disposto no §2º, do art. 61, da LGT. Crê-se que o encargo econômico deva ser dos governos e que o encargo tecnológico seja assumido pelo empresariado atuante na localidade ou região, ainda que também subsidiado pelo governo por conta da eventual necessidade de aumento da infraestrutura porventura existente. Portanto, a necessidade de acesso à internet, e como condição de desenvolvimento que é, pode ensejar intervenção estatal, direta ou indireta, que se robustece extraordinária, porém paulatinamente, em qualidade e em quantidade, conforme a concreta necessidade.

Há que se tratar, também, da situação das pessoas que não tem condições econômico-financeiras de custear o serviço, seja ele prestado pela iniciativa privada, seja ele disponibilizado até mesmo por empresas públicas. Por apenas um motivo, sem prejuízo de tantos outros, entende-se que o pagamento por tais serviços seja de responsabilidade dos poderes públicos, mais precisamente da Administração Pública. Afinal, como se exige, no Brasil, transparência administrativa como exercício da cidadania ativa e como os serviços administrativos públicos estão sendo concretizados em atos e processos digitais visando conferir maior transparência e obter economia de tempo e de recursos públicos (eficiência administrativa), então deve ser da alçada administrativa garantir *os meios e as condições* para que tal “modernização” não afete negativamente a fruição de direitos e garantias fundamentais. Como apontado por Thiago Marrara, o uso de “novas tecnologias voltadas à democratização de informações e serviços públicos sem a devida observância de aspectos sociais, culturais e econômicos corre o risco, já apontado, de restringir a cidadania e não ampliá-la”.²⁸ E isso é inconcebível, por evidente, relativamente à necessidade-utilidade de acesso à internet.

E enquanto isso não se concretizar, cogita-se de uma solução paliativa, qual seja a de se garantir que toda e qualquer repartição pública disponibilize acesso à internet de banda larga por meio de rede wi-fi de acesso ao público em geral, sem prejuízo de o mesmo ocorrer em espaços públicos abertos, como parques. Tem-se notícia de que no Município de

²⁸ MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011. p. 240.

São Paulo já há centenas de pontos em que o acesso à internet, provido pelo Poder Público, se universaliza, ainda que apenas perante a “coletividade” alcançada geograficamente pela rede.

Derradeiramente, em relação ao dever estatal de evitar ou responder aos malefícios derivados, direta ou indiretamente, do acesso à internet viabilizada por meio de serviços privados, vislumbra-se a regulação e a fiscalização (bem como seu desdobramento sancionatório, se for o caso) como ferramentas legítimas e necessárias, não podendo haver omissão injustificada nesse nicho, pelas razões fático-jurídica esmiuçadas. Entretanto, esse papel aqui importa menos, e dispensa maior aprofundamento, por não se tratar de intervenção inclusiva, voltada à ampliação do acesso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção inicial, quando do recebimento do convite para escrever o presente, era tratar dos efeitos da adoção da Inteligência Artificial na sociedade, no mercado e na Administração Pública, tendo como pano de fundo o desenvolvimento nacional. Contudo, num país continental e ainda em fase de desenvolvimento, pareceu um contrassenso pretender tratar dessa “novidade tecnológica” quando a questão de acesso (universal e economicamente viável) à internet de banda larga, embora já relativamente vetusta, ainda está longe de se resolver.

De todo modo, a investida acadêmica concretizada atendeu ao desafio proposto, no sentido de provar a necessidade de sempre se revisar o tema do desenvolvimento em suas variadas nuances, mediante consideração, exame e crítica de benefícios e malefícios (concretos ou potenciais) na sua promoção a partir de inovações tecnológicas, em especial em segmentos críticos, como alimentação, saúde, geração de energia etc. Além disso, o *case* examinado permitiu a realização de uma série de considerações e reflexões acerca da importância das inovações tecnológicas para a vida em sociedade, particularmente do acesso à internet como ferramenta apta a ampliar as competências e, pois, as próprias oportunidades das pessoas físicas e jurídicas de satisfazerem suas pretensões, inclusive de alteração de rumo, porque o facilitado acesso à informação, ao conhecimento e à comunicação amplia os horizontes ao infinito.

A internet, a bem da verdade, “aumentou o mundo”, e o acesso a ela e aos aplicativos por ela disponibilizados permitem que o outrora impensável aconteça, derrubando obstáculos de forma quase instantânea. Fronteiras físicas desaparecem. Barreiras linguísticas são transpostas com grande facilidade. Ganham-se horas no dia pelo cumprimento expedito de atividades por meio digital. Serviços são prestados por pessoas com as mais variadas deficiências. Negócios são firmados eletronicamente com garantia de autenticidade. Relações humanas podem ser mantidas à distância, permitindo interação escrita, verbal e/ou visual em tempo real.

Enfim, negar acesso a ela, direta ou indiretamente, é restringir o potencial de desenvolvimento, em particular das pessoas humanas, de modo que eventual intervenção administrativa (ou legislativa) no domínio econômico para que isso se concretize se mostra, *in potentia*, conforme às leis e ao Direito, para além de necessária.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Cristiano Nabuco de *et al.* Dependência de internet e de jogos eletrônicos: uma revisão. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 30, n. 2, p. 156-167, 2008.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Internet para todos*. O que é o programa: S.d. Disponível em: https://internetparatodos.mctic.gov.br/portaI_ipt/opencms. Acesso em: 3 jan. 2020.
- CONCEIÇÃO, Ariane Fernandes da. *Internet pra quê? – a construção de capacidades e as TIC no processo de desenvolvimento rural*. 2016. 208p. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Rural) – UFRS, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/150533/001009433.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GRAU, Eros. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: RT, 1981.
- MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011.
- OLIVEIRA, Antonio Francisco Maia; BAZI, Rogério Eduardo Rodrigues. Sociedade da informação, transformação e inclusão social: a questão da produção de conteúdos. *Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação*, Campinas, v. 5, n. 2, p. 115-131, jan./jun. 2008.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, nov./dez./jan. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 27 nov. 2019.

POPP, Carlyle; SETTI, Maria Estela Gomes. A pessoa com deficiência e seu direito ao trabalho: estrutura e efetividade. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. v. III. Curitiba: Juruá, 2010.

PRODEPA. *Quem somos*. S.d. Disponível em: <http://www.prodepa.pa.gov.br/quem-somos>. Acesso em: 5 dez. 2019

PRODEPA. *Regimento geral*. S.d. Disponível em: http://www.prodepa.pa.gov.br/sites/default/files/REGIMENTO_COMPLETO-V17_20_02_12_Por_Diretoria1_0.pdf. Acesso em: 5 dez. 2019.

SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Solange Teles. Desenvolvimento sustentável e florestas: reflexões iniciais. In: PIOVESAN, Flavia; SOARES, Inês Virginia Prado (Orgs.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Contratação temporária de professores substitutos: a problemática da “sucessividade” e o dilema das pequenas unidades administrativas

Eduardo dos Santos Dionizio

Especialista em Direito Processual Civil (Unisc)
Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
Advogado



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Necessidade de lei, necessidade temporária e a excepcionalidade do inciso IX do art. 37 da CF/88; 3 Contratação/convocação temporária de professor substituto; 4 A questão da “sucessividade” ou recontração do mesmo profissional; 5 O processo seletivo como corolário dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa; 6 A exigência de motivação como pressuposto de validade do ato de contratação temporária; 7 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

É sabido por todos que o acesso a cargos e empregos públicos¹ é em regra, a via do concurso público. Tal mandamento constitucional que guarda lugar no inciso II do artigo 37 da vigente Constituição Federal² não deixa margem para interpretações diversas, haja vista que corolário com os princípios insculpidos no caput do mesmo dispositivo e com a intenção do constituinte em assegurar a universalização do acesso a cargos públicos.

Exceção à regra guarda previsão no mesmo artigo 37, cujo inciso IX preconiza que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Fato é que, tornou-se rotina em áreas estratégicas da administração pública, nas três esferas de governo, contratações desta natureza em especial na área da educação a que se destina o presente estudo.

¹ Nas palavras de Odete Medauar, em seu livro *Direito Administrativo Moderno*, “Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, remunerado pelos cofres públicos”. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 270).

² II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

É indiscutível que educação e saúde são setores da administração que mais demandam por mão de obra, inclusive especializada, seja pelo seu caráter de política pública essencial, cuja providência é em primeiro plano do ente estatal, seja porque, dada sua abrangência, exige-se número significativo de colaboradores. Nesse contexto, nem sempre o quantitativo de servidores que compõe os quadros efetivos do órgão atende a contento a prestação do serviço público, mormente se ocorrerem situações inesperadas.

A oferta de tais serviços públicos, por se tratarem de áreas fins da administração, o provimento³ de seus cargos devem ocorrer pela via regular do concurso público. Ocorre que, há situações em que não é possível prover cargos, e isso ocorre quando seus ocupantes os deixam temporariamente para desempenhar outras funções, surge daí a necessidade da contratação temporária a fim de manter a oferta do serviço.

No âmbito da educação, inúmeros são os professores do quadro efetivo que se encontram lotados em outras funções de magistério⁴, administrativas ou até mesmo ocupando cargos eletivos. São essas vagas, somadas a outras decorrentes de afastamentos ou licenças que são cotidianamente supridas por profissionais contratados temporariamente.

Hodiernamente, órgãos de controle, especialmente os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário vem decidindo no sentido de obstar que os entes federados mantenham sucessivas contratações da mesma pessoa, sob o fundamento de que, ao agir desta forma, está a administração a ferir o princípio do concurso público.

Tal entendimento tem sido motivo de preocupações de Prefeitos e gestores da educação de pequenos Municípios, tendo em vista que, nestas unidades a oferta desta mão de obra é um tanto quanto escassa, diferentemente das grandes e médias cidades que, ao deflagrar uma seleção simplificada conta com farto quantitativo de candidatos inscritos.

No presente trabalho, muito longe de querer esgotar o tema, pretende-se demonstrar que, independentemente de quem seja a pessoa a ser contratada temporariamente, oriunda ou não de vínculos anteriores, a realização periódica de processo seletivo simplificado afasta a pessoalidade, contempla a moralidade e corrobora para a escolha de profissionais melhor preparados para o desempenho da docência.

³ Para Marçal Justen Filho, “O provimento consiste em ato administrativo unilateral, por meio do qual o Estado atribui a determinado particular a condição de titular de um cargo” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 891).

⁴ São profissionais que oferecem “suporte pedagógico” direto ao exercício da docência: direção ou administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão, orientação educacional e coordenação pedagógica. (art. 22, II da Lei 11.494/2007).

2 NECESSIDADE DE LEI, NECESSIDADE TEMPORÁRIA E A EXCEPCIONALIDADE DO INCISO IX DO ART. 37 DA CF/88

Para fins do presente estudo, necessário se faz entender o que determina o inciso IX do artigo 37, já alhures transcrito.

É de se ver que, logo de início, referido dispositivo se apresenta como norma constitucional de eficácia limitada, pendente, portanto, de regulamentação. Nesse sentido, os casos de contratação para atender a necessidade temporária, não que estar previstos em lei, inclusive quanto à excepcionalidade. Não está autorizada a administração a promover contratações temporárias de forma deliberada senão por expressa autorização legal, haja vista a precariedade da disciplina tratada no citado inciso IX.

Ao julgar a ADI n. 3662/MT⁵ o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Constituição Federal “é intransigente em relação ao princípio do concurso público como requisito para o provimento de cargos públicos” e ainda que “a exceção prevista no inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao legislador infraconstitucional a observância dos requisitos da reserva legal”. Nesse sentido, vale ressaltar que, é a lei quem vai estabelecer a excepcionalidade, a necessidade temporária, os casos e o período em que ocorrerá a contratação por tempo determinado.

Contratações temporárias realizadas de forma genérica, sem que haja a exata quantificação dos cargos, o período em que estas se darão e a clara demonstração do interesse público envolvido fere de morte o mandamento constitucional previsto no inciso IX do art. 37.

Fabricio Motta⁶ ao discorrer sobre a Lei autorizadora assevera que, “Não atende aos requisitos constitucionais a lei que meramente autoriza contratações, estabelecendo o quantitativo ou o nome dos contratados, sem a necessária caracterização do interesse (público) a ser atendido”.

Em resposta à consulta formulada pelo município de Costa Rica-MS, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul em percuciente Parecer-Consulta⁷ da Relatoria do Conselheiro Iran Coelho das Neves entendeu que “é possível a contratação temporária de professores, desde que preenchidos os seguintes requisitos: (i) excepcional interesse público; (ii) temporalidade da contratação; e, (iii) hipótese expressamente previstas em lei. Todavia, a regra para a investidura nos cargos de professores é mediante a realização de concurso público (art. 37, II; e, art. 206, V: CF)”.

⁵ ADI 3662/MT - Relator: Min. Marco Aurélio, Redator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 23/03/2017.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 87.

⁷ Parecer Consulta n. 00-10/2018. Tribunal Pleno. Relator: Cons. Iran Coelho das Neves. Julgado em 31/10/2018. Publicado no DOE-TCE/MS n. 1905 de 26/11/2018.

As condicionantes impostas pelo referido parecer guardam total conformidade com a sistemática constitucional, haja vista que se constituem em expressas cláusulas de barreira com a finalidade de se evitar que o princípio do concurso público seja desvirtuado. De forma mais detalhada ainda, o posicionamento do TCE-MS foi no sentido de que: “Cada ente federado deverá possuir sua lei própria, em sentido estrito, que defina as hipóteses de excepcional interesse público, a forma de realização do processo seletivo simplificado, e a temporalidade das contratações temporárias de professores.”.

Importa ressaltar que a necessidade reside no aspecto temporal, algo que, em um dado momento cessará, enquanto que a excepcionalidade apresenta-se como sendo algo incomum, fora da rotina do serviço público, aquilo que, se ausente, pode comprometer o interesse dos administrados. Nesse sentido, assevera Gustavo Alexandre Magalhães que: “Além de se tratar de necessidade transitória, é importante perquirir se é realmente indispensável, ou seja, se não há outra maneira de suprir a demanda gerada por fatores excepcionais, sob pena de banalização do instituto e, conseqüentemente, ofensa à exigência do concurso público”.⁸

Conclui-se, portanto, que são a “necessidade temporária” e o “excepcional interesse público” indicativos para a “contratação por tempo determinado”, de sorte que, uma vez ausente um daqueles, não faz sentido essa subsistir. Sendo assim, pode-se afirmar que a necessidade permanente deve sempre ser socorrida pela nomeação do agente precedida de concurso público.

3 CONTRATAÇÃO/CONVOCAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSOR SUBSTITUTO

A Constituição Federal⁹ estabelece que a educação é direito de todos e dever do estado e da família. Cabe, portanto, a estas instituições prover os meios necessários para que o indivíduo tenha acesso ao mundo letrado, à cidadania e à qualificação para o trabalho. Seguramente são estes os grandes objetivos da política educacional brasileira.

Não diferente dos demais, o acesso ao cargo de professor, deve ocorrer pela via ordinária do concurso público. Utilizar-se de outros meios para prover,¹⁰ em definitivo, esses cargos, viola a Constituição Brasileira.

⁸ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 134.

⁹ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁰ Provimento é o ato pelo qual o poder público designa para ocupar cargo, emprego ou função a pessoa física que preencha os requisitos legais (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. Op. cit., p. 75).

A convocação de professores em caráter temporário é uma realidade presente no âmbito todos os entes federados, haja vista a continuidade desta política pública que, a exemplo da saúde, deve ser permanente e ofertada com a máxima qualidade.

No âmbito da união federal a contratação por tempo determinado em cumprimento ao disposto no inciso IX do art. 37 da CF, está disciplinada na Lei 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Dentre seus dispositivos, a regra contida no art. 2º considera, entre outros casos, como necessidade temporária de excepcional interesse público a admissão de professor substituto e professor visitante. A exemplo da administração federal, Estados e Municípios também disciplinam os casos de contratação por tempo determinado em legislações próprias.

Importa consignar que a contratação/convocação de professores por tempo determinado difere significativamente dos demais casos que rotineiramente surgem no âmbito da administração pública, isso porque, indiscutivelmente trata-se de mão de obra especializada. Não faria sentido promover processo seletivo para recrutar professores dentre pessoas que não tenham a devida formação na área cuja necessidade se apresenta.

Inúmeros são os casos em que se faz necessário esse tipo de contratação, sem que seja pela via do concurso público. A par disso, cabe no presente estudo, estabelecer duas diferenças básicas quanto a vagas sujeitas a concurso e vagas que jamais poderão se sujeitar aos parâmetros ordinários do concurso.

A título de exemplo, as vagas que obrigatoriamente estão sujeitas a serem providas mediante a realização de certame, são aquelas que surgem pela exoneração, demissão, redistribuição, aposentadoria ou óbito. Nesses casos, a contratação por tempo determinado, quando necessária, deve cessar assim que ocorra a nomeação do servidor aprovado no concurso. Ressalte-se que, contratações sucessivas sobre cargos vacantes pressupõe burla ao princípio do concurso público.

De outro norte, é recorrente, especialmente no âmbito dos Estados e dos Municípios o preenchimento de inúmeras vagas pela via da contratação temporária, não pela vacância do cargo, mas pela ausência temporária de seu ocupante. São professores que passam a desempenhar outros cargos¹¹ ou funções na administração pública, inclusive funções de magistério.¹² Pode ocorrer ainda nos casos de licença para tratamento da própria saúde, gestante, para acompanhamento de cônjuge ou no caso de posse em cargo inacumulável.¹³

¹¹ São inúmeros os professores que são convidados a ocupar cargos de direção superior, como é o caso de ser nomeado Secretário de Educação.

¹² Nos termos do inciso II do artigo 22 da Lei 11.494/2007, são “profissionais do magistério da educação: docentes, profissionais que oferecem suporte pedagógico direto ao exercício da docência: direção ou administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão, orientação educacional e coordenação pedagógica;”

¹³ Como é o caso de alguns cargos eletivos.

Todas as vezes que o professor é alçado a outros cargos ou funções que não a da docência sua vaga deve ser suprida sob pena de comprometer o interesse público envolvido, neste caso, a continuidade das aulas aos estudantes.

Ainda sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal¹⁴ entendeu pela constitucionalidade de lei autorizativa para contratação temporária de professores ainda que os cargos estejam vagos, para atender a determinadas situações transitórias, como já dito, os eventuais afastamentos. Assim, entendeu a Suprema Corte que: “O artigo 37, IX, da Constituição exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de ‘necessidade temporária de excepcional interesse público’ que ensejam contratações sem concurso. Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergencialidade que justificam a medida atípica.”.

O objeto da referida ADI foi a Lei Complementar n. 22/2000 do Estado do Ceará que autoriza a contratação temporária de professores em situações como: licença para tratamento de saúde, licença gestante, licença por motivo de doença de pessoa da família, licença para trato de interesses particulares e cursos de capacitação.

Em situações como essas, não há que se falar na realização de concurso público para provimento do cargo, pois conforme já dito, não ocorrerá sua vacância definitiva, mas sim, uma espécie de vacância provisória, ou seja, a qualquer momento o titular do cargo pode retornar a desempenhar suas atribuições, daí sua natureza transitória. Evidentemente que tal situação não prescinde da realização de regular processo seletivo simplificado conforme será abordado no presente estudo.

4 A QUESTÃO DA “SUCESSIVIDADE” OU RECONTRATAÇÃO DO MESMO PROFISSIONAL

O inciso III do art. 9º da Lei 8.745/93¹⁵, cujo escopo de abrangência se aplica à União, estabelece que a pessoa contratada não pode ser novamente contratada antes de decorridos 24 meses do encerramento do contrato anterior, aplicando-se tal regra aos casos de professores substitutos.

Por sua vez, o Decreto Federal n. 94.664 de 23 de julho de 1987¹⁶ prevê no art. 9º do seu anexo que poderá haver contratação de professor substituto por prazo determinado,

¹⁴ ADI 3721, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, Acórdão Eletrônico DJe-170 Divulg. 12-08-2016. Publicado em 15-08-2016.

¹⁵ Referida Lei regulamenta os casos de contratação por tempo determinado no âmbito da União.

¹⁶ Aprova o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei n. 7.596 de 10 de abril de 1987.

na forma da legislação trabalhista, para substituições eventuais de docente das carreiras de Magistério. Estabeleceu a referida norma que “o prazo total de contratação de professor substituto, incluídas as renovações ou prorrogações, não será superior a um ano”.

Definiu ainda o Decreto que as substituições poderão se dar “nos casos de exoneração ou demissão, falecimento, aposentadoria, afastamento para tratamento de saúde e licença a gestante.”.

Tal mandamento legal está replicado em inúmeras leis autorizadas de contratação por tempo determinado, nos diversos entes federados, provocando uma série de interpretações que, ao nosso sentir, acaba por prejudicar o interesse público como se verá a seguir.

Conforme já abordado no presente estudo, o cargo de professor só pode ser provido pela via regular do concurso público, porém, ante as circunstâncias que exigem que determinadas funções no âmbito do magistério só podem ser desempenhadas por profissionais do quadro efetivo, surgem a partir daí as denominadas “vagas não puras”,¹⁷ a serem ocupadas de maneira precária pela via da contratação por tempo determinado.

Dado o caráter transitório da vaga que eventualmente surge, não nos parece racional impedir determinado profissional de ser contratado por sucessivas vezes para determinada função, sob o argumento de possível perpetuação do vínculo com a administração pública e eventual burla ao princípio do concurso público. Há que se observar que, o caráter provisório deve estar atrelado à “função” de professor substituto e não à “pessoa” que a desempenha e que fora devidamente aprovada em processo seletivo.

Assim, é perfeitamente possível que, findo o contrato, determinada pessoa que ocupou vaga temporária, volte a competir em novo processo seletivo, objetivando novo vínculo provisório. Desse modo, respeitados estariam os princípios da razoabilidade, da igualdade e da isonomia para o acesso a cargos e funções públicas.

Insistimos que, o comando para que se autorize a contratação é a necessidade temporária e o excepcional interesse público, ao tempo em que a escolha de quem irá laborar precedida de seleção objetiva, afasta qualquer tipo de escolha direta que fira os princípios da moralidade e da impessoalidade. Restando preservados os princípios norteadores da atividade administrativa, a preocupação deve recair sobre a qualidade da mão de obra o que também, conforme já dito, é possível pela via do processo seletivo.

Em recente julgado que culminou no tema 403 o Supremo Tribunal Federal no RE 635.648 entendeu que “a previsão legal que ‘não autoriza’ nova contratação de professor substituto sem a observância de interstício mínimo concretiza a moralidade administrativa”.

¹⁷ Considera-se “vaga pura” aquela decorrente da vacância do “cargo” que somente pode ser ocupada por servidor aprovado em concurso público.

Data máxima vênia, não nos parece adequado se aplicar tal entendimento de forma genérica, porquanto não se observar a realidade enfrentada por inúmeros municípios Brasil afora.

Existem diferenças gritantes na oferta de mão de obra de professor entre as grandes cidades brasileiras e as pequenas unidades administrativas que, diga-se de passagem, são inúmeras. No primeiro caso, ao se deflagrar um edital para seleção temporária de professores, milhares de profissionais concorrerão, haja vista a farta oferta. Tal realidade não ocorre nos pequenos Municípios. No mais das vezes, são os mesmos profissionais que concorrem ao certame, configurando desta feita as sucessivas contratações da mesma pessoa.

Em recente decisão, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul entendeu pelo não registro do ato de contratação temporária por violação à norma constitucional, haja vista que em sede de controle externo verificou-se “contratações sucessivas do mesmo agente para exercer a mesma função, que evidencia ausência de determinabilidade do prazo de contratação, de temporariedade e de excepcionalidade de situação de interesse público, em detrimento à obrigatoriedade do concurso público”.¹⁸ Aliás, é este o entendimento que vem se consolidando no âmbito daquela Corte de Contas.

Acertada foi a balizada decisão do TCE-MS quando se constatou no ato de contratação temporária a ausência de requisitos essenciais à sua validade, quais sejam, o prazo e a excepcionalidade para a admissão do profissional, além, das “sucessivas contratações”. Não obstante os acertos do referido acórdão, chama-se à atenção a aspectos voltados aos termos “mesmo agente para exercer a mesma função”, o que se verá mais adiante.

Não é incomum que, muitos municípios brasileiros por repetidas vezes, se descurem dos mais mezinhos deveres na formalização do ato administrativo, dentre eles a observância do princípio da motivação, como se verá no presente estudo. No caso do citado julgado, não poderia ser diferente, a decisão do relator em que se constatou a presença de elementos que descaracterizam a necessidade da contratação por tempo determinado.

Na mesma linha, Cármen Lúcia Antunes Rocha ao discorrer sobre contratações sucessivas nos leciona que, “Não configura ofensa à isonomia a previsão legal de proibição, por prazo determinado, de nova contratação de candidato já anteriormente admitido em processo seletivo simplificado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob pena de transformar-se ‘em ordinário o que é, pela sua natureza, extraordinário e transitório’”.¹⁹

¹⁸ Acórdão 02-500/2019. Processo TC/MS-31625/2016. Relator Cons. Ronaldo Chadid. Publicado em: 07/08/2019.

¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 244.

Ao se consolidar tais entendimentos, que, são mais que louváveis, as consequências práticas, especialmente sobre os pequenos Municípios podem ser desastrosas e comprometedoras do interesse público envolvido, qual seja, a manutenção do tão almejado ensino de qualidade.

Nesse sentido, ao nosso sentir, a realização periódica de processo seletivo simplificado para suprir temporariamente vagas que surgem em razão do afastamento temporário de seu titular é corolário aos princípios da impessoalidade e da moralidade, mesmo que, reste melhor classificada a pessoa que já tenha sido contratada mediante seleção anterior.

Há que se ter muito claro que a possibilidade de recontração, deve ser limitada no tempo, por prazo razoável, não superior a 24 meses como ocorre em várias unidades administrativas da federação brasileira, hipótese em que o profissional deverá se submeter a nova seleção.

5 O PROCESSO SELETIVO COMO COROLÁRIO DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A atividade administrativa é amplamente vinculada aos ditames da Lei (princípio da legalidade). Não obstante, os atos decorrentes desta atividade devem, também, total obediência aos demais princípios insculpidos no caput do art. 37 da magna carta, quais sejam o da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Não basta que a lei estabeleça os casos de contratação por tempo determinado, imperioso é que, a escolha do agente que irá laborar no âmbito da administração ocorra mediante processo seletivo simplificado em que restem consignados critérios objetivos em sua aplicação. O Edital que visa proceder ao recrutamento de pessoal a ser contratado deve, em obediência ao princípio da publicidade, ser devidamente divulgado, a exemplo do que preconiza o art. 3º da Lei 8.745/93.²⁰

Acertado foi o posicionamento do TCE-MS, quando no já mencionado Parecer-C impôs como obrigatória a realização de processo seletivo simplificado para fins de contratação temporária de professores e assim o fez “em virtude do princípio da impessoalidade (art. 37, caput, CF), devendo a Administração Pública adotar os seguintes critérios mínimos: a) ter edital público, com ampla divulgação; b) fixar, no edital, critérios objetivos e impessoais para a seleção dos interessados; e, c) publicar o resultado, a homologação, e a classificação de cada candidato com as notas finais obtidas.”

²⁰ “Art. 3º O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público”.

De outro norte, não se pode confundir processo seletivo simplificado com concurso público, haja vista que aquele visa precipuamente selecionar pessoas em caráter precário e transitório, enquanto perdure o excepcional interesse público, de outra banda, este visa prover, em caráter definitivo, cargos ou empregos públicos. “Essa seleção não substitui nem elimina a obrigatoriedade de posterior concurso, no caso de necessidade permanente dos serviços e da mão de obra, nem pode ser fonte de direito à permanência do contratado na função”.²¹

Sobre o assunto, em recente julgado o Supremo Tribunal Federal²² decidiu que: “embora não se aplique integralmente as regras do concurso público para as contratações por necessidade temporária, deve a seleção simplificada observar os princípios da impessoalidade e da moralidade, inscritos no art. 37, caput, da CRFB”.

Pode se afirmar que a escolha das pessoas que irão atuar como contratados temporariamente se precedida de regular processo seletivo simplificado é capaz de assegurar não somente a obediência a esses princípios, mas como também possibilitar a escolha da mão de obra melhor qualificada para o exercício da função pública.

Vale ressaltar que, são condições inarredáveis para o suprimento temporário de vagas de professores: i) a Lei autorizadora em que se descreva expressamente os casos de contratação por tempo determinado, ii) a necessidade temporária e iii) o excepcional interesse público envolvido, além evidentemente, da motivação do ato de nomeação. “O diploma legislativo estabelecerá critérios objetivos para a identificação das hipóteses em que o excepcional interesse público justificará a contratação”.²³

Conforme já dito, rotineiramente surgem os casos em que o interesse público não pode restar prejudicado em razão da falta de providências pela administração. No caso do ensino, não resta facultado ao gestor público ofertá-lo ou não, constitui-se um “dever”.²⁴

Por outro lado, nem sempre as vagas existentes serão providas mediante a realização do concurso público haja vista que a qualquer momento o seu titular pode reassumi-la. Ainda existem os casos de vacância do cargo pelos motivos já alhures elencados que, enquanto se aguarda a realização do certame, devem ser ocupados temporariamente.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. Op. cit., p. 90.

²² RE 635.648, Ceará - Relator Min. Edson Fachin. Julgado em: 14/06/2017.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. Op. cit., p. 87.

²⁴ O Art. 205 da Constituição Federal de 1988 expressamente determina que: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

É neste cenário que surge a figura da seleção simplificada como mecanismo eficiente e capaz de afastar escolhas pessoais que, do ponto de vista principiológico são de um todo imorais.

6 A EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DO ATO DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

A motivação do ato administrativo é seguramente pressuposto para sua validade, porquanto, a explicitação das razões que levaram a sua prática coaduna-se com o respeito que se deve dar à coisa pública.

É dever da administração se desincumbir das necessárias justificativas que demonstrem de forma clara e objetiva que a prática do ato é necessária, se volta ao atendimento do interesse público e está de acordo com os princípios norteadores da atividade administrativa. São estes aspectos que revestem o ato, inclusive de contratação temporária de professores, de elementos essenciais à sua validade.

No caso das contratações por tempo determinado, além dos requisitos legais e procedimentais já mencionados no presente trabalho, o ato que estabelece o vínculo do agente com a administração, deve demonstrar clara e expressamente o interesse público envolvido. No caso de substituição de professores, dados relevantes como o nome do substituído, razões para o suprimento da vaga, local da prestação dos serviços, dentre outros, devem compor a motivação do ato.

É comum no âmbito dos Municípios ocorrerem contratações temporárias por meio de portarias ou decretos totalmente desprovidos das necessárias justificativas que levaram à sua formalização. Ressalte-se que, tais práticas devem ser definitivamente extirpadas da atividade administrativa, sob pena de “banalizar” o instituto da contratação temporária.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade administrativa é de crucial importância para que as políticas públicas cumpram seu desiderato, especialmente no que diz respeito ao alcance de seus resultados de forma que os administrados sejam alcançados pelos efeitos da sua efetividade.

O funcionamento da máquina administrativa é impulsionado por colaboradores que, nos termos da constituição Federal denominam-se “servidores públicos”. São estes os responsáveis por operacionalizar o complexo de ações que diariamente permeiam a oferta de determinado serviço público.

Diferentemente do que ocorre na iniciativa privada, em que a seleção de colaboradores ocorre, em regra, por escolha direta e pessoal de seus dirigentes, na administração a composição de seus quadros deve ocorrer mediante prévio concurso público.

Como se verificou no presente estudo, a Constituição Federal é “intransigente” quanto à realização de concurso público para o provimento de cargo e empregos públicos na administração. É o concurso, instrumento hábil a assegurar a universalização do acesso a cargos públicos com isonomia e imparcialidade, ao tempo em que possibilita o ingresso dos melhores profissionais em seus quadros. Porém, conforme se extrai do presente trabalho, há casos em que determinadas vagas, não podem ser objeto de provimento pela via do concurso, são as chamadas contratações temporárias.

Procurou-se demonstrar que a contratação temporária de professores, especialmente pelas pequenas unidades administrativas é permeada de peculiaridades que exigem um olhar diferenciado quanto à sua operacionalização. Não obstante a acertada tendência da jurisprudência no sentido de impedir que ocorram sucessivas contratações de uma mesma pessoa, entendemos que a realização periódica de processo seletivo simplificado são corolários dos princípios da impessoalidade e da moralidade e afastam de *per si* as escolhas diretas.

Evidentemente que a administração não está autorizada a promover contratações por tempo determinado de forma desenfreada. Necessário se faz que as leis que autorizam tais contratações estejam conforme o que preconiza o inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal. Legislações genéricas que tratem deste assunto devem ser severamente combatidas pelos órgãos de controle.

Dada a complexidade que envolve o tema, o que se espera é que o presente estudo sirva de reflexão no sentido de ampliar o debate em torno da problemática das contratações sucessivas do mesmo agente e a realidade enfrentada pelos pequenos Municípios brasileiros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 94.664, de 23 de julho de 1987*. Aprova o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei n. 7.596, de 10 de abril de 1987. Brasília: Presidência da República, 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D94664.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. *Lei 7.596, de 10 de abril de 1987*. Altera dispositivos do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei n. 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei n. 2.299, de

21 de novembro de 1986, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. *Lei 8.745 de 9 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8745cons.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. *Lei 11.494, de 20 de junho de 2007*. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei no 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis n. 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11494.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal-STF. *ADI 3721/MT*. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, Acórdão Eletrônico DJe-170 Divulg. 12-08-2016. Publicado em 15-08-2016. Disponível em: <https://www.STF.jus.br>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal-STF. *ADI 3662/MT*. Relator: Min. Marco Aurélio, Redator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 23/03/2017. Disponível em: <https://www.STF.jus.br>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal-STF. *RE 635.648/CE*. Relator Min. Edson Fachin. Julgado em: 14/06/2017. Disponível em: <https://www.STF.jus.br>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul. *Parecer Consulta n. 00-10/2018*. Tribunal Pleno. Relator: Cons. Iran Coelho das Neves. Julgado em 31/10/2019. Publicado no DOE n. 1905 de 26/11/2018. Disponível em: <https://www.tce.ms.gov.br>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul. *Acórdão 02-500/2019*. Processo TC/MS-31625/2016. Relator Cons. Ronaldo Chadid. Publicado em: 07/08/2019. Disponível em: <https://www.tce.ms.gov.br>. Acesso em: 5 set. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

Estado gerencial, regulação e desenvolvimento: o papel da Administração Pública na indução dos agentes privados à promoção social

Emerson Affonso da Costa Moura

Doutor em Direito (UERJ)

Professor adjunto (UFRJ)

Professor convidado do Mestrado (UFRJ/UFRRJ)



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Estado gerencial brasileiro; 3 Regulação estatal; 4 O direito humano fundamental ao desenvolvimento e a Administração Pública; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em sociedades pluralistas, a ordem constitucional tende a refletir sob as convergências e divergências das forças políticas e sociais, uma carta compromissória que veicula sob o manto de um pluralismo ideológico, aparentes conflitos entre interesses inicialmente tidos como inconciliáveis.

A Constituição da República de 1988 reflete a tensão entre o influxo ideológico *liberal* – exteriorizado na persecução do desenvolvimento econômico com a consagração da livre iniciativa – e *social* – materializado na exigência de superação das desigualdades sociais e na consecução de uma existência digna para todos.

Com as reformas estatais neoliberais que subtraíram a exclusividade do poder público no exercício da atividade econômica e na prestação dos serviços públicos permitindo a expansão da iniciativa privada em atuações de interesse da coletividade, torna-se necessária uma intervenção estatal que conduza a realização dos valores socialmente almejados.

Isto porque embora consagre um regime liberal de exploração da atividade econômica, que será exercida precipuamente pela iniciativa privada em atenção aos princípios da livre iniciativa e do direito de propriedade, igualmente previu a Constituição Federal de 1988 o atendimento pela busca dos valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

Busca o presente trabalho, investigar em que medida a atuação da Administração Pública é capaz de conformar o exercício da atividade econômica exercida pelos sujeitos privados na exploração da atividade administrativa, de forma a contribuir com a promoção do desenvolvimento social.

De início, a análise concentra-se na ascensão do Estado Gerencial de modo a delimitar a partir das reformas administrativas, a transição de um modelo hierarquizado, patrimonialista e ineficiente para uma configuração policêntrica, flexível e eficiente que conduz à intervenção da iniciativa privada e a atividade regulatória estatal.

Após, volta-se o estudo à intervenção regulatória segundo seus fundamentos e a partir de seus caracteres, de forma a definir a intervenção estatal como instrumento capaz de conciliar as questões econômicas e sociais contribuindo na criação de um ambiente propício para o avanço econômico e desenvolvimento social.

Por fim, compreende o efeito da consagração do direito humano fundamental ao desenvolvimento na ação administrativa e, portanto, o papel intervencionista do Estado como não somente mediador que garante a competitividade e o lucro, mas orienta a ação do agente privado ao influxo dos objetivos sociais previstos pela Constituição.

2 O ESTADO GERENCIAL BRASILEIRO

Inicia a Administração Pública Brasileira o século XX com um modelo oligárquico e patrimonialista, marcado pelo predomínio da corrupção, do nepotismo e da ineficiência na gestão estatal, em uma economia com baixo grau de competitividade e concentração da função pública em uma sociedade eminentemente aristocrática.¹

Não obstante, a ascensão do governo autoritário² e a aceleração do processo de industrialização na década de 30 importam na mudança para um padrão burocrático denotado pelo formalismo exacerbado, a hierarquia e o controle rígido dos processos, que buscou imprimir impessoalidade e eficácia na atuação administrativa.

Neste modelo organizacional burocrática, a Administração Pública passa a mover-se na esfera de competências previamente definidas, com relações estáticas baseadas na autoridade e submissão, atividade especializada pela divisão racional e a criação de procedimentos que gerem a prestação padronizada dos serviços públicos.

Sob um prisma, o ideal de burocracia profissional foi frustrado pela persistência das concessões patrimonialistas transvertidas na forma de clientelismo e nos eventuais limites

¹ Tanto no Brasil Império quanto no primeiro período da República, enquanto os senhores de Terra e os grandes comerciantes se ocupavam da economia, ao Estamento burocrático ligado por laços de família ao patriarcado rural cabia dominar com relativa autonomia o Estado e a Política. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Do Estado patrimonial ao gerencial*. In: PINHEIRO, Paulo S.; WILHEIM, Jorge; SACHS, Ignacy (Orgs.). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222.

² Pertinente é a distinção entre Estado autoritário e Estado fascista proposta por Azevedo Amaral, delimitando o período do Estado Novo como governo, no qual a autoridade estatal obliterou-se de modo acentuado, com a confusão política e a ataxia dos movimentos de Administração Pública, porém, garantido certo grau de liberdade do indivíduo e exercício da liberdade de iniciativa no plano econômico, observada as restrições do bem comum proposto pelo chefe do Executivo. AMARAL, Azevedo. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938. p. 6.

do formalismo burocrático que impediam a construção de um modelo de gestão pública capaz de atender as demandas da transformação econômica.³

Por outro lado, o advento da sociedade pós-industrial e recorrência da globalização,⁴ tornou o modelo de gestão burocrático inoperante e economicamente insustentável incapaz de atender as demandas da economia e da sociedade, impondo um novo complexo de transformações na Administração Pública.

Erigiu-se a implantação de um modelo gerencial, que baseado nos vetores da eficiência e desempenho, fosse capaz de atribuir maior governança mediante a organização dos fatores e finanças, a descentralização da estrutura administrativa, a cooperação entre os entes federativos e o controle voltado à aferição do resultado.⁵

Sob este foco, as sucessivas reformas administrativas buscaram fornecer no plano *político, técnico e jurídico*, instrumentos necessários à racionalização da gestão pública e organizações estatais existentes, de modo a superar a crise de governabilidade e imprimir *legitimidade, eficiência e ética* na persecução do interesse público.⁶

No plano político, compreende o realinhamento dos níveis de concentração do poder público mediante a *subsidiariedade* da atuação estatal e a intervenção precípua das organizações privadas⁷, bem como, a expansão da *participação* dos cidadãos racionalizando e legitimando a gestão pública⁸.

³ Observa-se até atualmente os perniciosos resquícios do patrimonialismo, a corrupção persistente, as políticas paternalistas e a ineficiência na gestão estatal. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000. FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 39. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000; e NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

⁴ Não se trata a globalização de fenômeno novo, mas de evento recorrente em períodos de difusão cultural, política, econômica ou religiosa, denotado pela expansão da informação e do conhecimento através da revolução das comunicações. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 1-20, jan./mar. 1998.

⁵ Corresponde a instrumentos de modernização da administração, que buscam traduzir maior eficiência funcional e produtividade a gestão pública, em uma nova concepção da relação entre Estado e sociedade, que envolve o movimento de retorno da sociedade na prestação do serviço público. TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, jan./mar. 1999. p. 4-5.

⁶ Isso envolve uma mudança paradigmática também no direito administrativo com a ascensão de novos princípios que orientam a atividade estatal e a releitura dos seus principais institutos. Sobre o tema, vide: BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Para uma análise da reforma administrativa a partir dos planos apresentados, vide a obra: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Em especial Capítulo I.

⁷ A atuação estatal passa a se concentrar apenas nas demandas que devido sua *complexidade e a necessidade* de ação concentrada e imperativa, não podem ser atendidas pela própria comunidade. Neste tocante, a ingerência das organizações políticas obedecerá ao princípio organizador do poder, de forma que primariamente caberá ao ente local a satisfação do interesse público, na impossibilidade ao ente regional e apenas diante de nova inviabilidade ao ente nacional. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 20-21.

⁸ As insuficiências do processo democrático restrito à prerrogativa popular de eleição, a impossibilidade de alcançar a integralidade do fenômeno administrativo e a multiplicação dos centros de decisão no interior da

Sob o prisma jurídico, engloba a transmutação do dever de publicidade no mandado de *transparência*, impondo a otimização do processo de visibilidade dos atos públicos e a *coordenação* de interesses e ações com os administrados, que demarca a transição gradual de uma Administração Pública unilateral para multilateral.⁹

No campo técnico, abrange a implantação do modelo de *New Public Management* que envolve a *descentralização racional* – com atribuição de flexibilidade aos entes e órgãos na persecução de suas finalidades – e a *profissionalização* – mediante a desburocratização e o emprego racional dos recursos.¹⁰

Neste viés, o Estado intervém nas atividades econômicas e sociais, de forma diretiva ou indutiva mediante a utilização de instrumentos de natureza *regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória*, com fins de conformar e coordenar a atuação pública e privada à ordem e princípios instituídos pela lei fundamental.¹¹

Tal função regulatória compreende o complexo de atribuições *normativas, gerenciais, negociais e sancionatórias*, exteriorizadas nas funções de regulamentação, gestão, negociação, fiscalização e fomento do ordenamento social e econômico, com as vantagens da flexibilização negocial privada e com rigor da coercitividade estatal.¹²

A intervenção reguladora demonstra-se instrumento capaz de atender a especialidade, complexidade e multiplicidade das questões econômicas e sociais e entes autônomos, equalizando os interesses em jogo a partir dos diversos atores envolvidos na atividade regulada.¹³

Administração, denotam a crise de legitimidade da atividade administrativa que aliada à centralidade do indivíduo na ordem jurídica impõe a substituição do modelo autoritário de gestão pública para a ordenação dos múltiplos interesses sociais mediante a participação dos indivíduos influenciando e persuadindo a tomada de decisões. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Op. cit., p. 120-142.

⁹ Observa-se a crescente instituição de modelos de colaboração entre a Administração Pública e a sociedade que permitem mediante parcerias o melhor desempenho de funções administrativas. Por efeito, observa-se acréscimo de governabilidade, além de figurar como limites contra os abusos. TÁCITO, Caio. *Direito administrativo participativo*. *Carta Mensal*, CNC, v. 43, ago. 1997. p. 509.

¹⁰ Há uma inversão do modelo clássico, onde a fixação da finalidade orbitava na delimitação prévia da competência, para uma nova concepção baseada na delimitação prévia da finalidade, determinada o âmbito de competência e o ente ou órgão adequado à persecução daquele fim. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Op. cit., p. 22-24.

¹¹ Abrange os mecanismos e técnicas estatais exteriorizados precipuamente de normas e regulamentos dispositivos, que buscam conformar a atividade individual à consecução do interesse econômico e social almejado pela ordem constitucional. Sobre o tema, vide: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 305-307.

¹² Dessa forma, não se limita apenas as funções normativas, porém, compreende as de conciliação, mediação e arbitragem, bem como, de fiscalização e fomento, desde o planejamento até o controle do setor ou atividade com fins de propiciar o máximo de eficiência na solução de problemas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-109.

¹³ Insere-se no processo de especialização e segmentação do Direito Administrativo, que torna necessário o surgimento de novas estruturas – *entes reguladores autônomos* – capazes de promover mediante novas categorias normas – *normas regulatórias* – a regulação de subsistemas de normatização e mediação, dotados de conceitos,

A instituição de agências dotadas de autonomia político-administrativa e econômico-financeira permitiu a *neutralidade técnica* e o devido *insulamento político* para o predomínio de juízos técnicos sobre valorações políticas, evitando interferências externas inadequadas no arbitramento dos interesses no processo regulatório.¹⁴

Neste modelo são produzidas decisões que baseadas em conceitos preponderantemente *técnicos* e voltadas aos *objetivos* das políticas públicas setoriais, tendem a encontrar um ponto ideal entre os interesses dos agentes econômicos e sociais envolvidos ampliando o grau de *legitimidade* e *eficiência* na atividade estatal.

Essa orientação primária por parâmetros científicos importa em redução do *espectro de opções* válidas, permitindo a melhor escolha segundo critérios objetivamente aferíveis por *agentes especializados envolvidos* no processo¹⁵ e produzindo maior *racionalização* e *despoliticização* no exercício da atividade reguladora.

Sob tal égide, a regulação torna-se importante instrumento de avanço econômico e social, uma vez que garante com a sua neutralidade e despoliticização, a criação de um ambiente seguro para o exercício das atividades econômicas privadas, permitindo voltá-lo a realização dos objetivos almejados.

Esse é o tema abordado a seguir.

3 REGULAÇÃO ESTATAL

Não obstante alcance relevo com o fenômeno de transformações que notabilizam o Estado Gerencial Brasileiro,¹⁶ a atividade regulatória antes de nova atribuição da Administração Pública constitui conhecido instrumento de intervenção estatal no domínio econômico

princípios e procedimentos adequados à sua especialidade do setor econômico ou social. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 82-83. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 20-21.

¹⁴ Ademais, uma vez que a intervenção sobre a economia ocorre através do exercício de autênticas expressões do poder de polícia estatal, como por e.g. fiscalização e aplicação de sanções, tornou-se necessária a forma de pessoa jurídica de direito público, justificando-se a implementação das agências reguladoras sob a forma de autarquias com regime especial. BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no Direito brasileiro. Op. cit., p. 251.

¹⁵ Insere-se na subtração pelos agentes reguladores especializados de decisões cujo fundamento deve obedecer a regras técnico-científicas da competência direta dos centros de decisão político-administrativa que se pautam por juízos de oportunidade e conveniência formulados por políticos e burocratas não especializados. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Op. cit., p. 168-170.

¹⁶ Situa-se, por um lado, no movimento de redimensionamento da imperatividade estatal que buscando um ajuste de equilíbrio entre a *coerção* e o *consenso* produz um conceito do público não-estatal em um fenômeno de *desmonopolização do poder*. Por outro, engloba a passagem de uma Administração monista e monorganizada para uma Administração Pública Pluralista e Pluriorganizada em razão da *fragmentação e despublicização do interesse público*. Sobre o tema, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 385-391.

e social inerente ao dever de *boa administração* exercido antes mediante atuação precipua-mente fiscalizatória de órgãos subordinados.¹⁷

Isto envolveu a redefinição dos papéis dos atores sociais e estatais na gestão do interesse público, através da dissociação do espaço público da esfera estatal e a coordenação de suas atuações, voltando à sociedade a atividade de promoção dos bens e o Estado à função de mediador do serviço, da competitividade e dos conflitos.¹⁸

Neste tocante, a Constituição da República de 1988 instituiu uma ordem econômica baseada na livre iniciativa, garantindo a livre concorrência, a proteção da propriedade, bem como, a exploração direta pela iniciativa privada da atividade produtiva, assumindo o Estado um papel de agente regulador e executor direto excepcional.¹⁹

Na regulação, portanto, o Estado intervirá nas relações dentro de uma opção de política econômica,²⁰ utilizando instrumentos capazes de conformar o funcionamento das instituições estatais e não estatais aos objetivos colimados pela ordem constitucional, conforme o programa de ação governamental.²¹

Propõe o modelo, todavia, não apenas a inserção na atividade econômica privada buscando sua adequação à política macroeconômica estatal com fins à realização dos princípios da ordem econômica, mas a intervenção também nos serviços públicos com a participação da iniciativa privada no oferecimento de bens e utilidades essenciais.

¹⁷ Podemos citar dentre os órgãos estatais e comissões de fiscalização que exerciam funções reguladoras, o Conselho Nacional de Telecomunicações e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Todavia, enquanto que o Estado era o responsável, direta ou indiretamente, pela execução desta tarefa a função fiscalizatória não era desempenhada com eficiência, uma vez que inexistia interesse em expor as próprias falhas ou deficiência da administração. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. Op. cit., p. 80-82.

¹⁸ Após uma concepção de Administração detentora do interesse público emerge o entendimento que essa atribuição deve ser compartilhada com a sociedade, que passa não apenas executar as atividades necessárias à fruição desses interesses, mas também a desenvolver e estabelecer a ordem e prioridade. MEDEAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 181.

¹⁹ Em contraponto, volta-se a ordem econômica à tutela dos direitos fundamentais coletivos, encontrando seu fundamento também na valorização do trabalho humano e na garantia da existência digna dos indivíduos, observando os princípios de proteção da defesa do consumidor e do meio ambiente e orientando o exercício da atividade econômica aos ditames da justiça social com a busca da redução das desigualdades regionais e sociais, como forma de permitir a realização plena do desenvolvimento do homem e da sociedade.

²⁰ Trata-se, portanto, de característica de um modelo econômico e não de certa família jurídica, que busca superar o dirigismo estatal garantindo a livre iniciativa privada com a intervenção enfática no mercado utilizando instrumentos de autoridade, capaz de conformá-la aos objetivos eleitos. SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23-24.

²¹ O plano diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995 alinhou os seguintes princípios básicos: autonomia e independência decisória; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação as relações entre consumidores e investidores; participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiência pública; e, limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Op. cit., p. 169.

Nessa faceta, a atividade regulatória abrange uma intervenção com fins a realização de certos valores de natureza social, de forma que a disciplina da prestação dos serviços públicos não compreende apenas a regulamentação do mercado, mas a sua adequação aos interesses da própria coletividade.²²

Sua finalidade não se identifica, portanto, apenas com aquelas de ordem econômica – proteção da competitividade, fortalecimento do mercado e ampliação do investimento da iniciativa privada –, mas alcança aqueles objetivos de natureza social na garantia de atendimento dos interesses da coletividade.²³

Embora o marco regulatório busque propiciar a estabilidade necessária para que os investidores atuem, também, deve garantir espaços para que os reguladores possam – conforme as demandas sociais – fixar diretrizes que melhor atendam o interesse da coletividade, respeitada às garantias dos agentes privados.²⁴

Isto porque a inserção de atividade pública em um espaço econômico privado, não importa na ausência total de intervenção sobre essas atividades, mas na atuação estatal em rede articulando centros autônomos do poder *externo* – entes e redes locais, nacionais ou transnacionais – e *interno* – agências e delegatárias.²⁵

Esse é o tema abordado a seguir.

²² O modelo regulatório não é norteado apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado, mas na disciplina de prestação de serviços públicos, onde há relevância dos interesses coletivos envolvidos tem por finalidade impedir a prevalência da pura e simples busca do lucro privado, em detrimento da sociedade. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 451.

²³ Torna-se necessário, portanto, não identificar a regulação enquanto fenômeno jurídico com a regulação da atividade econômica pública e privada, uma vez que orientada também por fins sociais, importa construir um conceito de regulação como o complexo de normas que regulam a atividade econômica e social com a finalidade de proteger o interesse público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da realidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório*: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 30.

²⁴ A flexibilidade e instrumentalidade do Direito Administrativo Econômico não pode significar a pura e simples liberalidade em favor do concessionário sem os consequentes benefícios para o Estado e para o serviço público delegado. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. *Interesse Público*, v. 5, n. 27, 2004. p. 72-73 e 89.

²⁵ Nesse cenário, é inegável a intervenção da globalização nos serviços públicos, uma vez que grande parte das sociedades empresárias que assumem as prestações integram redes econômicas transnacionais e há pelo Estado adesão a tratados internacionais como homogeneização e abertura de mercados a empresas com atuação globais. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51 e 52.

4 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Embora os direitos fundamentais, tenham antecedentes histórico na doutrina estoica greco-romana e cristã da Antiguidade²⁶ e desenvolvimento nas doutrinas jusnaturalistas²⁷ e previsão de direitos estamentais na Idade Média²⁸ a sua consagração ocorre apenas com o constitucionalismo na Idade Moderna, pelo reconhecimento nas principais Cartas e Constituições.²⁹

No Estado Moderno, a evolução dos direitos fundamentais se liga ao processo histórico de reivindicações sociais e contrastes de regimes políticos, bem como, o processo de desenvolvimento econômico, científico e político, que resulta em um primeiro momento na tensão dialética e harmonização entre *liberdade* e *igualdade*, *direitos individuais* e *direitos sociais*.³⁰

²⁶ Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontra suas raízes na filosofia clássica, em especial, na greco-romana e no pensamento cristão. Embora na antiguidade greco-romana inexistisse direitos do homem válidos para todos, com os sofistas e, em especial, os estoicos romanos, adveio as teses da igualdade de todos os homens em dignidade como lei natural. No cristianismo, a partir dos ensinamentos do homem e sua semelhança à imagem de Deus, adveio a tese da unidade de humanidade, dignidade e liberdade de todas as pessoas. CARVELLI, Urbano; SCHOOL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 191, p. 169-171, jul./set. 2011.

²⁷ A unidade universal dos homens e a igualdade cristã de todos foram as premissas para o desenvolvimento no jusnaturalismo medieval, da ideia de postulados suprapositivos que orientavam e limitavam, atuando como critério de legitimidade, o exercício do poder, de tal sorte que o direito natural condicionará à sua conformidade a obediência do direito positivo. Com as teorias contratualistas as doutrinas jusnaturalistas de direitos fundamentais encontram sua evolução, abrindo espaço para o reconhecimento normativos de tais direitos. LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004. p. 29-33.

²⁸ Embora sempre citada a Magna Charta Libertatum, firmada em 1215 pelo Reuo João Sem-terra e pelos bispos e barões ingleses, que consagra direitos e liberdades clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis e portugueses e espanhóis no século XII e XIII, bem como, a Bula de Ouro da Hungria firmada por Afonso IX em 111, o Privilegio General outorgado por Pedro III em 1283 e os Privilégios da União Aragonesa em 1286 já veiculavam prerrogativas ou privilégios aos estamentos sociais (Nobreza, Igreja, Corporações), que não correspondiam a direitos fundamentais, mas obrigações concretas daqueles reis que o subscreviam. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Direitos fundamentais na Constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 25.

²⁹ Com as declarações inglesas de direito – Petition Of Rights de 1628, Habeas Corpus Act de 1679, Bill Of Rights de 1689 – foram reconhecidos direitos e liberdades aos cidadãos ingleses, como a legalidade, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, que significa a transposição das liberdades estamentais para as liberdades gerais no plano de direito público. Com a Declaração americana de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 42-43.

³⁰ A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de obnubilção, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos, bem como o progresso científico, técnico e econômico. Do Estado liberal ao Estado social de Direito, o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no interior das instituições representativas de maneira bastante variada, buscando harmonizar os direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais... Op. cit. p. 199.

Inicialmente, abrangiam os direitos *individuais* em razão do pensamento liberal-burguês e da doutrina iluminista e jusnaturalista do século XVII e XVIII, que se identificavam com os direitos negativos e marcavam a esfera de autonomia do indivíduo em face do poder estatal no exercício precípua das *liberdades*.³¹

Porém, com a ascensão dos problemas sociais e econômicos no limiar do século XIX, os direitos fundamentais foram ampliados na quadra seguinte para incluir os direitos *econômicos, sociais e culturais*, que se correlacionando com os direitos positivos, passaram a impor ao Estado atuações capazes de promover a justiça e bem-estar social, na tutela do princípio da *igualdade*.^{32,33}

Nesse viés, a consagração do desenvolvimento como um direito humano,³⁴ impõe a intervenção positiva do Estado mediante a garantia de igual oportunidade de acesso a todos dos meios indispensáveis à subsistência material necessários para que o indivíduo exerça em plenitude uma vida humana digna.³⁵

³¹ Embora sob a influência da doutrina de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant que proclamavam a liberdade do indivíduo, proclamavam as cartas os direitos não de todos os homens, uma vez que a maior parte dessas Constituições estabeleciam o sufrágio censitário, mas do homem burguês, com a tutela da propriedade privada de forma sagrada e inviolável, razão pelo qual os textos eram considerados como patrimônio do indivíduo em sua condição pré-social. LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 38.

³² Quando o Estado coagido pela pressão das massas ao poder político, confere os direitos do trabalho, da previdência, da educação e outros, coloca a sociedade dependente de sua intervenção no domínio econômico, político e social, em restrição da iniciativa individual aos interesses sociais, demonstra a passagem de um Estado Liberal para um Estado Social. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186.

³³ Embora tanto na concepção liberal quanto social se deparam liberdade e igualdade, na primeira a igualdade é a titularidade dos direitos que demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para ação. MIRANDA, Jorge. *Direitos...* Op. cit. p. 199-200.

³⁴ Seu reconhecimento teórico é atribuído a Keba Mbaye que introduziu na obra *The Right to Development* em 1972 o desenvolvimento como direito, sendo que na conferência proferida por Karel Vasak no Instituto Internacional de Direitos Humanos em 1979, onde classifica os direitos humanos em gerações, a partir da liberdade (direitos do indivíduo civil e políticos), da igualdade (direitos da coletividade trabalhistas, culturais e econômicos) e da solidariedade (direitos da humanidade fraternidade, paz, meio ambiente, respeito ao patrimônio histórico e cultural) que se consagra o direito ao desenvolvimento como um direito de terceira geração. Sobre o tema vide: VASAK, Karel. *For the third generation of human rights: the rights of solidarity*. Inaugural lecture. Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, jul. 1979. BEDJAOUI, Mohammed. The right to development. In: BEDJAOUI, Mohammed (Org.). *International law: achievements and prospects*. Paris: Martinus Nijhoff Publisher; Unesco, 1991.

³⁵ Sua consagração pelos organismos internacionais ocorreu pela primeira vez com a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na resolução 1514 de 14 de dezembro de 1960, que reconheceu aqueles países o direito à persecução do seu livre desenvolvimento econômico, social e cultura. Porém, é com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na resolução n. 41/128, de 4 de dezembro de 1986 que se garante o direito ao desenvolvimento como direito humano inalienável (art. 1º §1º), o dever dos Estados de promover as medidas necessárias para a sua realização (Art. 2º §3º) assegurando o acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda (art. 8º §1º). ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index>.

A inclusão do desenvolvimento, também, como um dos fins estatais³⁶ importa não apenas na persecução do progresso econômico com a ampliação das riquezas e bens de produção nacionais, porém, na busca por um desenvolvimento sustentável, capaz de garantir o bem-estar social e qualidade de vida para os cidadãos.³⁷

Por efeito, a ordem econômica e social volta-se à realização não apenas dos fins econômicos e dos valores sociais, mas a concretização de direitos e garantias fundamentais ordenando a atividade estatal e também a atuação privada que permita a eficácia dos direitos individuais e transindividuais.³⁸

No direito administrativo, a ascensão destes paradigmas constitucionais insere-se em um movimento de revisão das premissas teóricas estruturantes da disciplina³⁹ que importa no redimensionando da atividade administrativa à realização dos valores, bens e direitos constitucionais.⁴⁰

php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html. Acesso em: 12 jun. 2019; ONU. *Declaração sobre a concessão da independência aos países e povos coloniais*. Resolução n. 1514 (XV) da Assembleia Geral de 14 de dezembro de 1960. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-a-concessao-da-independencia-aos-paises-e-povos-coloniais.html>. Acesso em: 12 jun. 2019.

³⁶ Uma vez que a Constituição de 1988 consagra o desenvolvimento como um dos objetivos fundamentais (Artigo 3º), porém, sem delimitar seu conteúdo material, diverge a doutrina em variadas teorias: se abrange o direito de cada indivíduo se beneficiar de uma ordem jurídica que garanta a ampla implementação dos direitos humanos; se compreende o incremento gradual do bem estar de toda a população; se envolve desenvolvimento econômico como forma de garantir minimamente os direitos fundamentais; ou se tem por núcleo a garantia de alguns direitos sociais básicos. Sobre o tema: FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O papel do Poder Judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento*. 2012. Mimeografado. Em especial Capítulo 2.

³⁷ O desenvolvimento estatal envolve necessariamente o desenvolvimento do homem através da realização de seus direitos fundamentais, sem que essa intervenção dos poderes públicos para a prestação de natureza social importe na assunção de um modelo socialista, visto que a livre iniciativa e a livre concorrência são essenciais para a realização desse desenvolvimento. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003. p. 68.

³⁸ Os direitos econômicos e sociais são considerados prolongamento dos direitos e garantias individuais, contemplando a pessoa singularmente considerada, garantindo a realização de seus direitos que dependem para eficácia da prestação de serviço público. A abstenção do poder público na continuidade dessas prestações é tão abusiva quanto a própria violação de direitos individuais. TÁCITO, Caio. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, n. 178, out./dez. 1989. p. 2.

³⁹ A discricionariedade administrativa e sua insindicabilidade judicial, as prerrogativas materiais e processuais concedidas a Administração Pública e a supremacia do interesse público sobre o privado, passam a ser vistas sobre a ótica da Constituição em um amplo movimento doutrinário de ampla revisão das categorias e institutos administrativos, formado dentre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Op. cit. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e evolução do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Op. cit. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Op. cit.

⁴⁰ A Administração Pública é tida não mais como um poder originário, mas como uma função subordinada à realização dos direitos fundamentais em uma concepção de um direito público pós-moderno que erige com os pilares do

Por efeito, há orientação da persecução estatal à promoção dos direitos e garantias do homem, reordenando a relação entre a Administração Pública e o administrado⁴¹ ao eixo nodal da dignidade da pessoa humana e a persecução do desenvolvimento, e encontrando na regulação estatal importante instrumento.⁴²

A intervenção estatal nas relações privadas através da regulação ocorre com vistas à transformação das condições sociais, induzindo a adoção pelos agentes econômicos no exercício das atividades econômicas propriamente ditas ou na prestação dos serviços públicos, de condutas capazes de garantir a promoção humana e social.⁴³

Assim, a intervenção do Estado na atividade econômica não se limita a condução dos agentes econômicos a uma situação de mercado ideal com proteção da concorrência e do lucro, mas deve ter por finalidade conduzir tanto os esforços públicos, quanto os privados ao desenvolvimento e ao bem-estar social.⁴⁴

Nos serviços públicos, cabe à atividade regulatória compatibilizar o consenso e a negociação no fornecimento das prestações pelo particular, garantindo a liberdade do exercício da atividade econômica privada na execução dos bens e utilidades públicas, mas tutelando a efetiva concretização dos bens e utilidade essenciais.⁴⁵

novo modelo constitucional e de uma ação administrativa voltada a legitimidade, finalidade, eficiência e resultado na concretização daqueles valores. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 14-15 e 28.

⁴¹ Nesse contexto, o indivíduo passa de *súdito* submetido à Administração Pública em uma relação hierarquizada para um *cidadão* detentor de direitos e garantias, tornando-se a Administração Pública em centro de captação e ordenação dos interesses envolvidos nos respeitos e concretização dos direitos fundamentais e colaborando no desenvolvimento de suas potencialidades sociais. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações de direito administrativo*. Op. cit., p. 129-130.

⁴² A centralidade assumida pelos direitos fundamentais na ordem jurídica produz uma inversão epistemológica fundamental, que torna o ser humano protagonista do direito administrativo e o Estado instrumento para a sua realização, extraindo a legitimidade de sua atuação na medida da realização destes direitos. JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *Fórum Administrativo Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. p. 150-152.

⁴³ Ocorre através do estímulo e indução de adoção de determinadas condutas pelos agentes econômicos, o que compreende uma série de medidas de facilitação como a concessão de benefícios fiscais, facilitação em dados expedientes e afins. MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia e a atividade interventiva do Estado brasileiro. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 861.

⁴⁴ Trata-se de uma intervenção promocional do Estado em países subdesenvolvidos com fins a garantir o bem-estar social e o desenvolvimento. Em um Estado Democrático de Direito o desenvolvimento econômico não pode ser deixado nas mãos do próprio mercado, diante do dever de administração e de desenvolvimento definido pela Constituição. A intervenção não gravita mais de forma a garantir um mercado concorrencial perfeito como ocorrido em momento anterior, mas em respeito à justiça social e ao princípio da dignidade da pessoa humana. MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia [...]. Op. cit., p. 856-857 e 868.

⁴⁵ É necessário pensar na gestão dos serviços públicos a partir da atual realidade de carência social, compreendendo que os problemas sociais vividos guardam íntima relação com a prestação histórica dessas atividades de forma inadequada e apenas com o justo equilíbrio entre os interesses privados e o público será capaz de modificar o cenário. VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da administração pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. *Fórum Administrativo*, v. 12, n. 132, 2012. p. 72.

Porém, o desenvolvimento social depende não apenas do oferecimento de bens e serviços pela iniciativa privada para os respectivos usuários, mas pela expansão e perpetuação dos serviços públicos a indivíduos tidos como não econômicos que necessitam dessas prestações e aprioristicamente não tem acesso ou continuidade.

Assim, abrange a orientação pelo critério de *universalização* e de *continuidade* do serviço público, como forma de garantir a esses indivíduos a prestação de utilidades necessárias à fruição daqueles direitos, contribuindo com a preservação da dignidade da pessoa humana e auxiliando no efetivo desenvolvimento.⁴⁶

Ocorre pela definição de um marco regulatório capaz de estabelecer critérios de acesso dos indivíduos ao serviço público, inclusive, para aqueles que não têm capacidade econômica, além de mecanismos hábeis a garantir a prestação adequada, em atendimento aos direitos do usuário e aos fins esperados pela sociedade.

Envolve, ainda, uma regulação capaz de garantir o dever de contínua e ininterrupta oferta dos serviços públicos para os usuários, uma vez que abrangem bens e prestações essenciais e indispensáveis à existência digna do indivíduo, bem como, de interesse geral da sociedade, na persecução do seu desenvolvimento.⁴⁷

Ademais compreende o critério de *modicidade* do serviço público, permitindo um ajuste entre a legítima expectativa de lucro do agente econômico e o interesse de economicidade do serviço pela sociedade, oferecendo os serviços essenciais mediante tarifas módicas capaz de garantir a inclusão e manutenção de usuários.⁴⁸

Isso importa na criação de uma política tarifária capaz de propiciar o acesso e permanência a usuários não econômicos, contribuindo com o desenvolvimento social almejado, bem como, se necessário pela definição de subsídios capazes de viabilizar o interesse e competição na prestação desses serviços públicos.⁴⁹

⁴⁶ Abrange oferecimento do serviço e a promoção proativa de inclusão de novos usuários a serviços de saneamento básico, energia, telefonia e gás que nas sociedades contemporâneas são utilidades cuja ausência afeta a dignidade da pessoa humana e dificulta a redução do subdesenvolvimento. GROTTO, Dinorá Adelaide Musetti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e universalidade. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006. p. 68.

⁴⁷ Isso não importa, todavia, negar a possibilidade de sua eventual restrição no seu fornecimento, como prevê a Lei 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995 que permite a descontinuidade na prestação do serviço público em situação de emergência ou após aviso prévio quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e por inadimplemento de usuário considerado o interesse da coletividade (art. 6º §3º).

⁴⁸ Ressalta-se a importância de o papel das agências intervir na prestação do serviço público pela iniciativa privada, com qualidade, economicidade, eficiência e regularidade de forma a afastar a possibilidade de desprezo a finalidade pública, que caracterizou a o modelo de concessão e resultou no seu fracasso em um primeiro momento. OLIVEIRA, Jose Carlos Ferreira de. O Estado regulador nas concessões de serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 129, 1996. p. 100; 107.

⁴⁹ Nesse tocante, o modelo de concessão patrocinada de serviços públicos, instituído pela Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004 se erige como instrumento para a viabilização de uma política tarifa capaz de propiciar o desenvolvimento, garantindo a compensação na exploração pela iniciativa privada daquela atividade. Sobre o tema, vide:

Mediante a definição de um valor de medida justa de tarifa garante-se a adequação mínima do serviço público ao usuário e a realização da solidariedade para o consumidor, uma vez que a relação entre o prestador dos bens e utilidades e o cidadão, se sujeita à aplicação do direito do consumidor e submete o lucro ao seu papel social.⁵⁰

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação da Administração Pública permite garantir uma justa medida entre o fomento à competição e o lucro para a iniciativa privada, com a necessária universalidade e manutenção dos usuários e continuidade dos serviços públicos prestados a sociedade, contribuindo com o desenvolvimento econômico e social.

Não se ignora as dificuldades em compatibilizar os interesses legítimos da iniciativa privada na exploração da atividade exteriorizada no lucro e no crescimento, com as expectativas sociais na prestação do serviço público denotado no fornecimento dos bens e prestações essenciais à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento.

Todavia, na tensão entre a persecução do desenvolvimento econômico e a mitigação das desigualdades sociais a regulação pela Administração Pública quanto a prestação do serviço público pela iniciativa privada é capaz de se encontrar uma justa medida permitindo a realização do influxo ideológico liberal e social que marcam nosso constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e evolução do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. *Interesse Público*, v. 5, n. 27, 2004.
- AMARAL, Azevedo. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Direitos fundamentais na Constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. *Interesse público*, Belo Horizonte, v. 7, n. 30, mar. 2005. p. 94-95.

⁵⁰ Amplia-se, portanto, a importância das agências reguladoras, que passam a garantir ao usuário-consumidor um complexo de direitos permitindo o equilíbrio na relação jurídica entre ambos, não permitindo o fornecedor do serviço se apropriar do lucro excessivo que detém em razão de sua posição no mercado, mas submete ao princípio de solidariedade com socialização dos lucros em favor da sociedade. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos. In: SUNFDELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 252-253.

- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no direito constitucional no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BEDJAOUI, Mohammed. The right to development. In: BEDJAOUI, Mohammed (Org.). *International law: achievements and prospects*. Paris: Martinus Nijhoff Publisher; Unesco, 1991.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BORGES, Alice Gonzalez. A implantação da administração pública gerencial na Emenda Constitucional 19/98. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, 1998.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial In: PINHEIRO, Paulo S.; WILHEIM, Jorge; SACHS, Ignacy (Orgs.). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- CAIELLA, Pascual. Regulación de los servicios públicos e concurrencia. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 12, 2003.
- CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1. ed. Madrid: Trotta, 2003.
- CARVELLI, Urbano; SCHOOL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 191, p. 169-171, jul./set. 2011.
- CASTANHEIRA, Maurício (Org.). *Gestão do conhecimento: logística, cadeia de suprimentos e arranjos produtivos*. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Publit, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da realidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000.

- FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O papel do Poder Judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento*. 2012. Mimeografado.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e garantías: la ley del más débil*. 1. ed. Madrid: Trotta, 1999.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 39. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e universalidade. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua Transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. Malheiros: São Paulo, 2000.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Prefácio de Antônio Cândido. 17. ed. Rio de Janeiro: Olympio, 1984.
- JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *Fórum Administrativo Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.
- LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista de Serviço Público*, ano 49, n. 2, abr./jun. 2008.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo e governança. In: MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.
- MARCELINO, Gileno Fernandes. Administração Pública brasileira: evolução, situação atual e perspectivas futuras. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 117, n. 2, set./dez 1998.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MEDEAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia e a atividade interventiva do Estado brasileiro. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 1-20, jan./mar. 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORENILLA, José Maria Souvirón. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998.

NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

OLIVEIRA, Jose Carlos Ferreira de. O Estado regulador nas concessões de serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 129, 1996.

ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 12 jun. 2019

ONU. *Declaração sobre a concessão da independência aos países e povos coloniais*. Resolução n. 1514 (XV) da Assembleia Geral de 14 de dezembro de 1960. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-a-concessao-da-independencia-aos-paises-e-povos-coloniais.html>. Acesso em: 12 jun. 2019.

RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., 2002, Lisboa. *Anais [...]*. Lisboa: 2002.

SCHIRATO, VITOR Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. *Interesse público*, Belo Horizonte, v. 7, n. 30, mar. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, jan./mar. 1999.
- TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Carta Mensal, CNC*, v. 43, ago. 1997.
- TÁCITO, Caio. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, n. 178, out./dez. 1989.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da administração pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. *Fórum Administrativo*, v. 12, n. 132, 2012.
- VASAK, Karel. *For the third generation of human rights: the rights of solidarity*. Inaugural lecture. Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, jul. 1979.
- WAHRLICH, Beatriz. *A reforma administrativa da Era de Vargas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1983.

De Mariana a Brumadinho: o marco regulatório da segurança de barragens sob a ótica da delegação do exercício do poder de polícia

Flávio Henrique Unes Pereira

Doutor em Direito Administrativo (UFMG)

Professor e coordenador do Mestrado Profissional (EDB – SP)

Professor e coordenador da Pós-Graduação em Direito Administrativo (IDP)

Presidente da Comissão Especial de Proteção de Dados (OAB)



SUMÁRIO: **1** Introdução; **2** A Política Nacional de Segurança de Barragens (Lei n. 12.334/2010): como a fiscalização da segurança de barragens é disciplinada no marco regulatório hoje vigente?; **2.1** A dinâmica fiscalizador-empresendedor no contexto da PNSB; **2.2** A patente insuficiência fiscalizatória do Estado; **3** A delegabilidade do exercício do poder de polícia e sua contribuição para o incremento da fiscalização da segurança de barragens de rejeitos da mineração; **3.1** O atual modelo fiscalizatório em cheque: o reconhecimento da inviabilidade e as propostas legislativas no sentido da delegação do exercício do poder de polícia; **4** Considerações finais; Referências

1 INTRODUÇÃO

Passados mais de 10 meses da tragédia causada pela ruptura da barragem B1 da Mina “Córrego do Feijão”, em Brumadinho-MG, o Corpo de Bombeiros de Minas Gerais localizou, em 23.11.2019, o corpo da 256ª vítima do desastre.¹ Com este número, o Brasil consolida a sua posição no funesto ranking dos maiores acidentes envolvendo barragens de rejeitos da mineração, em termos de vidas humanas perdidas. Ainda restam, contudo, 14 (quatorze) desaparecidos.

Com as confirmações faltantes, superaremos o desastre de Stava, no norte da Itália (ocorrido em julho de 1985), em que 267 pessoas morreram e 20 ficaram feridas com os 180 mil metros cúbicos de lama que foram liberados pela ruptura da barragem da Prealpi Mineraria. Aliás, a propósito do caso italiano, estudo publicado em 2012 na *Natural Hazards and Earth Systems Sciences* já havia concluído que:

¹ BRUMADINHO: partes de corpo são de funcionária terceirizada da Vale. *UOL*, São Paulo, nov. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/11/23/vitima-identificada-brumadinho.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

Regulações estabelecendo padrões de construção, monitoramento operacional, e **inspeção periódica independente** poderiam ter prevenido este desastre. Legislação compreensível é necessária para efetivamente limitar as consequências adversas de falhas de barragens de rejeitos da mineração por proporcionar um ambiente regulatório em que a segurança e o bem-estar da área local possam ser equilibrados com os benefícios econômicos das operações minerárias.²

Vale mencionar, também, que em relatório elaborado em 2017 pela fundação norueguesa GRID-Arendal, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), aonde foram catalogados os maiores acidentes envolvendo rupturas de barragens de rejeitos da mineração ocorridos desde 1985 (*Mine Tailings Storage: Safety Is No Accident*³), o Brasil figura como o país com maior número de acidentes deste tipo nos últimos 5 anos: em 2014, o rompimento de uma barragem da Herculano Mineração, em Itabirito-MG; em 2015, o colapso da barragem do Fundão, em Mariana-MG, que deixou 19 mortos; e, por fim, a tragédia de Brumadinho-MG.

Em termos de devastação ambiental, todavia, os 600 km percorridos pelos 50 a 60 milhões de metros cúbicos de rejeitos liberados pela ruptura da barragem do Fundão, que gerou um prejuízo estimado de US\$ 5,2 bilhões, colocam o desastre de Mariana-MG como o maior do mundo nos últimos 100 anos, de acordo com estudo da consultoria de gestão de riscos norte-americana Bowker Associates.⁴ Já o desastre de Brumadinho, a seu turno, é considerado o maior acidente de trabalho da história do país.⁵

As centenas de mortes e desaparecimentos, bem como os milhares de hectares devastados e leitos de rios contaminados por rupturas de barragens, são somente a ponta de um grande “iceberg”. Para ficarmos apenas no exame do exercício do poder de polícia (que não é o único fator a merecer modificações e aprimoramentos no marco regulatório do setor), percebe-se que há, de um lado, um evidente déficit fiscalizatório da Agência Nacional de Mineração (ANM), causada por um subfinanciamento da Agência e graves desfalques em seus quadros de pessoal; de outro lado, a moldura jurídica fixada pelo quadro regulatório

² LUINO, F.; GRAFF, J. V. de. The Stava mudflow of 19 July 1985 (Northern Italy): a disaster that effective regulation might have prevented. *Nat. Hazards Earth Syst. Sci.*, n. 12, p. 1029-1044, 2012. p. 1029. Tradução livre. Grifos meus. Disponível em: <https://www.nat-hazards-earth-syst-sci.net/12/1029/2012/nhess-12-1029-2012.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

³ ROCHE, Charles; THYGESSEN, Kristina; BAKER, Elaine. *Mine tailings storage: safety is no accident*. S.I.: UN Environment; GRID-Arendal, 2017. Disponível em: <http://www.grida.no/publications/383>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁴ LUCENA, Eleonora de. Tragédia da Samarco teve triplo recorde mundial, diz consultoria. *Folha de São Paulo*, São Paulo, dez. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1718130-tragedia-da-samarco-teve-triplo-recorde-mundial-diz-consultoria.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁵ SOUZA, Felipe; FELLET, João. Brumadinho é maior acidente de trabalho já registrado no Brasil. *UOL*, São Paulo, jan. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2019/01/28/brumadinho-pode-ser-2-maior-desastre-industrial-do-seculo-e-maior-acidente-de-trabalho-do-brasil.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

da segurança de barragens no Brasil está assentada sobre o pressuposto dogmático da indelegabilidade do exercício do poder de polícia a particulares, que precisa ser superado.

O presente artigo buscará apresentar, nesta perspectiva, a delegação do exercício do poder de polícia a particulares como alternativa viável ao aprimoramento do marco regulatório de segurança de barragens no país, além de demonstrar, por meio de dados empíricos, as tendências legislativas que ora já se encaminham – ainda que implicitamente – para a adoção da tese aqui propugnada.

2 A POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA DE BARRAGENS (LEI N. 12.334/2010): COMO A FISCALIZAÇÃO DA SEGURANÇA DE BARRAGENS É DISCIPLINADA NO MARCO REGULATÓRIO HOJE VIGENTE?

Para que possamos ter uma visão mais nítida do grave problema envolvendo a segurança das barragens de rejeitos da mineração no Brasil, é necessária uma breve incursão na Lei n. 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabeleceu a Política Nacional de Segurança de Barragens – PNSB.⁶

De acordo com o art. 7º, *caput*, da Lei, as barragens presentes no território nacional devem ser classificadas, pelos agentes fiscalizadores, segundo 3 (três) critérios: (i) categoria de risco; (ii) dano potencial associado – DPA –; e (iii) volume. Para que o fiscal da ANM afirme em que categoria de risco se insere uma determinada barragem, ele deverá levar em consideração as suas características técnicas, o estado de conservação do empreendimento e o atendimento ao Plano de Segurança da Barragem – PSB. Já em relação ao DPA (que poderá ser alto, médio ou baixo), a avaliação levará em conta o potencial de perdas de vidas humanas e os impactos econômicos, sociais e ambientais decorrentes de uma eventual ruptura da barragem.

A importância desta classificação reside, precisamente, em aferir se uma determinada barragem deverá se submeter à Lei n. 12.334/2010 (pois, de acordo com o seu art. 1º, IV, ela se aplica apenas a barragens com categoria de DPA médio ou alto), bem como em determinar a periodicidade, a qualificação da equipe responsável, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento das inspeções de segurança (art. 9º, *caput*).

⁶ Ressalte-se que as disposições constantes da Lei n. 12.334/2010 se aplicam não apenas às barragens de rejeitos da mineração. Como consta do art. 1º, parágrafo único, da Lei, “Esta Lei aplica-se a barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais que apresentem pelo menos uma das seguintes características”.

2.1 A dinâmica fiscalizador-empendedor no contexto da PNSB

Para que o sistema de fiscalização idealizado pelo legislador funcionasse, foi necessário estabelecer que o órgão fiscalizador (no caso, a ANM) tem, dentre outras, as **obrigações** de manter **cadastro** das barragens sob sua jurisdição (art. 16, I), além de **exigir** dos empreendedores o cumprimento das recomendações constantes dos relatórios de inspeção (art. 16, III), bem como o cadastramento e atualização das informações relativas à barragem em um sistema informatizado destinado a receber o registro das condições de segurança das barragens em todo o território nacional (art. 16, V): isto é, o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB), instituído pelo art. 13 da Lei.

Pois bem. De acordo com o Relatório de Segurança de Barragens (RSB) elaborado pela Agência Nacional de Águas (ANA)⁷ em 2018, há mais de 24 mil barragens no território brasileiro, que servem a diversas finalidades. O número, todavia, representa apenas o quantitativo de barragens devidamente cadastradas no SNISB: segundo a própria ANA, deve haver, no Brasil, ao menos três vezes mais barragens do que os números oficiais apontam.⁸

No que concerne especificamente à contenção de rejeitos da mineração, há 790 barragens no território nacional. De acordo com o último RSB,⁹ 421 delas (isto é, 53%) se submetem à Lei n. 12.334/2010. Dentre estas, 204 possuem DPA alto. Por outro lado, há 7 barragens cujo risco é considerado alto: 4 em Minas Gerais, 2 em Santa Catarina e 1 em Mato Grosso. Nada obstante, é oportuno lembrar que a barragem B1 da Mina “Córrego do Feijão”, construída em 1976 e desativada desde 2015, tinha grau de risco **baixo**.¹⁰

2.2 A patente insuficiência fiscalizatória do Estado

Não se pode depositar qualquer esperança no exercício direto da fiscalização pela ANM. A Agência tem apenas 35 fiscais¹¹ capacitados para, *in loco*, apurar as reais condições

⁷ Lei n. 9.984/2000, art. 4º: A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe: [...] XXII - coordenar a elaboração do Relatório de Segurança de Barragens e encaminhá-lo, anualmente, ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), de forma consolidada.

⁸ 45 barragens preocupam órgãos fiscalizadores, aponta Relatório de Segurança de Barragens elaborado pela ANA. *ANA Notícias*, nov. 2018. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/noticias/45-barragens-preocupam-orgaos-fiscalizadores-aponta-relatorio-de-seguranca-de-barragens-elaborado-pela-ana>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Relatório de segurança de barragens 2017*. Brasília: ANA, 2018. Disponível em: <http://www.snisb.gov.br/porta/snib/relatorio-anual-de-seguranca-de-barragem/2017/rsb-2017-versao-enviada-ao-cnrh.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹⁰ LEAL, Natália. MG concentra 63% das barragens de minérios do país com 'alto risco estrutural'. *UOL*, jan. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/01/25/barragens-alto-risco-mg/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹¹ JENSEN, Roberta; GIRARDI, Giovana. País tem apenas 35 fiscais de barragem de mineração. *Estadão*, jan. 2019. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pais-tem-apenas-35-fiscais-de-barragem-de-mineracao,70002699885>. Acesso em: 2 jul. 2020.

de estabilidade e segurança das 790 barragens de rejeitos da mineração espalhadas pelo Brasil (número que reflete, como vimos, apenas as barragens cadastradas no SNISB). Aliás, das mais de 24 mil barragens presentes no território nacional, apenas 780 foram fiscalizadas pela Agência no ano de 2017. Ou seja, pouco mais do que 3%.¹²

É oportuno mencionar que o Tribunal de Contas da União (TCU), após o desastre de Mariana-MG, determinou a realização de auditoria operacional no antigo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM, hoje ANM), apurando, ao fim do estudo, que a atuação do órgão é **frágil e não atende** aos objetivos da Lei da PNSB. Não por outra razão, a ementa do Acórdão TCU n. 2440/2016 (relator o Ministro José Múcio Monteiro, Plenário, julg. em 21.09.2016) expressamente determinou ao antigo DNPM e ao Ministério de Minas e Energia (MME) que:

em conjunto, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, avaliem e apresentem estudos fundamentados em análise e definição de prioridades e objetivos setoriais sobre a adequabilidade do orçamento consignado anualmente ao DNPM **e do quadro de recursos humanos atual da autarquia, tendo em vista as suas competências institucionais**, e estabeleçam plano de ação, em interlocução com o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), com o objetivo de **solucionar ou mitigar as dificuldades** que vêm sendo enfrentadas pela entidade

Os números apresentados evidenciam que a fiscalização direta, pela ANM, do cumprimento dos parâmetros estabelecidos para a segurança das barragens é absolutamente infatível. Não há recursos humanos suficientes no órgão fiscalizador para que seja realizada, a contento, a fiscalização das reais condições das barragens de rejeitos da mineração. A solução do legislador – igualmente ineficiente, como veremos – foi impor à própria mineradora a responsabilidade pela verificação da segurança e da estabilidade de sua barragem, transferindo-lhe o dever de obter declaração que ateste a adequação do empreendimento. A propósito, o relatório final da CPI da Câmara de Vereadores de Belo Horizonte-MG observou que “tal dependência de informações oriundas do empreendedor decorre em certa medida, da PNSB e da capacidade operacional da Agência, que fica restrita, basicamente, à possibilidade de exigir que o empreendedor atualize as informações cadastradas no sistema.”.¹³

Aliás, se não há fiscais para realizar vistorias nas próprias barragens, também não há pessoal para analisar os milhares de páginas que compõem os relatórios das inspeções e revisões periódicas de segurança, a serem obrigatoriamente inseridos pelo empreendedor no SNISB (art. 17, XIII).

¹² COSTA, Gilberto. De um total de 24 mil barragens, 780 foram fiscalizadas, diz relatório. *Agência Brasil*, jan. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-01/de-um-total-de-24-mil-barragens-780-foram-fiscalizadas-diz-relatorio>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório Final Integral – CPI Barragens*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/comissoes/cpi/cpibruma/Relat%C3%B3rio%20final%20Integral%20-%20CPI%20-%20Barragens%20-%20Aprovado.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

Como vimos, de acordo com a lei, é dever do órgão fiscalizador “manter cadastro das barragens sob sua jurisdição, com identificação dos empreendedores, para fins de incorporação ao SNISB” (art. 16, I), além de “exigir do empreendedor o cadastramento e a atualização das informações relativas à barragem no SNISB” (art. 16, V). Desta forma, em tese, seria possível que a ANM tivesse maior controle a respeito das barragens que reclamam maior atenção. Todavia, a informação não chega, e, se chegar, pode estar incorreta. Como exemplo, mencione-se que, desde 2016, a barragem B1 da Mina “Córrego do Feijão” não passava por vistoria *in loco* da Agência¹⁴.

Nessas condições, não há atividade fiscalizatória que possa ser exercida a contento. Os dados fornecidos pelos empreendedores, portanto, são meramente declaratórios, e a conferência dessas informações pela ANM, na prática, se dá somente durante as vistorias, quando ocorrem. Para piorar, as constatações não são inéditas: relatório de auditoria realizada pela Controladoria-Geral da União (CGU) em **2003** já apontava, dentre outras susceptibilidades, que o antigo DNPM dispunha “apenas de 56 fiscais para atuar junto aos 9 mil empreendimentos minerais existente no País, aí englobados os que se encontram em fase de pesquisa e os que já estão em efetiva exploração”.¹⁵

Questão crucial, para além da insuficiência de servidores da ANM aptos a irem a campo realizar as inspeções de segurança, e da ausência de fiscalização adequada das informações prestadas pelo próprio empreendedor, é a certificação da condição de estabilidade das barragens.

No modelo atual, não apenas a atualização das informações referentes à barragem deve ser realizada e entregue à ANM pela mineradora; também a verificação e a declaração da segurança da estrutura devem ser feitas pelo próprio empreendedor. Nesse sentido, a lei estabelece (art. 9º, § 1º) que a inspeção de segurança **regular** da barragem será realizada *pela própria equipe de segurança da barragem*, devendo o relatório final *estar disponível ao órgão fiscalizador e à sociedade civil*. Já a inspeção de segurança **especial** da barragem será realizada *por equipe multidisciplinar de especialistas* (art. 9º, § 2º).

No que tange às **revisões** periódicas de segurança (art. 10, § 1º), incumbe ao órgão fiscalizador estabelecer, dentre outros critérios, a qualificação técnica da equipe responsável. Efetivamente, a Portaria DNPM n. 70.389, de 17 de maio de 2017, no que concerne às inspeções de segurança regular e especial, bem como às revisões periódicas de segurança da barragem, impõe que os respectivos relatórios sejam elaborados obrigatoriamente **por equipe externa contratada pelo empreendedor** (arts. 16, § 1º, 24, III, e 50, § 1º).

¹⁴ FERRARI, Hamilton. Fiscais não apareciam na Barragem de Brumadinho desde 2016. *Correio Braziliense*, fev. 2019. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/02/02/interna-brasil,734928/fiscais-nao-apareciam-na-barragem-de-brumadinho-desde-2016.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Controle e fiscalização do setor mineral é ineficaz, constata CGU*. 2003. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2003/06/control-e-fiscalizacao-do-setor-mineral-e-ineficaz-constata-cgu>. Acesso em: 2 jul. 2020.

Ademais, também estabelece a Portaria que, caso as conclusões da revisão periódica indiquem a não estabilidade da barragem, a estrutura deverá ser imediatamente interdita, suspendendo-se o lançamento de efluentes e/ou rejeitos no reservatório (art. 13, § 2º). Assim também ocorre caso não seja apresentada a Declaração de Condição de Estabilidade (DCE), que, do mesmo modo, deve ser emitida por **equipe externa** (art. 16, § 3º).

Daí, portanto, o risco de comprometimento – em decorrência de evidente conflito de interesses – da veracidade das informações atinentes à condição de estabilidade da barragem. Não raro, a empresa auditora mantém outras relações comerciais com a auditada; além do mais, evidentemente, o empreendedor, ao contratar serviço altamente especializado de auditoria em geotecnia, o que representa o desembolso de vultosas somas em dinheiro, deseja que seu empreendimento continue a funcionar. A relação contratual entre auditora e auditada, obviamente, compromete a isenção e a imparcialidade do laudo técnico e da DCE a ser exarada ao final da apuração.

Foi exatamente o que ocorreu em Brumadinho. A Tractebel Engie, após informar que não mais poderia declarar a condição de estabilidade da barragem B1, foi substituída¹⁶ pela alemã Tüv Süd, que emitiu a DCE em setembro de 2018. Não apenas a troca de auditoras evidencia os interesses comerciais por trás da declaração de estabilidade, como também as controvérsias envolvendo a apuração de responsabilidades pelo desastre, em que auditores da Tüv Süd afirmam ter recebido e-mails de diretores da Vale S.A. “pressionando-os”¹⁷ a declarar a estabilidade do reservatório. Efetivamente, três dias após a tragédia, foram presos os dois engenheiros da Tüv Süd¹⁸ que atestaram a estabilidade da barragem, além de três funcionários da Vale. Alguns dias após, foram soltos, por decisão concedida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de *habeas corpus*.¹⁹

¹⁶ VALE trocou empresa que auditava barragens. *O Antagonista*, mar. 2019. Disponível em: <https://www.ontagonista.com/brasil/vale-trocou-empresa-que-auditava-barragens/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹⁷ JUCÁ, Beatriz. A guerra entre a Vale e a Tüv Süd pela responsabilidade da tragédia de Brumadinho. *El País*, mar. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/21/politica/1550770949_599589.html. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹⁸ TAVARES, Bruno; CERANTULA, Robinson. Engenheiros e funcionários da Vale que atestaram segurança de barragem em Brumadinho são presos em MG e SP. *G1 São Paulo*, jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/01/29/engenheiros-que-prestaram-servico-a-vale-sao-presos-em-sp-apos-tragedia-em-brumadinho.ghtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹⁹ BARBIÉRI, Luiz Felipe. STJ manda soltar funcionários presos após rompimento de barragem da Vale. *G1 Política*, fev. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/05/stj-concede-liberdade-a-funcionarios-da-vale-e-engenheiros-presos-por-rompimento-de-barragem.ghtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

3 A DELEGABILIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O INCREMENTO DA FISCALIZAÇÃO DA SEGURANÇA DE BARRAGENS DE REJEITOS DA MINERAÇÃO

Impor sanções aos responsáveis pela tragédia, apesar de ser parte importante do processo de apuração e atribuição de responsabilidades pelas tragédias, não resolve o problema. A propósito, a Polícia Federal indiciou, no mês passado, 7 funcionários da Vale e 6 da auditora Tüv Süd por falsidade ideológica e uso de documentos falsos²⁰ – número equivalente à metade de indiciamentos recomendados pela CPI da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais²¹ e pela CPI do Senado Federal.²²

Da mesma forma, organizar moções de apoio²³ e de solidariedade²⁴, além de condenar a mineradora ao pagamento de **indenizações** às famílias atingidas (em julho, a Vale e o Ministério Público do Trabalho celebraram acordo para indenizações de familiares de empregados mortos pelo rompimento da barragem;²⁵ em setembro, a Vale foi condenada a pagar montante total superior a R\$ 11 milhões aos familiares de três vítimas da tragédia,²⁶ na primeira sentença proferida nos autos de demanda indenizatória individual) e à **recuperação** dos ecossistemas arrasados (em julho a Vale foi condenada a reparar os danos causados pela tragédia de Brumadinho²⁷) são medidas igualmente importantes, mas não impedem que novos desastres ocorram.

²⁰ PF indícia 7 empregados de Vale por tragédia de Brumadinho. *Exame*, set. 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pf-indicia-7-empregados-de-vale-por-tragedia-de-brumadinho/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²¹ CPI de Brumadinho pede indiciamento de presidente e diretores da Vale. *Época Negócios*, set. 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/09/epoca-negocios-cpi-de-brumadinho-pede-indiciamento-de-presidente-e-diretores-da-vale.html>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²² CPI aprova indiciamento de 14 pessoas por homicídio em Brumadinho. *Agência Senado*, jul. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/cpi-aprova-indiciamento-de-14-pessoas-por-homicidio-em-brumadinho>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²³ ALVES, Sara. Fundação SOS Mata Atlântica faz ato de apoio a Brumadinho em BH. *Metrópoles*, jan. 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/fundacao-sos-mata-atlantica-faz-ato-de-apoio-a-brumadinho-em-bh>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²⁴ PROJETO 'A arte abraça Brumadinho' promove recuperação da cidade através da cultura. *O Globo*, abr. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/projeto-arte-abraca-brumadinho-promove-recuperacao-da-cidade-atraves-da-cultura-23624406>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²⁵ BRUMADINHO: MPT e Vale assinam acordo para indenizar familiares de funcionários mortos na tragédia. *G1 Minas Gerais*, Belo Horizonte, jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/15/brumadinho-mpt-e-vale-assinam-acordo-para-indenizar-familiares-de-funcionarios-mortos-na-tragedia.ghtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²⁶ VALE pagará R\$ 11,8 milhões a familiares de vítimas de Brumadinho. *Vale*, set. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/vale-pagara-r-118-milhoes-a-familiares-de-vitimas-de-brumadinho/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²⁷ VALE é condenada pela primeira vez na Justiça estadual. *Ascom TJMG*, jul. 2019. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/vale-e-condenada-pela-primeira-vez-na-justica-estadual.htm#.XZqdhUZKjIU>. Acesso em: 2 jul. 2020.

Aliás, nestes pouco mais de 8 meses desde a tragédia de Brumadinho, novos rompimentos de barragens foram verificados em Machadinho d'Oeste-RO²⁸ (rompimento de duas barragens inativas de rejeitos da mineração de cassiterita da Metalmig, em março, deixando 100 famílias isoladas graças à queda de pontes); em Pedro Alexandre e Coronel João Sá-BA²⁹ (ruptura da barragem do Quati, em julho, deixando 1.500 desalojados e 400 desabrigados); e em Nossa Senhora do Livramento-MT³⁰ (colapso da barragem TB01, de contenção de rejeitos da mineração de ouro, da VM Mineração e Construção, em outubro).

Apresentar alternativas para que seja incrementado o marco regulatório da segurança de barragens no Brasil é providência que atinge a “raiz” do problema, essencial à prevenção de novas catástrofes, suprimindo (ou, quando menos, mitigando) o risco de que os interesses comerciais atinentes ao empreendimento se sobreponham à segurança.

Nesse sentido, a tese da delegabilidade do exercício do poder de polícia a particulares figura como alternativa viável à redução das interferências indevidas apuradas no atual quadro regulatório.

Apesar da importante evolução no entendimento acerca do assunto, apurada na última década, a matéria ainda é tratada com reservas pela doutrina e pela jurisprudência.³¹ Identifica-se, no cerne da discussão, três principais argumentos em torno da impossibilidade de que particulares exerçam, mediante delegação, poder de polícia³²: (i) ausência de previsão constitucional que expressamente o autorize; (ii) inconstitucionalidade do exercício de poderes de coerção e autoexecutoriedade por particulares; e (iii) necessidade de incidência do regime jurídico do servidor público para o exercício da atividade de polícia.

Com relação ao item (i), é relevante observar que, além de não haver, no Texto Constitucional, vedação expressa à delegação, há dispositivos que conferem aderência à tese da delegabilidade. É o caso, por exemplo, do art. 37, XIX, que autoriza a criação de entidade da Administração Pública, inclusive de direito privado, para desempenho de atividade de sua competência, sendo lícito afirmar que o conceito de “atividade”, tal como utilizado pelo constituinte, admite tanto os serviços públicos quanto o poder de polícia. Ademais, os arts.

²⁸ ROMPIMENTO de barragens em Rondônia deixa 100 famílias isoladas. *G1 Ariquemes e Vale do Jamari*, mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ro/ariquemes-e-vale-do-jamari/noticia/2019/03/30/cerca-de-50-familias-estao-isoladas-apos-rompimento-de-barragem-em-machadinho-doeste-ro.html>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²⁹ PITOMBO, João Pedro. Falha em barragem faz 350 famílias serem retiradas de casa na Bahia. *Folha de São Paulo*, jul. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/barragem-rompe-na-bahia-e-familias-sao-retiradas-de-suas-casas.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

³⁰ ESTIGARRIBIA, Juliana. Barragem rompe no MT e evidencia problema estrutural na mineração. *Exame*, out. 2019. Disponível em: <https://exame.com/negocios/barragem-rompe-no-mt-e-evidencia-problema-estrutural-na-mineracao/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

³¹ É relevante mencionar, a respeito do entendimento até agora predominante na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 1.717-6/DF.

³² PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação, fiscalização e sanção*: fundamentos e requisitos da delegação do poder de polícia administrativa a particulares. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

216 e 225 autorizam particulares a exercer atividade de polícia administrativa, o que reafirma a tese da aderência constitucional à delegação, salvo previsão expressa sobre função estatal específica.

Quanto ao item (ii), afigura-se-nos plenamente viável que a norma jurídica autorize determinado sujeito a intervir na esfera jurídica de outrem sem que ele esteja autorizado a fazer uso da força física para impor determinada conduta. Assim, ainda que se reconheça que tal prerrogativa é exclusiva do Estado – salvo em caso de urgência que demande atuação imediata –, é possível o exercício do poder de polícia sem que a autoexecutoriedade seja transferida ao agente delegado.

Já a coercibilidade, a seu turno, pode ser exercida por particulares. Primeiro, porque o Estado não deixa de ser o titular da atividade delegada quando transfere apenas a sua execução – como ocorre, por exemplo, com os serviços públicos –; segundo, porque o regime jurídico de direito público incidirá sobre toda a execução da atividade, ainda que exercida por particular; terceiro, porque a exigência de lei específica afasta a afronta ao princípio da isonomia, já que não se cuida de simples imposição de obrigações entre particulares, mas, sim, de delegação de função pública mediante lei, a atribuir qualidade jurídica distinta ao agente delegado em relação ao mero particular.

Por derradeiro, no que concerne ao item (iii), é oportuno salientar que as prerrogativas outorgadas pelo regime jurídico dos servidores públicos não chegam a ponto, ao menos segundo o ordenamento constitucional vigente, de obstar genericamente a delegação da atividade de polícia administrativa a particulares. Basta verificar, por exemplo, que as principais decisões políticas e administrativas, dentre as quais as sancionadoras, são tomadas por agentes públicos que ocupam cargos de provimento em comissão, que não ingressaram no serviço público mediante concurso e não possuem estabilidade.

3.1 O atual modelo fiscalizatório em xeque: o reconhecimento da inviabilidade e as propostas legislativas no sentido da delegação do exercício do poder de polícia

No que concerne às relações entre mineradora e empresa auditora, o relatório final³³ da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado sobre Brumadinho e outras barragens dedicou capítulo específico ao tema, ressaltando que:

as Declarações de Condição de Estabilidade, elemento considerado fundamental para a segurança de uma barragem, mostram diversos vícios: **interferências indevidas na elaboração dos laudos**, por parte da empresa auditada; permissividade excessiva, ao

³³ BRASIL. Senado Federal. *Requerimento n. 21, de 2019*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?codmat=135192>. Acesso em: 2 jul. 2020.

assinar laudos de estabilidade condicionados a correções que nunca foram feitas, por parte da empresa auditora; conflitos de interesses através de múltiplos contratos, no caso da empresa TUV SUD.

Na mesma linha, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais,³⁴ entregue à Mesa da ALMG em 17 de setembro, recomendou à Vale que não utilize,

para elaboração de laudos de estabilidade de barragens, serviços de empresas de auditoria externa que estejam executando outros tipos de serviços à mineradora” e, à ANM, que proíba “a contratação de empresa de auditoria externa, que esteja prestando ou tenha prestado outro tipo de serviço ao empreendedor, para emissão de Declaração de Condição de Estabilidade, de forma a evitar conflito de interesses.

A propósito, o art. 9º do projeto de lei apresentado pela CPI do Senado Federal (PL n. 3.913/2019, atualmente aguardando relatório no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ³⁵) assim dispôs:

Art. 9º Cabe à ANM a instituição de **sistema de credenciamento e contratação de profissionais e empresas especializadas**, segundo requisitos de comprovada experiência e capacitação técnica, para apoiar suas atividades de fiscalização de segurança e de avaliação de riscos de barragens de rejeitos.

Art. 10. **A escolha e contratação** dos responsáveis pela realização da revisão periódica de segurança de barragem e das inspeções de segurança regular e especial, bem como os responsáveis pela emissão de laudos de estabilidade e de análise de risco de barragens de rejeitos, **cabe à ANM**, que deve selecioná-los entre os profissionais e as empresas credenciados na forma do art. 9º, por sorteio **ou outro meio que garanta a independência dos auditores em relação às mineradoras**.

Curiosamente, entretanto, o mesmo relatório final da CPI do Senado sobre Brumadinho consigna que “*uma possível melhoria nas fiscalizações realizadas pelo poder público*

³⁴ CPI da Barragem entrega relatório final à Mesa da Assembleia. *Assembleia Legislativa de Minas Gerais Notícias*, set. 2019. Disponível em: https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2019/09/13_release_entrega_relatorio_CPI_Mesa.html. Acesso em: 2 jul. 2020.

³⁵ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 3913, de 2019*. Proíbe o licenciamento ambiental de barragens de rejeitos e de barragens de resíduos industriais novas, estabelece regras de segurança e prazo para o descomissionamento das barragens de rejeitos e das barragens de resíduos industriais em construção ou existentes, ativas e inativas, e institui a Taxa de Fiscalização de Segurança de Barragens de Rejeitos (TFSBR). Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137599>. Acesso em: 2 jul. 2020.

seria a contratação de servidores (não é possível terceirizar a fiscalização, vez que envolve o exercício do poder de polícia administrativa e, portanto, é atividade típica de estado)”.

Também o relatório final da CPI da Câmara dos Deputados sobre o rompimento da barragem de Brumadinho, ao mesmo tempo que sugere a *contratação temporária de empresas* para, emergencialmente, fazer frente à demanda de trabalho, apresenta a realização de *mais concursos públicos* como solução definitiva para o aprimoramento da eficiência na atuação fiscalizatória, nos seguintes termos:

Dessa forma, para uma fiscalização mais eficiente das barragens de mineração, considera-se imprescindível a realização de concurso público – e o Ministério de Minas e Energia (MME) deve ser instado a fazê-lo – e o treinamento de técnicos nessa área, não se abrindo mão, no curto prazo, de soluções alternativas, tais como a realocação de servidores de outros órgãos (por exemplo, do Serviço Geológico Nacional – CPRM) e a contratação temporária de empresas especializadas em geotecnia, para dar vazão à sobrecarga atual de trabalho.

No mesmo diapasão, o relatório final da CPI da Câmara de Vereadores de Belo Horizonte-MG consignou, reproduzindo trecho do relatório final da CPI do Senado, que:

Normalmente, as equipes de fiscalização *in loco* são compostas por no mínimo dois servidores e duram pelo menos uma semana. Considerando que atualmente há 788 barragens no SIGBM, excluídas aquelas que constam como descadastradas, seriam necessárias mais de 131 semanas para inspecionar todas as estruturas. Assim, infere-se que uma possível melhoria nas fiscalizações realizadas pelo poder público seria a contratação de servidores (não é possível terceirizar a fiscalização, vez que envolve o exercício do poder de polícia administrativa e, portanto, é atividade típica de estado).³⁶

Ora, como visto, a adoção dos postulados normativo-dogmáticos da exclusividade do *ius imperii* pelo Estado e, em consequência, da indelegabilidade do seu exercício a particulares, admite apenas, como solução para o problema, a seleção e posterior nomeação de novos servidores públicos para os quadros da ANM. Nada obstante, acolher a delegação do exercício do poder de polícia a particulares, máxime em um setor que reclama alto grau de especialização técnico-científica, é providência que mais se compatibiliza com o dever de eficiência da Administração Pública.

³⁶ O mesmo relatório, entretanto, sugeriu que “[u]ma possível solução para a análise da condição de estabilidade com maior isenção seria a formação, pela ANM, de listas de consultores selecionados por sorteio. A remuneração desses consultores caberia à Agência, mediante pagamento de taxa pelo empreendedor. Situação similar ocorre em processos judiciais, quando se faz necessária a realização de perícia.”

E, afinal, tanto os relatórios quanto o projeto de lei proposto pela CPI do Senado Federal admitiram, ainda que por via reflexa – ou seja, sem o dizer expressamente – que particulares “apoiassem” a ANM em sua função fiscalizatória. No fundo, trata-se de delegação do exercício do poder de polícia a particulares.

Aliás, também o Estado de Minas Gerais, através da aprovação da Lei n. 23.291, de 25 de fevereiro de 2019 (oriunda do Projeto de Lei n. 3.676/2016, intitulado *Mar de lama nunca mais*³⁷), previu que “As auditorias técnicas de segurança e as auditorias técnicas extraordinárias de segurança serão realizadas por uma **equipe técnica de profissionais independentes**, especialistas em segurança de barragens e previamente **credenciados perante o órgão ou a entidade competente do Sisema**, conforme regulamento” (art. 17, § 3º). No mesmo sentido, a Resolução n. 13,³⁸ de 8 de agosto de 2019, da Agência Nacional de Mineração, determinou que o projeto técnico executivo de descaracterização de barragens alteadas pelo método a montante (ou por método desconhecido) deverá ser feito por *equipe externa independente* (art. 8º, § 1º).

Vê-se, portanto, que as conclusões alcançadas pelas diversas Comissões Parlamentares de Inquérito, bem como pelos órgãos de investigação (Polícia Federal³⁹, Polícia Civil, Ministério Público⁴⁰), reconhecem que houve interferências indevidas e inserção de informações inverídicas no processo de elaboração da Declaração de Condição de Estabilidade – DCE – que, ao fim e ao cabo, acarretou a tragédia de Brumadinho-MG, dentre outras de menor magnitude (em termos de devastação e vítimas) no território nacional.

Nesse passo, cabe observar, ainda, que a Vale já firmou **três Termos de Compromisso** com o Ministério Público, comprometendo-se a contratar auditoria técnica independente (i) para analisar a efetividade das medidas adotadas na contenção dos rejeitos e na recuperação socioambiental de todas as áreas impactadas pela tragédia de Brumadinho, bem como a segurança e a estabilidade das estruturas remanescentes do Complexo Paraopeba II,

³⁷ MAR de Lama Nunca Mais: por que a importância de aprimorar a legislação? *MPMG Notícias*, jan. 2019. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mar-de-lama-nunca-mais-por-que-a-importancia-de-aprimorar-a-legislacao.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

³⁸ BRASIL. *Resolução n. 13, de 8 de agosto de 2019*. Estabelece medidas regulatórias objetivando assegurar a estabilidade de barragens de mineração, notadamente aquelas construídas ou alteadas pelo método denominado “a montante” ou por método declarado como desconhecido e dá outras providências. Brasília: Ministério de Minas e Energia; Agência Nacional de Mineração, 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-13-de-8-de-agosto-de-2019-210037027>. Acesso em: 2 jul. 2020.

³⁹ PF apresenta resultados de investigação sobre o rompimento de barragem em Brumadinho. *PF Notícias*, set. 2019. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/noticias/2019/09/pf-apresenta-resultados-de-investigacao-sobre-o-rompimento-de-barragem-em-brumadinho>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁴⁰ BALANÇO de seis meses de atuação do MPMG no caso Brumadinho. *MPMG Notícias*, jul. 2019. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/balanco-de-seis-meses-de-atuacao-do-mpmg-no-caso-brumadinho.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

da Mina “Córrego do Feijão”,⁴¹ (ii) para promover estudos nas áreas geológica-geotécnica nas barragens Norte Laranjeiras, B3, Dição, Dique de Contenção da PDE3, Sul (Córrego do Canal), além daquelas componentes ou integradas;⁴² e, ainda, (iii) para acompanhamento da situação da Mina de “Gongo Soco”, especialmente da Barragem Sul Superior, no município de Barão de Cocais-MG.⁴³

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

São evidentes os sinais de desgaste e diversas as suscetibilidades do atual modelo regulatório de segurança de barragens da mineração, máxime no que concerne às relações entre auditora e auditada, a comprometer decisivamente um sistema de fiscalização que – em virtude da insuficiência de recursos humanos –, da forma como se apresenta hoje, precisa funcionar com base na confiança.

É hora de superarmos antigos dogmas do Direito Administrativo, em homenagem à eficiência fiscalizatória, para que episódios como os de Brumadinho e Mariana não voltem a ocorrer. Neste contexto, a delegação do exercício do poder de polícia a particulares, além de não ser vedada pelo ordenamento jurídico nacional, é alternativa viável que se apresenta à Administração Pública, como meio não apenas imediato, mas também definitivo de superação dos entraves que obstam o bom exercício da função fiscalizatória.

Vê-se que a tragédia de Brumadinho, especificamente, trouxe a lume a precariedade do sistema atual, em que o papel do órgão fiscalizador, em virtude de seu subfinanciamento e de sua notória incapacidade operacional (faltam recursos materiais e humanos para que a agência reguladora exerça a contento o seu mister – e, com efeito, não se trata apenas da fiscalização), está limitado à mera gestão e processamento de informações prestadas pelos próprios empreendedores. A seu turno, a vedação a que as próprias mineradoras elaborem os estudos necessários à emissão da declaração de condição de estabilidade, direciona-as à busca, no mercado, por auditorias que lhes forneçam um serviço que possui sérias e decisivas implicações na vida econômica da empresa auditada.

O Poder Legislativo – seja por meio do trabalho desempenhado pelas CPIs, seja mediante a propositura de novas leis – já acena com a admissibilidade (ainda que velada) da

⁴¹ VALE deve contratar auditoria independente para verificar medidas de recuperação socioambiental das áreas impactadas pela tragédia de Brumadinho. *MPMG Notícias*, fev. 2019. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/vale-deve-contratar-auditoria-independente-para-verificar-medidas-de-recuperacao-socioambiental-das-areas-impactadas-pela-tragedia-de-brumadinho.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁴² MPMG e Vale assinam acordo para realização de auditoria independente em barragens em São Gonçalo do Rio Abaixo e Barão de Cocais. *MPMG Notícias*, jul. 2019. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-vale-assinam-acordo-para-realizacao-de-auditoria-independente-em-barragens-em-sao-goncalo-do-rio-abaixo-e-barao-de-cocais.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁴³ MPMG e Vale assinam acordo para realização de auditoria independente [...]. Op. cit.

delegação do exercício do poder de polícia a particulares. No fundo, e em verdade, manter “cadastro de empresas auditoras” que desempenharão o papel de “auxiliar” o órgão fiscalizador nada mais é do que admitir que terceiros, alheios aos quadros funcionais do Poder Público, desempenhem o papel de fiscalizar.

Os primeiros passos já estão sendo dados. A institucionalização da possibilidade de delegação do poder de polícia é medida que se coaduna com o bom desempenho das tarefas cometidas à Administração Pública – e, com relação à segurança de barragens, se afigura como providência imprescindível a que novos episódios trágicos como os de Mariana e Brumadinho voltem a ocorrer.

REFERÊNCIAS

45 barragens preocupam órgãos fiscalizadores, aponta Relatório de Segurança de Barragens elaborado pela ANA. *ANA Notícias*, nov. 2018. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/noticias/45-barragens-preocupam-orgaos-fiscalizadores-aponta-relatorio-de-seguranca-de-barragens-elaborado-pela-ana>. Acesso em: 2 jul. 2020.

ALVES, Sara. Fundação SOS Mata Atlântica faz ato de apoio a Brumadinho em BH. *Metrópoles*, jan. 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/fundacao-sos-mata-atlantica-faz-ato-de-apoio-a-brumadinho-em-bh>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BALANÇO de seis meses de atuação do MPMG no caso Brumadinho. *MPMG Notícias*, jul. 2019. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/balanco-de-seis-meses-de-atuacao-do-mpmg-no-caso-brumadinho.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. STJ manda soltar funcionários presos após rompimento de barragem da Vale. *G1 Política*, fev. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/05/stj-concede-liberdade-a-funcionarios-da-vale-e-engenheiros-presos-por-rompimento-de-barragem.ghtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Relatório de segurança de barragens 2017*. Brasília: ANA, 2018. Disponível em: <http://www.snisb.gov.br/porta/snisb/relatorio-anual-de-seguranca-de-barragem/2017/rsb-2017-versao-enviada-ao-cnrh.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório Final Integral – CPI Barragens*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/comissoes/cpi/cpibruma/Relat%C3%B3rio%20final%20Integral%20-%20CPI%20-%20Barragens%20-%20Aprovado.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Controle e fiscalização do setor mineral é ineficaz, constata CGU*. 2003. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2003/06/control-e-fiscalizacao-do-setor-mineral-e-ineficaz-constata-cgu>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Requerimento n. 21, de 2019*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?codmat=135192>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 3913, de 2019*. Proíbe o licenciamento ambiental de barragens de rejeitos e de barragens de resíduos industriais novas, estabelece regras de segurança e prazo para o descomissionamento das barragens de rejeitos e das barragens de resíduos industriais em construção ou existentes, ativas e inativas, e institui a Taxa de Fiscalização de Segurança de Barragens de Rejeitos (TFSBR). Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137599>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. *Resolução n. 13, de 8 de agosto de 2019*. Estabelece medidas regulatórias objetivando assegurar a estabilidade de barragens de mineração, notadamente aquelas construídas ou alteadas pelo método denominado “a montante” ou por método declarado como desconhecido e dá outras providências. Brasília: Ministério de Minas e Energia; Agência Nacional de Mineração, 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-13-de-8-de-agosto-de-2019-210037027>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRUMADINHO: partes de corpo são de funcionária terceirizada da Vale. *UOL*, São Paulo, nov. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/11/23/vitima-identificada-brumadinho.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRUMADINHO: MPT e Vale assinam acordo para indenizar familiares de funcionários mortos na tragédia. *G1 Minas Gerais*, Belo Horizonte, jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/15/brumadinho-mpt-e-vale-assinam-acordo-para-indenizar-familiares-de-funcionarios-mortos-na-tragedia.ghtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

COSTA, Gilberto. De um total de 24 mil barragens, 780 foram fiscalizadas, diz relatório. *Agência Brasil*, jan. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-01/de-um-total-de-24-mil-barragens-780-foram-fiscalizadas-diz-relatorio>. Acesso em: 2 jul. 2020.

CPI de Brumadinho pede indiciamento de presidente e diretores da Vale. *Época Negócios*, set. 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/09/epoca-negocios-cpi-de-brumadinho-pede-indiciamento-de-presidente-e-diretores-da-vale.html>. Acesso em: 2 jul. 2020.

CPI da Barragem entrega relatório final à Mesa da Assembleia. *Assembleia Legislativa de Minas Gerais Notícias*, set. 2019. Disponível em: https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2019/09/13_release_entrega_relatorio_CPI_Mesa.html. Acesso em: 2 jul. 2020.

ESTIGARRIBIA, Juliana. Barragem rompe no MT e evidencia problema estrutural na mineração. *Exame*, out. 2019. Disponível em: <https://exame.com/negocios/barragem-rompe-no-mt-e-evidencia-problema-estrutural-na-mineracao/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

FERRARI, Hamilton. Fiscais não apareciam na Barragem de Brumadinho desde 2016. *Correio Brasileiro*, fev. 2019. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/02/02/interna-brasil,734928/fiscais-nao-apareciam-na-barragem-de-brumadinho-desde-2016.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

JENSEN, Roberta; GIRARDI, Giovana. País tem apenas 35 fiscais de barragem de mineração. *Estadão*, jan. 2019. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pais-tem-apenas-35-fiscais-de-barragem-de-mineracao,70002699885>. Acesso em: 2 jul. 2020.

JUCÁ, Beatriz. A guerra entre a Vale e a Tüv Süd pela responsabilidade da tragédia de Brumadinho. *El País*, mar. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/21/politica/1550770949_599589.html. Acesso em: 2 jul. 2020.

LEAL, Natália. MG concentra 63% das barragens de minérios do país com 'alto risco estrutural'. *UOL*, jan. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/01/25/barragens-alto-risco-mg/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

LUCENA, Eleonora de. Tragédia da Samarco teve triplo recorde mundial, diz consultoria. *Folha de São Paulo*, São Paulo, dez. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1718130-tragedia-da-samarco-teve-triplo-recorde-mundial-diz-consultoria.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

LUINO, F.; GRAFF, J. V. de. The Stava mudflow of 19 July 1985 (Northern Italy): a disaster that effective regulation might have prevented. *Nat. Hazards Earth Syst. Sci.*, n. 12, p. 1029-1044, 2012. Disponível em: <https://www.nat-hazards-earth-syst-sci.net/12/1029/2012/nhess-12-1029-2012.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

MAR de Lama Nunca Mais: por que a importância de aprimorar a legislação? *MPMG Notícias*, jan. 2019. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mar-de-lama-nunca-mais-por-que-a-importancia-de-aprimorar-a-legislacao.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

MPMG e Vale assinam acordo para realização de auditoria independente em barragens em São Gonçalo do Rio Abaixo e Barão de Cocais. *MPMG Notícias*, jul. 2019. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-vale-assinam-acordo-para-realizacao-de-auditoria-independente-em-barragens-em-sao-goncalo-do-rio-abaixo-e-barao-de-cocais.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação, fiscalização e sanção: fundamentos e requisitos da delegação do poder de polícia administrativa a particulares*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PF indícia 7 empregados de Vale por tragédia de Brumadinho. *Exame*, set. 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pf-indicia-7-empregados-de-vale-por-tragedia-de-brumadinho/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

PITOMBO, João Pedro. Falha em barragem faz 350 famílias serem retiradas de casa na Bahia. *Folha de São Paulo*, jul. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/barragem-rompe-na-bahia-e-familias-sao-retiradas-de-suas-casas.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

PROJETO 'A arte abraça Brumadinho' promove recuperação da cidade através da cultura. *O Globo*, abr. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/projeto-arte-abraca-brumadinho-promove-recuperacao-da-cidade-atraves-da-cultura-23624406>. Acesso em: 2 jul. 2020.

ROCHE, Charles; THYGESEN, Kristina; BAKER, Elaine. *Mine tailings storage: safety is no accident*. S.I.: UN Environment; GRID-Arendal, 2017. Disponível em: <http://www.grida.no/publications/383>. Acesso em: 2 jul. 2020.

ROMPIMENTO de barragens em Rondônia deixa 100 famílias isoladas. *G1 Ariquemes e Vale do Jamari*, mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ro/ariquemes-e-vale-do-jamari/noticia/2019/03/30/cerca-de-50-familias-estao-isoladas-apos-rompimento-de-barragem-em-machadinho-doeste-ro.ghtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

SOUZA, Felipe; FELLET, João. Brumadinho é maior acidente de trabalho já registrado no Brasil. *UOL*, São Paulo, jan. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2019/01/28/brumadinho-pode-ser-2-maior-desastre-industrial-do-seculo-e-maior-acidente-de-trabalho-do-brasil.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

TAVARES, Bruno; CERANTULA, Robinson. Engenheiros e funcionários da Vale que atestaram segurança de barragem em Brumadinho são presos em MG e SP. *G1 São Paulo*, jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/01/29/engenheiros-que-prestaram-servico-a-vale-sao-presos-em-sp-apos-tragedia-em-brumadinho.ghtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

VALE trocou empresa que auditava barragens. *O Antagonista*, mar. 2019. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/vale-trocou-empresa-que-auditava-barragens/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

VALE pagará R\$ 11,8 milhões a familiares de vítimas de Brumadinho. *Vale*, set. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/vale-pagara-r-118-milhoes-a-familiares-de-vitimas-de-brumadinho/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

VALE é condenada pela primeira vez na Justiça estadual. *Ascom TJMG*, jul. 2019. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/vale-e-condenada-pela-primeira-vez-na-justica-estadual.htm#.XZqdhUZKjIU>. Acesso em: 2 jul. 2020.

VALE deve contratar auditoria independente para verificar medidas de recuperação socioambiental das áreas impactadas pela tragédia de Brumadinho. *MPMG Notícias*, fev. 2019. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/vale-deve-contratar-auditoria-independente-para-verificar-medidas-de-recuperacao-socioambiental-das-areas-impactadas-pela-tragedia-de-brumadinho.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

O controle judicial do processo administrativo disciplinar

Florivaldo Dutra de Araújo

Doutor em Direito Administrativo (UFMG)
Professor de Direito Administrativo (UFMG)



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Processo disciplinar: do Estado liberal ao Estado Democrático de Direito; 3 Extensão do controle judicial do processo disciplinar; 3.1 Infrações disciplinares e conceitos jurídicos indeterminados; 3.2 Processo disciplinar e “escolha” da pena a ser aplicada pela autoridade sancionadora; 3.3 Tendências judiciais de ampliação do controle do sancionamento disciplinar; 4 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito disciplinar, como sub-ramo do direito administrativo, apresenta-se nas vertentes *material* e *formal*, essa última também dita *processual*.

O direito disciplinar material compõe-se das normas que estabelecem a prerrogativa estatal de punir os agentes públicos e demais sujeitos submetidos à disciplina interna da administração pública, definindo os ilícitos administrativos e as penalidades correspondentes.

O direito disciplinar processual constitui-se das normas que definem os procedimentos que conduzem à possível declaração de ocorrência da ilicitude e à fixação da responsabilidade administrativa daqueles que a praticaram.

Dentre os temas do direito administrativo, o direito disciplinar é um dos que muito evoluíram entre as últimas décadas do século XX e o início do século XXI. Ao nosso ver, essa evolução foi maior no campo do processo e seu controle, em comparação com o aspecto material, tendo em vista, especialmente, que as definições dos ilícitos e correspondentes sanções poderiam ser mais claras e específicas, contribuindo melhor para a segurança jurídica. Não será este, contudo, o foco deste trabalho.

O presente texto ocupar-se-á do desenvolvimento do controle jurisdicional do processo disciplinar no Brasil, com vistas a indicar aspectos nos quais essa evolução resultou em incremento da segurança jurídica, por meio da abertura para novas hipóteses de cabimento do controle judicial. Outro objetivo desta dissertação é apresentar uma breve análise

crítica de pontos de vista em relação aos quais entendemos haver um déficit perante os princípios do Estado Democrático de Direito, indicando a ampliação do controle jurisdicional como aspecto relevante para a adequada juridicização do processo disciplinar.

2 PROCESSO DISCIPLINAR: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O chamado *poder disciplinar* da administração pública é a prerrogativa que esta possui, de punir os servidores públicos e demais pessoas que com ela mantêm uma *relação especial de sujeição*, em face de infrações cometidas contra os deveres desse específico vínculo.

As relações jurídicas mantidas entre a administração pública e demais sujeitos de direito, conforme clássica distinção construída pela doutrina alemã, podem ser divididas em *relações gerais de sujeição e relações especiais de sujeição*.

As *relações gerais de sujeição*, também ditas *relações gerais de poder*, são as que existem entre a administração pública e a generalidade dos sujeitos de direito, decorrente do simples fato de que todas as pessoas, desde o começo de suas existências, encontram-se assujeitadas ao poder estatal. O exercício do *poder de polícia*, que se revela pela imposição de restrições à liberdade e à propriedade, em função de interesses coletivos, assenta-se nessas relações gerais.

As *relações especiais de sujeição*, ou *relações especiais de poder*, são as que decorrem da formação, compulsória ou voluntária, de vínculo específico entre uma pessoa e a administração pública, para além da já referida vinculação geral. Estas relações desenvolvem-se em campos específicos de atuação do poder público, a exemplo dos órgãos administrativos, nos quais atuam os servidores públicos; das escolas públicas e das prisões. Assim, tal como os servidores, os alunos de estabelecimentos públicos e os presidiários encontram-se em uma *especial relação de sujeição*, à qual se aplicam normas específicas de conduta, que lhes atribuem direitos e deveres próprios. Para garantir a observância dessas normas, a administração pública detém o *poder disciplinar*.

Em sua formulação originária, que data do século XIX, a teoria das relações especiais de sujeição sustentava que tais vínculos eram característicos de áreas nas quais a ação do estado se desenrolava sob *isenção jurídica*. Enquanto o exercício do poder de polícia – típico das relações gerais de poder – deveria fundar-se em prévia autorização legal, nas relações especiais as prerrogativas estatais, especialmente o poder disciplinar, decorriam diretamente e apenas da própria administração pública, como poderes que lhe eram inerentes, regulados por *atos internos*, tidos até meados do século XX como *atos não-jurídicos* e, portanto, subtraídos ao princípio da legalidade. Neste sentido é o ensinamento de Rivero: “A Administração

não está regida pelo direito quando as regras a que obedece lhe são puramente interiores, obrigatórias para os agentes em relação aos seus superiores, mas não em relação aos administrados”.¹

O caráter *ajurídico* dessas relações especiais, logicamente, serviu de fundamento à sua exclusão do controle jurisdicional, uma vez que, conforme a clássica teoria da separação dos poderes, que se constitui em um dos pilares do Estado de Direito, somente cabe aos órgãos jurisdicionais o exame da *legalidade* dos atos da administração pública.

A concepção e sistematização dessas relações como *ajurídicas* devem-se principalmente a Paul Laband e Otto Mayer. Trata-se de concepção que, sobrevivendo à República de Weimar e à democratização pós Segunda Guerra Mundial, só veio a encontrar o ocaso de sua formulação original em 1972, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão, julgando lide relativa às relações entre o Estado e o indivíduo, no contexto da execução penal, decidiu que também nas chamadas relações especiais de poder vigoram os direitos fundamentais e sua juridicidade pode ser examinada pelo Judiciário.²

Atualmente a classificação dos vínculos entre administração pública e demais sujeitos de direito em relações gerais e especiais de sujeição tem repercussões muito mais restritas, como a de explicar os distintos fundamentos do poder de polícia e do poder disciplinar, como acima já referido. O mais importante é que não mais se admite que as relações especiais de poder sejam subtraídas da regência do princípio da legalidade, tampouco se possa excluir de seu âmbito a proteção aos direitos fundamentais.

Contudo, na doutrina e na jurisprudência brasileiras ainda subsistem posições muito restritivas no tocante à extensão do controle judicial do processo administrativo disciplinar. A principal linha de fundamentação deste posicionamento é a alegação da *discricionariedade* que, segundo se defende, prevalece na aplicação das normas disciplinares.

Embora originariamente essa discricionariedade tenha sido associada à isenção jurídica das relações especiais de poder, o ocaso desta noção não foi suficiente para levar a uma substancial redução da defesa de prerrogativas discricionárias da administração pública no campo disciplinar.

Para ilustrar a defesa dessa discricionariedade, trazemos a lume a lição de Hely Meilrelles, um dos mais influentes nomes do Direito Administrativo brasileiro:

Outra característica do poder disciplinar é seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado a prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva

¹ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1975. p. 14.

² LABAND, Paul. *Le droit public de l'empire allemand*. T. II. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901. p. 100-107. MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9. Aufl. München: C. H. Beck, 1994. p. 105-106, 158-161. SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

sanção. Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da *pena específica* que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: “nullum crimen, nulla poena sine lege”. Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas.³

Meirelles leciona que o administrador público não goza de discricionariedade para escolher se pune ou não o subordinado faltoso, registrando que “A aplicação da pena disciplinar tem para o superior hierárquico o caráter de um *poder-dever*, uma vez que a condescendência na punição é considerada crime contra a Administração Pública.”⁴

O juízo discricionário da autoridade disciplinar reside essencialmente, segundo a doutrina tradicional, em dois aspectos.

Primeiro, na subsunção do fato punível às previsões legais das infrações disciplinares. Como afirma Di Pietro, a discricionariedade surge, neste aspecto,

com relação a certas infrações que a lei não define; é o caso do “procedimento irregular” e da “ineficiência no serviço”, puníveis com pena de demissão, e da “falta grave”, punível com suspensão; são expressões imprecisas, de modo que a lei deixou à Administração a possibilidade de enquadrar os casos concretos em uma ou outra dessas infrações.⁵

Trata-se, portanto, da aplicação dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*, que grande parte da doutrina brasileira continua a considerar ensejadora de discricionariedade administrativa, diferentemente dos conceitos determinados, que por utilizarem referenciais rígidos (grandezas matemáticas, por exemplo), resultariam em vinculação do administrador público ao aplicá-los nos casos concretos.

O segundo aspecto da discricionariedade no exercício do poder disciplinar diz respeito à definição da pena a ser aplicada. Conforme Meirelles: “Conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais bem reprima a falta cometida.”⁶

Assim como a generalidade da doutrina administrativista, Meirelles adverte não se confundir a discricionariedade com arbitrariedade e, para que esta não se caracterize, indica

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 146.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 147.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 126.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 147.

os dois condicionamentos jurídicos da aplicação válida de sanções disciplinares. O primeiro é a *apuração da falta disciplinar por meio de processo administrativo regular* que, embora mais simples e menos formal que o processo judicial, deve mostrar-se obediente às prescrições legais, o que inclui a observância do direito de defesa do acusado. O segundo é a *motivação do ato sancionatório*, no qual deve ser feita a demonstração “quanto à existência da falta e aos motivos em que a Administração embasa a punição”.⁷

Ressalva, no entanto, que o dever de motivação não permite que o poder judiciário reavalie o seu conteúdo. Confira-se a conclusão de Meirelles:

Ao motivar a imposição da pena, o administrador não se está despojando da discricionariedade que lhe é conferida em matéria disciplinar. Está, apenas, *legalizando* essa discricionariedade, visto que a *valoração dos motivos* é matéria reservada privativamente à sua consideração, sem que outro Poder possa rever o mérito de tais motivos.⁸

É importante observar que, embora as linhas mestras dessa tradicional concepção do processo administrativo disciplinar e seu controle tenham sido construídas no mesmo contexto ideológico que defendia a impermeabilidade das relações especiais de sujeição ao controle judicial, com o passar do tempo elas foram incorporando modulações, na medida em que os avanços da cidadania, na passagem do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito, ampliavam as garantias materiais e procedimentais das pessoas em face da administração pública.

Assim, aproximadamente até a primeira metade do século XX, predominou a noção de que o controle judicial dos atos disciplinares somente poderia alcançar três indagações: se as formalidades procedimentais básicas foram observadas (o que incluía a emissão do ato punitivo na forma legalmente prevista); se a punição aplicada encontrava-se prevista, abstratamente, no ordenamento jurídico aplicável ao caso; e se o agente que expediu o ato punitivo possuía competência legal para tanto.⁹

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 148.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 149, grifos no original.

⁹ Manifestação exemplar dessa concepção encontramos no seguinte trecho de voto vencedor do Ministro Costa Manso no Supremo Tribunal Federal (STF), proferido em 1938, no qual reitera argumentação já vertida em decisão anterior: “Quando a lei estabelece garantias para o funcionário, podem os tribunais judiciais verificar se os preceitos da lei foram ou não violados. A lei, por exemplo, declara qual o funcionário competente para demitir, enumera os casos de demissão e estabelece um processo para apurá-los. Se a demissão é decretada por funcionário diverso do designado na lei, o ato é *nulo*, pela *incompetência* de quem o executou. Se a demissão é decretada por motivo não previsto na lei, o ato é *nulo* por *excesso de poder*. Se, finalmente, a demissão é decretada sem observância das formalidades substanciais do processo estabelecido para a apuração do motivo legal, o ato é *nulo*, por cerceamento dos meios de defesa. [...] Desde, porém, que a autoridade seja competente, que a demissão tenha uma das causas previstas em lei, e que hajam sido observadas as formalidades legais, o ato poderá ser injusto, mas não é nulo.” (Apelação Cível n. 6.845, Relator *ad hoc* Ministro Costa Manso.)

Essa concepção ainda encontrou guarida legal na revogada Lei n. 1.533, de 31/12/1951, que até há alguns anos disciplinava o mandado de segurança. No seu art. 5º, III, previa-se que não se concederia mandado de segurança quando se tratasse “de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”. Embora constante de lei relativa a essa ação especial, reconhecia-se que a citada vedação abrangia também as demais ações com as quais se pudesse impugnar atos disciplinares, uma vez que se tratava de restrição fundada na discricionariedade inerente à aplicação de sanções administrativas disciplinares.¹⁰

A nova Lei do Mandado de Segurança, n. 12.1016, de 07/08/2009, não mais contém essa restrição, o que se deve à superação das noções que embasavam o art. 5º, III, da Lei revogada.¹¹

Porém, até o alcance dessa conquista legislativa, a doutrina e a jurisprudência, como registrado, foram paulatinamente incorporando aberturas ao controle judicial do processo disciplinar, que continuavam – e em parte continuam – a conviver, de modo contraditório, com as antigas restrições dantes defendidas.

O texto clássico de Meirelles é um bom exemplo desse processo evolutivo e algo contraditório. Ao mesmo tempo em que defende as restrições tradicionais ao controle judicial do processo disciplinar, as suas lições incorporam exigências que se prestam a ampliar esse controle. Assim, embora afirme que o “Judiciário deter-se-á no exame material e jurídico dos motivos invocados, sem lhes adentrar a substância administrativa”.

Meirelles confere papel e consequências maiores à motivação do que a princípio delimitara. Confira-se:

A motivação destina-se a evidenciar a conformação da pena com a falta e a permitir que se confirmem a todo tempo a *realidade* e a *legitimidade* dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa. Segundo a moderna doutrina francesa, hoje aceita pelos nossos publicistas e pela nossa jurisprudência, todo ato administrativo é inope-

¹⁰ Nesse sentido, a lição de Celso Agrícola Barbi, contido em obra clássica sobre o mandado de segurança: “Exclui-se, porém, expressamente, do âmbito do mandado de segurança o ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial. Esse princípio, aliás, não é peculiar ao mandado de segurança, pois não se refere à forma processual adotada para o controle da Administração. A restrição legal é devida à natureza discricionária do ato disciplinar, que não se coaduna com o exame do mérito da pena, seja qual for a via processual escolhida. A intervenção do Poder Judiciário é, assim, limitada ao exame apenas da legalidade do ato disciplinar e não de sua justiça.” (*Do Mandado de Segurança*, 1998, p. 96.) Deve-se, porém, registrar que a doutrina e a jurisprudência cuidaram de dar interpretação mais garantista a esse dispositivo da Lei 1.533/1951, de modo a ampliar as hipóteses de cabimento do mandado de segurança em matéria disciplinar, tal como registra José Armando da Costa (COSTA, José Armando da. Controle externo do ato disciplinar. *Fórum Administrativo: Direito Público*, v. 5, n. 55, p. 6095-6111, set. 2005).

¹¹ O não cabimento do mandado de segurança para controle do processo disciplinar pode decorrer, porém, da impropriedade dessa ação em casos nos quais seja necessária dilação probatória para comprovação de alegações, tendo em vista que o seu rito especial somente admite prova documental, pré-constituída. A respeito, cf.: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. O controle jurisdicional das sanções disciplinares no mandado de segurança. *Interesse Público*, v. 9, n. 45, p. 69-75, set./out. 2007.

rante quando o motivo invocado é falso ou inidôneo, vale dizer, quando ocorre *inexistência material* ou *inexistência jurídica* dos motivos. Esses motivos, na expressão de Jêze, devem ser “materialmente exatos e juridicamente fundados”. Tal teoria tem inteira aplicação ao ato disciplinar, que é espécie do gênero — ato administrativo.¹²

Ora, se o controle judicial pode verificar a *idoneidade* do motivo invocado para a aplicação da sanção e se esse controle verifica, por meio da motivação, se os atos infracionais *legitimam* a punição aplicada, já se está admitindo que a fiscalização pelo poder judiciário não é apenas aquela restrita aos aspectos da competência, forma e previsão abstrata, em lei, da punição aplicada. Esta nova perspectiva, que até a primeira metade do século XX fora uma posição minoritária,¹³ tornou-se predominante nas últimas décadas do mesmo século, culminando com o posicionamento legislativo já referido, que excluiu da regulação do mandado de segurança a analisada restrição ao cabimento desta ação em matéria disciplinar.

Com efeito, ainda na vigência das constituições de 1946 e 1967 avolumaram-se nos tribunais brasileiros decisões em favor do sopesamento dos motivos ensejadores de sanções disciplinares. Não cabe aqui um levantamento minucioso de todas essas decisões, mas é importante ilustrar essa evolução com duas decisões emblemáticas.

Em dezembro de 1944, o STF julgou Embargos na Apelação Cível n. 7.307, cujo Relator foi o Ministro Castro Nunes. Essa decisão foi publicada na Revista de Direito Administrativo¹⁴, comentada por Victor Nunes Leal, que a qualifica como *leading case* na mudança de alteração do STF, não apenas no tocante ao controle da aplicação de sanções disciplinares, mas também em relação ao reexame, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos, tendo em vista que o *conceito de legalidade* é definido de maneira mais ampla do que até então se concebera.

A ementa do acórdão ainda registra que o Judiciário “Deve inclinar-se antes a placitar a medida disciplinar do que a revogá-la,¹⁵ quando encontre razoáveis fundamentos no ato

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 148-149, grifos no original.

¹³ Na referida decisão do STF adotada em 1938, o relator originário do feito, Ministro Laudo de Camargo, concorda que “Na apreciação (de ato sancionatório disciplinar pelo poder judiciário), o que se deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado.” Contudo, objeta: “Terá ele (ato punitivo) de ser examinado pela forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinam.” Donde o questionamento então feito à corrente então majoritária, que sustentava profunda restrição ao controle judicial dos atos disciplinares: “Como saber se o ato foi ou não lícito sem pesar os motivos que o determinaram, nem apreciar os elementos colhidos?” (Apelação Cível n. 6.845, Relator *ad hoc* Ministro Costa Manso).

¹⁴ NUNES LEAL, Victor. Atos administrativos – exame da sua validade pelo Poder Judiciário (comentário aos Embargos na Apelação Cível n. 7.307 – STF, contendo a íntegra do acórdão). *Revista de Direito Administrativo*, v. 3, 1946. p. 69.

¹⁵ O termo “revogá-la”, aqui, claramente não é usado no sentido estrito com que atualmente se encontra consagrado no Direito Administrativo, de retirada de um ato administrativo válido, por razões de conveniência e oportunidade (Lei Federal n. 9.784, de 20/01/1999, art. 53). Naquela ocasião, o termo foi utilizado como sinônimo de extinção do ato por motivo de contrariedade ao direito, fenômeno jurídico que hoje se acha consolidado sob as denominações de *anulação* e *invalidação*.

administrativo.” Mas, no caso em análise, o STF afasta a existência desses razoáveis fundamentos e, em vista disso, decide-se em sentido bem distinto do que até então predominara naquela Corte e no Judiciário brasileiro em geral. A síntese dessa nova orientação acha-se sintetizada nas seguintes afirmações contidas na ementa:

– O Poder Judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade, excluída a apreciação de mera conveniência ou oportunidade da medida.

– A apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente.¹⁶

Como observa Victor Nunes Leal em seus comentários, o STF, rompendo a posição restritiva até então imperante, admitiu “que o Judiciário reexamine a prova do inquérito e possa contrapor-lhe novas provas produzidas em juízo”.¹⁷

Em seu voto, Castro Nunes afirma que o ato de punição de funcionário estável, condicionado ao processo administrativo, não pode ser considerado discricionário. Quanto a esse aspecto, Nunes Leal comenta:

A demissão é, pois, no caso de funcionários estáveis, um ato para cuja validade são pressupostos certos requisitos não só formais como também substanciais. É um ato que deve ser motivado, que se baseia em determinadas ocorrências de fato, sem as quais o ato seria uma conclusão aberrante das premissas. Não é, pois, um ato discricionário, porque a Administração, ao praticá-lo, tem seus poderes balizados por pressupostos definidos.¹⁸

Em setembro de 1975, o STF julgou os Embargos no Recurso Extraordinário n. 75.421. O voto do Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, retrata a evolução do tema no STF nas três décadas anteriores, incluindo a menção ao já citado acórdão de 1944, além de outros que se seguiram, na mesma linha de ampliação do controle dos atos do processo disciplinar. A conclusão unânime do Plenário do STF encontra-se assim resumida na ementa do julgado: “Controle jurisdicional de ato administrativo vinculado. O exame, pelo Poder Ju-

¹⁶ NUNES LEAL, Victor. Atos administrativos – Op. cit., p. 69.

¹⁷ NUNES LEAL, Victor. Atos administrativos – Op. cit., p. 71.

¹⁸ NUNES LEAL, Victor. Atos administrativos – Op. cit., p. 72.

diciário, de sua legalidade, compreende quer os aspectos formais, quer os materiais, nestes se incluindo os motivos e pressupostos que o determinaram.”¹⁹

O advento da Constituição de 1988 consolidou a tendência de ampliação dos conceitos de legalidade e de vinculação dos atos administrativos, inclusive os disciplinares, o que se deve, entre outros fatores, à consagração dos *princípios da administração pública* como normas jurídicas e à expressa extensão da exigência do *devido processo legal* aos procedimentos administrativos, em especial, os contenciosos.

A declaração de direitos fundamentais da Constituição vigente estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV) e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

É nesse novo contexto, fruto da referida ampliação dos parâmetros da atuação judicial desde meados do século XX e consolidado pelas três décadas de vigência da nova Constituição, que se deve conceber hoje o controle jurisdicional do processo disciplinar.

3 EXTENSÃO DO CONTROLE JUDICIAL DO PROCESSO DISCIPLINAR

Como acima registrado, significativa parcela da doutrina e da jurisprudência brasileiras defende haver discricionariedade em favor da autoridade disciplinar no tocante à subsunção do fato punível às previsões legais indicadoras das infrações e quanto à definição da pena a ser aplicada, cabendo à autoridade a escolha com base em seu juízo de conveniência e oportunidade. Neste segundo aspecto inclui-se a apreciação conferida ao agente sancionador para, no caso de suspensão e multa, fixar o *quantum* da sanção, entre um valor mínimo e um valor máximo, legalmente estabelecidos.

Na sequência, faremos a análise crítica de ambos os aspectos.

3.1 *Infrações disciplinares e conceitos jurídicos indeterminados*

A primeira dessas alegadas origens da discricionariedade disciplinar funda-se no fato de que a maior parte dos deveres e das infrações não é definida com precisão, ou seja, empregam-se os chamados *conceitos indeterminados*, também chamados conceitos vagos ou

¹⁹ BRASIL. STF. Embargos no Recurso Extraordinário n. 75.421. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Embargante: Paulo Santos Silva. Embargada: Prefeitura Municipal de Salvador. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 79, n. 2, p. 478-491, fev. 1977. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/079_2.pdf. Acesso em: 2 jul. 2020.

elásticos. São exemplos, extraídos do vigente estatuto dos servidores públicos federais (Lei 8.112, de 11/12/1990) as proibições de “promover manifestação de apreço ou despreço no recinto da repartição” (art. 117, V) e de “proceder de forma desidiosa” (art. 117, XV); os deveres de “ser leal às instituições a que servir” (art. 116, II) e de “manter conduta compatível com a moralidade administrativa” (art. 116, IX). Algumas transgressões a normas com essa textura aberta são até mesmo punidas com a mais grave das sanções disciplinares, ou seja, a demissão, como determina a Lei 8.112/1990 em relação à citada conduta desidiosa e à infração consistente em “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição” (art. 132, V).

Nesse aspecto, cabe inicialmente observar que a expressão *conceito jurídico indeterminado*, ou simplesmente *conceito indeterminado*, considerada em si mesma, não é expressão correta, pois traz uma *contradictio in terminis*. Como já tivemos ocasião de expor com maior detalhamento²⁰, os seres humanos comunicam-se por convenções linguísticas, nas quais o significante e o significado ligam-se por acordo entre os usuários de uma dada linguagem. Assim, a determinação convencional dos significantes e seus significados são *conditio sine qua non* da comunicação. Por isso, delimitamos os conceitos, associando-os a determinados objetos, e escolhemos os termos que utilizaremos para nos referir aos conceitos. Neste sentido, termos e conceitos são determinados convencionalmente. Todo *conceito* é uma *delimitação de ideias* em relação a determinados objetos aos quais se referem. Se esses significantes aos quais associamos dados objetos fossem indeterminados, a comunicação seria impossível. Por exemplo, se ao termo *cadeira* e seu respectivo conceito não correspondesse um conjunto de ideias *delimitadas*, que se referem a certos objetos, cada indivíduo poderia associar a esse significante qualquer ideia, tornando inviável a comunicação interpessoal. O mesmo ocorre quando empregamos termos designativos de substantivos abstratos. Se alguém utiliza o termo “urgência”, suscitar-se-á nos interlocutores um conjunto de ideias que serão expressas analiticamente por outros termos, tais como “situação que exige rápida providência”, “qualidade do que é indispensável e iminente”. Repita-se: o termo (urgência) e o conceito (as ideias abstratas por ele suscitadas) são *determinados* por acordo linguístico, ou seja, são fruto de uma *delimitação* convencional.

Porém, quando a teoria jurídica refere-se a “conceitos indeterminados”, a imprecisão reside em outro aspecto da comunicação, qual seja: se alguém, numa comunidade de linguagem, indaga se uma específica situação, real ou fictícia, é, por exemplo, ensejadora de “urgência”, muito provavelmente encontrar-se-ão pessoas que responderão afirmativamente; outras, negativamente.

²⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 107-112.

Nesta perspectiva, a imprecisão não se encontra nos signos abstratos da comunicação, nem nos objetos concretos (coisas, fatos) que existem ou ocorrem, mas na *subsunção* aos signos desses múltiplos objetos que cotidianamente com eles desejamos indicar. Trata-se, portanto, não de “conceitos indeterminados”, mas de expressões designadoras de conceitos que, aplicados a situações concretas, tendem a gerar dissenso, entre diversos interlocutores, sobre a ocorrência ou não, do que é indicado por tais expressões.

Assim, numa situação concreta, um ato praticado por um servidor público pode ser entendido por alguns como “conduta escandalosa”; mas outros, por possuírem concepções diversas de mundo e de costumes, poderão entender que o mesmo fato nada representa de escandaloso.

Ou seja, *conceito indeterminado* significa, propriamente, expressão designativa de ideias especialmente suscetíveis de gerar dissenso na sua aplicação aos casos concretos (subsunção). Neste sentido é a lição de Bachof, ao dissertar sobre o que chama “verdadeiro problema” dos conceitos jurídicos indeterminados: “São, na realidade, duas diferentes ‘questões jurídicas’: de um lado, se um fato objetivamente é subsumível sob um suposto jurídico, e, doutro lado, se, a propósito de uma devida apreciação, à autoridade pública é permitido subjetivamente subsumir um fato sob um suposto jurídico”.²¹

Pode-se concluir, então, que a locução *conceitos jurídicos indeterminados* só faz sentido se entendida como *expressão de síntese*. Com ela se quer dizer “indeterminação (imprecisão) na subsunção do fato ao conceito previsto na lei”. Para se evitar a todo momento a utilização de tão extensa expressão, cunhou-se uma mais sintética, a qual, desde que corretamente contextualizada e entendida, é inteiramente válida para indicar o fenômeno a que se reporta.

A primeira objeção ao posicionamento dos conceitos indeterminados no campo da discricionariedade administrativa vem de observação de outros campos do direito.

Tais conceitos não se constituem em particularidade do direito administrativo, ou mesmo do direito público, encontrando-se em qualquer ramo do direito. Se na esfera publicística é comum encontrarem-se referências à “utilidade pública”, “ordem pública”, “interesse coletivo” etc., no direito privado comparecem amiúde termos como “boa fé”, “bons costumes”, “conduta de bom pai de família”, “mau comportamento” etc.

Trata-se, portanto, de um fenômeno existente em todo o direito, e não uma particularidade do direito administrativo, a conferir esse poder especial, chamado *discricionariedade administrativa*, com seu consectário, que é a imunidade jurisdicional do pronunciamento da administração pública.

²¹ “Es sind eben zwei verschiedene ‘Rechtsfragen’, ob einerseits ein Sachverhalt objektiv unter einen gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren ist, und ob andererseits die Behörde subjektiv einen Sachverhalt bei pflichtmässiger Beurteilung unter einen Tatbestand subsumieren darf”. (BACHOF, Otto. Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. *Juristenzeitung*, Tübingen: J. C. Mohr, n. 4, p. 97-102, feb. 1955. p. 99).

Não se põe em dúvida que um juiz pode, a propósito de um litígio entre particulares, examinar as provas e argumentos contidos nos autos e decidir se houve “boa fé”, “mau comportamento”, “honestidade” etc. Mas se expressões da mesma natureza surgem numa regra dirigida à conduta da administração pública, então, como que por um passe de mágica, o juiz se torna inapto para saber se a condição abstratamente apontada pela norma efetivamente ocorre no caso concreto.

Só isso já seria o suficiente para demonstrar que a tese de que conceitos indeterminados implicam discricionariedade não tem justificação material – que, se houvesse, seria igualmente aplicável a todos os ramos do direito. Trata-se de um resquício das imunidades jurisdicionais da administração pública que, originárias dos tempos do Estado Absolutista, sobreviveram ao advento do Estado de Direito, agora sob outro discurso fundamentador.

Outra objeção, ligada a essa primeira, é a de que os conceitos indeterminados devem, tal como nos demais ramos do direito, ser objeto de *interpretação*, na busca da sua melhor aplicabilidade, cujo referencial deve ser a máxima otimização dos princípios e valores em jogo em cada caso concreto.

Entendemos que a *vinculação* caracterizará um aspecto do ato administrativo *sempre que a norma de direito positivo o regular de modo a indicar que, na consideração do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível*. Como a utilização de conceitos indeterminados não afasta esse dever de buscar a melhor aplicação possível, a sua presença na norma jurídica a ser aplicada pelo agente administrativo não caracteriza, por si só, a previsão de prerrogativa discricionária de atuação.

Por outro lado, a *discricionariedade* caracterizará um aspecto do ato administrativo se a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como *indiferentes jurídicos*, ou seja, *face ao direito positivo é irrelevante que o administrador adote esta ou aquela alternativa*.

No campo do direito administrativo punitivo, inclusive o disciplinar, não pode haver solução indiferente para o direito.

O fato punível é somente aquele enquadrável nas condutas hipoteticamente descritas como infrações. A infração ocorre ou não ocorre e por isso a instrução deve ser cuidadosa, para deixar patente, se for o caso, a existência do ato ilícito. A pena tem de corresponder, legalmente, à infração apurada. E a dosimetria da pena deve ser proporcional às circunstâncias da infração e aos fatores agravantes e atenuantes do caso.

A legalidade, no campo do direito punitivo, implica, portanto, a tipicidade das infrações, exigência válida tanto para o direito penal, como para o direito administrativo sancionador.

A tipicidade não deve ser entendida como a descrição “exata” de condutas infratoras, capaz de excluir toda subjetividade no seu reconhecimento. Deve-se recordar aqui as clássicas lições de Recaséns Siches que, nas primeiras décadas do século XX, elaborou primorosa obra para demonstrar que raciocínios exatos, como os matemáticos, não são apropriados como critérios exclusivos ou mesmo preponderantes da atividade jurídica.

A lógica da razão pura, do racional, da inferência, tem aplicação somente ao estudo das formas a priori ou essenciais do jurídico, mas não tem aplicação à matéria ou conteúdo das normas jurídicas.

A lógica do racional, da razão pura, pode, ademais, ter alguma intervenção, mas muito limitada e simplesmente incidental, quando em um assunto humano se ache incrustado um problema de tipo matemático, como, por exemplo, o de medir um prédio, ou de calcular rendimentos, ou bem o problema de determinar a igualdade de duas situações.

Mas a determinação dos conteúdos do direito, tanto das normas gerais, como das normas individualizadas, deve reger-se pelo logos do humano e do razoável.

[...]

A solução estimativa ou valorada não está reservada exclusivamente ao legislador. Pelo contrário, a função estimativa ou axiológica penetra e satura todos os graus na produção do direito. A função do órgão jurisdicional, neste sentido, ainda mantendo-se, como deve fazê-lo, dentro da obediência à ordem jurídico-positiva, é sempre criadora, pois se alimenta de um rico complexo de valorações particulares sobre o singular, as quais podem ser levadas a cabo com autoridade somente pelo órgão jurisdicional.²²

Assim, também os códigos penais são textos legislativos com abundante presença de conceitos indeterminados, tais como “estado de necessidade”, “sacrifício (que) não era razoável exigir-se”, “agressão injusta”, “motivo fútil” e “meio insidioso ou cruel”. Nem por isso supõe-se discricionariedade na subsunção dos fatos às descrições normativas, nem na aplicação das penas.

Portanto, a tipicidade, no direito penal e nos demais ordenamentos punitivos, não deve ser entendida como “precisão absoluta”, o que seria quase sempre impossível ao legislador. A tipicidade deve ser entendida em dupla vertente: 1) a vedação de tipos excessiva e desnecessariamente abertos, sempre que seja possível maior precisão na descrição hipotética do fato punível; 2) a vedação do emprego da analogia e da interpretação extensiva para qualificar um fato como infração.²³

²² RECASÉNS SICHES, Luis. Algunos criterios y análisis sobre el logos de lo “razonable”. In: RECASÉNS SICHES, Luis. *Antología (1922-1974)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976. p. 361-362.

²³ Nesse mesmo sentido e com amplas remissões bibliográficas, cf.: BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 169-181.

3.2 Processo disciplinar e “escolha” da pena a ser aplicada pela autoridade sancionadora

Outra ideia a ser superada no campo do direito disciplinar é de que cabe à autoridade administrativa a discricionariedade de “escolher” a pena a ser aplicada, quando a lei não impuser uma sanção exclusiva para dada infração, ou de fixar o *quantum* da sanção, entre um valor mínimo e um valor máximo, legalmente estabelecidos, como normalmente ocorre nos casos de previsão de suspensão e multa.

Essa alegação de discricionariedade é contrária a um princípio geral do direito punitivo estatal, também aplicável no campo disciplinar, que é o da *individualização da pena* (CF, art. 5º, XLVI), cuja observância pressupõe respeito a outro princípio jurídico, que é o da *proporcionalidade*.²⁴

Decorrem desses princípios o disposto no *caput* do art. 128 da Lei 8.112/1990: “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.”

Portanto, longe de conferir discricionariedade à administração pública, o Estado Democrático de Direito exige-lhe a fixação da pena *adequada* a cada circunstância e infrator.²⁵

Ademais, essa adequação deve ser *demonstrada* por meio da *motivação* do ato sancionador, que tem de estar lastreada nos elementos colhidos no processo disciplinar e registrados nos respectivos autos. Neste sentido, o disposto no parágrafo único do citado art. 128: “O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.”

Consequentemente, a aplicação das sanções no âmbito do direito disciplinar, pela administração pública, deve estar submetida ao controle jurisdicional, sob pena de os direitos fundamentais tornarem-se mera retórica constitucional, com graves riscos à legalidade e à segurança jurídica.

²⁴ COSTA, José Armando da. Proporcionalidade da punição disciplinar. *Fórum Administrativo* (Recurso Eletrônico): Direito Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 9, nov. 2001. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=923>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²⁵ Sobre a adequabilidade normativa na aplicação de sanções disciplinares, cf.: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções administrativas: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

3.3 Tendências judiciais de ampliação do controle do sancionamento disciplinar

As teses aqui defendidas, no sentido da ampliação do controle jurisdicional do processo disciplinar, vêm paulatinamente encontrando mais guarida nos pronunciamentos dos órgãos judiciais brasileiros.²⁶

No tocante aos tribunais superiores, a grande maioria dos pronunciamentos relativos ao processo disciplinar é proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Isso se explica pelo fato de as regras regentes do direito disciplinar encontrarem-se em leis, portanto, atos infraconstitucionais.

A atuação do STF, nesta matéria, fica restrita aos casos que envolvem diretamente princípios e regras constitucionais, o que cria um filtro redutor do potencial de conhecimento de recursos nesta matéria. Cabe, como exemplo, a citação da seguinte manifestação:

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.
2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.
3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.²⁷

Em relação ao STJ, a título ilustrativo, citem-se os seguintes pronunciamentos:

²⁶ Para um ótimo panorama relativo a essa temática, cf. CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Controle jurisdicional do ato que aplica sanção disciplinar. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 21, n. 11, p. 831-844, nov. 2005. FORTINI, Cristiana; AVELAR, Mariana Magalhães; FERREIRA, Raquel Bastos. Controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados utilizados no processo administrativo disciplinar: uma visão da abordagem dos Tribunais Superiores. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 67-89, jan./jun. 2012.

²⁷ BRASIL. STF. RMS 24.699. Primeira Turma, Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 30/11/2004, DJ 01/07/2005, p. 56.

Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. Precedentes.²⁸

O Poder Judiciário pode e deve syndicar amplamente, em Mandado de Segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a Servidor Público, porquanto não há juízo de discricionariedade no ato administrativo sancionador, conferindo garantia a todos os Servidores contra eventual arbítrio; não se limita, portanto, somente aos aspectos legais e formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem.²⁹

As sanções disciplinares não se aplicam de forma discricionária nem automática, senão vinculadas às normas e sobretudo aos princípios que regem e norteiam a atividade punitiva no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador; a jurisdição sancionadora deve pautar-se pelo garantismo judicial, aplicando às pretensões punitivas o controle de admissibilidade que resguarda os direitos subjetivos do imputado, ao invés de apenas viabilizar o exercício da persecução pelo órgão repressor [...].³⁰

No que tange ao controle jurisdicional de atos impositivos de sanção a servidor público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que, diante dos princípios que vinculam o regime jurídico disciplinar, não há falar em discricionariedade da Administração, devendo o controle exercido pelo Poder Judiciário incidir sobre todos os aspectos do ato.³¹

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.³²

²⁸ Trecho da ementa: BRASIL. STJ. *MS 17.981*. Primeira Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25/02/2016, DJe 03/03/2016.

²⁹ Trecho da ementa: BRASIL. STJ. *MS 19.487*. Primeira Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 13/09/2017, DJe 17/11/2017.

³⁰ Trecho da ementa: BRASIL. STJ. *MS 21.645*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 17/11/2017.

³¹ Trecho da ementa: BRASIL. STJ. *REsp 1.001.673*. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 23/06/2008.

³² Trecho da ementa: BRASIL. STJ. *MS 12.983/DF*. Relator Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 12/12/2007, DJ 15/02/2008. p. 79.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante subsistirem posições mais restritivas, algumas das quais ainda alinhadas com pressupostos teóricos da primeira metade do século XX, é nítida a tendência de ampliação do alcance do controle jurisdicional do ato sancionatório disciplinar, em consonância com a evolução do tema no Estado Democrático de Direito.

Tal como já se verificou em outros campos da atuação administrativa, as novas aberturas para o controle judicial não representam apequenanamento da administração pública. Ao contrário, a existência de efetivo controle pelo poder judiciário apenas demonstra que os diferentes setores do estado, assumindo os seus respectivos papéis na repartição de funções estatais, poderão otimizar a contribuição de cada qual no Estado de Direito, melhor contribuindo para a efetivação dos direitos fundamentais, em ambiente de maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.
- BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BACHOF, Otto. Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. *Juristenzeitung*, Tübingen: J. C. Mohr, n. 4, p. 97-102, feb. 1955.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BRASIL. STF. Embargos no Recurso Extraordinário n. 75.421. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Embargante: Paulo Santos Silva. Embargada: Prefeitura Municipal de Salvador. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 79, n. 2, p. 478-491, fev. 1977. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/079_2.pdf. Acesso em: 2 jul. 2020.
- BRASIL. STF. *RMS 24.699*. Primeira Turma, Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 30/11/2004, DJ 01/07/2005.
- BRASIL. STJ. *MS 17.981*. Primeira Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25/02/2016, DJe 03/03/2016.
- BRASIL. STJ. *MS 19.487*. Primeira Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 13/09/2017, DJe 17/11/2017.
- BRASIL. STJ. *MS 21.645*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 17/11/2017.

BRASIL. STJ. *REsp 1.001.673*. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 23/06/2008.

BRASIL. STJ. *MS 12.983/DF*. Relator Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 12/12/2007, DJ 15/02/2008.

CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Controle jurisdicional do ato que aplica sanção disciplinar. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 21, n. 11, p. 831-844, nov. 2005.

COSTA, José Armando da. Controle externo do ato disciplinar. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 55, p. 6095-6111, set. 2005.

COSTA, José Armando da. Proporcionalidade da punição disciplinar. *Fórum Administrativo (Recurso Eletrônico): Direito Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 9, nov. 2001. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=923>. Acesso em: 2 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FORTINI, Cristiana; AVELAR, Mariana Magalhães; FERREIRA, Raquel Bastos. Controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados utilizados no processo administrativo disciplinar: uma visão da abordagem dos Tribunais Superiores. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 67-89, jan./jun. 2012.

LABAND, Paul. *Le droit public de l'empire allemand*. T. II. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9. Aufl. München: C. H. Beck, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NUNES LEAL, Victor. Atos administrativos – exame da sua validade pelo Poder Judiciário (comentário aos Embargos na Apelação Cível n. 7.307 – STF, contendo a íntegra do acórdão). *Revista de Direito Administrativo*, v. 3, p. 69-98, 1946.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções administrativas: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. O controle jurisdicional das sanções disciplinares no mandado de segurança. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 45, p. 69-75, set./out. 2007.

RECASÉNS SICHES, Luis. Algunos criterios y análisis sobre el logos de lo “razonable”. In: RECASÉNS SICHES, Luis. *Antología (1922-1974)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976. p. 341-364

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1975.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos Fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Atos normativos infralegais e os parâmetros do controle judicial das políticas públicas de saúde no tocante ao fornecimento de medicamentos

Georges Louis Hage Humbert

Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra)
Doutor e mestre em Direito do Estado (PUCSP)
Professor titular (Unijorge-BA)
Advogado

Natália Libório

Especialista em Direito Público
Advogada



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As políticas públicas de saúde e o fornecimento de medicamentos; 3 O controle judicial das políticas públicas; 4 Da especialidade jurídica do controle judicial das políticas públicas de saúde no tocante ao fornecimento de medicamentos; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre os parâmetros do controle judicial das políticas públicas de saúde no tocante ao fornecimento de medicamentos, controle esse que, nos dias de hoje, se faz muito presente nos tribunais brasileiros, assim como a necessidade e adequação de parâmetros normativos com critérios técnicos, infralegais, no exercício de competência executiva regulamentar.

Enfrenta-se assim, os seguintes problemas ou hipóteses fundamentais: quais são os parâmetros para o controle judicial nas políticas públicas de saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos? Até que ponto pode o judiciário ingressar no âmbito do poder executivo?

Embora o tema do controle judicial das políticas públicas de saúde e seus contornos jurídicos seja objeto de sérias discussões doutrinárias, não se conseguiu chegar, até os dias de hoje, a um entendimento pacífico acerca do assunto, parte da doutrina sendo veementemente a favor dessa interferência do judiciário, e outra parte completamente contra, muito menos sobre a necessidade e adequação de padrões técnicos a serem exteriorizados pela via normativa atípica, do executivo, isto é, no exercício do poder regulamentar.

De rigor, portanto, a compreensão do ponto de equilíbrio no tocante ao controle judicial das políticas públicas de saúde, de forma a não ser uma ingerência drástica na esfera administrativa da elaboração de suas políticas públicas e, ao mesmo tempo, não deixar de tutelar o fundamental direito à saúde.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

O tema das políticas públicas de saúde no Brasil é uma questão muito polêmica, a qual tem sido constantemente enfrentada pela doutrina e sido alvo de diferentes decisões pelos Tribunais brasileiros. A questão fica ainda mais controversa quando envolve o judiciário, que tem constantemente sido instado a adentrar no assunto, especialmente em situações emergenciais em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos pelo poder público, tanto em tutela definitiva, quanto em sede de tutela antecipada.

Primeiramente, como norma fundamental, encontramos o direito à saúde assegurado expressamente na nossa Constituição Federal, em seus arts. 6º, 196 e 197. No artigo 6º da Constituição Federal (CF), encontramos a indicação da saúde como um direito social. O constitucional artigo 196, por sua vez, dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Por fim, o artigo 197 da CF assegura como relevantes as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Percebe-se, também, o direito à saúde implicitamente inserto nos arts. 1º, III, e 5º, da CF. É cristalina a redação do art. 1º que prescreve a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Ora, para que haja dignidade, é indispensável existir saúde, pois sem ela não haverá vida digna. O referido artigo 5º, por sua vez, outorga a todos a inviolabilidade do direito à vida. Não é novidade alguma o fato de que sem saúde não há que se falar em direito à vida. Isso porque, aqueles que não têm condições satisfatórias de saúde podem, a qualquer momento, falecer por conta de inúmeras enfermidades. Ademais, vale registrar as disposições contidas nos arts. 198, 199 e 200 da CF, nas quais se determinam as formas de prestação da saúde pelo poder público, através do Sistema Único de Saúde (SUS), e pela iniciativa privada, de forma complementar.

Além do amplo embasamento constitucional dado ao assunto, há que se ressaltar a existência de leis infraconstitucionais reguladoras da matéria. Trata-se da Lei Federal nº 8.080/1990, a qual tem a função de regular, em todo o território nacional, as ações e os serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual,

por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado,¹ conforme se verifica dos seus artigos 2º e 5º. Some-se a isso a Lei 8.142/90² (Lei de Organização da Regularidade Social), que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

Da leitura das normas constitucionais e infraconstitucionais indicadas, podemos identificar três características fundamentais do direito à saúde, quais sejam, a universalidade, a integralidade e a igualdade. Nesse sentido, podemos compreender a saúde como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, passando a constituir o que Rogério Leal chama de “indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial”.³

Com base nesse pensamento, podemos então afirmar que o direito à saúde, além de ser um direito de todos e dever do Estado de garantir uma vida saudável, é um pressuposto mínimo para a garantia de outros direitos fundamentais, como o próprio direito à vida, e a uma existência com dignidade. Detém, nestes termos, uma específica proteção jurisdicional, as quais advêm do mais fundamental dos direitos já assegurados pela legislação (do qual, aliás, decorrem todos os demais): a vida humana.⁴

A concretização dos direitos fundamentais, como o direito à saúde, depende, portanto, das políticas públicas, sem as quais não teríamos como “tirar os direitos do papel” (positivação, tanto constitucional como infraconstitucional), e efetiva-los no mundo prático. Para tanto, ao se falar em direito à saúde e os mecanismos para concretizá-lo – as políticas públicas de saúde – é necessário que seja analisada toda a demanda social e universal existente, e não apenas os casos que de fato chegam à apreciação administrativa ou jurisdicional.⁵

As políticas públicas se materializam por um conjunto de ações do governo voltadas a produzir resultados específicos. São, assim, uma junção entre decisões técnico-administrativas e políticas. É o Estado que, dessa forma, através das políticas públicas, determina como os recursos devem ser utilizados para o benefício de seus cidadãos.⁶

¹ LIMA, Lucas Rister de Souza; ZORZETO, Thiago Rebellato. Os limites da atuação do Poder Judiciário na área de saúde [parte geral – doutrina]. *Revista SÍNTESE de Direito Administrativo*, ano VI, n. 61, p. 73-83, jan. 2011. p. 75.

² BRASIL. *Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm. Acesso em: 31 jul. 2012.

³ LEAL, Rogério. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional [Doutrina]. *Revista de Direito Sanitário*, v. 9, p. 50-69, 2008. p. 27.

⁴ LIMA, Lucas Rister de Souza; ZORZETO, Thiago Rebellato. Os limites da atuação do Poder Judiciário [...]. Op. cit., p. 74.

⁵ LIMA, Lucas Rister de Souza; ZORZETO, Thiago Rebellato. Os limites da atuação do Poder Judiciário [...]. Op. cit., p. 28.

⁶ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. p. 06. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2012.

Sobre o tema, Rogério Leal⁷ ensina que “[...] qualquer política pública, ou ação preventiva e curativa, necessitam levar em conta a demanda global que envolve tais interesses, sob pena de atender uns e desatender muitos.”. Isto é, o aplicador do direito não pode deixar de fazer uma análise global sobre o direito à saúde, analisando somente um caso posto à sua apreciação, sem ter em vista todo o sistema sanitário brasileiro, sob pena de ao tentar beneficiar uma outra pessoa, prejudicar toda uma coletividade.

Dessa forma, as políticas públicas voltadas ao sistema de saúde têm como objetivo a concretização do direito à saúde insculpido na CF, devendo ser implantadas de acordo com os ditames constitucionais, possibilitando assim, “a efetivação da CF na plenitude dos seus efeitos”.⁸

Nesse contexto, a administração pública está vinculada à prestação da saúde, à efetivação de suas políticas públicas. Não obstante, de que forma esse direito será garantido, de que forma essas políticas públicas serão elaboradas e executadas, pertencem à discricionariedade da administração pública, a qual leva em consideração para elaboração das referidas políticas, diversos fatores. Com efeito, a administração pública desenvolve políticas públicas de saúde voltadas ao atendimento das necessidades mais gritantes da população, de acordo com o orçamento que lhe é disponível. Daí porque, diferentemente do que muitos afirmam, que não se trata de falta de esforço da administração no sentido de dar total efetividade ao direito à saúde, mas sim, da impossibilidade de alcançar a sua efetividade total, diante dos poucos recursos destinados ao orçamento com as políticas públicas de saúde.

Verifica-se que a administração pública, ao elaborar as políticas públicas de saúde, leva em consideração diversos aspectos, tais como doenças mais graves, as mais frequentes, as mais curáveis, os remédios mais eficazes, os mais acessíveis, além, é claro, da questão do orçamento, da verba pública disponível para utilização nas políticas públicas de saúde. Todas essas questões, naturalmente, fogem ao alcance do juiz quando demandado o fornecimento de medicamentos.

O Brasil, por ser um país onde através do SUS, o acesso aos serviços de saúde é universal, sofre, inevitavelmente, com o crescente aumento nos custos com a saúde, sobretudo com os medicamentos, uma vez que tem que fornecê-los gratuitamente para toda a sua população que deles necessitar. Para isso, além do financiamento federal, os Estados e Municípios tem que alocar recursos próprios para a aquisição de medicamentos.

Diante disso, não se podem alcançar todas as doenças nem fornecer todo e qualquer remédio, devendo a administração pública, como dito, fazer um juízo de conveniência e oportunidade, avaliando diversos fatores que envolvem o fornecimento de medicamentos.

⁷ SOUZA, Celina. Políticas públicas: Op. cit., p. 34.

⁸ GOMES, Marco Aurélio Carvalho. As competências constitucionais relacionadas ao Sistema Único de Saúde e ao Sistema de Saúde Suplementar [Doutrina]. *Revista IOB de Direito Administrativo*, ano V, n. 55, p. 89-96, jul. 2010. p. 90.

Em efeito, pode-se argumentar que os recursos destinados à saúde não são suficientes e que é preciso aumentar o suporte financeiro para o setor. Esse não é o problema. O problema é que sempre haverá um limite. Nos dizeres de Fabiola Vieira,⁹ “aumentar os recursos para a saúde pode significar ter que gastar menos em outras áreas, como educação, habitação, políticas de geração de emprego, de redistribuição de renda, dentre outras”. Evidencia-se, portanto, uma limitação das políticas públicas por conta das restrições orçamentárias existentes. E uma das razões disso é o fato de que o direito à saúde, da forma como previsto no art. 196 da Constituição Federal¹⁰, deu margem a dúvidas sobre sua abrangência. Assim, ele tem sido interpretado como se pudesse ser aplicado em toda e qualquer situação em que se alega a necessidade de fornecimento de medicamento pelo Poder Público.

Não são analisados, dessa forma, todos os requisitos já citados, necessários a uma organização e melhor distribuição dos recursos destinados à saúde pública, desrespeitando as políticas públicas de fornecimento de medicamentos estabelecidas, e suas listas cuidadosamente elaboradas. De tal modo, é dever do poder público rigor, técnica e método na elaboração das políticas públicas de saúde. A dispensação dos medicamentos, por sua vez, deve se guiar pelo princípio isonômico, garantindo acesso universal e igualitário. Deve-se procurar, dessa forma, dentre as limitações orçamentárias existentes, conseguir fornecer o maior número de medicamentos possíveis, de acordo com as demandas da grande maioria da população.

3 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O tema do controle judicial dos atos administrativos é assunto que gera polêmica. A partir de premissas como a Teoria da Separação dos Poderes, difundida por Montesquieu e adotada em diversas constituições – dentre as quais a brasileira –, tem-se a regra da autonomia e independência das funções do Estado, sendo exceção a ingerência do Poder Judiciário na esfera dos outros poderes, especialmente no que tange ao mérito das decisões do Poder Executivo e do Legislativo.

Celso Ribeiro Bastos¹¹ afirma que “não se desconhecem, contudo, as críticas ao denominado ativismo judicial, à força criadora do Direito por parte dos magistrados e, nessa

⁹ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista de Saúde Pública* [on-line], v. 42, n. 2, p. 365-369, 2008. p. 367. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0034-89102008008000200025&lng=en&nrm=iso&tng=pt. Acesso em: 17 abr. 2009.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2012.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 161.

linha, a tão preconizada falácia, que vem de Montesquieu, de que o juiz é a boca pela qual a lei fala.”. O referido autor indica, portanto, a existência de diversas críticas ao ativismo judicial, que representa esse papel de supremacia que tem sido atribuído ao Poder Judiciário com relação aos outros dois Poderes.

Ocorre que, não obstante as diversas críticas apontadas por parte da doutrina, é iniviolável e mesmo, constitucionalmente inafastável, o controle judicial dos atos administrativos e legislativos, sendo essa a própria essência do sistema de freios e contrapesos, decorrente da própria Tripartição dos Poderes, como uma forma de controle recíproco entre os Poderes do Estado, concretizando o sistema de *checks and balances* e, conseqüentemente, a tripartição dos Poderes preconizada na Carta Magna.

No entanto, o exercício desse controle não pode levar a uma substituição do administrador pelo juiz, havendo limites. Assim, Steckelberg¹² afirma que a conveniência e oportunidade da administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. Segundo a referida autora, o entendimento doutrinário atual é de que “caberá o controle judicial dos atos administrativos, acerca da legalidade, da constitucionalidade e, mais, sua conformidade com os princípios relativos à Administração Pública”.¹³

Ressalte-se, ademais, que o reconhecimento do direito a prestações materiais originárias mínimas em saúde não dispensa o dever do Estado de direcionar esforços para a consolidação da máxima efetividade possível do direito.¹⁴ Assim, o mínimo existencial é utilizado como argumento favorável ao controle judicial das políticas públicas, posto que, quando esse mínimo existencial não estiver sendo cumprido pela Administração Pública, poderá o Judiciário, quando provocado, determinar o seu cumprimento. Nesse sentido, Fonseca Pires¹⁵ afirma que:

Por mais deficitários que sejam os recursos materiais, por mais parca que seja a previsão financeira em leis orçamentárias, se a Administração Pública não atende ao menos o mínimo essencial dos direitos fundamentais o Judiciário deve intervir e determinar a realização da política pública correspondente.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e ciência política*. Op. cit., p. 47.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e ciência política*. Op. cit., p. 47.

¹⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 209.

¹⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Campus Jurídico; Elsevier, 2009. p. 303.

Esse foi também o entendimento do STF na ADPF n. 45,¹⁶ em que O Min. Relator Celso de Mello defendeu a garantia de “condições mínimas necessárias a uma existência digna”, cuja violação autoriza “a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”. Igualmente, Ingo Sarlet¹⁷ sustenta que:

Sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando de saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo.

Assim, se a Administração Pública não estiver, de alguma forma, dando a máxima efetividade a uma norma fundamental – como é o direito à saúde –, o Poder Judiciário estaria legitimado para apreciar a demanda, concedendo, portanto, a máxima efetividade à norma constitucional. Entretanto, a teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, do mínimo existencial e da máxima efetividade das normas constitucionais encontra forte resistência nos defensores da escassez dos recursos e da teoria da reserva do possível, como será demonstrado em tópico específico.

Na ADPF n. 45,¹⁸ o Rel. Min. Celso de Mello se posicionou sobre o controle judicial das políticas públicas de saúde, afirmando para tanto que é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e do STF, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, neste domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. É possível dizer que a escassez de recursos e a teoria da reserva do possível são os argumentos mais utilizados pelos defensores da vedação ao controle judicial das políticas públicas.

Cumprir destacar a advertência de Holmes e Sustain,¹⁹ de que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”. Isso porque, para os referidos autores, “todos os direitos são custosos, porque todos pressupõem uma maquinaria eficaz de supervisão, paga

¹⁶ ADPF 45

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. p. 13. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 5 abr. 2012.

¹⁸ A referida decisão do Min. Celso de Mello encontra-se publicada no Informativo n. 354 do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. STF. *Informativo STF n. 345*. Brasília, abr. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 1º out. 2012.

¹⁹ HOLMES, Stephen; SUSTAIN, Cass R. *El costo de los derechos*: por qué la libertad depende de los impuestos. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 117. Livre tradução.

pelos contribuintes, para monitorar e controlar”.²⁰ Fabiana Kelbert assinala que, “ao contrário do que já se pensou, todos os direitos têm custos, não apenas os direitos a prestações positivas, mas mesmo os direitos a prestações negativas envolvem custos”.²¹

Também Barroso afirma que os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros²².

Quanto à escassez dos recursos, portanto, Gustavo Amaral²³ faz os seguintes questionamentos:

Se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salva por cada mil reais gasto, p. ex)? Quem consegue primeiro uma liminar?

Percebe-se, com isso, de acordo com os questionamentos do referido autor, que se os recursos são escassos, o que é um fato inegável, não se pode dizer que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à saúde, posto que escolhas alocativas²⁴ devem ser feitas para determinar em que setores e de que forma serão aplicados os escassos recursos.

Desse modo, a prestação de direitos sociais a prestações materiais – como o direito à saúde – fica na dependência da existência de meios e recursos, principalmente financeiros, o que se manifesta por meio dos orçamentos públicos, bem como da possibilidade de dispor desses meios e recursos, aspectos que compõem as dimensões da reserva do possível.²⁵ Quanto à intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais a prestações materiais – em especial o direito à saúde, foco do presente trabalho –, pode-se dizer que a reserva do possível impõe restrições a esse controle judicial. Isso porque, as decisões exaradas pelos juízes no tocante às políticas públicas de saúde, especialmente no que tange ao fornecimento de

²⁰ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*: Op. cit., p. 65. Livre tradução.

²¹ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 66.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. S.d. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2012.

²³ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

²⁴ No que tange às decisões alocativas, Gustavo Amaral assevera que “a escassez é inerente às pretensões positivas e de modo ainda mais acentuado quanto à saúde. Ante a escassez, torna-se imperiosa a adoção de mecanismos alocativos. A alocação, notadamente no que tange à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar. Há uma natural tentação a “decidir não decidir”, a não tornar clara a adoção de qualquer forma de alocação, tal como se a escolha não existisse. Ocorre que a escolha sempre existirá e, com ela, sempre haverá as vítimas, sejam elas conhecidas ou não”. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Op. cit., p. 100.

²⁵ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade [...]*. Op. cit., p. 71.

medicamentos, acabam por, em diversas oportunidades, dificultar a eficaz utilização dos recursos já escassos.²⁶

Dessa forma, constata-se a falta de padrões e critérios disponíveis e mesmo levados a efeito pelo Poder Judiciário para intervir em matéria de políticas públicas, as quais envolvem uma gama de matérias e aspectos não analisados pelos juízes, os quais se detêm a analisar apenas o caso concreto que lhe é apresentado, não tendo em vista a visão macro que envolve a disposição dos recursos para as políticas públicas, sendo assim, necessário e adequado a previsão de critérios técnicos por meio do exercício da atípica e excepcional competência normativa regulamentar.

4 DA ESPECIALIDADE JURÍDICA DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO TOCANTE AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A intervenção do Judiciário nas políticas públicas envolve, portanto, um universo de variáveis, como a “disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc.”²⁷.

É dizer, quando os Tribunais “proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais de eficácia duvidosa” acabam gerando gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional. Tais excessos do Judiciário, afirma Barroso, “põem em risco a própria continuidade das políticas pública de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos.”. Nesses casos, a judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Isso porque, o Poder Judiciário não tem o conhecimento necessário da matéria para decidir sobre políticas públicas de saúde, posto que observa apenas os casos concretos, sem ter a visão geral do assunto.²⁸

²⁶ Nesse sentido, Fabiola Sulpino Vieira: “Torna-se evidente que os direitos sociais e dentre eles o direito à saúde existem do ponto de vista da eficácia social, condicionados à reserva do possível. O aumento das sentenças judiciais determinando o fornecimento de medicamentos causa distorções, pois sua concessão não está vinculada à reserva orçamentária, prevista quando da formulação das políticas e do planejamento dos programas”. No mesmo diapasão é o entendimento de Holmes e Sustain, para os quais: “Os tribunais não estão em posição de supervisionar o complexo processo de alocação eficaz dos recursos por parte das agências do poder executivo, e tampouco podem retificar de maneira simples as alocações erradas do passado. Os juízes não têm a preparação adequada para desempenhar essas funções, e necessariamente operam com fontes de informação inadequadas e parciais”. VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: Op. cit., p. 368. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*: Op. cit., p. 117. Livre tradução.

²⁷ LEAL, Rogério. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Op. cit., p. 30.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: Op. cit., p. 3-4.

Desse modo, no que tange ao fornecimento de medicamentos, por exemplo, o Judiciário, ao deferi-los em tutela judicial, considera o direito à saúde de forma individual e não coletiva; interpreta o direito à saúde e os princípios do SUS como direito a qualquer cuidado relacionado à saúde; ignora o fato de que a concretização do direito à saúde envolve gastos públicos vultosos; e não leva em consideração as políticas públicas de distribuição de medicamentos já existentes.²⁹

De acordo com Lucas Lima e Thiago Zorzeto,³⁰ os Tribunais têm concedido medicamentos, tratamentos e internações sem uma verificação criteriosa da real necessidade da prestação solicitada, bastando, em muitos casos, uma simples apresentação de atestado médico para a imediata lavratura de decisão concessiva do pedido. Os referidos autores afirmam, também, que:

tal comportamento dos juízes, [...] gera a impressão para certa parcela da população de que é possível obter qualquer tratamento ou remédio apenas acionando o Judiciário, ocasião em que, nem sempre, o medicamento solicitado, ou o serviço médico descrito, é uma exigência clínica imprescindível para a manutenção saúde daquele indivíduo, havendo, muitas vezes, outras alternativas fornecidas pelo Poder Público que alcançariam o mesmo resultado, por custos infinitas vezes inferior.

Dessa forma, o direito à saúde, da maneira como concebido pelos Tribunais atualmente fere o princípio da isonomia, posto que pessoas com maior poder aquisitivo o acessam com mais facilidade. Ocorre, assim, uma “inevitável transferência de recursos de serviços que deveriam atender a todos em condições de igualdade para garantir integralidade a apenas alguns”.³¹

Nesse sentido é o posicionamento do Min. Teori Zavascki,³² para quem “à luz dos princípios democrático, da isonomia e da reserva do possível, não há dever do Estado de atender a uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de

²⁹ YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, v. 24, 2011. p. 03. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-JULIANA-YUMI.PDF>. Acesso em: 11 abr. 2012.

³⁰ LIMA, Lucas Rister de Souza; ZORZETO, Thiago Rebellato. Os limites da atuação do Poder Judiciário [...]. Op. cit., p. 80.

³¹ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Estado e Constituição. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³² Min. Teori Zavascki RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA No 24.197 – PR (2007/0112500-5), Rel. Min. Fux, maioria, vencido o Min. Zavascki, julgamento encerrado em 04.05.2010. BRASIL. STF. *Recurso em mandado de segurança n. 24.197 – PR (2007/0112500-5)*. Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: Estado do Paraná; Município de Curitiba. Data de julgamento: 04/05/2010. T1 Primeira Turma. Data de publicação DJe 24/08/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16825941/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24197-pr-2007-0112500-5/inteiro-teor-16825942>. Acesso em: 2 jul. 2020.

igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação.”. Assim, o direito de um paciente individualmente considerado, segundo Mariana Figueiredo,³³ “não pode, *a priori* e em termos abstratos, ser sempre preferente ao direito de outro(s) cidadão(s), igualmente tutelado(s) pelo direito à saúde ou por políticas sociais diversas, mas também essenciais”.

As decisões judiciais em matéria de medicamentos, portanto, provocam a desorganização da Administração Pública. Ademais, quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável.³⁴

Deve-se ter em mente o fato de que em grande parte das demandas judiciais o que se coloca é a exigência de se tratar certa doença com o uso de determinado produto farmacêutico não incorporado pelo SUS, mesmo que o tratamento desta doença já esteja contemplado no Sistema com a oferta de outras alternativas terapêuticas.³⁵

Nesses casos, o Judiciário deve ser bastante cauteloso e criterioso, para não transformar o direito à saúde, no direito ao tratamento médico preferido de cada pessoa. Afinal, trata-se de um sistema universal e igualitário, devendo atender a todos da mesma maneira e, diante da escassez dos recursos, não é possível fazê-lo se cada pessoa quiser o melhor e mais caro remédio ou tratamento.

Essa questão conduz, ainda, ao controle de segurança dos medicamentos, posto que muitas decisões englobam problemas como o fornecimento de fármacos ainda não aprovados pelas autoridades nacionais, ou não incluídos nas listas oficiais de remédios alcançados pelo SUS, assim como de substâncias em fase experimental de uso.³⁶

Essa questão é bastante delicada, uma vez que põe em risco todo o trabalho da Administração Pública de elaboração das listas de medicamentos disponibilizados pelo SUS, os quais passam por inúmeras avaliações, devendo ter sua eficácia comprovada (passada a fase experimental), ser aprovado pelas autoridades nacionais, bem como registrado pela Anvisa.

Desse modo, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca à entrega de medicamentos para a população, visto que as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do poder público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes.

³³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*: Op. cit., p. 212.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: Op. cit., p. 25.

³⁵ VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Ações judiciais e direito à saúde*: Op. cit., p. 366.

³⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*: Op. cit., p. 213.

Assim, se o Judiciário, numa demanda, verificar grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para determinar a inclusão de determinado medicamento, mas não deve determinar individualmente o fornecimento deste medicamento, posto que resolveria o problema apenas do demandante.

Até porque, existem diversas outras políticas públicas de saúde, que não somente as de fornecimento de medicamentos e, no contexto da análise econômica do direito, verifica-se que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública.³⁷

Deve-se questionar, neste passo, em que medida as interferências do Judiciário em matéria de políticas públicas de saúde para determinar o fornecimento de medicamentos têm sido benéficas à população em geral – e não apenas à pessoa beneficiada pela tutela judicial –, e quais os limites que devem ser impostos a esse controle.³⁸

Diante de tudo quanto demonstrado no presente trabalho, não resta dúvidas quanto à impropriedade da forma como tem sido exercido o controle judicial das políticas públicas de saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos. Essa intervenção desarrazoada e sem qualquer critério do Judiciário tem causado inúmeros prejuízos à organização das políticas públicas de saúde, prejudicando, ao final, os próprios cidadãos.

Cumprido, nesse contexto, analisar os parâmetros ao exercício desse controle judicial sugeridos pela doutrina, bem como apresentar uma proposta de parâmetros que delimite e norteie a atuação desse Poder, de forma a não prejudicar os demais Poderes e, principalmente, o interesse público. E não resta outra saída ao estabelecimento: é necessário, portanto, criar um sistema administrativo responsável por receber todas as demandas do ente federal em matéria de medicamentos, para que seja feita uma verificação se este medicamento é disponibilizado pela rede pública, e se sim, porque o mesmo não foi fornecido àquela pessoa. Somente se não fosse possível obter o medicamento por via administrativa, aí sim, seria necessário pleiteá-lo judicialmente.

Por outro turno, os referidos medicamentos, necessariamente, para deferimento em tutela judicial, devem ter registro na Anvisa. Tal requisito, no entanto, é questionado tanto na área de saúde como no meio judicial, segundo Ivana Costa,³⁹ a qual informa, ainda, que caberia à Agência Nacional de Vigilância Sanitária informar sobre a eficácia e a segurança do

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: Op. cit., p. 20; 30; 25.

³⁸ LIMA, Lucas Rister de Souza; ZORZETO, Thiago Rebellato. Os limites da atuação do Poder Judiciário [...]. Op. cit., p. 74.

³⁹ COSTA, Ivana Ganem. Aplicação dos Princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no fornecimento de medicamentos [Assunto Especial – Doutrina]. *Revista IOB de Direito Administrativo*, ano V, n. 54, jun. 2010. p. 29.

produto. Naturalmente, não se verifica qualquer absurdo em querer preservar a segurança dos pacientes, exigindo, para tanto, uma garantia do controle de qualidade dos medicamentos, garantia essa feita pela Anvisa.

Ademais, além do referido registro na Anvisa, e da necessidade que o medicamento conste da lista de medicamentos essenciais ou excepcionais do SUS, para o seu deferimento em ação individual, é imprescindível a comprovação de eficácia dos fármacos pleiteados. Isso porque, medicamentos experimentais não podem ser deferidos em tutela judicial, posto que não apresentam eficácia comprovada, tornando-se, portanto, muito arriscados e custosos para o poder público.

Barroso,⁴⁰ nesse passo, entende que os medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa e as terapias alternativas não logram êxito no procedimento de ponderação, uma vez que não são suficientes a comprovar a pretensão e justificar o grave comprometimento da teoria das reservas do possível.

Juliana Yoshinaga, por sua vez, apresenta uma interessante proposta ao problema do controle judicial das políticas públicas de saúde no tocante ao fornecimento de medicamentos, experimentada pela Procuradoria do Estado de São Paulo. Foi inaugurado um sistema (SCJ), capaz de organizar os dados referentes aos pleitos judiciais em matéria de fornecimento e medicamentos. Em razão disso, foi possível perceber a recorrência de alguns pleitos legítimos e, com isso, atualizar, de forma criteriosa, a lista oficial do SUS (incorporando novos produtos aos programas já existentes) e, até mesmo, criar protocolos para tratamento de diversas enfermidades antes não abrangidas pelas políticas públicas anteriores.⁴¹

Na Bahia, também em exercício de poder normativo regulamentar, O Plantão Médico Judiciário, administrado pela Assessoria Especial da Presidência II – Assuntos Institucionais, agora funciona 24 horas por dia. Criado com o objetivo de auxiliar juizes em decisões liminares, o serviço está sob a coordenação da médica Jamile Ferraz que, em conjunto com as médicas Ana Virgínia Cavalcanti e Carla Sartori, ambas especialistas em auditoria e perícia, compõem a equipe que estará disponível para orientar os magistrados com informações técnicas relacionadas a benefícios, medicamentos, procedimentos cirúrgicos, diagnósticos, internações ou afins, ligados ao setor público (SUS) ou privado. Com funcionamento ininterrupto, o serviço atende à Recomendação n. 31 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicada em 30 de março de 2010, que prevê a adoção de medidas com o objetivo de “melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

Forçoso concluir que o exercício da competência normativa regulamentar é útil a solução deste aparente conflito entre o acesso universal à saúde e a reserva do possível.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: Op. cit.

⁴¹ YOSHINAGA, Juliana Yumi. *Judicialização do Direito à Saúde*: Op. cit., p. 12.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, demonstrou-se que o controle judicial das políticas públicas de saúde é uma matéria bastante controversa, existindo argumentos favoráveis e contrários ao seu exercício, o que demanda uma análise sobre o assunto, para que se possa chegar a uma solução benéfica a todos.

Restou claro, ademais, a impossibilidade material de o Estado conseguir garantir o direito à saúde a todos de forma ampla e completa, posto que existe uma limitação de recursos para tanto, recursos tanto financeiros quanto de pessoal, etc. É por isso, então, que é imprescindível o papel da Administração Pública na delimitação das políticas públicas de saúde, posto que é sempre necessário fazer escolhas.

Não obstante, o Poder Judiciário tem atuado constantemente no que tange às políticas públicas de saúde, posto que tem sido provocado a julgar demandas pleiteando o fornecimento de medicamentos, dentre outras inúmeras questões de saúde pública. Essa atuação do Judiciário, contudo, tem sido feita sem qualquer critério, causando diversos prejuízos à gestão da saúde pública.

Demonstrou-se, com o exposto, que o controle judicial das políticas públicas tem que ser exercido com determinados limites, posto que da forma como tem sido exercido atualmente, tem sido prejudicial ao interesse público. Nesta toada, demonstrou-se que exercício da competência normativa regulamentar se revela necessária e adequada à melhor solução ao conflito jurídico no que se refere ao fornecimento de medicamentos, as políticas públicas de saúde e o seu controle judicial.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. S.d. Disponível em: <http://www.lbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2012.

BRASIL. *Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 31 jul. 2012.

BRASIL. STF. *Informativo STF n. 345*. Brasília, abr. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 1º out. 2012.

BRASIL. STF. *Recurso em mandado de segurança n. 24.197 – PR* (2007/0112500-5). Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: Estado do Paraná; Município de Curitiba. Data de julgamento: 04/05/2010. T1 Primeira Turma. Data de publicação DJe 24/08/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16825941/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24197-pr-2007-0112500-5/inteiro-teor-16825942>. Acesso em: 2 jul. 2020.

COSTA, Ivana Ganem. Aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no fornecimento de medicamentos [Assunto Especial – Doutrina]. *Revista IOB de Direito Administrativo*, ano V, n. 54, jun. 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Marco Aurélio Carvalho. As competências constitucionais relacionadas ao Sistema Único de Saúde e ao Sistema de Saúde Suplementar [Doutrina]. *Revista IOB de Direito Administrativo*, ano V, n. 55, p. 89-96, jul. 2010.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEAL, Rogério. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional [Doutrina]. *Revista de Direito Sanitário*, v. 9, p. 50-69, 2008.

LIMA, Lucas Rister de Souza; ZORZETO, Thiago Rebellato. Os limites da atuação do Poder Judiciário na área de saúde [parte geral – doutrina]. *Revista SÍNTESE de Direito Administrativo*, ano VI, n. 61, p. 73-83, jan. 2011.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Estado e Constituição. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Campus Jurídico; Elsevier, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 5 abr. 2012.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2012.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista de Saúde Pública* [on-line], v. 42, n. 2, p. 365-369, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S00349102008008000200025&lng=en&nrm=i-so&tlng=pt. Acesso em: 17 abr. 2012.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, v. 24, 2011. p. 03. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-JULIANA-YUMI.PDF>. Acesso em: 11 abr. 2012.

Parcerias sociais: dificuldades práticas na implementação da Lei 13.019/2014

Irene Nohara

Doutora em Direito do Estado (USP)
Livre-docente em Direito Administrativo (USP)
Professora pesquisadora em Direito Político e
Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Daniel Scheiblich Rodrigues

Mestrando e especialista em Direito Político e
Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
Advogado



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Avanços da Lei de Parcerias Sociais; 3 Pesquisa empírica; 3.1 Objeto da pesquisa; 3.2 Dificuldades de acesso à informação; 3.3 Resultados da pesquisa empírica; 3.4 Contribuições das unidades federadas pesquisadas; 4 Considerações finais; Referências

1 INTRODUÇÃO

A estruturação de regras para a celebração e o monitoramento de parcerias da Administração Pública com as Organizações da Sociedade Civil representa um dos anseios que provocou a criação do *Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil* (MROSC), Lei n. 13.019/2014, depois alterado substancialmente pela Lei n. 13.204/2015. Há no Brasil, conforme dados do IPEA, mais de 300 mil Organizações da Sociedade Civil.

Não obstante o impulso inicial de acolhimento mais recente das parcerias com o terceiro setor no Brasil tenha se dado a partir da redemocratização e especialmente com o caráter acolhedor da Constituição de 1988 em relação às ONGs, foi a partir da Reforma Administrativa da década de 90 que houve a estruturação de passos para a parceria com o chamado setor público não estatal, para aproximação técnica do Estado com o terceiro setor.

Apesar da previsão inicial das organizações sociais, estabelecidas a partir de contratos de gestão (figuras introduzidas no Brasil pela Reforma Administrativa, que culminou na Emenda Constitucional n. 19/98), cuja parceria com a Administração foi depois regulamentada pela Lei n. 9.637/98, o ápice da regulamentação do sistema de parcerias entre as entidades do terceiro setor ocorreu apenas em 2014, com a edição da Lei de Parcerias Sociais.

A Lei n. 13.019/2014 procurou criar um regime jurídico mais criterioso no estabelecimento das parcerias, a partir da previsão de instrumentos jurídicos próprios celebrados geralmente após o chamamento público, bem como de regras voltadas para a fiscalização da articulação entre Estado e sociedade civil organizada. Parceria, no sentido empregado pela lei, representa o conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua colaboração, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

Um dos pontos positivos da nova disciplina da Lei de Parcerias foi, portanto, a especificação mais clara de deveres e responsabilidades de cada qual dos parceiros, para que efetivamente haja um monitoramento dos compromissos assumidos. São avanços que incorporam na disciplina legal conceitos de governança associados com a *accountability* e a *responsiveness*, retirando da parceria a pecha de liberalidade e reforçando as boas práticas a partir de regras mais claras de monitoramento e estímulo a um terceiro setor que se volte a produzir resultados sociais.

Segundo Ulrich Beck, “iniciativas da sociedade civil e novos movimentos sociais ganham, com o abismo que se torna visível entre as demandas da população e sua representação no espectro dos partidos políticos, um inteiramente imprevisto impulso político e amplo apoio”.¹ Uma forma de promoção de democracia, para além do estímulo aos meios de participação direta do povo na discussão dos assuntos coletivos, é pelo empoderamento da atuação da sociedade civil organizada. De acordo com Marco Aurélio Nogueira, na década de noventa não se edificou um sistema político efetivamente democrático, nem houve uma modificação substantiva dos hábitos democráticos pois, em boa medida, o eleitoral se superpôs ao político, comprimindo-o e roubando seu espaço de manifestação.

Configurado pelo reformismo predominante, expõe ainda Nogueira que o sistema político “evoluiu como uma democracia sem sociedade e sem Estado: não teve como dar origem a nenhum dinamismo superior com o qual pudessem ser alteradas as estruturas de poder, as práticas políticas e as escolhas governamentais”.² Na visão de Joaquim Hirsch, as ONGs podem ser vistas como protagonistas de um novo movimento social, dado que, pela multiplicidade de interesses, orientações e frentes de conflito, não há mais a presença de um ator político privilegiado, mas existem distintas ONGs que criam novos espaços para discussões, processos de busca e de mobilização do conhecimento, mesmo diante dos conflitos e das ambiguidades.³ Nas palavras de Hirsch:

¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 284.

² NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 43.

³ HIRSCH, Joaquim. *Teoria materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 273.

As ONGs desempenham importante função na representação de interesses reprimidos e na tematização de problemas relegados ao ostracismo. Ao lado das atividades de ajuda prática, elas exercem importantes funções voltadas para o controle dos processos políticos internacionais e nos conflitos envolvendo a definição da pauta de negociações. Elas estão em condições de produzir conhecimento e pareceres, colocando-os à disposição do movimento, ou seja, agem quase como *think tanks*.⁴

No entanto, questiona o Hirsch a independência da ação das ONGs, sobretudo diante do fato de que muitas delas guardam uma proximidade com os aparelhos estatais e da política de Estado. De acordo com Hirsch, como elas se estruturam como organizações profissionalizadas em busca constante por financiamento, podem “cair facilmente sob a dependência de Estados ou de doadores particulares, sem contar os casos em que Estados ou empresários as criam diretamente ou as instrumentalizam.”⁵ Esse é um ponto que fundamenta a exigência legal de algum tempo de existência da ONG, como condição para participar do chamamento público, para que se afaste da atividade do fomento algumas organizações da sociedade civil que são criadas do dia para noite tão-somente para auferir recursos públicos em chamamentos *ad hoc*.

Trata-se da crítica que Emerson Gabardo⁶ faz da presença de um número grande de ONGs no Brasil que não possuem tradição, mas que procuram “viver do fomento”, na construção de um terceiro setor estatizado, o que não seria o ideal, dado que o sistema de parcerias é para estimular a ação das ONGs e não propriamente para sustentá-las. O ideal é que haja o estímulo às boas práticas do terceiro setor que possa, pela sua *expertise*, colaborar com a implementação de políticas públicas e não que haja o repasse de recursos para ONGs que não tenham a mínima sustentabilidade econômica e financeira.

O objetivo da presente análise é explicar o regime jurídico das parcerias sociais, após o MROSC, e realizar pesquisa empírica sobre o estado da arte da implementação da lei, sendo apontadas as dificuldades de proliferação dos mecanismos avançados para os aprimoramentos das parcerias sociais de acordo com os critérios da Lei n.13.019/2014, conforme os resultados levantados dos dados coletados em diversas unidades federativas.

2 AVANÇOS DA LEI DE PARCERIAS SOCIAIS

A Lei de Parcerias foi criada em um contexto de debate sobre os escândalos de desvios levantados pelas CPIs das ONGs. Apesar de não ter resultados práticos em medi-

⁴ HIRSCH, Joaquim. *Teoria materialista do Estado*. Op. cit. p. 273.

⁵ HIRSCH, Joaquim. *Teoria materialista do Estado*. Op. cit. p. 273.

⁶ GABARDO, Emerson. Papel do Estado e mito da subsidiariedade. In: NOHARA, Irene P. (Coord.). *Gestão pública dos entes federativos: desafios jurídicos para inovação e desenvolvimento*. São Paulo: Clássica, 2013. p. 72.

das judiciais, as CPIs das ONGs foram importantes para levantar os desvios e as fraudes ocorridas no terceiro setor, demonstrando a necessidade de maior fiscalização e controle de resultados das parcerias celebradas.

Do ponto de vista técnico-normativo, o marco, após alterações ocorridas na Lei n.13.204/2015, ao regime inicial da Lei de Parcerias,⁷ contempla atualmente no art. 33, V, da Lei 13.019/2014, as seguintes exigências para celebração das parcerias: (a) três anos de existência, no mínimo, para parceria celebrada com a União; dois anos, no mínimo, para os Estados e um ano de existência para os Municípios; (b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; e (c) instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento de metas estabelecidas.

Quanto à *accountability*, o Conselho de Política Pública é órgão criado pelo poder público para atuar como instância consultiva, na respectiva área de atuação, na formação, implementação, acompanhamento, monitoramento e avaliação de políticas públicas. Há também o acompanhamento da parceira pela comissão de monitoramento e avaliação, sendo um órgão colegiado destinado a monitorar e avaliar as parcerias formadas em que haja fomento. É obrigatória a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou de emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública.

A prestação de contas será feita pela análise de documentos previstos no plano de trabalho. Existe, portanto, uma grande margem de discricionariedade para a estruturação do plano de trabalho, sendo sua execução controlada por dois relatórios: (1) de execução do objeto, contendo atividades ou projetos desenvolvidos para o cumprimento do objeto e o comparativo de metas propostas com resultados alcançados; e (2) relatório de execução financeira do termo de colaboração e termo de fomento, com a descrição de despesas e receitas realizadas.

É possível que haja também os seguintes relatórios: de visita técnica *in loco* e relatório técnico de monitoramento e avaliação, homologado pela comissão de monitoramento e avaliação designada, sobre a conformidade do cumprimento do objeto e os resultados alcançados durante a execução do termo de colaboração ou de fomento.⁸ Ressalte-se que as responsabilidades assumidas variam em função do plano de trabalho firmado com a Administração, que é estabelecido também no chamamento público.

Em suma, pode-se observar que a lei demanda um maior comprometimento tanto na celebração da parceria como no seu monitoramento e na prestação de contas. Isso procura evitar os convênios que simplesmente recebam passivamente os dados, dado que agora pode haver visita *in loco* e existem regras mais padronizadas e claras para a fiscalização e

⁷ Uma excelente obra é a organizada por: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Orgs.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.079/2014*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. *passim*.

⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 724.

a verificação do cumprimento do objeto da parceria. A sistemática de monitoramento da lei prevê não apenas um controle de procedimentos, mas sobretudo um controle de resultados.

A ideia central do marco foi criar um sistema como o chamamento público para selecionar do universo de OSC existentes, as que tenham melhores condições de executar determinada parceria. Também houve um empoderamento das OSCs que podem propor através de termo de fomento que seja estabelecida uma parceria, sendo ainda possível que haja a realização de um PMIS (Procedimento de Manifestação de Interesse Social) para coletar propostas *bottom-up* (democráticas).

Ocorre que, apesar de o marco ter surgido em 2014 com maior rigor nas exigências de celebração de parcerias com o terceiro setor, em 2015 houve uma flexibilização e uma maior abertura, portanto, para hipóteses de celebração de parcerias sem chamamento público, sobretudo nos casos de transferência autorizada por lei na qual seja identificada uma entidade beneficiada e também em havendo emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais. Assim, permitiu-se com que a ação política possa novamente passar ao largo das exigências mais rigorosas para celebração das parcerias sociais.

3 PESQUISA EMPÍRICA

3.1 Objeto da pesquisa

A pesquisa foi desencadeada, entre os dias 25 e 30 de junho de 2019, a partir de requerimentos de informação protocolizados, com fundamento no artigo 9º, inciso I, alínea “c”, da Lei Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, perante os Serviços de Informações ao Cidadão, visando ao levantamento de dados, durante o exercício financeiro de 2018, sobre a aplicação da Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014.

Haja vista que a Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014, estabeleceu um marco regulatório para as organizações da sociedade civil, alterando o regime jurídico das parcerias celebradas entre a Administração Pública e a sociedade civil organizada, o recorte utilizado foi a Assistência Social municipal, área em que o Terceiro Setor é notoriamente atuante.

Para que o campo de pesquisa pudesse ser capilarizado de forma homogênea por todo o território brasileiro, foram mobilizadas todas as Capitais de Estado e o Distrito Federal e, para obter uma visão mais abrangente, também foi mobilizada a União. Considerando que a pesquisa foi desencadeada durante ano de 2019 e que a Administração Pública se organiza em exercícios fiscais, a base anual adotada foi a do ano de 2018, para que se pudesse ter como referência a completude do exercício fiscal mais recente.

O objetivo geral da pesquisa foi a obtenção de informações acerca da aplicação da Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014, enquanto o objetivo específico foi o levantamento das dificuldades de implementação do novo regime jurídico de cooperação mútua e interesse recíproco entre a Administração Pública e o setor público não estatal, numa tenta-

tiva de descobrir se o marco regulatório já transformou a realidade das parcerias celebradas por todo o Brasil.

Quanto ao instrumento adotado para a realização da pesquisa de campo, formulou-se um questionário contendo doze perguntas, das quais dez foram objetivas e duas foram discursivas. O questionário foi protocolizado perante os Serviços de Informações ao Cidadão das unidades federadas investigadas e, indiretamente, permitiu traçar um panorama das dificuldades de acesso à informação no Brasil.

3.2 Dificuldades de acesso à informação

Os Serviços de Informações ao Cidadão foram implementados pelo artigo 9º, inciso I, alínea “c”, da Lei Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, com vistas a assegurar o direito fundamental de acesso à informação. Ocorre que, na realidade, nem sempre a sua mera existência implica na efetividade de acesso. Das vinte e oito unidades federadas consultadas, quatorze prestaram informações claras e precisas, o que demonstra que houve transparência em 50% (cinquenta por cento) das Administrações Públicas mobilizadas:

QUADRO 1 – Dificuldade de acesso à informação

	HOUVE ACESSO À INFORMAÇÃO	NÃO HOUVE ACESSO À INFORMAÇÃO
1	Aracaju	Belém
2	Boa Vista	Belo Horizonte
3	Campo Grande	Cuiabá
4	Florianópolis	Curitiba
5	Fortaleza	Distrito Federal
6	João Pessoa	Goiânia
7	Macapá	Natal
8	Maceió	Porto Velho
9	Manaus	Rio de Janeiro
10	Palmas	Salvador
11	Porto Alegre	São Luís
12	Recife	São Paulo
13	Rio Branco	Teresina
14	União	Vitória

FONTE: Elaborados pelos autores.

A despeito da previsão expressa do artigo 9º, inciso I, alínea “c”, da Lei Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, cinco unidades federadas entenderam que seus Serviços de Informações ao Cidadão não eram canais próprios para a obtenção dos dados requeridos: Belo Horizonte, Porto Velho, Rio de Janeiro, São Paulo e Teresina.

O prazo legal para a disponibilização das informações requeridas foi descumprido por quatro unidades federadas, perante as quais os requerimentos de acesso à informação permaneceram em processamento até a conclusão da presente pesquisa: Belém, Cuiabá, Natal e Vitória.

Perante três unidades federadas, após a negativa inicial de acesso, os requerimentos de acesso à informação adentraram morosas fases recursais: Distrito Federal, Goiânia e São Luís. O requerimento de acesso à informação foi indeferido perante uma das unidades federadas consultadas: Curitiba. Porém, a maior dificuldade de acesso à informação foi a do Município de Salvador, cujo Serviço de Informações ao Cidadão esteve indisponível para a protocolização de requerimentos durante todo o período em que a pesquisa foi realizada e, mesmo após o envio de correspondências eletrônicas à Chefia de Gabinete da Prefeitura e à Secretaria Municipal de Promoção Social e Combate à Pobreza, o acesso à informação foi negligenciado⁹.

3.3 Resultados da pesquisa empírica

Das quatorze unidades federadas que prestaram as informações requeridas com clareza e precisão, apenas o Município de Boa Vista informou que não aplica, na área de Assistência Social, os procedimentos administrativos e os negócios jurídicos previstos na Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014:

[...] a Secretaria Municipal de Gestão Social – SEMGES não possui parcerias sociais previstas na Lei n. 13.019/2014 com organizações da Sociedade Civil, seja por chamamento público ou dispensa/inexigibilidade e, por esta razão, não há que se falar na existência de relatórios de visita, termos de colaboração ou fomento. Diante do exposto, não alcançamos o campo práticos para abordar acerca das dificuldades da não aplicação integral dos mecanismos presentes na referida lei de parcerias.

Logo, o exame da aplicação do marco regulatório das organizações da sociedade civil ficou no âmbito da União e de doze Capitais de Estado: Aracaju, Campo Grande, Florianópolis, Fortaleza, João Pessoa, Macapá, Maceió, Manaus, Palmas, Porto Alegre, Recife e Rio Branco.

⁹ A impossibilidade de requerimento de informações ensejou a propositura de uma representação perante o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa, órgão vinculado ao Ministério Público do Estado da Bahia.

Do ponto de vista procedimental, a pesquisa almejou identificar se a celebração de parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil é antecedida de chamamento público e, em caso negativo, se a pactuação direta com as entidades é fundamentada na inexigibilidade de certame, na indicação direta pelo Poder Executivo ou na previsão em emendas parlamentares, obtendo os seguintes resultados:

QUADRO 2 – Levantamento das parcerias celebradas entre a administração pública e organizações da sociedade civil

ENTE FEDERADO	1. Quantas parcerias sociais (com organizações da sociedade civil/ONGs/entes do Terceiro Setor) existem firmadas na Pasta?	2. Quantos termos de colaboração ou de fomento foram celebrados, durante o exercício financeiro de 2018, com a prévia realização de chamamento público, nos termos autorizados pelo artigo 29 da Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014?	3. Quantas parcerias sociais ocorreram com dispensa ou inexigibilidade de chamamento público, nas hipóteses da Lei n. 13.019/2014?	4. Quantas parcerias sociais (com entidades de assistência social) foram celebradas sem a prévia realização de chamamento público com base em autorização legal com indicação da entidade beneficiária e/ou emendas parlamentares?
Aracaju	11	09	02	02
Campo Grande	538	0	538	538
Florianópolis	40	0	40	0
Fortaleza	31	17	03	01
João Pessoa	37	37	0	50
Macapá	01	0	01	0
Maceió	14	0	0	0
Manaus	0	0	0	0
Palmas	01	01	0	0
Porto Alegre	255	0	261	0
Recife	07	01	0	0
Rio Branco	03	0	04	01
União	02	0	02	0

FONTE: Elaborados pelos autores.

Do ponto de vista negocial, a pesquisa se propôs a identificar a quantidade de parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, filtrando-as de acordo com as espécies de negócios jurídicos arrolados na Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014:

QUADRO 3 – Levantamento de parcerias de acordo com o tipo

ENTE FEDERADO	1. Total de parcerias	2. Termos de colaboração	3. Termos de fomento	4. Acordos de cooperação
Aracaju	11	0	11	0
Campo Grande	538	538	0	01
Florianópolis	40	40	0	0
Fortaleza	31	02	15	0
João Pessoa	37	37	0	01
Macapá	01	0	0	0
Maceió	14	0	0	02
Manaus	0	0	0	0
Palmas	01	0	0	0
Porto Alegre	255	261	0	0
Recife	07	01	0	0
Rio Branco	03	0	04	0
União	02	01	0	01

FONTE: Elaborados pelos autores.

Do ponto de vista do controle interno, a pesquisa buscou estabelecer o número de relatórios expedidos para as visitas técnicas realizadas, pela Administração Pública, nos termos do artigo 66, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014, durante o exercício financeiro de 2018:

QUADRO 4 – Levantamento dos relatórios

ENTE FEDERADO	1. Parcerias sociais	2. Relatórios de visita técnica <i>in loco</i>
Aracaju	11	0
Campo Grande	538	13
Florianópolis	40	0
Fortaleza	31	62
João Pessoa	37	04
Macapá	01	0
Maceió	14	0
Manaus	0	0
Palmas	01	02
Porto Alegre	255	255
Recife	07	01
Rio Branco	03	0
União	02	01

FONTE: Elaborados pelos autores.

Considerando que o objetivo específico da pesquisa foi o levantamento das dificuldades de implementação, pela Administração Pública, da Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014, os entes federados consultados foram submetidos a um questionário para avaliar, numa escala de um a cinco – sendo um para uma resposta que aponta para a negação total da pergunta e cinco para uma resposta no qual se concorda integralmente com a pergunta –, o nível de dificuldade enfrentado em quatro nichos específicos¹⁰:

¹⁰ A União optou por não se manifestar quanto a esta parte do levantamento, por interpretar que as perguntas “demandam pronunciamento potencialmente subjetivo”.

QUADRO 5 – Levantamento das dificuldades de implementação da lei

ENTE FEDERADO	1. Muitas brechas que permitem a celebração de parcerias sem o chamamento público	2. Falta de vontade dos agentes políticos em implementar a Lei de Parcerias (Lei 13.019/2014)	3. Falta de cobrança da aplicação da lei por parte da sociedade civil	4. Não há dificuldades na aplicação da lei, que já é realidade no Município
Aracaju	Nível 2	Nível 1	Nível 2	Nível 5
Campo Grande	Nível 2	Nível 1	Nível 2	Nível 3
Florianópolis	Nível 5	Nível 2	Nível 5	Nível 1
Fortaleza	Nível 1	Nível 1	Nível 1	Nível 2
João Pessoa	Nível 3	Nível 3	Nível 3	Nível 4
Macapá	Nível 1	Nível 2	Nível 3	Nível 2
Maceió	Nível 3	Nível 2	Nível 3	Nível 2
Manaus	Nível 1	Nível 1	Nível 4	Nível 5
Palmas	Nível 4	Nível 2	Nível 5	Nível 3
Porto Alegre	Nível 3	Nível 1	Nível 4	Nível 5
Recife	Nível 1	Nível 1	Nível 1	Nível 4
Rio Branco	Nível 2	Nível 3	Nível 4	Nível 2

FONTE: Elaborados pelos autores.

3.4 Contribuições das unidades federadas pesquisadas

Algumas unidades federadas teceram considerações relevantes para as dificuldades que enfrentam na aplicação da Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014, merecendo especial destaque.

A Prefeitura de Porto Alegre aderiu profundamente ao marco regulatório e o regulamentou em nível local, sobre ele opinando da seguinte maneira:

Sim, realmente trouxe grandes avanços e desafios, tanto no que tange ao Monitoramento e Avaliação, quanto no formato da prestação de contas, que deve ocorrer por meio de plataforma eletrônica. Em POA/RS foi instituído, por meio do Decreto Municipal 20.239/19 o Sistema de Gestão de Parcerias – SGP e o Manual de Prestação de Contas das Parcerias do Município de Porto Alegre.

A Prefeitura de Macapá também teve um posicionamento positivo em relação à nova legislação, pontuando que há “grande utilidade” no marco regulatório, “trazendo inovações ao regulamentar as parcerias e prevendo instrumentos de controle que permitem maior rigor na celebração deste tipo de instrumento”. Traçando um balanço sobre a Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014, a Prefeitura de João Pessoa foi igualmente bastante otimista:

Sem dúvidas impactou positivamente, além de oferecer parâmetros legais para a celebração das parcerias, oferece uma segurança financeira para as OSCs, uma vez que tendo sido selecionado em Edital de Chamamento Público terá a certeza de contar o pagamento pelos serviços prestados pelo período de vigência do Edital, sem precisar ficar todo ano recorrendo aos gabinetes para conseguir financiamento para os projetos, por outro lado, a gestão pública tem também maior liberdade para normatizar os serviços que compra por meio do Edital.

Quanto à eficácia da nova legislação, a Municipalidade de João Pessoa enxerga pontos desfavoráveis, uma vez que as entidades do Terceiro Setor “buscam meios para burlar, encontrar um ‘jeito’, para conseguir parceria sem concorrer nos Editais.”.

As Prefeituras de Campo Grande, Fortaleza e Recife entendem que a necessidade de criação de plataformas eletrônicas para as prestações de contas está entre as maiores dificuldades para que a aplicação do marco regulatório das organizações da sociedade civil seja mais efetivo na área de Assistência Social. A Prefeitura de Campo Grande identifica, ainda, a necessidade de que se promova a “padronização de instrumentos”.

O Município de Florianópolis apontou como dificuldades práticas na aplicação integral dos mecanismos presentes na Lei de Parcerias Sociais dois fatores principais: o desconhecimento e o despreparo das organizações da sociedade civil, bem como a multiplicidade de interpretações contrárias à legislação. A Prefeitura também admite que a existência de brechas é um fator que contribui para a baixa aderência da Administração Pública à legislação: “Com as brechas trazidas pela 13.204/2015, a mudança para parcerias voltadas para a área de assistência social, saúde e educação não sofreu grandes modificações”.

O “desconhecimento” foi também apontado pela Prefeitura de Palmas, juntamente com a “burocracia”, como um elemento dificultador na aplicação do marco regulatório, fazendo com que não tenha havido um “processo significativo” para sua implementação.

A Prefeitura de Maceió vislumbra que a Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014, “ainda não modificou substancialmente a dinâmica das parcerias existentes”, atribuindo sua baixa eficácia ao “fato dos convênios atualmente vigentes terem sido firmados com base na Lei 8.666/93 encontrando-se aditivados por autorização legal”.

De modo similar, a Prefeitura de Recife expôs que a “Lei 13.019/2014 não modificou substancialmente a dinâmica das parcerias existentes”. Porém, tal Prefeitura expõe que isso se deve aos elevados padrões de rigor que a Municipalidade proativamente adotava para os antigos convênios da área de Assistência Social, “visto que esta pasta já estabelecia as parcerias de forma semelhante”.

Para a Prefeitura de Rio Branco a carência de “Decreto que regulariza a Lei no Município”, assim como a escassez de “agentes capacitados para aplicação da lei nas gestões municipais”, são as maiores dificuldades para a aplicação integral da Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos dados empíricos levantados percebe-se que há uma diferença muito grande quanto ao grau de aplicabilidade e manejo dos instrumentos de parceria por parte dos entes pesquisados. Há percepções muito diferentes quanto às dificuldades de aplicação da Lei de Parcerias, vigorando ainda em diversos dos entes uma predominância pela “fuga” dos chamamentos públicos, o que não significa desrespeito à lei, pois tal inobservância decorre das próprias brechas legais abertas em 2015.

Fato é que é ainda muito cedo para se dizer que o marco não pegou ou não deu certo, pois ele ainda é muito recente (cerca de cinco anos apenas), tendo de passar por um período de amadurecimento do seu uso, o que deve ser implementado a partir de trocas de experiências entre as gestões, tendo sido ressaltada a dificuldade de algumas Municipalidades (Campo Grande, Fortaleza e Recife) em implementar plataformas eletrônicas na área da assistência social.

Interessante ressaltar que o Município que mais recorreu aos chamamentos foi João Pessoa, na Paraíba, que também possui uma visão otimista da lei, tendo sido enfatizado que ao se oferecer parâmetros legais para a celebração das parcerias, se trata de uma segurança para as organizações da sociedade civil, que certamente contarão com o pagamento dos serviços na vigência do chamamento, sem que haja que recorrer de expedientes políticos para manter os projetos relevantes.

No entanto, todos os entes pesquisados que responderam os questionários alegaram que aplicam sim a lei. Curiosamente, a União identificou poucas parcerias, sendo ainda as celebradas sem o chamamento, não tendo havido uma abertura para dialogar sobre as dificuldades de implementação da lei, tendo sido tal pergunta taxada de muito subjetiva. For-

taleza, por sua vez, foi um Município que apresentou um equilíbrio no número de parcerias, sendo 31 celebradas em 2018 com 17 chamamentos públicos.

A Lei de Parcerias apresenta muitos pontos avançados, conforme exposto, apesar das mencionadas brechas, e tem o potencial de transformar a realidade, pois à medida que a sociedade perceber seu potencial de oferecimento de propostas e mesmo de maior controle das parcerias, certamente que o manejo adequado e o maior conhecimento têm o potencial de serem úteis para a transformação e a melhoria das parcerias.

No entanto, ainda há a necessidade de uma ampla transformação cultural de tais parcerias, para que haja o empoderamento das organizações da sociedade civil que sejam emancipadas do poder político e que, diante das transformações disruptivas que se anunciam à sociedade, possam oferecer soluções inovadoras para colaborar no equacionamento de inúmeros problemas sociais, para se transformarem em importantes coadjuvantes do Estado na implementação das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Editora 34, 2010.

GABARDO, Emerson. Papel do Estado e mito da subsidiariedade. In: NOHARA, Irene P. (Coord.). *Gestão pública dos entes federativos: desafios jurídicos para inovação e desenvolvimento*. São Paulo: Clássica, 2013.

HIRSCH, Joaquim. *Teoria materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Orgs.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações das Lei n. 13.079/2014*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

O princípio republicano como princípio constitucional estruturante do regime jurídico-administrativo

José Sérgio da Silva Cristóvam

Doutor em Direito Administrativo (UFSC)
Professor de Direito Administrativo (UFSC)
Conselheiro federal (OAB)
Advogado



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O princípio republicano como princípio constitucional estruturante; 3 Antecedentes históricos e filosóficos da noção de República: a busca do “elo substantivo perdido”; 4 O princípio republicano como princípio axiológico fundamental; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A proposta de redefinição dos contornos procedimentais e, sobretudo, materiais do princípio republicano permite a rediscussão de diversos institutos do regime jurídico-administrativo tradicional. Exemplo disso é o modelo de prerrogativas administrativas e as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, fundadas em um consideravelmente superado vetor de assimetria e verticalização do poder público sobre os cidadãos, a ser retemperado pela perspectiva da horizontalidade, da consensualidade e da transparência do agir administrativo, elementos de concretização política e jurídica de uma nova vocação democrática e republicana da Administração Pública, muito mais afinada com a ordem constitucional brasileira e com as melhores expectativas da Sociedade.

Eis a tônica central da temática aqui debatida, que parte de uma renovada e reestruturada concepção de regime jurídico-administrativo, constitucionalmente vinculado como base normativa e conjunto de finalidades e objetivos, a ser acompanhada pela construção normativo-axiológica das suas linhas mestras (princípios estruturantes).

O estudo tem justificativa a partir da proposta (em certa medida!) de superação daquele paradigma tradicional, que fundava e legitimava o regime jurídico-administrativo em um modelo mais assimétrico e verticalizado de poderes e prerrogativas da Administração Pública, com a reconstrução das suas bases de justificação e conformação sistemática, agora sobre fundamentos estruturantes capazes de afinar o diálogo e manter uma dialética de legitimidade sinfônica com todo o arranjo normativo constitucional, sob a batuta instru-

mental e horizontalizante do Estado constitucional de direito e do paradigma emergente da Administração Pública democrática.¹

Embora aqui não se possa avançar no debate mais aprofundado acerca dos contornos deste referido paradigma emergente da Administração Pública democrática, cabe assentar seu marcado traço de travessia para uma matriz jurídico-política administrativa menos imperativa e verticalizada, fundada na valorização dos vetores da consensualidade, da transparência, do controle social, da eficiência administrativa e da efetiva construção de espaços democráticos para a formação da decisão administrativa, a partir dos princípios estruturantes da dignidade da pessoa humana,² do Estado democrático de direito,³ do princípio republicano e da sustentabilidade.⁴

Convém adiantar que a noção de princípios estruturantes, aqui referida, parte da doutrina do constitucionalista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho, que os define como aquelas “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”, as diretrizes normativas fundamentais, constitutivas e indicativas “das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”. Assim concebidos, os princípios estruturantes acabam por alcançar concretização pela via de outros princípios e regras constitucionais de densificação, que iluminam “o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno”.⁵

Para os contornos do presente ensaio, cumpre estabelecer como problema central em que medida o princípio republicano se sustenta como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo? Nada obstante, cabe registrar que refoge aos limites desse ensaio o debate sobre as consequências para o regime jurídico-administrativo, que é de central relevo e tem impacto por exemplo no modelo tradicional de prerrogativas da Administração Pública, no regime de cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos etc.⁶

¹ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público*: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 121-317.

² Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do direito administrativo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, n. 6, p. 745-772, 2016. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0745_0772.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

³ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da Administração Pública democrática. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n. 3, p. 575-604, 2017. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/3/2017_03_0575_0604.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

⁴ Sobre o tema, ver: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1173-1174.

⁶ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público*: Op. cit., p. 304-317.

Como hipótese do presente ensaio, entende-se que aqueles referidos princípios estruturantes não servem como parâmetros normativos que possam isoladamente sustentar o regime jurídico-administrativo, mas sim como verdadeiro quarteto principiológico estruturante assecuratório dos padrões de unidade interior e adequação valorativa conformadores de todo o edifício constitucional administrativo, cabendo aqui o debate voltado ao princípio republicano.

Com efeito, eis os objetivos centrais do estudo: a partir de uma leitura sistemática e comprometida com a plena efetividade das normas constitucionais, busca-se oferecer as bases para um renovado regime jurídico-administrativo, aqui mais voltada à análise teórica do princípio republicano como princípio constitucional estruturante deste referido regime normativo.

2 O PRINCÍPIO REPUBLICANO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE

Não há como definir ao certo as razões, mas o fato é que o estudo jurídico da noção de República como princípio constitucional não tem recebido quase nenhuma atenção ou demonstração de interesse pela doutrina nacional.⁷ Enquanto algumas temáticas relacionadas à teoria dos princípios, proporcionalidade, razoabilidade, direitos fundamentais e hermenêutica constitucional, apenas para exemplificar, recebem uma verdadeira “enxurrada” de estudos monográficos, ensaios, artigos e trabalhos acadêmicos de mestrado e doutorado, o que é sempre positivo para o amadurecimento do debate jurídico, outros assuntos ficam quase esquecidos, como ocorre com o estudo do princípio republicano.⁸

A afirmação desse quadro pode ser colhida, inclusive, nas reflexões de Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Paulo Márcio Cruz, quando esclarecem que, embora vastamente

⁷ Na literatura jurídica nacional, vale ressaltar o trabalho do precocemente desaparecido publicista Geraldo Ataliba, intitulado *República e Constituição*, um dos precursores debates sobre o tema, após o advento da Constituição Federal. Sobre o tema, ver: ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁸ Sobre o tema do princípio republicano na literatura jurídica nacional, ver: AMORIM, Carlos Alberto Novelino de. *Princípio republicano, cargos em comissão e clientelismo político nos Municípios do Estado do Rio de Janeiro: reflexões sobre a profissionalização da função pública no Brasil*. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Curso de Mestrado em Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesse da maioria. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 2008, Brasília. *Anais [...]*. Brasília: Conpedi, 2008. p. 845-860, 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020; CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 13, n. 1, p. 43-54, jan./jun. 2008; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005; SILVA, Michel Mascarenhas. A democracia moderna e o princípio republicano: uma imbricação necessária para a proteção do interesse público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2950, jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19671>. Acesso em: 4 jan. 2020.

empregados no universo jurídico e nos domínios da ciência política, República e princípio republicano são categorias, no mais das vezes, não adequadamente compreendidas, porquanto “normalmente operadas a partir de conceitos modernos insuficientes ou parciais”. Isso traz, por conseguinte, sérios prejuízos ao próprio entendimento de outras categorias correlacionadas, como os direitos fundamentais, a cidadania e a própria democracia. Como “princípio reitor de todo ordenamento jurídico”, o princípio republicano possui conteúdo jurídico autônomo, pelo que não pode ser confundido conceitualmente com outros princípios com os quais guarda constante diálogo, como o Estado democrático de direito, a temporalidade dos mandatos eletivos, a democracia representativa e a dignidade da pessoa humana.⁹

Convém, desde já, esclarecer que, embora não diretamente relacionado à concepção jurídico-normativa do princípio republicano, conforme aqui referido, a discussão em torno da noção de República vem recebendo, mais recentemente, um importante influxo de estudos filosóficos e políticos, sobretudo a partir do debate entre as correntes do “liberalismo” e do “republicanismo” (neorrepublicanismo),¹⁰ sendo, para alguns autores, que este último poderia ser tomado em certa medida como sinônimo de “comunitarismo”.¹¹ Antes da abordagem acerca dos contornos e do conteúdo do princípio jurídico-constitucional republicano, vale trazer uma breve recuperação dos seus antecedentes históricos e filosóficos, a partir da noção de República.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS DA NOÇÃO DE REPÚBLICA: A BUSCA DO “ELO SUBSTANTIVO PERDIDO”

A dimensão moderna de República está fundada mais em conceitos formais de como são escolhidos os governantes (se por eleição ou se por hereditariedade), por vezes até confundida com uma noção de democracia representativa e suas disposições formais e procedimentais, do que em uma concepção substantiva de governo republicano. Esse é o interesse maior na recuperação, ainda que breve, de um conceito republicano substantivo, desde a Antiguidade, a fim de se estabelecerem os contornos adequados do princípio republicano na atualidade.

⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. Sobre o princípio republicano: Op. cit.

¹⁰ Ultrapassam os limites da presente abordagem a recuperação do complexo e riquíssimo debate entre as diversas concepções de liberalismo, de republicanismo e de comunitarismo. Sobre o tema, ver: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; DIAS, André de Vasconcelos. *Teorias republicanas da democracia*. 2008. 76 f. Monografia da Disciplina de Direito Constitucional (Mestrado em Direito) – Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008; PINTO, Ricardo Leite. Liberdade republicana e Estado constitucional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXVI, p. 429-474, 2010.

¹¹ Sobre o tema, ver: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea*: entre soberania popular e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 80.

A recuperação histórica da ideia de República no pensamento político deve ser buscada na Antiguidade clássica grega, em especial nos pensamentos platônico e aristotélico. De início, importa ressaltar a considerável dificuldade na recuperação da noção clássica de República, pois esta concepção é um tanto estranha à linguagem e à política grega. Conquanto a mais difundida e traduzida obra platônica tenha sido legada sob o título de “*A República*”, sua designação original era *Politeia*, um termo riquíssimo de sentidos e significações no grego clássico, podendo indicar tanto uma noção de Constituição (como forma de governo em um Estado soberano), como uma ideia de Estado ou até um regime político.¹² Com efeito, o termo “politeia” deriva de “polités”, o habitante e participante da “pólis”, a cidade-estado grega. “Politeia” designa mais amplamente a comunidade dos cidadãos nas suas relações orgânicas, especializando-se, com a reflexão filosófica, no sentido das próprias relações, e daí vem a significar “Estado” e as leis e instituições que o organizam.

A teoria política platônica oferece o desenho de um regime ideal de governo, admitindo a existência de seis formas de governo: duas delas seriam a manifestação da constituição ideal (a monarquia e a aristocracia); uma delas representaria a transição entre as formas perfeitas e as imperfeitas (a timocracia – forma de governo fundada na honra); e, as três outras corresponderiam a formas indesejáveis ou degeneradas (a tirania, a oligarquia e a democracia).¹³

Essa questão é recuperada pelo pensamento aristotélico, sendo que a sua proposta de tipologia dos governos assenta basicamente no número de governantes e no interesse regente das ações do governo. Assim, formula a distinção dos governos em autênticos (constitucionais) ou degenerados (despóticos) a partir da noção-chave de “bem comum”, pressuposto do governo constitucional e ausente no governo despótico, este cuja finalidade estaria assente no bem da classe dominante. Para Aristóteles, existiriam três formas autênticas de governo (ou constitucionais): monarquia, aristocracia e democracia moderada; e três degeneradas (ou despóticas): tirania, oligarquia e democracia extremada (ou governo da plebe). Um bom governo (das leis, constitucional) seria aquele capaz de se guiar pela razão sem paixão. Nesse sentido, quem melhor conduziria tal governo seria a classe média, que não agiria por interesse próprio, mas no interesse comum, o que justificaria a sua maior capacidade para o prudente exercício da coisa pública.¹⁴

Sobre o interesse da filosofia política na recuperação da noção de República na Antiguidade grega, com destaque especial para o modelo ateniense, Pedro Delgado Alves esclarece que isso não ocorre somente “por se tratar da maior e mais importante polis grega do

¹² Nesse sentido, ver: ALVES, Pedro Delgado. O princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XLVIII, n. 1 e 2, p. 165-270, 2007. p. 167; PLATÃO. *A República*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 14.

¹³ PLATÃO. *A República*. Op. cit., p. 327-364.

¹⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 119-225.

período em estudo, mas porque se trata da forma mais avançada de organização política e de desenvolvimento da ideia de cidadania”, sendo que as concepções de “*isonomia*, igualdade perante a lei de todos os cidadãos, acaba por operar como um equivalente de democracia no sentido moderno do termo, particularmente se associada à ideia de *isegoria*, ou seja, a liberdade de expressão associada ao desempenho de direitos políticos”.¹⁵

Outra relevante contribuição para a construção do conceito de República pode ser recuperada da Antiguidade romana, em especial nos escritos de Marco Túlio Cícero, do qual se pode extrair uma concepção de República enquanto propriedade do povo (*res populi*) ou coisa pública (*res publica*). No pensamento político ciceroniano o conceito de *res publica* não está fundado em uma perspectiva formal vinculada a quem exerce o poder (repartição do poder), mas em uma dimensão substancial e finalística do poder, ou seja, os fins pelos quais o poder é exercido, se de forma reta, honesta e em favor dos interesses de todos (compromisso ético-político). Isto remete à concepção ciceroniana de utilidade comum (*utilitas communis*), o que modernamente pode ser entendido como a ideia de interesse público da comunidade política.¹⁶

A noção de República ciceroniana guarda sensíveis relações com a própria concepção de Estado em Roma, um conceito completamente diverso daquele que nos tem legado a Modernidade. Nesse sentido, José Isaac PILATI adverte que em “Roma, o Estado não é uma pessoa; é um lugar, uma praça, onde se reúnem os romanos, que partilham bens coletivos como o *ager publicus*; coletivos, no sentido de pertencentes aos romanos e não a um Estado separado deles”, o que permite considerar que, na República romana, “os Romanos são condôminos dos bens públicos, sem representantes intermediários, com direito a invocar ações populares à defesa do coletivo, ou seja, daqueles bens dos quais não se dispunha individualmente, só coletivamente”.¹⁷

De fato, a recuperação da dimensão coletiva e da concepção de *res publica*, que conformam a genética da República romana, são essenciais para a compreensão dos modelos republicanos que a sucederam, inclusive para as concepções republicanas moderna e contemporânea. A partir de uma análise da República romana instaurada a partir do ano 509 a.C., após a queda da Monarquia, Alves ressalta que o modelo republicano “vai manter uma considerável estabilidade interna, permitindo a consolidação das fronteiras, a hegemonia em Itália e a derrota de Cartago, única potência do Mediterrâneo Ocidental com capacidade para ameaçar sua supremacia”. Nesse sentido, mesmo envolta em constantes e graves tensões sociais e políticas internas, “Roma consegue adaptar as suas estruturas institucionais e

¹⁵ ALVES, Pedro Delgado. O princípio republicano. Op. cit., p. 181.

¹⁶ CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. Trad. Amador Cisneiros. Bauru: Edipro, 1995. p. 24-30.

¹⁷ PILATI, José Isaac. Os interesses coletivos perante a legislação autoral individualista: perspectivas da sua tutela. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 27, n. 52, p. 163-182, jul. 2006. p. 190.

aligeirar o peso oligárquico do regime mediante cedência à plebe, designadamente através da criação do tribunado da plebe (494 a.C.) ou da atribuição de força de lei às deliberações do *concilium plebis*, a assembleia da plebe (287 a.C.).¹⁸

Sobre a República romana, Enrique Ricardo Lewandowski relembra que ela “encerra a ideia de coisa comum, de um bem pertencente à coletividade, correspondendo em linhas gerais à antiga noção grega de *politeia*, regime em que os cidadãos participavam ativamente da gestão da *polis*”. Nesta quadra, na República romana os cidadãos de pleno direito (*optimo jure*) “eram detentores de direitos políticos (*Jura politica*), que compreendiam o voto nos comícios, a elegibilidade para as magistraturas, o acesso ao sacerdócio e faculdade de apelar quando processados”, sendo que havia, ainda, os “direitos civis (*jura privata*), que incluíam a propriedade, o casamento entre iguais e a possibilidade de demandar na justiça”, bem como as “obrigações (*munera*), com destaque para o dever de participar do recenseamento (*census*), de servir no exército (*militia*) e de pagar imposto (*tributum*)”.¹⁹

Afora a centralidade substantiva da dimensão pública e da noção de bem comum no conceito de República da Antiguidade clássica, pode-se também buscar no pensamento político maquiaveliano um rico e fecundo espaço para a recuperação histórica e filosófica do conceito de República. Nicolau Maquiavel estrutura uma nova tipologia de formas de governo que passará a ser reproduzida com inegável preponderância na ciência política moderna. É clássica aquela passagem em que abre o seu “*O Príncipe*”, sustentando que “todos os Estados, todos os domínios que tiveram ou têm autoridade sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados”.²⁰

Com efeito, da teoria maquiaveliana é possível extrair algumas das bases da ciência política legada à contemporaneidade, a partir da noção moderna de Estado, da disposição bipartida dos governos em Monarquias e Repúblicas e, sobretudo, da construção de uma nova moralidade política e de uma nova perspectiva de bem comum, a partir de uma sofisticada dimensão de virtude cívica. Sua doutrina política, fundada no realismo político e em um conceito de humanismo apartado da filosofia cristã, introduz uma genuína ideia de virtude cívica que ecoa até a atualidade, servindo de base para muitas das concepções republicanas do período moderno.

Nesta recuperação histórica e filosófica da noção de República, interessa também mencionar, ainda que brevemente, o pensamento político rousseauiano e sua defesa da alternativa republicana pela via da crítica ao sistema monárquico, uma espécie de republicanismo antimonárquico, que também vai marcar largamente o pensamento moderno. Ainda que promova uma divisão dos governos basicamente pelo número de membros que a

¹⁸ ALVES, Pedro Delgado. O princípio republicano. Op. cit., p. 182-184.

¹⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. Op. cit., p. 190-195.

²⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 3.

compõem, Jean-Jacques Rousseau defende que a base de um governo republicano reside na ação política determinada pela vontade geral, expressão máxima da razão coletiva do corpo da comunidade, única capaz de conduzir o Estado e a Sociedade ao bem comum.²¹

A concepção formal de República (governo temporário e eletivo) em contraposição à Monarquia (governo hereditário e vitalício) vai acompanhar boa parte da Modernidade. Mas na filosofia kantiana a concepção de República passa a ser tratada a partir de uma constante política e jurídico-normativa. Essa noção de constituição republicana está assentada em três princípios básicos: liberdade para todos os membros da sociedade, sujeição de todos a um mesmo corpo de legislação e igualdade entre todos os cidadãos.²²

Para Immanuel Kant, afora uma classificação dos regimes políticos fundada na forma da soberania, que pode redundar nas categorias clássicas da autocracia, da aristocracia e da democracia, é possível proceder à análise a partir da maneira como o poder é exercido, com a substancial divisão entre o poder governamental e o Parlamento, a indicar uma República, ou com a ausência dessa separação de poderes, o que acarreta o despotismo.

Para a filosofia kantiana o governo republicano seria o único em condições de alcançar o projeto de paz perpétua, sendo a constituição republicana a única perfeitamente adequada ao direito dos homens, embora advirta e reconheça que “é também a mais difícil de estabelecer, e mais ainda de conservar, e a tal ponto que muitos afirmam que deve ser um Estado de anjos porque os homens, com as suas tendências egoístas, não estão capacitados para uma constituição de tão sublime forma”.²³

Em síntese, o pensamento kantiano suprime e castra em larga medida aquela dimensão eminentemente cívica e política da noção de República vinculada às precedentes concepções de bem comum, utilidade pública, virtude cívica ou vontade geral, inaugurando o debate do republicanismo a partir dos princípios básicos da liberdade jurídica e autodeterminação (autonomia), da sujeição ao conjunto de leis e da igualdade jurídica dos membros da comunidade política enquanto cidadãos.

Essas reformulações do conceito republicano, afastado daqueles componentes políticos da prossecução do bem comum e da promoção da virtude cívica, acabam por aproximá-lo de uma perspectiva muito mais formal do que substancial. A Modernidade assume as ideias republicanas mais a partir da sua associação aos modelos de governo representativo e concepções modernas de democracia, da sua relação com o princípio da separação de poderes e da sua oposição aos governos monárquicos hereditários, do que com base em

²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social ou princípios de direito público*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 71-95.

²² KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projecto filosófico*. Trad. Artur Morão. Covilhã: LusoSofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura, 2008. p. 3-53. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

²³ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*: Op. cit.

uma dimensão substantiva de defesa do bem comum (Republicanismo ateniense) e de participação coletiva nas decisões da coisa pública (República romana). O debate acerca de uma dimensão substantiva do republicanismo (neorrepublicanismo), com o resgate das discussões sobre a natureza do espaço público e a recuperação de valores coletivos (virtudes cívicas), somente será retomado a partir das últimas décadas do século XX, já no limiar do terceiro milênio.²⁴

4 O PRINCÍPIO REPUBLICANO COMO PRINCÍPIO AXIOLÓGICO FUNDAMENTAL

A recuperação histórica e filosófica da noção de República deixa transparecer o debate contemporâneo entre as concepções liberais, fundadas basicamente em uma ideia forte de individualismo, de liberdade e autonomia da esfera privada, e as concepções relacionadas ao republicanismo (ou neorrepublicanismo), que sustentam a necessidade de retomada da proeminência da esfera pública e da defesa do bem comum, a partir de uma noção contemporânea de interesse público e de virtudes cívicas.

Por certo, a construção do conteúdo do princípio republicano não pode ser reduzida a uma (quase acanhada) dimensão formal-procedimental, relacionada à forma pela qual são escolhidos os governantes da nação (temporalidade dos mandatos eletivos). No sistema constitucional brasileiro o princípio republicano é alçado à condição de princípio axiológico estruturante do Estado constitucional de direito, um princípio jurídico-político substantivo, que funciona como parte do núcleo essencial da Constituição e informa toda a normatividade constitucional, servindo de base e esteio à defesa e promoção de todos os direitos e interesses da coletividade dos cidadãos, assim considerados.

Trata-se de um princípio constitucional aberto e dinâmico, concretizado a partir de uma série de outros princípios (gerais e especiais) e regras constitucionais, bem como as demais normas de concretização legislativa e decisões administrativas e judiciais, a partir de um constante e complexo diálogo e da relação dialética com os demais princípios estruturantes da ordem constitucional, como os princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e da sustentabilidade.

Sobre a construção de um modelo republicano fundado na dignidade humana, Luís Pedro Pereira Coutinho oferece uma noção de República assente em uma dimensão de ordem, que “corresponde à estruturação normativa de uma existência colectiva, enquanto tal definidora do estatuto dos membros de uma comunidade historicamente alcançada e

²⁴ Para uma análise dos debates em torno do chamado neorrepublicanismo, a partir dos aportes teóricos e filosóficos de autores como J. G. A. Pocock, Quentin Skinner e Philip Pettit, ver: ELIAS, Maria Ligia Granado Rodrigues. *Democracia e participação política no novo republicanismo: um estudo sobre o pensamento de Philip Pettit*. 2008. 112 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

instituidora de um poder político que os subordina”. E, a partir dessa dimensão de ordem normativa, não enquanto mero e instável resultado de uma decisão política da comunidade, mas enquanto parametrização moral e ética fundamental da humanidade, o constitucionalista lusitano defende o princípio da dignidade humana como o princípio legitimador da República, uma “República baseada na dignidade humana”.²⁵

Em sentido semelhante, depois de defender que o princípio republicano representa a “viga mestra do sentimento constitucional”, Lewandowski o define como “um estado de espírito coletivo que, transcendendo todos os antagonismos e tensões existentes, político-partidárias, econômico-sociais, religiosas ou de outro tipo, integra os detentores e destinatários do poder num marco de uma ordem comunitária obrigatória”. E, nesta linha, aproxima claramente o princípio republicano a uma perspectiva substantiva e axiológica de projeto democrático (parametrização moral e política), ao justificá-lo como fruto de um sentimento de repulsa ao regime militar de exceção e de “repúdio ao passado histórico de autoritarismo político e de exclusão social, consubstanciando um projeto de desenvolvimento nacional que busca a superação das desigualdades, a efetivação dos direitos fundamentais e a consolidação da democracia”.²⁶

Certamente, não se está a defender que o princípio republicano seja obra inovadora do legislador constituinte de 1988. É sabido e consabido que, desde a Constituição de 1891, o Estado brasileiro assumiu a forma republicana, sem jamais tê-la abandonado. Mas também não se pode negar que, até o advento da ordem constitucional de 1988, sua genética formal-procedimental falava muito mais alto, abafando qualquer traço substantivo porventura normatizado.

Com efeito, parece difícil negar que, embora normativamente republicano, o Estado brasileiro jamais conseguiu se apartar daquela sua genética patrimonialista e da ilegítima e epidêmica colonização do espaço público por interesses egoísticos de grupos que se revezam no poder, verdadeiras traças a corroer o tecido sociopolítico nacional e a plantar no senso comum um sentimento de desesperança e desencanto com a esfera pública.

Por certo, as bases substantivas políticas e sociais para o choque normativo e ideológico de republicanização e democratização nacional só foram estabelecidas com a Constituição Cidadã. Mas da vontade normativa para a realidade das ruas e das repartições públicas há um descompasso de tempo considerável, a demonstrar que essa dimensão substantiva de República aqui alinhada não pode ser entendida como um conceito político ou jurídico acabado, mas como uma constante ética e ideológica em contínua construção, mais uma utopia humanista a ser recuperada e vitaminada no seio da comunidade política.

²⁵ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Do que a República é: uma República baseada na dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martin de Albuquerque*. v. II. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 187-211.

²⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. Op. cit., p. 197.

Sobre essa dimensão axiológica ou ideológica do princípio republicano, Cademartori e Cruz partem da noção de interesse da maioria vinculada às ideias de bem comum e de resgate da coisa pública (esfera pública), o que os leva a sustentar o princípio republicano como o “princípio dos princípios”, que funciona “como a matriz político-ideológica do ordenamento e vincula todas as outras normas jurídicas”, pelo que o seu real significado “permite que se estabeleçam hipóteses e que se possa propor desdobramentos para todo o Direito Público, com uma melhor e mais segura compreensão do conteúdo, sentido e alcance de todos os seus institutos. A República é uma espécie de síntese de todas as instituições”.²⁷

Essas considerações, embora sofisticadas e bem fundadas, não podem ser assumidas sem uma necessária reflexão crítica. Importa, de início, reconhecer que os referidos autores são expressos em afirmar que essa noção do princípio republicano como o “princípio dos princípios” não dialoga com qualquer feição autoritária ou monolítica, pelo que o interesse da maioria sempre estará adstrito “aos limites republicanos, ou seja, circunscritos aos ditames do Estado Democrático de Direito, aos Direitos Humanos, à Dignidade da Pessoa Humana, à Temporalidade dos Mandatos Eletivos, à Democracia Direta e Representativa e aos demais princípios que emanam do Princípio Republicano”.²⁸

Nada obstante, não parece sustentável a defesa de que todo o sistema normativo constitucional estaria submetido à perspectiva estruturante do princípio republicano, assim entendido como o “princípio dos princípios”. Não parece adequada ou mesmo compatível com o Estado constitucional de direito, nos termos aqui estabelecidos, a ideia de que sob o princípio republicano estariam assentados todos os demais princípios fundamentais gerais e especiais, em uma síntese completa da normatividade constitucional, inclusive no sentido de que o Estado democrático de direito e o princípio federativo seriam estruturas instrumentais à consecução do princípio republicano e aos interesses da maioria. Não se pode concordar com uma dimensão assim totalizante e absoluta do princípio republicano, como “valor maior que conforma todo o ordenamento jurídico no qual o interesse de muitos ou de todos suplante sempre o interesse de poucos ou de um: o Princípio Republicano é um inestimável instrumento para a consecução da Justiça, em seu tríptico aspecto (comutativa, distributiva e social)”.²⁹

No Brasil, um princípio ideal assim concebido exige ignorar o fato de que os quase cento e trinta anos de República ainda não foram suficientes para “republicanizar” o Estado. Nem se fala em “republicizar”, porque isso remete a uma falsa ideia de que em algum momento o Estado brasileiro já foi, genuinamente, público – o que não encontra respaldo histórico. Somente agora, desde os trinta anos da Constituição cidadã, é que se pode falar em uma “Primeira República brasileira”, uma efetiva proposta de Estado republicano do ponto de vista

²⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. Sobre o princípio republicano: Op. cit.

²⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. Sobre o princípio republicano: Op. cit.

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. Op. cit., p. 49-50.

substantivo, ainda que fortemente limitada ao mundo das normas. Mas este é um processo social e político que requer uma dimensão histórica, a paulatina criação de uma cultura de esfera pública na Sociedade. Não há como falar em um conceito normativo de esfera pública, de coisa pública, de *res publica*, se não estão dadas as suas bases sociais e políticas.

No mesmo quadrante, do ponto de vista normativo, isso exigiria reconhecer que a ordem constitucional compactua com um realinhamento normativo mais ao Estado e com o esvaziamento daquele propalado personalismo constitucional, focado no cidadão e não no poder estatal. A ideia de um princípio assim forte e com claras vocações de um centralismo absolutista da racionalidade normativa constitucional depõe contra a própria perspectiva aberta, dinâmica e pluralista do Estado constitucional de direito, que perde em funcionalidade sistêmica e em efetividade normativa, sobretudo se pensado pela via dos direitos e garantias fundamentais.

Apenas para um exercício retórico, pode-se dizer que a defesa de uma dimensão assim totalizante do princípio republicano somente seria legítima, se pensada a partir de um modelo ideal de Estado republicano, radicalmente fundado sobre as bases de uma sociedade efetivamente livre e materialmente igualitária, instrumentalizada por uma noção de democracia participativa e pelo primado da dignidade humana. Mas estes modelos de Estado e de Sociedade assim descritos não existem. E o Brasil, por certo, não serve de parâmetro para qualquer tentativa de aproximação a um modelo idealista assim estruturado.

Em síntese, o princípio republicano é aqui assumido na sua dimensão axiológica de princípio constitucional estruturante, que deve ser densificado a partir do diálogo contínuo e de complexa conformação dialética com os princípios da dignidade humana, do Estado democrático de direito e da sustentabilidade, com vistas à defesa e promoção dos direitos, interesses e valores plasmados no seio da Constituição cidadã e na respectiva ordem jurídica correspondente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se dizer, tomando por base as reflexões de Carlos Ari Sunfeld, que no diálogo bipolarizado do Direito Administrativo da atualidade desponta o claro avanço de um modelo de “Direito Administrativo dos negócios” (mais informal, não infenso à consensualidade e mais interessado na gestão e eficiência do agir administrativo), em contraste com a posição decrescente de um conjunto de perspectivas que fundam aquele chamado “Direito Administrativo dos cliques” (burocrático, autoritário, formalista e pouco preocupado com a gestão de custos e resultados da atividade administrativa).³⁰

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativos para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 85-92.

A superação do paradigma tradicional da imperatividade faz eclodir, em variados quadrantes, vivas e fecundas comprovações da efervescência com que desponta o paradigma emergente da Administração Pública democrática, o que permite falar, efetivamente, em um novo regime jurídico-administrativo, uma disciplina aberta, dinâmica, dialética e dialógica, fundada lógica, axiológica, metodológica e ideologicamente no quarteto estruturante dos princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito, da sustentabilidade e do princípio republicano.

Esse Direito Administrativo constitucionalizado entende o Estado e todo o aparato estatal como estruturas meramente instrumentais, insuscetíveis a qualquer corporificação ou personificação substantiva do interesse público, tanto em um sentido amplo (político-axiológico) como em uma dimensão estrita (jurídico-normativa). O poder público é instrumento cativo de defesa e promoção dos direitos fundamentais individuais e sociais. Esta é a sua precípua finalidade e fonte última de legitimação. Um modelo de Administração Pública democratizada, fundada na consensualidade e no controle social, submetido a um dinâmico e dialógico modelo vinculado à primazia dos direitos fundamentais e à supremacia da ordem constitucional, e que tem suas bases sobremaneira temperadas e vivificadas pelo princípio republicano.

REFERÊNCIAS

ALVES, Pedro Delgado. O princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XLVIII, n. 1 e 2, p. 165-270, 2007.

AMORIM, Carlos Alberto Novelino de. *Princípio republicano, cargos em comissão e clientelismo político nos Municípios do Estado do Rio de Janeiro*: reflexões sobre a profissionalização da função pública no Brasil. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Curso de Mestrado em Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesse da maioria. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 2008, Brasília. *Anais [...]*. Brasília: Conpedi, 2008. p. 845-860. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. Trad. Amador Cisneiros. Bauru: Edipro, 1995.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Do que a República é: uma República baseada na dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martin de Albuquerque*. v. II. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 187-211.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do direito administrativo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, n. 6, p. 745-772, 2016. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0745_0772.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da Administração Pública democrática. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n. 3, p. 575-604, 2017. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/3/2017_03_0575_0604.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 13, n. 1, p. 43-54, jan./jun. 2008.

DIAS, André de Vasconcelos. *Teorias republicanas da democracia*. 2008. 76 f. Monografia da Disciplina de Direito Constitucional (Mestrado em Direito) – Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ELIAS, Maria Ligia Granado Rodrigues. *Democracia e participação política no novo republicanismo: um estudo sobre o pensamento de Philip Pettit*. 2008. 112 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projecto filosófico*. Tradução de Artur Morão. Covilhã: LusoSofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura, 2008. p. 03-53. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PILATI, José Isaac. Os interesses coletivos perante a legislação autoral individualista: perspectivas da sua tutela. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 27, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

PINTO, Ricardo Leite. Liberdade republicana e Estado constitucional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXVI, p. 429-474, 2010.

PLATÃO. *A República*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social ou princípios de direito público*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, Michel Mascarenhas. A democracia moderna e o princípio republicano: uma imbricação necessária para a proteção do interesse público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2950, jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19671>. Acesso em: 4 jan. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativos para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

Direito administrativo e desenvolvimento: visão prospectiva

Juarez Freitas

Doutor em Direito (UFSC)
Professor titular de Direito (UFRGS/PUCRS)



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Direito administrativo e desenvolvimento: visão prospectiva; 3 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A presente abordagem sobre o futuro do Direito Administrativo tem em conta a meta primordial do desenvolvimento duradouro, vinculada ao trinômio metodológico, norteador do enfoque, a saber: (i) uma visão prospectiva que fixa contornos e rumos adaptativos para o sistema administrativo; (ii) uma formulação do plano continuado e integrado de revisão crítica de categorias-chave da dogmática e (iii) o engajamento fecundo nas transformações liquidamente positivas. Quanto à visão prospectiva, trata-se, por ora, de antever cenários e possibilidades do serviço público no século XXI, compreendido como aquele que, por definição normativa, ostenta natureza essencial e demanda universalização includente.

No ponto, a prospecção de tendências limita-se a antecipar as potencialidades benéficas em termos sociais, ambientais e econômicos, no afã de promover, por intermédio da recalibração de princípios e regras do Direito Administrativo, o direito fundamental à boa administração pública e ao desenvolvimento duradouro. No tocante ao plano continuado e integrado de revisão crítica do Direito Administrativo, a proposta consiste em realizar gradativa e prudente filtragem das categorias existentes, de maneira compatível com a inflexão para a gestão pública digital, sustentável e baseada em evidências.

Finalmente, no que diz com o engajamento nas transformações administrativas (substanciais e processuais), cogita-se de propor o aprimoramento da performance humana, por meio de controles e autocontroles integrados e infungíveis, nessa era cada vez mais regulada pela inteligência artificial, entendida aqui como sistema cognitivo de máquina, com adaptabilidade e relativa autonomia, emulatório das decisões humanas. Nessa ordem de considerações, a totalidade dos atores jurídico-institucionais é, por assim dizer, convocada a tomar assento no grande projeto científico que busca reinventar a sindicabilidade das decisões administrativas, desde a fase interna, com a inclusão de congruente e consistente

sopesamento “ex ante” de impactos, que contemple custos e benefícios, diretos e indiretos, acima de decisionismos tóxicos e arbitrariedades mercuriais.

A partir do prisma adotado (visão prospectiva, plano continuado e integrado de revisão categorial e engajamento lúcido), são revistos tópicos cruciais, relocalizando-os qualitativamente, a partir do joeiramento de conceitos que não se revelarem operativos, prestimosos e úteis. Ao mesmo tempo, assimila-se a disruptiva realidade tecnológica, que força, por exemplo, o reconhecimento da inequívoca produção de atos administrativos pela inteligência artificial (em contraste com a automação, que produz tão-só fatos administrativos).

Com base nessas premissas, apresentar-se-á a visão prospectiva do Direito Administrativo alinhado com o desenvolvimento gerador de bem-estar intergeracional.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO E DESENVOLVIMENTO: VISÃO PROSPECTIVA

Na ocasião do XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, a fala se concentrou na visão prospectiva do Direito Administrativo, tendo em mente a obtenção do desenvolvimento sustentável, com a propositura de indispensáveis mudanças dogmáticas, legislativas e hermenêuticas. Aqui, em caráter sumário, explicitam-se as premissas subjacentes à explanação efetuada, com breve alusão a fontes complementares destinadas ao aprofundamento, assim como são fixadas as linhas mestras que inspiraram/balizaram a palestra proferida na mesa de encerramento do Congresso, que ocorreu em Campo Grande, em outubro de 2019. Eis, com nota prescritiva, as antecipações/possibilidades mais promissoras do Direito Administrativo para o século em curso, no alvo do desenvolvimento que importa:

(I)

O Direito Administrativo terá que se tornar um sistema de escolhas públicas baseadas em evidências. Bem por isso, dados de qualidade – compartilhados pelas Carreiras de Estado, independentemente de prévia autorização judicial – convertem-se no insumo mais significativo para a gestão pública eficiente e eficaz. Em outras palavras, a decisão administrativa não pode ser tomada quase às cegas, sob o influxo de impressões fragmentárias, soltas e caprichosas, não raro temporalmente míopes e enviesadas. O controle, nessa ótica, terá que se tornar eminentemente baseado em evidências e predisposto a sindicar “ex ante” a provável efetividade das escolhas públicas.

Para ilustrar, a priorização do fomento para as energias renováveis haverá de resultar solarmente clara. Já a transição para os veículos elétricos, em substituição gradual dos veículos à combustão, será outra prioridade incontornável se a decisão pública for genuinamente baseada em evidências e não se deixar eclipsar, distrair ou capturar pelas pressões conjunturais de grupos especiais e sectários de interesse.

(II)

O Direito Administrativo terá que viabilizar o sistema de prestação precípua de serviços públicos digitais. Quer dizer, a ideia de “governo como plataforma” (ultrapassando a governança analógica e eletrônica) terá que ser absorvida na plenitude dos efeitos. Todo serviço público que reunir condições para ser prestado digitalmente deverá sê-lo, numa plataforma única, no intuito de promover a mais radical desburocratização acompanhada de inédita avaliação continuada das políticas públicas, por meio de aplicativos.

Desse modo, será fortalecida a democracia de aprendizagem permanente, sem prejuízo de audiências públicas online e outros instrumentos disponíveis. Não resta dúvida que a economia do século XXI será preponderantemente de serviços digitalizados, razão pela qual a transformação digital do Direito Administrativo é cogente e impostergável.

(III)

O Direito Administrativo terá que regular, comedidamente, a inteligência artificial, eis que esta já regula – mediante recomendação de conteúdos, por exemplo – as preferências comportamentais da sociedade. Para isso, quadra perceber que a inteligência artificial não se confunde com a automação. Inteligência artificial é o sistema cognitivo de máquina, com adaptabilidade e relativa autonomia, emulatório das decisões humanas. Dito de outro jeito, em face da relativa autonomia (especialmente de “*machine learning*”), faz-se imprescindível dilatar o conceito de atos administrativos e exigir transparência das decisões algorítmicas, sob pena de sério risco ao núcleo dos direitos fundamentais de várias dimensões.

Com efeito, a automação produz fatos administrativos, sem presunção de legitimidade. No entanto, em determinadas circunstâncias, a inteligência artificial suscita manifestações unilaterais, em nome da Administração Pública, com o fito de produzir efeitos no mundo jurídico. Ora, o nome do fenômeno é ato administrativo. Deve, pois, ser motivado e explicável, não se permitindo a opacidade de preditores e passos lógicos. A decisão administrativa algorítmica pode esconder vieses e, mais, aprender a ter vieses, que não constavam da programação original.

É, de fato, a primeira vez, na história humana, que se inventa um sistema de máquina apto a aprendizagem autônoma (embora baseado em correlações). Portanto, a decisão administrativa algorítmica não comporta caixa-preta em sentido forte, visto que a rastreabilidade e a explicabilidade se impõem na seara pública, ainda que com eventual redução de acurácia. Tampouco é suficiente invocar o art. 20 da Lei de Proteção de Dados, pois importa admitir a cogente processualização da decisão administrativa algorítmica, requerida para a

prática dos demais atos administrativos,¹ sem prejuízo da responsabilização de pessoas físicas e jurídicas.

Em paralelo, os modelos preditivos tendem a ser ferramentas extremamente úteis como assistência decisória, com a ressalva de que sejam corretamente manejados no combate às falhas de mercado e de governo.

(IV)

O Direito Administrativo terá que superar o modelo de contraposição polarizada, rígida e hostil entre a Administração Pública e a sociedade civil, entendendo a solução consensual de conflitos como prioritária. A judicialização passa a ser alternativa última. Tudo que se revelar passível de ser pacificado no âmbito da Administração Pública, via conciliação, negociação, mediação e outras técnicas de resolução dos conflitos goza de primazia.

Mais: os agentes públicos, que participarem de autocomposições, só responderão por dolo ou fraude.² O Direito Administrativo, noutros termos, deve evoluir para ser, sempre que possível, não-adversarial, ultrapassando a (i)lógica do inimigo e aprendendo a construir soluções vantajosas para todos, em autênticos jogos “win-win”, em lugar de onerosos jogos de soma zero.³

(V)

O Direito Administrativo terá de ser reorientado pela consecução mensurada dos objetivos do desenvolvimento sustentável. Implica dizer que uma licitação pública que não observar critérios multidimensionais de sustentabilidade encontrar-se-á no campo da ilicitude, não suscetível de mera convalidação. Sem exagero, todas as categorias administrativistas terão que ser ressignificadas sob a coloração do princípio constitucional da sustentabilidade (CF, arts. 225, 170, VI e 3º),⁴ de molde a injetar a justiça intergeracional no cerne das relações de administração.

¹ Vide, para aprofundar: FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público*, ano 21, n. 114, 2019. Vide, para deixar nítida a produção de verdadeiros atos administrativos, a decisão italiana proferida pelo Consiglio di Stato, Sentença n.2270, publicada em 8 de abril de 2019.

² Vide Lei 13.140/2015, art. 40: Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

³ Vide, para aprofundar: FREITAS, Juarez. Direito administrativo não-adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 276, 2017.

⁴ Vide, para aprofundar: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. (Especialmente o Capítulo 9).

(VI)

O Direito Administrativo terá que exigir que a motivação explícita, clara e congruente⁵ seja acompanhada de avaliação preferencialmente “*ex ante*” e sistemática dos impactos das decisões administrativas de repercussões sistêmicas, não apenas de cunho regulatório.⁶ Não se postula tão-somente a motivação consequencial, por mais importante que seja, mas o exame integrado, estratégico e ecossistêmico de custos e benefícios, diretos e indiretos⁷ (sociais, ambientais e econômicos) dos atos, procedimentos e contratos administrativos, sem o cometimento de estridentes falhas de análise custo-benefício, desvios que têm provocado danos cumulativos e irreparáveis. Para ilustrar, o custo social do carbono precisa ser considerado em qualquer análise prévia ou de resultados das decisões administrativas. Tal motivação, certamente, integra o projeto do Direito Administrativo baseado em evidências.

(VII)

O Direito Administrativo terá que ser magnetizado pela cooperação, que representa a postura compatível com a eficiência, a eficácia e a produtividade sistêmica. Nesse sentido, os agentes estatais são chamados a desenvolver “*soft skills*”, tais como empatia, simpatia e inteligência coletiva para um exitoso trabalho em rede. Ao mesmo tempo, a avaliação de desempenho não pode, sob hipótese alguma, ser contaminada pela cultura de ameaça e terror, porque deve – com o suporte nas ciências comportamentais – primar pelo incentivo como tônica.

(VIII)

O Direito Administrativo terá que edificar o sistema de confiança regulatória intertemporal, apto a se manter hígido após a passagem dos governantes da hora. Essa confiança engendrará a deferência legítima e atrairá gravitacionalmente os vitais investimentos produtivos de longo prazo, notadamente em infraestrutura. O Estado-Administração tem que estar

⁵ Lei 9.784/99, art. 50.

⁶ Vide, sobre avaliações de impactos regulatórios, Lei 13.848/2019, art. 6º: A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. Vide, ainda, Lei 13.874/2019, art. 5º: As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

⁷ Vide, nessa linha, art. 4º, da Lei 12.462/2011: Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...] III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

preordenado a servir confiavelmente à obtenção do bem-estar e da equidade intergeracional, não funcionando como máquina solipsista e encarcerada em si mesma.

A interdependência público-privada é, nesse quadro, condição “*sine qua non*” para a tutela efetiva do direito fundamental à boa administração pública e ao desenvolvimento duradouro. A presunção de boa-fé dos particulares e a presunção de boa-fé do agente público completam-se sinergicamente, forçando a revisão global das presunções do Direito Administrativo.

(IX)

O Direito Administrativo terá que ser proativo e associado a prestações de qualidade, em tempo útil. Não se pode, a propósito, acolher, sem modulação, a alternativa temerária de hipertrofiar o silêncio administrativo com efeitos positivos. Em vez disso, convém homenagear o princípio da legalidade: somente atendidos todos os requisitos legais pelo particular (“apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo”), é que correrá o prazo para a eventual incidência do silêncio administrativo positivo.⁸ Mais do que nunca, impõe-se uma exegese ponderada que harmonize direitos e deveres fundamentais, até para evitar as tragédias decorrentes da ausência de cuidados basilares de precaução e prevenção, no desempenho de atividades econômicas e regulatórias.

(X)

O Direito Administrativo terá que servir ao desiderato da proporcionalidade como vedação simultânea de excessos e omissões. A par disso, o administrativista terá que inserir, mais intensamente, nas suas reflexões e práticas, uma rede de princípios hoje seriamente deficitários, tais como legitimidade,⁹ economicidade e eficácia,¹⁰ impedindo que o teste de proporcionalidade sirva para naturalizar a decisão insustentável. Assim, uma tábua principiológica mais robusta¹¹ será valiosa para neutralizar os interesses sectários e a discricionariedade que abriga irracionalismos lesivos, por definição.

⁸ Esta é a melhor inteligência sistemática da Lei 13.874/2019, art. 3º, IX: São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei;

⁹ CF, art. 70.

¹⁰ CF, art. 74.

¹¹ Vide, para aprofundar: FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. E, ainda: FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed.,= São Paulo: Malheiros, 2013. (Especialmente o Capítulo 1 sobre princípios constitucionais regentes das relações de administração).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o suporte dessa mirada prospectiva, no concernente aos possíveis rumos benéficos do Direito Administrativo, a exposição recomenda tópicos para pesquisas em rede. Espera-se que a abordagem caia em solo fértil, pois se afigura rigorosamente incontornável o poder-dever de oferecer o legado de novas e melhores categorias de Direito Administrativo para atender às justas demandas das presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não-adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 276, 2017.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público*, ano 21, n. 114, 2019.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

A atualidade do debate sobre políticas urbanas para a promoção do direito à cidade

Lígia Maria Silva Melo de Casimiro

Doutora em Direito Econômico e Social (PUC-PR)

Mestre em Direito do Estado (PUC-SP)

Professora do Departamento de Direito Público (UFC)



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Concebendo o direito à cidade: políticas públicas e serviços urbanos; 3 A atualidade do direito à cidade como fundamento das ações administrativas; 4 Considerações finais: em defesa da atualidade do tema na agenda pública nacional; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A urbanização resulta de uma atividade pública que tem por base um conjunto de competências variadas em um sistema próprio de decisões, as quais tem o poder de resolver e gerar diversas situações passíveis de melhorar e(ou) piorar a vida na cidade, concomitantemente. Sob a perspectiva delineada no pacto constitucional, a urbanização pode promover o direito à cidade, devendo ser promovida por meio de um conjunto de ações públicas para organizar, estruturar e regular os espaços habitáveis, tendo no planejamento urbano social e participativo a sua principal premissa.

A capacidade de transformar o espaço urbano e seus limites correspondentes depende de intervenção e autorização pública, embasada por legislação geral e específica, o que nem sempre é de fácil precisão, levando ao entendimento de que não existe um único método racional de otimização das ações públicas para garantir a promoção do direito à cidade, promover desenvolvimento urbano, já que toda decisão em matéria de urbanização traz vantagens e inconvenientes a serem repartidos entre os diversos segmentos sociais, individual e coletivamente.

Sob tal perspectiva, esse trabalho defende que o núcleo central da agenda para o desenvolvimento envolva diretamente a promoção do direito à cidade por meio de políticas públicas e ações desempenhadas pela Administração Pública, representando um novo e atual paradigma constituído por princípios, ações, metas, indicadores e formas de monitoramento destinados a (re) desenhar cidades habitáveis de forma equânime, justa, democrática e sustentável.

2 CONCEBENDO O DIREITO À CIDADE: POLÍTICAS PÚBLICAS E SERVIÇOS URBANOS

O Estado social brasileiro tem como um dos pontos de partida para o desenvolvimento, delineado no texto constitucional, a proposta de um urbanismo social e democrático a ser considerado pelos agentes políticos, sociais e econômicos como referência na condução de políticas públicas. Para um balizamento e controle adequado às características locais e regionais com a observação de um regime jurídico próprio, deve estar compreendido que inclusão e integração social e econômica, deveres constitucionais públicos, se opõem à exclusão social, o que obriga ao planejamento estratégico¹ municipal urbano propor e estruturar a promoção de condições de habitabilidade adequadas, infraestrutura e serviços públicos compatíveis com a população e demandas existentes.

As políticas públicas são programas de ações públicas e fomento para posturas privadas, consistindo em decisões formuladas no âmbito da atividade de governo, podendo ter maior ou menor amplitude e impacto social e econômico a depender da configuração institucional da Administração Municipal.² No caso brasileiro, tem-se um rol extenso de deveres públicos para promover o desenvolvimento urbano com a definição jurídica de Município arquitetada dentro de princípios de Democracia Social e Republicana, substanciada pela gama de programas e deveres de proteção e promoção dos direitos fundamentais, os quais devem ser exercidos especialmente em território urbano, dada a relação da cidade com o desenvolvimento.

O alcance de condições satisfatórias e adequadas ao ser humano, permitindo-lhe ascender ao bem-estar e à vida digna está vinculado à vida urbana sustentável, já que os dados sobre a urbanização mundial prospectam que o mundo do futuro é um mundo urbanizado.³ Viver em núcleos urbanos já foi incorporado como um direito e parece ser inevitável afastar-se de um debate coletivo sobre que tipo de cidade atende às necessidades humanas, em especial dos mais vulneráveis. Para tanto, pensar cidades a partir de condições de habitabilidade adequadas e equânimes, infraestrutura e mobilidade, controle dos recursos ambientais em estruturas sustentáveis para prestação de serviços públicos deve ser objetivo dos administradores públicos do século XXI, pois é condição de realização da cidadania.

¹ NASCIMENTO NETO, José Osório do. Política pública como estratégia de controle socioambiental no Estado Democrático de Direito. In: MOTTA, Fabrício; GABRADO, Emerson (Coords.). *Limites do controle da Administração Pública no Estado de Direito*. Curitiba: Ithala, 2019. p. 182.

² VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 36.

³ UN-HABITAT. *Urbanization and development: emerging futures*. World cities report 2016. Nairobi: UN-Habitat, 2016. Disponível em: <http://cdn.plataformaurbana.cl/wp-content/uploads/2016/06/wcr-full-report-2016.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020. p. 7-8.

No entanto, grande parte da população brasileira ainda vive, de forma geral, como se estivesse no século XIX. Em cidades com baixo índice de infraestrutura urbana relacionada à promoção da saúde, inacessibilidade de moradias adequadas à condição humana digna, com acesso à circulação cerceado indiretamente pelo alto custo do transporte público, com grandes distâncias a serem percorridas, alimentação industrializada de má qualidade, parco abastecimento de água potável, serviços públicos de educação, saúde, iluminação, limpeza urbana insuficientes, e muitas vezes inexistentes, retroalimentando a precarização da vida nos centros urbanos.

Todas as atividades, serviços públicos e bens que podem garantir à população melhoria na sua condição de vida estão relacionadas tanto à capacidade do poder público de ofertá-los quanto à possibilidade da população de acessá-los. De tal forma que a agenda pública para o desenvolvimento urbano envolve a atividade administrativa de planejar, estabelecer planos, elaborar políticas públicas e executar ações vinculadas aos objetivos constitucionais estabelecidos, que não se afastam da proteção e promoção do acesso à vida digna para o cidadão e a cidadã comuns.⁴

A (re) construção de cidades funcionais e coerentes no Brasil passa por enfrentar a relação conflitiva entre quem produz e garante transformações nos espaços urbanos e quem pode ou não se apropriar deles, definidos pelo poder econômico que domina, inclusive, a estrutura administrativa estatal. A vida contemporânea se realiza no território urbano, em um ambiente de comportamentos, condições e necessidades múltiplas, solicitando uma capacidade dialógica de tenso enfrentamento com o capital, exercida constantemente.⁵

É importante promover o debate sobre a definição da funcionalidade sócio urbana coerente afinada com a defesa do direito à cidade sustentável.⁶ Distingue-se da noção simples de ordenação territorial e da urbanização, quando tratadas de forma isolada, para reconhecer que a cidade é um ambiente coletivo que pertence a todos e todas, habitantes e transeuntes que têm o direito de encontrar nesse espaço as condições para realizarem-se política, econômica, social e individualmente.⁷

⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FLORES, Pedro Henrique Brunken. Que modelo de Estado brasileiro? Para além do liberalismo e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: SANTANO, Ana Cláudia; LORENZETTO, Bruno Meneses; GABARDO, Emerson. *Direitos fundamentais na Nova Ordem Mundial*. Curitiba: Íthala, 2018. p. 26-30.

⁵ MOREIRA, Eduardo. *Desigualdade & caminhos para uma sociedade mais justa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 77-79.

⁶ Aqui, uma definição de cidade sustentável que se encontra com a funcionalidade: “[...] cidade sustentável é o assentamento humano constituído por uma sociedade com consciência de seu papel de agente transformador dos espaços e cuja relação não se dá pela razão natureza-objeto e sim por uma ação sinérgica entre prudência ecológica, eficiência energética e equidade socioespacial.” ROMERO, Marta A. B. *Urbanismo sustentável no Brasil e a construção de cidades para o novo milênio*. S.d. Disponível em: https://www.usp.br/nutau/sem_nutau_2010/perspectivas/romero_marta.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁷ REBOLLO, Luis Martín. El planeamiento municipal: perspectiva general. In: REBOLLO, Luis Martín; BOLADO, Roberto O. Bustillo (Dir.). *Fundamentos de derecho urbanístico* – Tomo I. Pamplona: Thomson Reuters, 2009. p. 267-268.

3 A ATUALIDADE DO DIREITO À CIDADE COMO FUNDAMENTO DAS AÇÕES ADMINISTRATIVAS

As formas de ocupar e usar o espaço urbano compreendem o exercício dos direitos fundamentais, que por sua vez devem ser protegidos e promovidos pelo poder público, que o faz por meio da prestação de serviços e execução de obras. Embora a reflexão sobre a construção da cidade, em constante mutação, não tenha marcado suficientemente os estudos jurídicos sobre o tema, a prescrição normativa do direito à cidade é atual e tem mobilizado debates entorno do seu significado jurídico. O ponto de partida para a construção do conceito é uma reivindicação coletiva do espaço urbano, que realize direitos e promova desenvolvimento segundo as aspirações e necessidades de seus habitantes.

No cenário internacional, o direito à cidade ganha dimensão a partir das ideias de Henry Lefebvre, sociólogo que cria o termo defendendo uma dimensão simbólica e filosófica da mesma, tendo em conta o impacto negativo sofrido por cidades em países de economia capitalista, com a conversão do território urbano em mercadoria a serviço exclusivo dos interesses da acumulação de capital.

Para Lefebvre, como para Milton Santos, o espaço e a cidade são núcleos centrais catalisadores das contradições sociais. Partindo da crítica ao modo de produção capitalista, identifica a dinâmica transformadora do espaço urbano, construindo cidades geradoras de conflitos, pois reprodução das relações socioeconômicas vigentes, capazes de expurgar uma parcela dos habitantes do acesso à cidade. A cidade, nessa visão, portanto, conjuga duas vertentes importantes: uma como obra coletiva, dotada de valor de uso, e como produto, fornida do valor de troca.⁸

Discorrendo sobre ser a cidade uma projeção da sociedade sobre o solo, o sociólogo define o direito à cidade como uma forma superior de direito, o direito à liberdade,⁹ à individualização e à socialização, à diferença, à participação e apropriação da obra “cidade”, vivendo e criando os espaços, fundada na produção social do espaço urbano.¹⁰

Sob uma visão complementar à concepção do direito à cidade, o geógrafo David Harvey provoca o debate defendendo que seria mais do que a liberdade de acessar os re-

⁸ LEFBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001. p. 105.

⁹ BLANCHET, Luiz Alberto. O princípio constitucional da reciprocidade como pressuposto do desenvolvimento sustentável. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 3, p. 32-55, ago./dez. 2010. p. 33-35. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista4/blanchet>. Acesso em: 10 dez. 2019.

¹⁰ MAKRYGIANNI, Vasiliki; TSAVDAROGLOU, Charalampos. El derecho contra la ciudad. In: MATHIVET, Charlotte (Coord.). *Develando el derecho a la ciudad*: representaciones, usos e instrumentalización del derecho a la ciudad. Paris: Ritimo, 2016. p. 63.

cursos urbanos¹¹ que possibilitam a mudança de condição individual e coletiva, trata-se do direito de viver e moldar a condição de vida nas áreas urbanas, como protagonistas autônomos e interligados.

A cidade é uma associação de pessoas que se relacionam em função de seus interesses difusos, coletivos, subjetivos, em busca incessante pela igualdade material e pelo direito de viver bem.¹² Sendo assim, a apropriação do espaço urbano conduz à sua concepção, organização e utilização em um território de ocupação definitivamente heterogênea que, segundo o filósofo, caberia ser exercido como um direito.¹³

O tema “cidade” tem sido analisado pelas mais variadas ciências, para além da arquitetura e urbanismo, economia, entre outras.¹⁴ No âmbito do Direito contemporâneo brasileiro, ainda que sua regulação esteja presente expressamente no Estatuto da Cidade, desde 2001, a defesa do direito à cidade ainda é uma árdua tarefa na qual, dentre outras questões, reflete a dificuldade de mensurar qualitativa e quantitativamente o objeto de intervenção do poder público. Da ausência de diálogo entre as áreas das ciências sociais resulta um vazio de importância teórica e prática para compor seu conteúdo e, portanto, identificar que o direito à cidade é o direito de produzir e ter acesso à possibilidade de desenvolver-se no território urbano. Dentro do direito à cidade há, indubitavelmente, o debate sobre o valor e o uso das coisas, dos espaços, dos territórios, dos mobiliários, sua administração, sua regulação, sua função.

Ao situar um debate sobre a Administração Pública e políticas públicas para o direito à cidade exsurtem as assimetrias no acesso a direitos, bens, recursos e meios em geral, estabelecidas em um processo que exige a análise sobre a forma de ocupação do solo urbano, e por outro, a forma de organização espacial que, no Brasil, reflete e reforça a tendência histórica de concentração de terra e renda, segregação social e administrativa, alimentando a inacessibilidade à infraestrutura e aos serviços públicos que podem promover vida digna.

A cidade como direito tem vários significados e conteúdos – sociológicos, filosóficos, econômicos –, o que demonstra a complexidade do processo de urbanização, da produção e apropriação do espaço, da reprodução ampliada do capital, das desigualdades sociais, econômicas e sócio espaciais. Dimensionar tal direito envolve compreender as concepções materiais, políticas, simbólicas além das jurídicas, para garantir-lhe definição. E para tanto, não é possível olvidar que, pensar a questão urbana envolve refletir sobre a

¹¹ HARVEY, David. A liberdade da cidade. In: MARICATO, Ermínia. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomam as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 28.

¹² ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. SCHROTER, Michael (Org.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 72-75.

¹³ LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Op. cit., p. 43.

¹⁴ Para Lefebvre, tais ciências tem um enorme peso na compreensão da questão urbana, mas nenhuma tem mais do que a História. Ainda, com a fragmentação da análise para fins de compreensão do tema, a contribuição veio na forma da criação de uma ciência da cidade. LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Op. cit., p. 42-44.

complexidade de um território ocupado por pessoas dos mais variados interesses e necessidades, destinatárias dos mesmos direitos formais, carentes do atendimento que demandam.

Para ser caracterizado, o direito à cidade no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso analisar o conjunto normativo que define direitos e deveres no território urbano, a partir da delimitação espacial, lugar de concentração da população urbana, produção, circulação, lugar de consumo de bens e serviços e também de atuação e decisão política. O que Lefebvre defendeu provocativamente na perspectiva filosófica e sociológica sobre o que é o direito à cidade, no Brasil a Constituição de 1988 substancia com comandos objetivos que indicam o valor de bem comum e sua configuração com um direito difuso, traduzível em pretensões coletivas e individuais.¹⁵

Se a legislação brasileira prevê textualmente o direito à cidade sustentável como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer para as presentes e futuras gerações, tem-se para sua realização a definição de competências materiais próprias dos entes administrativos.¹⁶ As previsões se encontram no texto da lei 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, refletindo as diretrizes e comandos constitucionais presentes, em especial, nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, bem como nas leis sobre Serviços Públicos (Lei 8987/1995), Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993 e atualizações), Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), Regime Diferenciado de Contratações – RDC (12.462/2011), Serviços de Saneamento Básico (Lei 11.445/2007 e atualizações) dentre outras, posicionado o Estado brasileiro como agente promotor do desenvolvimento humano.¹⁷

¹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 378.

¹⁶ BRASIL. *Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10257.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

¹⁷ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.

O adequado desenvolvimento, reflexo da materialização do direito à cidade, resulta de um processo que se delinea, em especial, no Município – território que agrega zona urbana e zona rural. O Estatuto da Cidade, por sua vez, determina os institutos jurídicos próprios para a condução do ordenamento territorial e oferta de serviços, aponta para a necessidade de definições apropriadas à competência municipal e prevê sanções para uma correspondente violação das regras estabelecidas. Tal modelo deve ser construído e aprovado no âmbito de uma gestão democrática do território da cidade.

A coerência normativa indica a importância e o valor dado à questão urbana, definindo o uso e ocupação da terra urbana, a planificação do espaço para garantir desenvolvimento humano sustentável, a partir do principal instrumento de política urbana, o Plano Diretor a ser elaborado em parceria com a população e aprovado como lei municipal.

Desde os princípios e objetivos fundamentais constitucionais indicando diretrizes a serem encaminhadas no sentido da proteção à cidadania e promoção do desenvolvimento humano até as legislações sobre usos imobiliários, intervenções urbanísticas para obras e serviços públicos, existe todo um plexo de comandos provedores da funcionalidade da cidade. Para a Administração Pública, exercer suas competências em zonas urbanas é promover o acesso ao direito à cidade para todos e todas.

Os comandos de matiz urbanístico não podem ser ignorados pelo poder público, tendo em vista o dever intrínseco de proteger a dignidade humana e promover o bem comum. A cidade é contemporaneamente e como já demonstrado, o lócus onde as necessidades coletivas e individuais são providas, é o próprio bem comum onde a concretização dos direitos fundamentais ganha forma.

Na perspectiva de avançar na configuração do direito à cidade, deve-se ter por base a descrição constitucional sobre o comportamento estatal de promover direitos, sem perder de vista as características territoriais de um país de urbanização imponderadamente desigual, disparidades socioeconômicas, fragmentação e conflitos territoriais. Na atualidade, o caráter democrático de um regime estatal pode ser distinguido de acordo com o usufruto das liberdades urbanas, com o desenho da cidade e seu formato de ocupação.¹⁸ Uma cidade inóspita e desigual é ambiente para a inacessibilidade agressiva aos direitos fundamentais que não consegue mais se justificar, expondo formalmente não somente a ausência de eficiência e compromisso, como a desobediência aos deveres de boa gestão pública.

No Brasil, à identificação da municipalidade e do interesse local no tocante à responsabilidade sobre a questão urbana, somaram-se definições ampliativas da previsão constitucional sobre regiões metropolitanas, com a aprovação do Estatuto da Metrópole – Lei n. 13089/2015 –, acompanhando, na perspectiva de um país em desenvolvimento, as

¹⁸ LEFBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Op. cit., p. 99.

exigências de um cenário global de urbanização acelerada.¹⁹ Com esse cenário, que não é recente na dinâmica urbana brasileira, os processos de elaboração de políticas públicas para o desenvolvimento urbano não podem se furtar a prever a coordenação de meios adequados à realização de ações interventivas nas cidades, sob uma perspectiva regional, nacional e até global, definindo comportamentos públicos e privados que contribuam para o desenvolvimento humano nas cidades.²⁰

O reflexo das relações sociais no espaço urbano impõe um alto custo para a modificação da realidade citadina, no entanto, não se pode ignorar a presença do direito à cidade como um norteador das funções estatais e dos comportamentos pelo uso da propriedade privada, como se fora somente uma “apropriação normativa-institucional” carente de substrato formal principiológico, definidor de um dever funcional social.²¹

De acordo com a legislação brasileira atual, os serviços e obras públicas resultam de contratos firmados pelo poder público e devem seguir, além dos parâmetros de forma, o conteúdo do planejamento urbano que envolve a identificação das demandas da população, o número de pessoas a serem atendidas, áreas com densidade demográfica carecedoras de infraestrutura, investimento e proteção às áreas ambientais, oferta de mobilidade por meio de diversos modais, dentre outros. O volume de intervenções públicas tem ligação direta com o número de habitantes, as indicações de demanda, bem como com o orçamento indicado. Tais informações são coletadas e descritas a partir de um processo de planejamento municipal que se apresenta sob a forma do Plano Diretor, instrumento jurídico que tem como cerne o levantamento de informações de toda ordem, sobre o Município, com a participação da população como legitimadora de sua elaboração.

O direito à cidade aponta ainda para a importância do acesso e da participação efetiva da população urbana nos processos de decisão sobre a gestão da cidade, feitos mediante políticas públicas de planejamento, planificações e atos materiais. Nenhum dos elementos citados consegue promover eficiência isoladamente sem coordenação, transparência e diálogo. A participação dos habitantes concede legitimidade, eficácia e possibilidade maior de efetividade aos modos de intervenção urbana.

Os mecanismos de atuação urbanística variam por seu caráter estruturante e executivo. O protagonismo popular na (re) construção dos espaços, bem como a ocupação do

¹⁹ KLINK, Jeroen. A reestruturação produtivo-territorial e a emergência de uma nova agenda metropolitana: o panorama internacional e as perspectivas para o caso brasileiro. In: KLINK, Jeroen (Org.). *Governança das metrópoles: conceitos, experiências e perspectivas*. São Paulo: Annablume, 2010. p. 7-13.

²⁰ CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. El derecho a la ciudad en el Estado Brasileño: ¿qué nos falta para Garantizarlo? In: BRAVO, Alvaro Sanchez; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; GABARDO, Emerson (Eds.). *Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retroceso*. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2019. p. 162.

²¹ SCHIAVO, Ester; GELFUSO, Alejandro; VERA, Paula. El derecho a la ciudad. Una mirada desde América Latina. *Cad. Metrop.*, São Paulo, v. 19, n. 38, p. 299-312, jan./abr. 2017. p. 300. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2236-9996.2017-3812>. Acesso em: 10 dez. 2019.

território de maneira a atender às demandas dos segmentos sociais, satisfazendo necessidades e aspirações sempre foi a tônica da dialética urbana concebendo as mais importantes legislações sobre o tema, dentre elas o Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001.²²

Analisa-se que o comando normativo para a participação do cidadão permite um controle garantidor de que o direito difuso à cidade, a ser promovido com a sua funcionalidade, possa ser efetivado por meio dos demais instrumentos normativos indicados e não seja utilizado tão somente em favor de alguns, mas de todos que habitam e circulam pelo espaço citadino. Diante do histórico de adensamento e expansão da malha urbana, com padrões predominantemente desiguais de acesso à terra urbanizada e à moradia adequada,²³ toda e qualquer intervenção, pública ou privada, na cidade refletirá no seu valor de uso e na acessibilidade do cidadão a melhores ou piores condições de vida urbana, o que por si só justificaria a premente necessidade de garantir sua participação na gestão urbana.²⁴

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: EM DEFESA DA ATUALIDADE DO TEMA NA AGENDA PÚBLICA NACIONAL

Para ser precisa na indicação dos aspectos mais significativos que fundamentam o direito à cidade se impõem a necessidade de modificação da desigualdade social e econômica. Trata-se, em específico, de debruçar-se sobre os direitos urbanos com um comportamento público promotor de um conjunto de possibilidades de circulação livre e equânime, de pessoas e bens, acesso à habitação, serviços de educação, à cultura, lazer, serviços de abastecimento de água potável, limpeza urbana, gerenciamento de resíduos, todos, oportunidades de capacitação, trabalho e renda, para além de serviços públicos fundamentais, pois os mesmos só se configuram em condições de desenvolvimento real dialogando com a noção de direito à cidade.²⁵

De acordo com a *global platform for the right to the city*, rede composta por diversas entidades nacionais e internacionais comprometidas globalmente com as mudanças

²² BRAGA, Andréa Luiza Currallinho; PESSALI, Huáscar Fialho. Direito à cidade, participação social e a política urbana no contexto brasileiro. *Guaju*, Matinhos, v. 1, n. 2, p. 3-22, jul./dez. 2015. p. 6. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/guaju/article/view/45033>. Acesso em: 15 maio 2017.

²³ CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Desafios da mobilidade urbana no Brasil*. Texto para discussão n. 2198. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2016. p. 8.

²⁴ PEREIRA, Sílvia Regina. *Percursos urbanos: mobilidade espacial, acessibilidade e o direito à cidade*. 2006. 323 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências e Tecnologia, Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente, 2006. p. 60-75. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/105070>. Acesso em: 15 maio 2017.

²⁵ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. BRASIL. *Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*. Op. cit.

sociais e com a promoção do direito à cidade,²⁶ os pilares desse direito se sustentam na possibilidade de distribuição espacialmente justa dos recursos, na participação social, acesso democrático a uma agenda política urbana e no respeito à diversidade sociocultural no território da cidade.

A dimensão dada ao direito à cidade é para além da provocação de Lefebvre sobre o direito à vida urbana, é ver a cidade como bem comum, que no ordenamento pátrio, tem sua identificação a partir da gênese do Estado Democrático e Republicano de Direito, com sua principiologia plasmada em valores sociais de igualdade, equidade, participação, justiça e solidariedade.

Na perspectiva dos pilares referenciados, a planificação que distribua os recursos materiais de maneira espacialmente e socialmente justa está vinculada ao dever público de garantir funcionalidade estrutural ao território urbano. Compete ao Estado o papel marcante de definidor do uso e ocupação da propriedade imobiliária, provedor de serviços públicos – precedidos ou não de obras públicas –, com a organização administrativa garantindo infraestrutura para o usufruto da população.²⁷ Essa é uma definição contemporânea e global do comportamento público institucional para a promoção do direito à cidade.

As intervenções urbanas exigem coerência e adequação com as necessidades da sociedade, estando a distribuição de recursos materiais previstas na forma de serviços e obras de saneamento básico, abastecimento de água, limpeza urbana, transportes públicos e outros modais garantidores da mobilidade, políticas de acesso ao trabalho e a renda. São ações vinculadas às previsões normativas e que exercem, para o conjunto de membros da cidade, funções capazes de modificar as condições de vida de toda uma população dado o seu caráter provedor de melhorias socioeconômicas.

Dessa feita, defende-se:

- que a atuação do poder público tem que estar vinculada à oferta do usufruto do direito à cidade;

- que os espaços urbanos definidos na cidade devem estar servidos de condições que gerem benefícios a seus habitantes, com o mobiliário urbano acolhendo os serviços de educação, saúde, lazer, esportes, incluindo praças e espaços de conservação de ecossistemas e biodiversidade em um território que não é homogêneo;

- que não é suficiente, somente, o suporte concreto às prestações, em sentido amplo, dos serviços que amparam a vida social;

²⁶ A Plataforma Global é uma iniciativa de um grupo de organizações nacionais e internacionais que visam contribuir para a adoção de compromissos, políticas públicas, projetos e ações voltadas ao desenvolvimento de cidades justas, democráticas, sustentáveis e inclusivas pelas instâncias das Nações Unidas e pelos governos nacionais e locais. GLOBAL Platform for the Right to the City. S.d. Disponível em: <http://www.righttothecityplatform.org.br/?lang=pt>. Acesso em: 10 abr. 2017.

²⁷ CAMARGO, Juliana Werneck de. *O IPTU como instrumento de atuação urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 94.

- que é necessário que a cidade tenha condições de ofertar meios e oportunidades equitativas de desenvolvimento em um sistema social, econômico e cultural que lhe corresponda. Aqui, as políticas públicas e o planejamento são determinantes, bem como a participação da iniciativa privada, resgatando a compreensão sobre o capítulo da política urbana, na Constituição, estar contido no texto sobre a ordem econômica e financeira.

As previsões constitucionais definem o modo de ser de uma determinada economia, fundada, segundo os artigos 3º e 170 da Constituição, sob os ditames da justiça social, assegurando a todos uma existência digna. A consagração das diretrizes que propõe a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a garantia do desenvolvimento nacional propõe investimentos públicos em um processo contínuo de mudanças que superem injustiças sociais de repartição, também do produto econômico,²⁸ em uma estrutura social hoje concentrada em atividades comerciais e industriais, fixadas no território urbano.

A dimensão urbana dos deveres e direitos fundamentais justifica a defesa da existência real do direito à cidade sustentável. A cidade é o lugar escolhido para afiançar o desenvolvimento humano na contemporaneidade, tendo em vista ser, presente e prospectivamente, o local de maior concentração dos indivíduos em busca por realizações pessoais e coletivas.²⁹ Em sendo funcionalmente acessível, à cidade se atribui, para além das necessidades e possibilidades de progresso, também o cultivo do corpo e do espírito, a realização da alegria de viver.³⁰

A cidade tem significado valorativo, identificador e memorial, um organismo vivo no qual a possibilidade de promover intercâmbios sob tal perspectiva poderá reproduzir solidariedade, possibilidades de resolução racional dos conflitos inerentes à condição de vida coletiva, bem como a promoção da sustentabilidade com vínculos inclusivos, desde que estimulados e promovidos. Aqui está a atualidade do tema!

²⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 217-229.

²⁹ De acordo com o relatório da ONU, Cidades do Mundo, a perspectiva de que em meados desse século 66% da população mundial viva em cidades. Ainda, se avalia que a população rural tem crescido lentamente, esperando-se uma redução da mesma. Apontou-se ainda um fator de urbanização que envolve as megacidades, que em sua maior parte está localizada em países em desenvolvimento, tendência que deve continuar já que muitas cidades de Ásia, América Latina e África devem se tornar megacidades até 2030, segundo o relatório. Atualmente, as 600 principais cidades do mundo têm 1/5 da população mundial e geram 60% do PIB global. As mesmas estão localizadas principalmente em países desenvolvidos. O relatório apresenta um capítulo sobre a urbanização como uma força transformativa, no entanto indica que o modelo atual de urbanização é insustentável, sendo necessário pensar e efetivar “novas formas de colaboração, cooperação, planejamento, governança, financiamento”. ATUAL modelo de urbanização é insustentável, diz ONU-Habitat em relatório. ONU, maio 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/atual-modelo-de-urbanizacao-e-insustentavel-onu-habitat-relatorio/>. Acesso em: 10 dez. 2019.

³⁰ CORBUSIER, Le. *Planejamento urbano*. São Paulo: Perspectiva, 1984.

REFERÊNCIAS

- ATUAL modelo de urbanização é insustentável, diz ONU-Habitat em relatório. *ONU*, maio 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/actual-modelo-de-urbanizacao-e-insustentavel-onu-habitat-relatorio/>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BLANCHET, Luiz Alberto. O princípio constitucional da reciprocidade como pressuposto do desenvolvimento sustentável. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 3, p. 32-55, ago./dez. 2010. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista4/blanchet>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BRAGA, Andréa Luiza Currealinho; PESSALI, Huáscar Fialho. Direito à cidade, participação social e a política urbana no contexto brasileiro. *Guaju*, Matinhos, v. 1, n. 2, p. 3-22, jul./dez. 2015.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.
- CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. El derecho a la ciudad en el Estado Brasileño: ¿qué nos falta para Garantizarlo? In: BRAVO, Alvaro Sanchez; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; GABARDO, Emerson (Eds.). *Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retroceso*. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2019.
- CAMARGO, Juliana Werneck de. *O IPTU como instrumento de atuação urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Desafios da mobilidade urbana no Brasil*. Texto para discussão n. 2198. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2016.
- CORBUSIER, Le. *Planejamento urbano*. São Paulo: Perspectiva, 1984.
- ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. SCHROTER, Michael (Org.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- GLOBAL Platform for the Right to the City. S.d. Disponível em: <http://www.righttothecityplatform.org.br/?lang=pt>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HARVEY, David. A liberdade da cidade. In: MARICATO, Ermínia. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomam as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013.

KLINK, Jeroen. A reestruturação produtivo-territorial e a emergência de uma nova agenda metropolitana: o panorama internacional e as perspectivas para o caso brasileiro. In: KLINK, Jeroen (Org.). *Governança das metrópoles: conceitos, experiências e perspectivas*. São Paulo: Annablume, 2010.

LEFBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

MAKRYGIANNI, Vasiliki; TSAVDAROGLOU, Charalampos. El derecho contra la ciudad. In: MATHIVET, Charlotte (Coord.). *Develando el derecho a la ciudad: representaciones, usos e instrumentalización del derecho a la ciudad*. Paris: Ritimo, 2016.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Política pública como estratégia de controle socioambiental no Estado Democrático de Direito. In: MOTTA, Fabrício; GABRADO, Emerson (Coords.). *Limites do controle da Administração Pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019.

MOREIRA, Eduardo. *Desigualdade & caminhos para uma sociedade mais justa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

PEREIRA, Sílvia Regina. *Percursos urbanos: mobilidade espacial, acessibilidade e o direito à cidade*. 2006. 323 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências e Tecnologia, Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/105070>. Acesso em: 15 maio 2017.

REBOLLO, Luis Martín. El planeamiento municipal: perspectiva general. In: REBOLLO, Luis Martín; BOLADO, Roberto O. Bustillo (Dir.). *Fundamentos de derecho urbanístico* – Tomo I. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.

ROMERO, Marta A. B. *Urbanismo sustentável no Brasil e a construção de cidades para o novo milênio*. S.d. Disponível em: https://www.usp.br/nutau/sem_nutau_2010/perspectivas/romero_marta.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

SCHIAVO, Ester; GELFUSO, Alejandro; VERA, Paula. El derecho a la ciudad. Una mirada desde América Latina. *Cad. Metrop.*, São Paulo, v. 19, n. 38, p. 299-312, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2236-9996.2017-3812>. Acesso em: 10 dez. 2019.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FLORES, Pedro Henrique Brunken. Que modelo de Estado brasileiro? Para além do liberalismo e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: SANTANO, Ana Cláudia; LORENZETTO, Bruno Meneses; GABARDO, Emerson. *Direitos fundamentais na Nova Ordem Mundial*. Curitiba: Íthala, 2018.

UN-HABITAT. *Urbanization and development: emerging futures*. World cities report 2016. Nairobi: UN-Habitat, 2016. Disponível em: <http://cdn.plataformaurbana.cl/wp-content/uploads/2016/06/wcr-full-report-2016.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

A aplicabilidade do Código de Processo Civil no processo administrativo

Manoel Messias Peixinho

Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-RJ)
Professor do Programa de Mestrado (Universidade Candido Mendes)
Professor do Departamento de Direito (PUC-RJ)
Advogado



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Notas propedêuticas; 2.1 O devido processo legal; 2.2 Forma federativa de estado e distinção entre leis nacionais e leis federais; 2.3 Aplicação da Lei n. 9784/1999 aos estados e municípios; 2.4 Integração das lacunas de leis processuais administrativas estaduais e municipais pela Lei n. 9784/1999; 3 Aplicação suplementar e subsidiária do código de processo civil ao processo administrativo; 3.1 Exemplos e comentários acerca da aplicação suplementar e subsidiária do CPC/2015 no processo administrativo; 3.1.1 Da suspeição e do impedimento; 3.1.2 Das prerrogativas dos advogados; 3.1.3 Da intimação na forma eletrônica; 4 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar de forma objetiva e sumária¹ a aplicação do Código de Processo Civil aos processos administrativos.² A competência para legislar em matéria de processo administrativo é exclusiva de cada ente federativo em razão da autonomia administrativa prevista no artigo 18 da Constituição Federal. Porém, a autonomia federativa idealizada pelo Poder Constituinte originário é desafiada pelas carências materiais e culturais do sistema federativo brasileiro.

As carências materiais são oriundas da falta de estrutura administrativa ou da incompetência institucional dos parlamentos locais para regulamentarem, por lei própria, os seus estatutos processuais. A carência cultural decorre de um sentimento de inferioridade dos entes federativos em razão das suas próprias legislações. Há um descaso e desconfiança

¹ Um estudo mais completo que coteja a aplicação do NCPC às normas processuais administrativas previstas na Lei n. 9784/1999 está em fase de conclusão.

² A expressão “processos administrativos” é utilizada porque existem os processos administrativos federal, estadual, municipal e distrital. O processo administrativo federal se desdobra no processo administrativo geral, regido pela Lei n. 9784/1999 e nos processos administrativos especiais, regulados por leis específicas, como, por exemplo, o processo administrativo disciplinar dos servidores públicos federais positivado pela Lei n. 8112/1990. O NCPC se aplica, como se verá neste trabalho, com as adequações metodológicas específicas, supletiva e subsidiariamente a todas as espécies de processo administrativa.

pelas leis estaduais e municipais. Assim, são incontáveis os entes federativos que utilizam legislações federais em matéria de direito administrativo, não obstante tenham leis específicas sobre a matéria.

A despeito do tema principal exigir uma análise específica da aplicação do NCPC aos processos administrativos, entendemos oportuno, metodologicamente, abordar outros subtemas, quais sejam: (1) a aplicação da Lei n. 9784/1999 aos processos administrativos dos entes federativos, (2) as diferenças entre leis federais e leis nacionais e (3) as similitudes e diferenciações entre a aplicação supletiva e a aplicação subsidiária.

Por fim, foi feita uma análise de alguns exemplos de artigos do Código de Processo Civil que podem ser aplicados supletiva e subsidiariamente ao processo administrativo, sendo certo que os paradigmas escolhidos dão uma pequena amostra que há uma premente necessidade de um estudo mais aprofundado e aproximado do processo civil e do processo administrativo.

Não foram enfrentados nesta breve reflexão, ainda que reputemos fundamentais, os entendimentos dos processualistas civis sobre o diálogo entre os dois sistemas processuais. As limitações temporal e espacial deste trabalho impuseram essa renúncia metodológica. A escolha da metodologia, destarte, reconhece com honestidade a carência do trabalho, mas aponta desafios interessantíssimos para os pesquisadores que desejem aprofundar esse cotejo entre os dois sistemas processuais.

A bibliografia foi utilizada de forma pontual e necessária para descortinar o objeto deste ensaio.

2 NOTAS PROPEDEÚTICAS

2.1 O devido processo legal

A aplicabilidade do Código de Processo Civil aos processos administrativos³ não é somente uma necessidade metodológica e pragmática que objetiva sanar as lacunas existentes no âmbito do direito administrativo. É, antes, sobretudo, uma exigência de garantia do devido processo legal porque um ordenamento jurídico incompleto e lacunoso,⁴ que não responda às garantias fundamentais viola, frontalmente, o princípio do devido processo legal e mais especificamente macula o princípio da segurança jurídica. Um estatuto jurídico incompleto é inseguro, ineficiente e injusto porque não consegue atender às demandas dos administrados.

³ Refiro-me a aplicação do NCPC ao processo administrativo federal regido pela Lei n. 9784/1999, às diversas leis processuais especiais federais e às leis de processo administrativo estaduais, municipais e distrital.

⁴ Sobre a incompletude num ordenamento jurídico, cf. PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 45-49.

Consagrado pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, o devido processo legal é uma garantia civilizatória tanto no direito estrangeiro quanto no direito brasileiro. Esse caráter iluminista do devido processo legal se verifica, por exemplo, no artigo 6º, inciso I, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que estatui o direito a um processo equitativo, sobretudo, o direito a um processo fundado na celeridade e que seja examinado, publicamente, por um tribunal independente e imparcial.

Destaque-se que o devido processo legal se estende a todos os processos instaurados, independentemente da matéria ou do tribunal pelo qual será processado e julgado. Nas lições de Paulo Jansen “é preciso que se diga que o princípio do devido processo legal inicialmente tutelava especialmente o direito processual penal, mas já se expandiu para processual civil e até para o administrativo.”⁵ A relevância do devido processo legal no direito constitucional se estende, pragmaticamente, ao direito administrativo em geral e ao processo administrativo em particular.⁶ Neste sentido, a Lei n. 9.784/1999 estabeleceu normas fundamentais sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta a visar, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.⁷

Dentre essas normas de garantias processuais, a aludida Lei Federal consagrou, além de normas processuais, uma série de princípios e postulados norteadores do processo administrativo, tais quais a legalidade, a finalidade, a motivação, a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, a ampla defesa, o contraditório, a segurança jurídica, o interesse público e a eficiência, bem como a atuação conforme a lei e o Direito, o atendimento aos fins de interesse geral, a adequação entre meios e fins, a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, dentre tantos outros.⁸ Esses princípios não são suficientes por si sós porque reclamam metodologicamente por leis substanciais e processuais gerais e especiais que possam regulamentar as diversas materiais que promanam das céleres e cruciais transformações sociais, econômicas e políticas. O discurso da autossuficiência das teorias principiológicas pode acarretar em insegurança jurídica e em arbitrárias discricionariedades tanto administrativas quanto jurisdicionais, como bem demonstram as patologias principiológicas bem descritas por Lênio Luiz Streck.⁹

⁵ JANSEN, Euler Paulo de Moura. O devido processo legal. *Jus Navigandi*, jan. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4749/o-devido-processo-legal>. Acesso em: 8 jan. 2020.

⁶ O devido processo legal, aplicado ao direito administrativo, é um verdadeiro direito de defesa impõe ao Estado a observação de garantias constitucionais a um processo justo e equilibrado. Sobre o direito de defesa no direito francês, cf. STIRN, Bernard. *Les sources constitutionnelles du droit administratif*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2019. p. 103-115.

⁷ Cf. Artigo 1º da Lei n. 9.784/1999.

⁸ Cf. Artigo 2º da Lei n. 9.784/1999.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Compreendendo direito*. Como o senso comum pode nos enganar. São Paulo: RT, 2014. p.100-111.

Apesar das garantias constitucionais e legais serem, de fato, indispensáveis à consecução do devido processo legal na tutela do interesse público e dos direitos dos administrados, as tutelas positivadas não são suficientes. Conforme será a seguir demonstrado, a supracitada Lei de Processo Administrativo contém lacunas e omissões que, caso não sejam sanadas, são capazes de provocar incalculáveis prejuízos tanto à Administração quanto aos administrados. Nesse aspecto, observa-se significativa relevância de uma “metodologia integrativa” que decorre da aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ao processo administrativo, posto que, sendo o primeiro mais robusto e completo do que a Lei n. 9.784/1999, é capaz de suprir as deficiências (lacunas) da Lei Federal de Processo Administrativo na maioria dos casos.

2.2 *Forma federativa de Estado e distinção entre leis nacionais e leis federais*

A Constituição brasileira adota a forma federativa de Estado na qual está desenhada um paradigma de Estado Federal com uma estrutura administrativa complexa em que, segundo Raul Machado Horta, “atuam forças contraditórias e já se observou que nela coexistem o princípio unitário e o princípio federativo”.¹⁰ O Estado Federal é um Estado uno e composto por determinado número de regiões com governo próprio, os Estados-Membros, e unidas sob um governo federal, ressaltando-se que o instrumento dessa integração é a Constituição Federal, o que confere estabilidade normativa a esse Estado, característica essencial à sua natureza.¹¹

É importante destacar que um dos requisitos básicos do Estado Federal é a autonomia do Estado-Membro, posto ser o que diferencia a forma de um Estado Unitário com descentralização administrativa.¹² Assim, nesse modelo, diversamente do que ocorre na forma unitária de Estado, o direito de autogoverno de cada região autônoma está consignado constitucionalmente e não pode ser revogado por uma decisão unilateral do governo central, conforme dispõe o caput do artigo 1º e o artigo 18 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹³:

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

¹⁰ HORTA, Raul Machado. Reconstrução do federalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 18, n. 72, out./dez. 1981. p. 13.

¹¹ HORTA, Raul Machado. Reconstrução do federalismo brasileiro. Op. cit., p. 13.

¹² HORTA, Raul Machado. Reconstrução do federalismo brasileiro. Op. cit., p. 19

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2020.

[...] Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (grifo nosso).

Portanto, em que pese o Estado Brasileiro ser indivisível houve por bem reparti-lo em várias pessoas jurídicas de direito público interno com o fito de distribuir-lhes as diversas atividades inerentes ao funcionamento da Administração Pública, dentre as quais se destaca a competência legislativa.¹⁴

A partir dessa descentralização política pretendeu-se criar entes com personalidade jurídica própria para que fossem capazes de promulgar suas próprias leis, válidas no âmbito territorial em estrita conformidade com os dispositivos constitucionais. Sobre o tema, é o que ensina Hans Kelsen que “algumas das normas serão válidas para o território inteiro – do contrário, este não seria o território de uma única ordem –, enquanto outras serão válidas apenas para diferentes partes dele”.¹⁵

Assim sendo, a União produz normas gerais, válidas para todos os entes que compõem o Estado Federal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), denominadas leis nacionais, mas também produz normas parciais, denominadas leis federais, válidas apenas para a pessoa jurídica de direito público que a instituiu. Exemplo de legislação nacional é a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que é aplicável a todos os entes federativos. Exemplo de legislação federal é a Lei 9784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), que se aplica a administração pública federal direta e as suas autarquias e fundações públicas.

Desta feita, para distinguir as leis federais das leis nacionais, trazemos à baila os ensinamentos de Hélio do Valle Pereira:

[...] a distinção entre leis nacionais e leis federais. Aquelas são relativas à atribuição legislativa da União como ente que congrega todas as pessoas políticas, estabelecendo normas a eles comuns (p. ex., direito penal, normas gerais tributárias). As leis federais referem-se à regulamentação de situações que envolvem exclusivamente a União, como pessoa pública equiparada às demais (v.g., estatuto de seus servidores, criação de imposto federal)¹⁶.

¹⁴ Sobre a distinção entre estado unitário e estado federal, cf.: OLIVA, Éric; GIUMMARRA, Sandrine. *Droit constitutionnel*. 9. ed. Paris: Sirley, 2017. (Especialmente nas páginas 18-20). Nessa obra os autores fazem a distinção entre as diversas formas de estado, quais seja: (1) estado unitário, cuja as subespécies são estado unitário centralizado e estado unitário descentralizado; (2) estado regional e (3) estado federal.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 434.

¹⁶ PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 7, nota de rodapé.

Vislumbra-se, assim, a dupla função do Congresso Nacional: (i) produzir leis nacionais que detém força vinculante em todo o território nacional e cuja aplicabilidade é total, já que indistinta perante todos os entes federativos, e (ii) produzir leis federais válidas apenas para a pessoa jurídica de direito público interno que a produziu, qual a seja a União, cuja aplicabilidade é parcial, e a finalidade é a sua própria auto-organização. Logo, as leis federais têm simetria em relação às leis estaduais, distritais ou municipais no sentido de todas formarem ordens jurídicas parciais que, juntamente com a as leis nacionais, compõem a ordem jurídica total ou nacional.

Em suma, a fonte primária do processo administrativo é a lei formal emanada pelo Poder Legislativo que, no caso concreto, é Lei n. 9.784/1999 e as leis processuais locais que são editadas pelos outros entes federativos. A Lei n. 9784/1999 aplica-se à Administração Federal da União, às suas autarquias, às fundações públicas, à administração pública dos Poderes Legislativo e Judiciário. Estão excluídas da incidência do referido diploma legal as empresas públicas e as sociedades de economia mista federais e, ainda, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, devido ao regime federativo e a sua já exposta característica essencial da autonomia dos entes federativos, que possuem competência privativa para legislar acerca de seus processos administrativos.¹⁷

2.3 Aplicação da Lei n. 9784/1999 aos estados e municípios

A despeito de ser a Lei 9784/1999 de aplicação restrita à administração pública federal direta e as suas autarquias e fundações, é possível aplicá-la supletiva e subsidiariamente, aos outros entes federativos em caso de existência de lacuna legal, tendo, portanto, caráter genérico e subsidiário concomitantemente. Assim, a despeito dos Estados, Municípios e o Distrito Federal serem regidos por leis específicas, ressalta a professora Maria Silvia Zanella de Pietro, que a Lei n. 9.784/1999 pode ser aplicada aos outros entes federativos porque:

o objetivo da Lei não foi apenas estabelecer normas sobre o processo. Se fosse o caso, a Lei poderia ser considerada de âmbito federal apenas. Ocorre que ela não se limitou a isso. Ela foi além. O seu principal objetivo foi o de dar aplicação aos princípios constitucionais pertinentes aos direitos do cidadão perante a Administração Pública. Ora, quando se fala em princípios constitucionais e em direitos do cidadão, entra-se na esfera de temas de interesse nacional e, portanto, de competência nacional.¹⁸

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1044.

¹⁸ NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei n. 9784/99*. São Paulo: Atlas, 2011. p.190.

Portanto, a aplicabilidade da Lei n. 9.784/1999 aos estados-membros e municípios não fere o princípio da autonomia federativa previsto no artigo 18 da Constituição Federal, uma vez que os entes federativos têm plena autonomia administrativa para decidir se devem ou não aplicar a referida lei. Porém, se o ente federativo não dispõe de lei que regule o processo administrativo, é obrigatório o uso do estatuto federal porque em razão do princípio da legalidade não pode haver processo administrativo sem lei que o regule, sob pena de se constituir num tribunal de exceção.

2.4 Integração das lacunas de leis processuais administrativas estaduais e municipais pela Lei n. 9784/1999

Se a Lei n. 9784/1999 pode ser, por um lado, “completada” pelo NCPD, por outro lado, o Estatuto Processual Administrativo tem uma função integrativa e deve ser aplicado nas hipóteses de lacunas existentes nas legislações de Estados e Municípios e nos casos de vazio normativo existente nas legislações de processo administrativo federais especiais. No que se refere aos processos administrativos específicos não há, no entanto, exclusão de incidência, ou seja, quando houver lacuna é possível a aplicação do princípio da subsidiariedade com a aplicação das normas da Lei n. 9.784/99 aos diversos diplomas regedores de processos administrativos especiais federais, estaduais e municipais, tanto nos casos omissos das leis especiais como naqueles que possam reclamar aplicação suplementar.¹⁹

3 APLICAÇÃO SUPLEMENTAR E SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 15 previu, expressamente, a possibilidade de suas regras serem aplicadas supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos quando estes carecerem de normatização. Contudo, a aplicação das normas processuais civis não incide, automaticamente, no processo administrativo. É imperioso que a norma processual civil “aplicada” esteja em harmonia com os princípios norteadores do direito administrativo em geral e do processo administrativo em especial. É de se exemplificar, por exemplo, que a lacuna no processo administrativo não pode preenchida automaticamente por uma norma processual civil que seja contrária ao interesse público.

Nessa mesma lógica e diante da irrestrita aplicabilidade do Código de Processo Civil em todo o território nacional, por todos os entes federativos, característica das leis nacionais, este, em seu artigo 15, determina, nos termos abaixo colacionados, que: “Art. 15. Na ausên-

¹⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 59.

cia de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou **administrativos**, as disposições deste Código lhes serão aplicadas **supletiva e subsidiariamente**.” (grifos nossos).

Da exegese do artigo 15 pode-se concluir que se aplica o Código de Processo Civil supletiva e subsidiariamente à Lei n. 9.784/1999 quando houver uma lacuna parcial ou total na Lei Federal que regula os processos administrativos ou quando houver vazios nas diversas leis processuais administrativas. Nestes casos, o NCPC supre uma omissão da Lei n. 9.784/1999, de modo a regular a norma jurídica inexistente.

Por outro lado, o Código de Processo Civil também pode ser aplicado subsidiariamente à Lei n. 9.784/1999 nas situações em que, apesar da similaridade nos institutos de ambas espécies normativas, a lei nacional veicule soluções mais benéficas à tutela do interesse público, bem como à defesa dos interesses dos administrados, quando comparadas àquelas concebidas no bojo da Lei Federal em comento.

Sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello afirmam, acertadamente, que:

A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão ‘subsidiária’, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata²⁰.

A jurisprudência também já se consolidou no sentido de autorizar a aplicação da Lei n. 9784/1999 aos processos administrativos dos entes federativos, conforme se pode destacar deste excerto oriundo da Suprema Corte brasileira.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a Lei n. 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados Membros, se ausente lei própria que regule o processo administrativo local, o que não é o caso dos autos. De fato, a Lei Estadual n. 12.327/98 é silente acerca do pedido de revisão. Não obstante, não deixou de regular o tema, pois tratou do processo administrativo disciplinar, não prevendo a existência do pedido de revisão das decisões que apliquem a penalidade de cassação de credencial do Despachante, mas tão somente de

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres; DE MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015. p. 75.

recurso ao Secretário de Estado da Segurança Pública, no prazo de 15 dias, o que foi feito pela Recorrente. STJ, RMS 21936/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE 17/12/2008.

Por conseguinte, é forçoso reconhecer a necessidade e a importância da aplicação dos institutos do Código de Processo Civil aos processos administrativos em razão de lacunas, omissões e deficiências da Lei n. 9.784/1999, na incessante persecução da satisfação dos interesses públicos e da proteção dos direitos fundamentais dos administrados.

Com o intuito de concretizar o art. 15 do Código de Processo Civil para o campo prático, serão apresentados nos tópicos subsequentes alguns exemplos e comentários acerca da abordada aplicabilidade, supletiva e subsidiária, deste Código aos processos administrativos.

3.1 Exemplos e comentários acerca da aplicação suplementar e subsidiária do CPC/2015 no processo administrativo

3.1.1 Da suspeição e do impedimento

A imparcialidade do julgador, tema já brevemente abordado neste estudo, é uma das garantias constitucionais que decorrem do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988. Em conformidade com tal previsão constitucional, tanto a Lei de Processo Administrativo Federal, quanto o Código de Processo Civil de 2015 trouxeram dispositivos que preveem hipóteses de impedimento e suspeição da autoridade, nos processos administrativos, e do juiz, nos processos judiciais. Sobre o tema, é o que dispõe a Lei n. 9.784/1999, *in verbis*:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

Por sua vez, as previsões do CPC/2015 quanto às hipóteses de impedimento e suspeição do juiz, são as abaixo colacionadas:

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§ 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§ 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

- II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;
- III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;
- IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

Observa-se que o Código de Processo Civil é mais expansivo e positiva um rol maior com hipóteses não previstas na Lei de Processo Administrativo. Todavia, esta deficiência da Lei Federal Processual Administrativa não poderá causar óbices à necessidade de se assegurar a imparcialidade da autoridade julgadora do processo administrativo.

Logo, nos casos em que, porventura, determinada autoridade encontre-se em situação de impedimento ou suspeição não prevista pela Lei n. 9.784/1999, mas sim naquelas previstas pelo CPC/2015, poderá este ser invocado em prol do seu afastamento. Assim, segundo a lição de Egon Bockmann Moreira:

as previsões relativas ao impedimento e à suspeição não podem ser tidas por exaustivas. A Lei n. 9.784/1999 enumera exemplificativamente casos-limite e torna viável a aplicação subsidiária especialmente do Código de Processo Civil. As regras processuais devem ser compreendidas à luz da máxima efetividade dos princípios constitucionais da imparcialidade e da impessoalidade (moralidade administrativa).²¹

Por conseguinte, tem-se nestes casos a aplicação **subsidiária** do Código de Processo Civil de 2015 à Lei de Processo Administrativo Federal, tendo em vista que, apesar da correspondência dos institutos do impedimento e da suspeição em ambas as legislações, o CPC/2015 deverá ser aplicado de modo a complementar a deficiência da Lei n. 9.784/1999. Deste modo, resguarda-se o devido processo legal e os interesses dos administrados, que somente responderão ao processo administrativo perante autoridade absolutamente imparcial.

3.1.2 Das prerrogativas dos advogados

A Lei de Processo Administrativo Federal prevê como um dos direitos de os administrados fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a re-

²¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 335-336.

apresentação por força de lei.²² Todavia, nenhuma disposição sobre o modo de atuação dos advogados é vislumbrada no âmbito desta Lei.

Sobre o tema, é cediço que, para que um advogado exerça a defesa de qualquer cidadão de forma plena e autônoma, faz-se necessária a observância de uma série de prerrogativas. Estas estão asseguradas pelo Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/1994), especificamente em seus artigos 6º e 7º. Com o intuito de reforçar a necessidade de observância de tais prerrogativas, o Código de Processo Civil de 2015 reservou um artigo para destacar os direitos dos advogados, consoante se infere do dispositivo que trazemos à baila:

Art. 107. O advogado tem direito a:

I - examinar, em cartório de fórum e secretaria de tribunal, mesmo sem procuração, autos de qualquer processo, independentemente da fase de tramitação, assegurados a obtenção de cópias e o registro de anotações, salvo na hipótese de segredo de justiça, nas quais apenas o advogado constituído terá acesso aos autos;

II - requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo, pelo prazo de 5 (cinco) dias;

III - retirar os autos do cartório ou da secretaria, pelo prazo legal, sempre que neles lhe couber falar por determinação do juiz, nos casos previstos em lei.

§ 1º Ao receber os autos, o advogado assinará carga em livro ou documento próprio.

§ 2º Sendo o prazo comum às partes, os procuradores poderão retirar os autos somente em conjunto ou mediante prévio ajuste, por petição nos autos.

§ 3º Na hipótese do § 2º, é lícito ao procurador retirar os autos para obtenção de cópias, pelo prazo de 2 (duas) a 6 (seis) horas, independentemente de ajuste e sem prejuízo da continuidade do prazo.

§ 4º O procurador perderá no mesmo processo o direito a que se refere o § 3º se não devolver os autos tempestivamente, salvo se o prazo for prorrogado pelo juiz.

§ 5º O disposto no inciso I do caput deste artigo aplica-se integralmente a processos eletrônicos.

Observa-se que a Lei 9.784/99 prevê acerca dos advogados apenas em relação ao direito dos administrados de se fazerem assistir por eles. No que se refere às suas prerrogativas, no entanto, nada dispôs o referido estatuto legal. Desse modo, observa-se a clara necessidade de aplicação do CPC/2015 que, por sua vez, regulamenta o tema em âmbito processual. Desse modo, diante da inexistência de um paralelo sobre o assunto na Lei n. 9.784/1999, deverá ser o CPC/2015 aplicado supletivamente quando se estiver diante de qualquer afronta aos direitos e prerrogativas dos advogados no exercício de defesa de seus jurisdicionados na esfera processual administrativa.

²² Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

3.1.3 Da intimação na forma eletrônica

A intimação, no processo administrativo federal, é o principal meio para estabelecer a comunicação entre a Administração e o administrado. Observa-se que, nos termos da Lei n. 9.784/1999, a intimação tem um sentido amplo, uma vez que abrange a citação, a qual, por sua vez, não encontra referência expressa no citado diploma legal.

Sobre a forma da intimação, a referida lei determina, em seu artigo 26, §3º, que “pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado”²³. Sendo assim, pode-se afirmar que a Lei n. 9.784/1999 prevê uma “fórmula casuística seguida de uma previsão aberta que admite, por fim, quaisquer formas de intimação que assegurem a ciência do interessado”.²⁴ Acerca da citação nos processos judiciais, é o que dispõe o CPC/2015, *ipsis litteris*:

Art. 246. A citação será feita:

I - pelo correio;

II - por oficial de justiça;

III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;

IV - por edital;

V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei. (grifo nosso).

Mister ressaltar, ainda, que nos termos do artigo 270 do CPC/2015, as intimações “realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei”. Novamente, observa-se caso de lacuna normativa da Lei 9.784/99, que não contemplou expressamente hipó-

²³ Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. § 1º A intimação deverá conter: I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa; II - finalidade da intimação; III - data, hora e local em que deve comparecer; IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar; V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento; VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes. § 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento. § 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado. § 4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial. § 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado. Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

²⁴ GOMES, Milton Carvalho. Repercussões do novo CPC no processo administrativo: a intimação eletrônica e a sua implementação normativa. *Jota*, jun. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/repercussoes-novo-cpc-no-processo-administrativo-intimacao-eletronica-e-sua-implementacao-normativa-29062016>. Acesso em: 13 jan. 2020.

tese de intimação por via eletrônica, ao passo que o CPC/2015 trouxe tal previsão de forma clara. Na presente situação, destaca-se que a Lei Federal, ao elencar os meios de realização da intimação, admite estabelecer um rol exemplificativo, posto que prevê, além dos meios expostos, a possibilidade de “outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado”.

Desta feita, as normas do Código de Processo Civil são perfeitamente aplicáveis, de forma subsidiária, à Lei 9.784/1999 para regular a citação e a intimação na forma eletrônica, temas lacunosos na Lei de Processo Administrativo Federal. Logo, conforme bem expõe Milton Carvalho Gomes, “a intimação eletrônica, prevista pelo novo CPC, é plenamente aplicável ao processo administrativo, devendo ser considerada, inclusive, a forma preferencial de comunicação dos atos processuais, dada a sua economia e celeridade, evidenciando-se, novamente, suas funções de atualizar e expandir as normas administrativas”.²⁵

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível reconhecer, após a análise dos temas propostos que, em muitas situações, as leis de processo administrativo são insuficientes para regular as constantes e sensíveis demandas que nascem da relação conflituosa entre a Administração Pública e os cidadãos administrados e bem como resguardar o interesse público e tutelar os direitos dos administrados por uma razão muito singela: o Código de Processo Civil, ainda que contenha muitos dispositivos de interesse público, é um estatuto primordialmente direcionado à tutela dos interesses privados individuais e coletivos, mesmo que hodiernamente na doutrina haja um consenso de que o direito processual civil se constitucionalizou à semelhança do que ocorreu com o direito civil. Porém, ainda que oxigenado pela Constituição de 1988 e com todos os avanços civilizatórios, os objetivos das leis processuais civis e das leis de processos administrativos se diferenciam. O direito administrativo ainda é, como bem diz Carlos Ari Sunfeld, “um direito administrativo especial, oposto ao privado”, não obstante o próprio autor reconheça que este ramo especializado passou e tem passado por muitas transformações.²⁶

Porém, nos estreitos limites metodológicos propostos neste artigo e sem aprofundar as limitações históricas e culturais do direito administrativo de modo geral e do processo administrativo de modo especial há de concluir que as lacunas de regulamentação se não fossem enfrentadas e sanadas acabariam por violar frontalmente o devido processo legal, uma garantia indispensável de acesso às instâncias administrativas previstas pela Constituição Federal de 1988, como direitos fundamentais do cidadão administrado. Assim, a aplicação do NCPC, com a nova orientação positivada do artigo 15, permite fazer uma aproximação metodológica entre a processualística civil e a processualística administrativa com significativos proveitos para a cidadania.

²⁵ GOMES, Milton Carvalho. Repercussões do novo CPC no processo administrativo: Op. cit.

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo, Malheiros, 2012. p. 28-30.

Em última instância, entendemos que a inexistência de diálogo dessas fontes extremantes relevantes implicaria no enfraquecimento dos processos administrativos e estes, ademais, estariam metodológica e substancialmente fadados ao insucesso, tendo os administrados que recorrerem às instâncias judiciais a cada oportunidade em que se deparassem com as lacunas, omissões e deficiências das leis processuais administrativas com a outorga de mais poder aos juízes ativistas em prejuízo à soberania do legislador.

Portanto, a aplicabilidade do CPC/2015 à Lei n. 9.784/1999 e aos processos administrativos em geral mostra-se fundamental para a persecução das garantias fundamentais relativas ao devido processo legal com a consequente manutenção de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GOMES, Milton Carvalho. Repercussões do novo CPC no processo administrativo: a intimação eletrônica e a sua implementação normativa. *Jota*, jun. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/repercussoes-novo-cpc-no-processo-administrativo-intimacao-eletronica-e-sua-implementacao-normativa-29062016>. Acesso em: 13 jan. 2020.
- HORTA, Raul Machado. Reconstrução do federalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 18, n. 72, out./dez. 1981.
- JANSEN, Euler Paulo de Moura. O devido processo legal. *Jus Navigandi*, jan. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4749/o-devido-processo-legal>. Acesso em: 8 jan. 2020.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei n. 9784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.
- OLIVA, Éric; GIUMMARRA, Sandrine. *Droit constitutionnel*. 9. ed. Paris: Sirley, 2017.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STIRN, Bernard. *Les sources constitutionnelles du droit administratif*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreendendo direito*. Como o senso comum pode nos enganar. São Paulo: RT, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo, Malheiros, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres; DE MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

A nova LINDB e o direito administrativo: o que esperar?

Maria Sylvia Zanella di Pietro

Professora titular aposentada de Direito (USP)
Procuradora aposentada do Estado de São Paulo



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Do princípio da segurança jurídica; 3 Do princípio da motivação; 4 Do princípio da proporcionalidade; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.655, de 25-4-18, que inclui no Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, resultou da aprovação do Projeto de Lei n. 7.448/2017 (Projeto de Lei do Senado n. 349/2015), de iniciativa do Senador Antonio Augusto Junho Anastasia e aprovado, com alguns vetos, pelo Chefe do Poder Executivo. A redação do anteprojeto foi feita por Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto.

Ainda na fase de tramitação desse projeto de lei, foi publicado pelo Senado Federal um texto intitulado *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas*, reunindo trabalho de vários juristas contendo comentários a dispositivos do projeto. A Coordenação coube a Flávio Henrique Unes Pereira.

Em sua fase de tramitação, o Projeto recebeu críticas formuladas pela Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, em trabalho intitulado “*Análise preliminar do PL 7.448/2017*”. Essas críticas foram objeto de análise em texto publicado na Revista Brasileira da Advocacia (RBA), ano 3, n. 9, abr./jun. 2018, firmado por mais de vinte juristas da área de direito administrativo de diferentes Universidades do país. Conforme afirmado nesse texto, “o TCU parece ver no PL tentativa de supressão de competências constitucionais do próprio Legislativo e das Cortes de Contas”, acrescentando que “os questionamentos são fruto de leitura incorreta dos dispositivos do projeto, pois ou não refletem o teor expresso de suas normas ou vislumbram conflitos normativos inexistentes”.

A leitura desse texto publicado pela RBA é importante para bem compreender o sentido das normas contidas na Lei n. 13.655/18, que não têm e não poderiam ter por objetivo afetar, de algum modo, as competências constitucionais do TCU. A Lei traz sensível con-

tribuição para os profissionais do direito relativamente à interpretação e aplicação das leis, especialmente nas matérias afetas à Administração Pública e que são sujeitas à apreciação pelos órgãos de controle. Como se verifica por vários de seus dispositivos, a lei dirige-se à Administração Pública, aos órgãos de controle (externo e interno) e ao Poder Judiciário.

A Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018 veio mudar um pouco a feição da antiga LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Essa lei, desde suas origens, continha normas que se inseriam na teoria geral do direito e, portanto, aplicáveis a todos os ramos do direito, público e privado. A Lei n. 13.655 veio estabelecer normas essencialmente voltadas para o direito administrativo, alcançando não só a própria Administração Pública, mas também os órgãos que a controlam, como Tribunais de Contas, Ministério Público e Judiciário, além dos órgãos de controle interno.

Ela estabelece diretrizes que orientam e limitam a atuação desses órgãos no que diz respeito à interpretação e à aplicação do direito.

Nem tudo o que nela se contém constitui inovação, porque a lei agasalha preceitos que já decorrem dos ensinamentos da doutrina ou de teses já aceitas pela jurisprudência, ou que já estão consagradas no próprio direito positivo. Ela tem o mérito de tornar expressos em lei alguns desses preceitos; ela tem também o mérito de definir, ainda que parcialmente, o conteúdo de alguns princípios do direito administrativo. Eu diria que, em alguns casos, ela transforma princípios em regras jurídicas.

As alterações introduzidas na LINDB pela Lei n. 13.655 reforçam e complementam a exigência de determinados princípios já previstos na Constituição, de forma expressa ou implícita, e em leis infraconstitucionais, em especial os da segurança jurídica, motivação, proporcionalidade, consensualidade, transparência, eficiência, interesse público.

Vou deter-me, nesta oportunidade, na análise de três princípios especialmente relevantes na lei: o da *segurança jurídica* (que já aparece no preâmbulo), o da *motivação* e o da *proporcionalidade*. Mas é certo dizer que quase todos os princípios e regras contidos na Lei n. 13.655 têm por objetivo último garantir a segurança jurídica na aplicação do direito administrativo, seja na esfera administrativa, seja na esfera de controle, seja na esfera judicial.

2 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Um dos principais dispositivos que protege a segurança jurídica é o artigo 24, que veda a *retroação de nova orientação geral*. Determina esse dispositivo “que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”. E o parágrafo único define “orientações gerais como “as interpretações e especificações contidas em atos

públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

O dispositivo reforça norma que já se continha na Lei de Processo Administrativo federal (Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999) que, no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, proíbe a “aplicação retroativa de nova interpretação”. Só que o dispositivo da LINDB tem alcance maior que o da Lei n. 9.784, já que ela só se aplica aos processos administrativos, enquanto o dispositivo daquela alcança não só os órgãos administrativos, como também os órgãos de controle, inclusive o Poder Judiciário, em todas as esferas de governo.

Além disso, a norma do artigo 24 se completa com o preceito contido no artigo 23, pelo qual, em caso de mudança de interpretação ou orientação nova, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá ser previsto *regime de transição* de modo que o novo dever ou condicionamento seja cumprido de modo *proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais*.

É muito comum a Administração Pública adotar determinada interpretação com caráter normativo, como acontece na Receita Federal e no âmbito da advocacia pública, cujas leis chegam a prever a elaboração de súmulas de observância obrigatória para todos os órgãos sujeitos à sua área de atuação. Se a Administração Pública posteriormente alterar o seu entendimento e aprovar nova orientação, esta não pode atingir situações plenamente constituídas na vigência da orientação anterior.

É exatamente o mesmo fundamento que deu origem à regra do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, pelo qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Se a lei não pode retroagir, a toda evidência, não podem retroagir as novas interpretações adotadas nos âmbitos administrativo, controlador e judicial. Essa retroação afronta o princípio da segurança jurídica, inclusive sob o aspecto da proteção à confiança: o cidadão acredita que a sua situação se consolidou com base em orientação adotada à época e não pode ser prejudicado pela mudança dessa orientação.

É importante realçar que o artigo 24 não impede a invalidação de todo e qualquer ato ou contrato administrativo, mas apenas daqueles que foram praticados com base em orientação geral vigente à época. As orientações gerais, por terem alcance normativo, retratando um posicionamento da Administração Pública sobre determinada matéria controvertida, cria a expectativa do administrado no sentido de que a decisão administrativa está correta, por ter sido adotada com base na interpretação vigente na esfera administrativa. O objetivo da norma é proteger a boa-fé dos administrados que foram beneficiados com a orientação aprovada em caráter geral. A norma protege a *confiança legítima*, que corresponde ao aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica. E protege também a *estabilidade* das relações jurídicas, que corresponde ao aspecto objetivo da segurança jurídica. Não pode o adminis-

trado ficar à mercê das mudanças de interpretação passíveis de afetar situações jurídicas já definitivamente constituídas. Essas mudanças só podem produzir efeitos futuros.

Conforme realçado no texto publicado na RBA,

ninguém nega que as instituições públicas, na administração, no sistema de controle ou no Poder Judiciário, possam alterar suas interpretações sobre o Direito. É normal que, com o devido cuidado, o façam, inclusive em decorrência de novas demandas e visões que surgem no passar do tempo. Contudo, as relações jurídicas preexistentes não podem ser ignoradas. Elas seguem existindo e, se for o caso, terão de se adequar às novas interpretações ou orientações. Necessário, então, que seja previsto regime jurídico de transição que lhes dê tempo e meios para que realizem a conformação, segundo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, tal qual tem se dado em matéria de modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade e, mais recentemente, com mera modificação de posição dominante do Supremo Tribunal Federal.

O texto ainda observa que

o dispositivo, aliás, fortalece os órgãos de controle e aumenta a transparência de sua ação, autorizando-os a negociar formalmente com os destinatários de suas decisões, quando for o caso. Isso, por um lado, supera preconceitos jurídicos arcaicos, segundo os quais as autoridades públicas não poderiam jamais ouvir e dialogar, devendo sempre impor e castigar. De outro lado, a autorização legal formal evita que, na busca de soluções de transição adequadas, essas autoridades tenham, como é comum, de recorrer a artifícios (pedidos de vista, instruções processuais protelatórias, reuniões informais com os interessados etc.). O ganho de transparência fortalece todos os destinatários da norma.

A norma do artigo 24 se reforça com o preceito contido no artigo 23, pelo qual, em caso de mudança de interpretação ou orientação nova, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá ser previsto *regime de transição* de modo que o novo dever ou condicionamento seja cumprido de modo *proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais*.

O Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta o disposto nos artigos 20 a 30 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, repete, no artigo 5º, *caput* e § 1º, o preceito já contido no artigo 24 da LINDB. No § 1º determina que “é vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança de orientação geral”. E no § 2º estabelece que “o disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso”.

3 DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

No que diz respeito ao *princípio da motivação*, já amplamente defendido pela doutrina e jurisprudência e previsto no direito positivo, a LINDB, com a introdução dos artigos 20 a 22, impõe aos órgãos administrativos, controladores e judiciais, a observância de determinadas exigências que devem ser observadas na motivação de suas decisões.

Normalmente se considera que a motivação (obrigatória tanto para a Administração Pública, como para os órgãos de controle e para o Judiciário) exige indicação dos *atos* e dos *fundamentos jurídicos* da decisão. Na Lei de Processo Administrativo, o artigo 2º prevê o princípio da motivação entre aqueles a que se sujeita a Administração Pública; e, no parágrafo único, inciso VII, exige “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Por sua vez, o artigo 50 estabelece que os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Por isso se diz que os motivos podem ser *de fato* e *de direito*.

Os artigos 20 a 22 da LINDB tornaram mais exigente a motivação. Não basta mencionar os fatos e o direito que levaram à prática do ato. É necessário que a decisão, seja administrativa, controladora ou judicial, leve em conta os *efeitos práticos, jurídicos e administrativos* da decisão.

O artigo 20 determina que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” O artigo 3º, § 1º, do Decreto n. 9.830/19 define como “valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”. Não basta mencionar um princípio em que se baseia ou um valor representado por um conceito jurídico indeterminado. Não basta motivar invocando, por exemplo, o princípio do interesse público, sem especificar o seu conteúdo no caso concreto; ou mencionar a moralidade administrativa, sem dizer em que sentido a decisão contraria esse valor. É preciso raciocínio voltado para o futuro, para as consequências do ato. Eu cito no meu livro *Direito Administrativo*,¹ o exemplo da invalidação de um contrato que já está em execução: a invalidação obrigará a celebração de outros contratos, inclusive emergenciais, sem licitação; poderá acarretar o dever de indenizar o contratado, se não foi ele que deu causa à ilegalidade; pode levar a uma contratação de maior valor. Esses efeitos decorrem do próprio ordenamento jurídico.

Vale dizer que, ponderando sobre os efeitos da decisão, a autoridade poderá concluir que a invalidação não é a melhor solução.

Isso não constitui novidade no direito brasileiro. De longa data, a doutrina e a jurisprudência defendem a possibilidade de manter atos ou contratos ilegais, se da invalidação

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 89.

resultar prejuízo maior para o interesse público. Desde longa data a doutrina e a jurisprudência defendem a possibilidade de manutenção de atos ou contratos ilegais, se da invalidação resultar prejuízo maior para o interesse público. Isto não significa que o agente público responsável pela ilegalidade não deva responder pelas consequências danosas de seu ato. Uma coisa é manter o ato ilegal. Outra coisa é isentar de responsabilidade o servidor que agiu ilegalmente.

O Regulamento da Lei (Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019) permite que a autoridade module os efeitos de sua decisão de invalidação e permite que sua eficácia se inicie em momento futuro. A modulação também não constitui novidade no direito brasileiro, porque já prevista no artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e no artigo 11 da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1998, que regulam, respectivamente a ADIN e a ADPF. Essa modulação constitui aplicação do princípio da segurança jurídica, como está expresso nos dispositivos legais citados.

Outra circunstância que deve ser levada em consideração na motivação são os *obstáculos* e as *dificuldades* que o gestor enfrenta na gestão pública e no cumprimento de políticas públicas. É o que determina o artigo 22, *caput*, da LINDB, em cujos termos “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Por exemplo, devem ser levadas em consideração as limitações financeiras e orçamentárias, inclusive as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4-5-00), a necessidade de adotar medida urgente diante das circunstâncias concretas enfrentadas pelo administrador, a imposição de medidas necessárias para dar cumprimento a políticas públicas.

A respeito do artigo 22 da LINDB (que corresponde ao artigo 21 do Projeto de Lei 349/15, do Senado), Alexandre Santos de Aragão² observa que “no Direito Administrativo, muitas vezes as previsões abstratas das normas, e a interpretação que delas fazem alguns órgãos de controle, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, colocando-o diante de um difícil dilema: cumprir cegamente a letra da lei e deixar perecer alguma necessidade pública premente ou a implementação eficiente da política pública a seu encargo; ou interpretá-la inteligentemente, à luz dos seus fins sociais, atendendo aos objetivos públicos que estão ao seu encargo, mas não a sua letra fria e isolada, sujeitando-se, por essa razão, a sanções. Sua grande falta teria sido realizar materialmente os objetivos da norma e do direito, mas não cumprido a sua regra abstrata e isolada tal como interpretada, mais ortodoxamente, por alguns órgãos de controle”. O autor cita alguns exemplos concretos para ilustrar o dilema que enfrenta o administrador público e depois acrescenta que:

² ARAGÃO, Alexandre Santos. Artigo 21. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 20.

diante da renitência de alguns órgãos de controle em seguir essa visão de uma legalidade mais ampla ou de juridicidade, parece necessário se explicitar para o Direito Administrativo como um todo – já que o problema não é restrito a determinados setores da Administração Pública ou entes federativos – a necessidade de que a sua interpretação deve levar em consideração as exigências práticas com as quais o administrador tem que lidar em cada caso concreto, pois a Administração Pública não se destina apenas a fazer belas subsunções formais, mas a transformar concretamente a realidade de acordo com o programa constitucional.

Com efeito, as dificuldades de toda ordem enfrentadas pelo administrador público são muitas e não podem deixar de ser levadas em consideração pelos órgãos de controle. Por isso mesmo, o § 1º do artigo 22 determina que “em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

O artigo 8º do Decreto n. 9.830/19 repete, com outras palavras, a norma do artigo 22 da LINDB. No § 2º determina que a decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas (referida no § 1º), observe “o disposto nos artigos 2º, 3º ou 4º”, que são os dispositivos que contêm normas sobre a motivação. Por outras palavras, a decisão sobre a regularidade de conduta ou de vício de ilegalidade, não pode basear-se em valores abstratos, deve levar em conta a situação concreta enfrentada pela autoridade, deve apontar os efeitos da decisão nas esferas administrativa e controladora, deve observar a adequação, proporcionalidade e razoabilidade. A motivação deve observar essas exigências.

4 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da motivação deve ser combinado com o da proporcionalidade. A LINDB exige que se demonstre a *necessidade* e *adequação* da medida imposta ou da invalidação decretada, levando em consideração as possíveis alternativas. Lembre-se a lição de Robert Alexy que, para a proporcionalidade, em sentido amplo, se exige demonstração de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

O parágrafo único do artigo 21 da lei, na parte final, proíbe que, para fins de regularização de um ato ou contrato ilegal, se imponham aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em razão das peculiaridades do caso, sejam *anormais* ou *excessivas*. Trata-se também de aplicação do princípio da proporcionalidade. Aqui também a medida repete, em outros termos, norma que já se contém no artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei de Processo Administrativo federal (Lei n. 9.784/99), o qual exige, nos processos administrativos, se

observe a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

A norma do artigo 21 da LINDB repete-se no artigo 4º, § 2º, do Regulamento. E o § 4º do mesmo dispositivo estabelece a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de invalidade, prevendo a possibilidade, para o administrador, de “I – restringir os efeitos da declaração; ou II – decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido”. Pelo § 5º do artigo 4º, “a modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso”.

Ainda a exigência de proporcionalidade está presente na lei em matéria de aplicação de sanções.

O artigo 22, § 2º, contém norma que repete preceito que aparece de longa data nos estatutos dos funcionários públicos, como é o caso do artigo 128 da Lei n. 8.112/90: “Na aplicação de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”.

Tudo isso tem que ser demonstrado na motivação da sanção. E já tem sido aplicado pela jurisprudência. São inúmeras as ações judiciais em que o autor reclama do excesso de punição. Mesmo as pessoas que não são servidoras públicas, como as punidas por agências reguladoras ou outros órgãos que exercem poder de polícia, com muita frequência vão a juízo para alegar os excessos da punição diante da infração praticada. Só que agora não se trata apenas de um princípio, mas de um comando legal. Trata-se de *regra jurídica*.

Ainda sobre a proporcionalidade na aplicação de sanções, o § 3º do artigo 22 da LINDB estabelece que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

Esse dispositivo é especialmente relevante diante da sobreposição de instâncias sancionadoras, agasalhadas pelo direito positivo. O mesmo fato pode ensejar punição na esfera administrativa, na esfera cível (pela aplicação da lei de improbidade administrativa, ou pela lei anticorrupção), na esfera do Tribunal de Contas, na esfera do Cade, na esfera das agências reguladoras. Muitas vezes, a mesma sanção é prevista em várias leis. Nesse caso, o § 3º do artigo 22 exige que as sanções aplicadas aos agentes, em uma das instâncias seja levada em consideração em outras instâncias, na dosimetria das demais sanções. O objetivo é impedir a cumulação de sanções pela prática da mesma infração. Não há como aplicar, por exemplo, duas vezes a pena de multa ou a proibição de receber incentivos do poder público, ou a declaração de inidoneidade.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Tribunal de Contas da União não pode aplicar sanções que já foram levantadas em acordo de leniência.³

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União⁴ realçou o aspecto da *unicidade do sistema de controle*. Ele reconheceu que o acordo de leniência, tendo natureza contratual, só produz efeitos entre as partes. Como o Tribunal não participou do acordo de leniência, ele não poderia ser alcançado pelos seus efeitos. No entanto, entendeu que:

as diversas instâncias de controle devem atuar em prol da unidade do sistema de combate aos ilícitos que são instrumentalizados a perseguir e sancionar. Tomando por base a ideia de um microssistema de tutela da moralidade e da probidade públicas, compreendo que o Tribunal de Contas, o Ministério Público, o Ministério TFC e o CADE devem atuar, nos eventuais espaços de sobreposição, no sentido de cooperar entre si com vistas a maximizar a eficácia de defesa dos referidos bens jurídicos, sob a ótica do Estado como um todo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos aspectos da LINDB, apontados nos itens anteriores, ficam algumas indagações: O que esperar? O que exigir?

A lei não é muito fácil de ser entendida e aplicada no dia a dia pelo servidor público, dependendo da categoria em que se insere e do nível de preparo exigido para o cargo ou emprego que ocupa.

A sua compreensão depende, em grande parte, das lições e experiências que o servidor vai vivenciando no exercício de suas funções. Ele pode e deve ser orientado pelos órgãos jurídicos que existem em todos os níveis da Administração Pública. A efetiva aplicação da lei depende em grande parte de sua aceitação pelos órgãos de controle, especialmente do Poder Judiciário.

Embora, aparentemente, a lei apresente, a uma primeira leitura, alguma dificuldade de entendimento, o fato é que ela não contém tantas inovações como pode parecer. Muitos dos preceitos por ela adotados já são aplicados pela jurisprudência dos tribunais, inclusive dos Tribunais de Contas.

O seu descumprimento pela Administração Pública pode ser corrigido nas vias de controle e judiciais.

Além dos textos já citados, contendo comentários sobre a lei, é importante lembrar que, em 14 de junho de 2019, foi realizado um seminário pelo Instituto Brasileiro de Direito

³ Medida Cautelar no MS-35.435-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13-04-2018.

⁴ Acórdão 1214/2018, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, em 30-05-2018.

Administrativo (IBDA), reunindo professores de direito administrativo de várias Universidades, no Município de Tiradentes, em Minas Gerais, do qual resultou a aprovação de “Enunciados relativos à interpretação da LINDB e seus impactos no Direito Administrativo”. Tais enunciados foram divulgados por meio de artigo de Fabrício Motta, então presidente daquele Instituto, conforme publicação no Conjur do dia 11 de julho de 2019.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Artigo 21. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari; e outros. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo; Revista dos Tribunais, ano 3, n. 9, p. 289-312, abr./jun. 2018.

MOTTA, Fabrício. Pela segurança jurídica, precisamos tratar da interpretação da LINDB. *Consultor Jurídico*, 11 jul. 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015.

Riscos de improbidade administrativa na gestão de calamidades públicas e as consectárias responsabilizações jurídicas do agente público¹

Rogério Gesta Leal

Doutor em Direito (UFSC)

Professor titular (Unisc/FMP)

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Tempos de (des)ordem: limites de contenções; 3 A atuação da Administração Pública em face de estados de calamidade pública: aspectos normativos e conceituais preliminares; 4 A dispensa de licitação pública como espécie de improbidade administrativa em face de calamidades públicas; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública em geral tem sido chamada a responder, cada vez mais, por demandas diversas e complexas do Mercado e da Sociedade, muitas vezes tensas e justapostas, levando a escolhas disjuntivas, eis que implicam eleger algumas prioridades em detrimento de outras. Por certo que estas escolhas (em alguns casos trágicas) reclamam razões de justificação e fundamentação amplas, legítimas e democráticas, submetidas a todo o tipo de controle, preventivos e curativos.

Pretendemos no presente texto avaliar os riscos de configuração de improbidade administrativa no âmbito da gestão de calamidades públicas e as respectivas responsabilizações dos agentes públicos, notadamente no caso da dispensa de licitação para o atendimento destas demandas.

2 TEMPOS DE (DES)ORDEM: LIMITES DE CONTENÇÕES

Tempos de crises institucionais, políticas e econômicas, modo geral, colocam na agenda dos debates internacionais e nacionais grandes e sérios perigos a determinadas conquistas, princípios e liberdades constitucionais a Democracia. Aqui, a tentação em desrespeitar tais direitos e garantias encontra-se em seu apogeu, enquanto que os seus tradicionais

¹ Artigo elaborado para publicação no livro do XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, nos dias 16 a 18 de outubro de 2019.

mecanismos de efetivação e proteção estão em baixa; sutilezas legais podem ser deixadas de lado para serem apreciadas somente em tempos de paz e tranquilidade.²

Em meio a tais turbulências garantias constitucionais são colocadas a prova, razão pela qual os compromissos permanentes em preservar e manter direitos e liberdades devem estar constantemente equalizados/convergentes com os cuidados de não transmutar a Constituição em um pacto suicida, na expressão do Juiz da Suprema Corte Norte-americana Robert H. Jackson. O Juiz Jackson, em 1949, no caso *Terminiello v. Chicago*, no qual a maioria dos magistrados decidiu que lei municipal de Chicago que proibia o discurso de provocar a ira do público, convidar a disputas, provocar situação de inquietação ou criar distúrbios, estaria violando as Primeira e Décima Quarta Emendas à Constituição Norte-americana, dissentiu sob o argumento de que:

This Court has gone far toward accepting the doctrine that civil liberty means the removal of all restraints from these crowds and that all local attempts to maintain order are impairments of the liberty of the citizen. The choice is not between order and liberty. It is between liberty with order and anarchy without either. There is danger that, if the Court does not temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom, it will convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact.³

Os cenários de emergências, crises, riscos e perigos nos quais nos encontramos de forma, muitas vezes, involuntária, são cada vez mais recorrentes, derivando sequelas de multiníveis, aumentando os custos de manutenção de liberdades públicas, direitos e garantias políticas tradicionais; do mesmo modo, vão gerando tensões de dimensões trágicas entre valores democráticos e respostas a emergências políticas, sociais e institucionais. Basta analisarmos – usando exemplo radical – algumas situações envolvendo nações democráticas em face de sérias ameaças terroristas que colapsam o exercício de liberdades públicas dos seus cidadãos.⁴

Ao mesmo tempo, exigências e crises agudas tem desafiado vários conceitos centrais da democracia constitucional, e mesmo de sistemas jurídicos tradicionais, surgindo preocupações sobre qual a extensão e em que medida podem ser justificadas violações de valores fundamentais em nome da sobrevivência da própria democracia. Em outras palavras,

² Ver o texto de: GROOM, Brian. Detaining suspects not abuse of Human Rights. *Financial Times*, London, 12 nov. 2001.

³ US SUPREME COURT. *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1. 1949. p. 24. Ver na mesma linha o texto de: BELLESILES, Michael A. Suicide pact: new readings of the second amendment. *Constitutional Commentary* 764, v. 16, 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/764>. Acesso em: 21 jan. 2019.

⁴ Ver o texto de: ARREGUIN-TOFT, Ivan. *How the weak win wars: a theory of asymmetric conflict*. New York: Cambridge University Press, 2005. Também ver o texto de: WOLIN, Sheldon S. *Democracy incorporated: managed democracy and the specter of inverted totalitarianism*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

em que medida governos republicanos e democráticos podem justificar ações nestas direções sem se transformar em regimes autoritários?

Quando exigências extremas surgem, de forma quase invariável, as forças políticas e econômicas, institucionais e sociais, deixam às mãos do Poder Executivo a responsabilidade imediata de seus enfrentamentos, levando ao seu fortalecimento enquanto poder de Estado, e isto não somente em face dos demais poderes estatais, mas também diante de direitos individuais e liberdades públicas.⁵

Por outro lado, se o Poder Executivo tem assumido protagonismo diferenciando no confronto de cenários de crises sociais envolvendo, principalmente, riscos e perigos trágicos e iminentes, a despeito da vontade ou mesmo reação dos outros poderes de Estado, isto também ocorre justamente porque o tempo e a forma tradicionais de tomada de decisões na Democracia representativa ordinária, por vezes, não atende minimamente – por serem mais morosos – as expectativas e necessidades de determinadas demandas comunitárias marcadas por níveis de complexidade e emergências imediatas. Como nos diz Daron Acemoglu e James Robinson:

*While such expansions and concentrations of powers are not unique to times of crisis, but rather are part of the modernization of society and the need for governmental involvement in an ever-growing number of areas of human activity, it can hardly be denied that such phenomena have been accelerated tremendously (and, at times, initiated) during emergencies. Our acceptance of the growing role of the executive branch as natural may be attributed, in part, to our conditioning during times of emergency.*⁶

Em face disso, dois vetores aparentemente antitéticos estão em constante tensão: a existência de necessárias restrições e limitações aos poderes governamentais constituem-se em atributos fundamentais dos regimes democráticos modernos; por outro lado, os ideais deste modelo de Democracia representativa, como os direitos individuais, a legitimidade dos poderes instituídos, a *accountability* social, os sistemas de controles dos poderes, sugerem que, em tempos difíceis de instabilidades econômicas, políticas e sociais, podem surgir oportunidades em que este mesmo Estado precise se valer de medidas urgentes/adequadas – sob o ponto de vista de suas efetividades – para dar conta de problemas de alta gravidade.

Emergências inusitadas em termos de demandas públicas tendem a provocar iniciativas de contenção ou solução a elas com velocidade diferida da legislativa e, por ve-

⁵ Ver o texto de: ROSENTHAL, Peter. The new emergencies act: four times the war measures act. *Manitoba Law Journal*, n. 563, p. 576-80, 1991. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/manitob20&div=44&id=&page=>. Acesso em: 11 fev. 2019.

⁶ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. The role of institutions in growth and development. *Review of Economics and Institutions*, v. 2.1, 2010. p. 16. ISSN 2038-1379. DOI 10.5202. Disponível em: <http://www.rei.unipg.it/rei/article/view/14>. Acesso em: 18 fev. 2019.

zes, a partir de premissas não raro apressadas e divorciadas das conquistas civilizatórias de direitos e garantias, colocando à disposição das autoridades públicas maiores poderes abrangentes para resolver problemas urgentes.

É fácil compreendermos isto na medida em que se afigura mais confortável fazer aprovar medidas de exceção do que questionar porque elas são necessárias, além do que ao poder instituído garante protagonismo de ação e reação, o que sem dúvidas não é suficiente, pois tão somente mostra o que autoridades públicas podem fazer (atacando as consequências e deixando de lado as causas) em vez de estarem inertes.

Assim, em cenários democráticos, é preciso reconhecer, o conceito de poderes de emergência remete a situações de fôlego curto e medidas transitórias que são constituídas para responder a situações particulares, para, então, serem removidos o mais rápido possível, tanto quanto bastem para dar cabo exitoso das razões pelas quais foram instituídos. Em outras palavras, a sensação de que medidas de emergência, as quais podem se desviar do que é aceitável normalmente no âmbito e confins do sistema legal em tempos ordinários, não podem afetar campos legais e políticos durante muito tempo, sob pena de fazer com que a natureza draconiana das ações perpetradas seja aceita mais facilmente.

É muito fácil dizer que em certas situações, quando o pânico, o medo, o ódio, e emoções similares prevalecem, discursos e análises racionais são colocadas de lado na formulação de respostas a demandas públicas decorrentes. O problema é que, quando deparados com sérias ameaças ou com emergências extremas, o público em geral – e seus líderes – costumam ter dificuldades de avaliar com precisão racional os riscos e perigos efetivos que se postam a Sociedade, até porque discursos, práticas e estratégias ideológicas ganham folego em busca de hegemonias conjunturais.⁷

Qualquer ato de balanceamento/ponderação levando em conta as ameaças – reais e fictícias – que precisam ser atendidas, e os custos para a Sociedade e seus membros, para os fins de enfrentar tudo isto de diferentes maneiras, precisa sempre ser muito bem fundamentado e controlado, mesmo quando aplicado com a melhor das atenções.

Para alguns teóricos desta problemática, as pessoas se comportam a partir de conjuntos de limitações cognitivas e preconceitos que podem preveni-las diante da captura das reais probabilidades de ocorrência de certos tipos de riscos e incertezas. As avaliações precisas destas reclamam informações relacionadas e confiáveis da magnitude do que está envolvido, e das possibilidades de que se materializem.⁸

⁷ Ver o excelente texto de: FENTON, Natalie. The internet and radical politics. In: CURRAN, J.; FENTON, N.; FREEDMAN, D. *Misunderstanding the internet*. New York: Routledge, 2012.

⁸ Ver os textos de: CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013; CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a era da informação*. São Paulo: Paz e Terra, 2012; CASTELLS, Manuel. *Comunicació i poder*. Barcelona: UOC, 2009; CASTELLS, Manuel. Comunicação, poder e contra-poder na sociedade em rede. *Jornal Internacional de Comunicação*, v. 1, n. 1, p. 29, 2007.

O conceito de racionalidade limitada aqui relaciona-se com nosso insuficiente conhecimento sobre os estados de coisas relacionados naqueles cenários, e as imperfeições das tecnologias que deveriam nos auxiliar para o enfrentamento de emergências sociais e individuais as mais variadas, o que, em parte, explicam as falhas para lidar com informações e dados inéditos, isto porque importantes elementos de processos cognitivos e de análises precisam ser investigados para fins de determinar – mesmo que aproximadamente – consequências e alternativas aqueles contextos.

Não podemos olvidar que emergências, caracterizadas como repentinas e geralmente imprevisíveis, situações que requerem ações/respostas imediatas, frequentemente sem tempo para reflexões e considerações preliminares, acentuam os problemas relacionados com habilidades para processar informações e avaliar situações complexas. Consequentemente, tais exceções tendem a provocar o aumento da dependência em racionalidades/cognitividades mais arejadas diante daqueles, buscando caminhos mais curtos que as pessoas usam quando tomam decisões refletidas e de maneira mais tranquila, principalmente para combater a falta de tempo suficiente e apropriada a avaliação destes ambientes. O problema é que, não raro, aquelas racionalidades não operam, e a tendência é serem criados padrões de avaliações deficitários e equivocados.⁹

A avaliação de racionalidades deficitárias, pois, evidencia que indivíduos tendem a conectar as probabilidades de eventos particulares a partir de suas habilidades de imaginar eventos similares ocorridos no passado, não se dando conta das diferenças espaciais e temporais (ideológicas, políticas, econômicas, culturais) nas quais se forjaram os padrões eleitos como diretrizes de suas compreensões. Neste sentido, teorias prospectivas sugerem que as pessoas tendem a dar peso excessivo a resultados de baixa probabilidade quando os riscos são altos o suficiente e os resultados são particularmente ruins. Ameaças terroristas, tais como as ocorridas no 11 de Setembro, são perceptíveis para os fins de elevar as expectativas de novos ataques a níveis muito altos. Assim, nossa percepção de riscos surgidos em situações de emergência pode ser distorcida.¹⁰

Cass Sunstein recentemente sugeriu que as previsões das teorias prospectivas são especialmente válidas onde os maus resultados afetam ricos, nomeadamente onde envolvem não somente sérias perdas, mas onde se produzem particularmente fortes emoções.¹¹

⁹ Conforme: LUECKE, Richard. *Gerenciando a crise*. Rio de Janeiro: Record, 2010; e o texto de: ADELANTADO, José. *Desigualdad, democracia y políticas sociales focalizadas*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2005.

¹⁰ Ver o texto de: KAPLAN, F.; SCHWARTZ, S. (Eds.). *Human judgment and decision processes*. New York: Academic Press, 2005. Ver também o texto de: FRANZONI, Juliana M. *Domesticar la incertidumbre en América Latina*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2008.

¹¹ SUNSTEIN, Cass R. Probability neglect: emotions, worst cases, and law. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 138*, 2001. p. 3. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 1º abr. 2019. Refere expressamente o autor que: *For those who study the topic of risk regulation, there are many things to say about this state of affairs. First, safety is a matter of degree; it is foolish to worry, as people seemed to be doing, about whether they are "safe" or "not safe." As a statistical matter, most people, in*

O autor foca no que chama de *probabilidades negligentes*, no sentido de, muitas vezes, as teorias das probabilidades não levarem em conta, porque deixam de acessar/avaliar todos os fatores e variáveis que compõem os ambientes nos quais as probabilidades são demarcadas, elegendo tão somente os piores resultados possíveis, os quais invocam emoções e sentimentos demasiadamente fundamentalistas como o medo, reclamando respostas (a demandas equivocadas) igualmente radicais.¹²

É interessante o argumento de Sunstein no sentido de que as pessoas desenvolvem perspectivas míopes sobre o futuro no qual elas tendem a subvalorizar benefícios e custos quando os comparam com os atuais. Quando duras medidas/respostas governamentais, em face de situações delicadas e representativas de perigos, são percebidas pela Sociedade como socialmente benéficas, os custos de longo prazo para o Estado de Direito e mesmo para os direitos fundamentais individuais tendem a ser tolerados.

O fato de que os custos do futuro sejam vistos de forma muito intangível e abstrata em quadros de emergência, especialmente quando comparados com aqueles sentimentos tangíveis de medos expressivos, associados com o aumento da segurança como resultado de ações governamentais – sejam quais forem –, somente amplificam os equívocos das avaliações de emergências reais e políticas públicas consecutórias. Ou seja, os ciclos de radicalização ideológica ou retórica dos discursos do medo (junto com as percepções equivocadas por conta de percepções negligentes e imperitas) em face daquilo que os gestores públicos não conhecem muito bem (e tampouco desejam conhecer), geram sentimentos trágicos de pavor horripilante, imediato e violento, da possibilidade de eventos e fenômenos que coloquem em xeque a normalidade de espaços públicos e privados, fomentando a institucionalização de medidas de força e violência em nome de determinada ordem social.

Temos, todavia, que no Estado Democrático de Direito atual as emergências políticas e sociais devem ser enfrentadas a partir de ações e reações pautadas por prudência e razoabilidade adequadas as urgências apresentadas, razões pelas quais governantes devem ter ampla responsabilidade ao determinar quais medidas são necessárias e devem ser tomadas para lidar com crises de maneira efetiva e eficaz.

Máximas como *necessidades não conhecem a lei* (*salus populi suprema lex est; inter arma silente leges*), ou razões de Estado, estão mais associadas com formas autoritárias de tratamento daqueles cenários do que democráticas.

most places (not excluding airports), were not at significantly more risk after the attacks than they were before. (Grifos nossos). Ver também o texto de: SCHREUER, Christoph. Derogation of human rights in situations of public emergency: the experience of the European Convention on Human Rights. *Yale Journal*, v. 9, p. 113-132, 1982. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol9/iss1/6>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹² Lembra Sunstein que: “*When a bad outcome is highly salient and triggers strong emotions, government will be asked to do something about it, even if the probability that the bad outcome will occur is low*”. SUNSTEIN, Cass R. Probability neglect: Op. cit., p. 5.

Sob essa marca de realismo político, democracias não representam enigmas reais em face de emergências, isto porque há restrições que limitam governos no tratamento destas, oriundas tanto de marcos institucionais e orçamentários limitados, como também por processos e procedimentos democráticos a serem adotados e pautados pelos termos da lei, porque justamente estes tendem a evitar (ou diminuir) os níveis de ilegitimidade democrática, abusos de poder e desvios de finalidades.¹³

Em posição diametralmente oposta à do realismo político de que estamos falando há o reclame no sentido de que o sistema jurídico não deve, sob qualquer condição e independentemente de circunstâncias, reconhecer emergências como merecedoras de especial tratamento divorciadas dos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais asseguradores do regime democrático. Na medida em que o realismo abandona estas premissas, a Democracia se expõe a instabilidades as mais diversas.¹⁴

A despeito dessas posições, entendemos que são as disposições jurídicas vigentes que devem pautar as respostas governamentais às emergências sociais, e a premissa neural que está subjacente a tais argumentos é o primado da norma fundamental, determinando que qualquer que sejam as respostas dadas aos desafios de demandas públicas urgentes, elas devem estar sustentadas nos confins dos comandos constitucionais.¹⁵

Em outras palavras, somente sob o argumento do *gerencialismo* como paradigma e modelo de poderes emergenciais, o Estado de Emergência não justifica os desvios eventualmente cometidos em face dos sistemas jurídicos ordinários. Nenhum poder especial de emergência é introduzido em bases permanentes, isto porque estes sistemas costumam providenciar respostas necessárias para situações de crises eventuais sem depender, demasiadamente, de formulações assertóricas legislativas ou executivas inéditas, ou aditivas de ocasião, razão pela qual a ocorrência de qualquer particular emergência não pode justificar ou explicar a suspensão, por todo ou em parte, dos padrões normativos vigentes.¹⁶

O firme argumento sobre a aplicabilidade de normas ordinárias em cenários de emergência institucional e social reforçam a tese de que quaisquer operações de governo somente

¹³ Ver o texto de: BALDWIN, David A. Neoliberalism, neorealism, and world politics. In: ELMAN, Colin; JENSEN, Michael A (eds.) *Realism reader*. New York: Routledge, 2014.

¹⁴ Conforme o texto de: MURRAY, Alastair. *Reconstructing realism: between power politics and cosmopolitan ethics*. Edinburgh: Keele University Press, 2007.

¹⁵ Como lembra VASQUEZ, John A. *The power of power politics: a critique*. New Brunswick: Rutgers University Press, 2009. p. 61: “While terrorists are lawless and operate outside the sphere of legal principles, democratic governments must be careful not to fight terrorism with lawless means. Otherwise, these governments may succeed in defeating terrorism at the expense of losing the democratic nature of the society they are defending. The assumption is, therefore, that the exception is governed and controlled by legal norms”.

¹⁶ Neste sentido ver o texto de: DERSHOWITZ, Alan M. Is it necessary to apply “physical pressure” to terrorists—and to lie about it? *Israel Law Review*, v. 23, n. 192, 1989. Ver também o texto de: KITTRIE, Nicholas N. Patriots and terrorists: reconciling human rights with world order. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v.13, iss. 21981. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol13/iss2/3>. Acesso em: 6 maio 2019.

devem se dar dentro dos limites da lei, colocando os agentes públicos em alerta para serem mais responsáveis em suas gestões, evitando a defraudação dos sistemas normativos a que estão vinculados. Em face desta perspectiva, a necessidade permanente de prestação de contas e transparência de tais atos justifica a exposição pública como ferramenta de controle e responsabilização maior de suas ações.

Lembremos que, se o poder já está instalado em instâncias governamentais e com protagonistas com escopos e projetos mais privados do que públicos, isto torna mais fáceis ações ilícitas em face daquelas situações políticas nas quais relações ainda não estão consolidadas. Por isto a inexistência de limites normativos a governabilidade – inclusive em cenários de emergências – pode encorajar inescrupulosos líderes políticos a fomentar atmosferas de medo, invocando poderes extraordinários de gestão.

No caso da Administração Pública brasileira é possível que o gestor lance mão de medidas de urgência para lidar com situações calamitosas ou trágicas que, de inopino, surtem em seu cotidiano, como os casos de calamidade pública, e isto está minimamente regulamentado, mas, mesmo assim, tem dado ensejo para o cometimento de muitas irregularidades e ilícitos de diversas ordens, e aqui queremos destacar a improbidade administrativa como possibilidade comportamental, matéria que vamos abordar na sequência.

3 A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DE ESTADOS DE CALAMIDADE PÚBLICA: ASPECTOS NORMATIVOS E CONCEITUAIS PRELIMINARES

É preciso que entendamos como os marcos normativos brasileiros estabelecem as condições e possibilidades do enfrentamento administrativo de situações de emergências nominadas de calamidades públicas.

Neste sentido importa tomar como referência os termos da Lei Federal n. 12.340/2010, e do Decreto Federal n. 7.527/2010, os quais demarcam em que situações, e por quais procedimentos, podem ser instituídos/declarados estados de calamidades públicas nas demais entidades federativas da União.

Neste ponto, é o art. 2º, do Decreto referido, que apresenta tais conceitos, a começar pelo de defesa civil, a ser providenciada por Estados e Municípios, através de ações preventivas, de socorro, assistenciais e recuperativas, destinadas a evitar desastres e minimizar seus impactos para a população, assim como restabelecer a normalidade social.

Aqui já podemos perceber o conjunto de categorias indeterminadas que a normativa utiliza para tratar de situações, riscos e perigos que efetivamente se apresentam como de força maior, envolvendo casos fortuitos não passíveis de previsão e acautelamento anterior. Tais categorias, entretanto, não autorizam atribuição de sentido a partir tão somente da dis-

criconariedade absoluta do Administrador, mas estão vinculadas necessariamente aos ditames de gestão pública proba e aos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis a espécie.

E por que dizemos isso? Pelo fato de que o que se espera da Administração Pública proba e eficiente é que ela permanentemente desenvolva políticas e ações governativas que previnam desastres e calamidades públicas, e só conseguirá fazer isto com planejamento, programação, investimento, diagnósticos e prognósticos confiáveis de demandas e respostas da gestão, nos mais diversos níveis de gravidade e urgência. Mesmo adotando medidas de evitação, se estes vierem a ocorrer por conta de fenômenos efetivamente fortuitos ou de força maior, então impõem-se ao administrador a promoção de socorro, medidas assistenciais e recuperativas, destinadas a minimizar os impactos para a população, assim como restabelecer a normalidade social.

Para além desses parâmetros, também o Decreto apresenta outros mais específicos a autorizar o reconhecimento do estado calamitoso, tais como: (i) diante de desastres, ora entendido como resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais.¹⁷ E novamente temos de nos questionar: (i) o que são eventos adversos e como se caracterizam? (ii) como identificar ecossistemas vulneráveis? (iii) há disposições normativas exaustivas que os qualificam? (iv) qualquer dano humano, material ou ambiental que gere qualquer tipo de prejuízo econômico e social, pode autorizar o enquadramento da ocorrência como desastre e para os fins da institucionalização do estado de calamidade pública? (v) quem responde a todas estas interrogações?

Os mesmos âmbitos de incertezas assolam os conceitos de situação de emergência e de estado de calamidade pública, os quais o Decreto Federal toma por sinônimos,¹⁸ ao descreve-los como situação anormal, provocada por desastres – ou seja, por contextos de significados abertos e condicionados a variáveis múltiplas –, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido. Como podemos saber qual a capacidade de resposta que o poder público tem que ter para determinados cenários de emergência e, a partir disto, delimitar qual o comprometimento parcial desta capacidade?

Agregadas a tais dificuldades hermenêuticas se apresentam diversos problemas relacionados as ações e políticas que a Administração Pública pode/deve realizar para dar conta dos riscos, perigos e danos – instalados e iminentes – que decorrem das condições de urgência, descritos a partir do inciso V, do mesmo art. 2º (ações de socorro, assistência as vítimas, reestabelecimento de serviços essenciais, reconstrução e prevenção), e todas elas

¹⁷ Inciso II, do art. 2º, do Decreto Federal n. 7.527/2010.

¹⁸ Inciso III, do art. 2º, do Decreto Federal n. 7.527/2010.

reclamam profundos e eficientes mecanismos de controle preventivo e curativo, pois podem decorrer daí situações de malversação de patrimônio público, e mesmo por negligência, imprudência ou imperícia, o cometimento de crimes ou improbidades as mais diversas contra a Administração Pública.¹⁹

Estamos querendo dizer que: (i) a situação de emergência e o estado de calamidade pública para se configurar precisam, histórica e contextualmente, estar fora da capacidade de alcance de previsibilidade, evitação e resposta ordinárias do Poder Público; (ii) esta medida de alcance tem de ser aferida a partir de indicadores objetivos e públicos de eficiência e probidade das políticas públicas de gestão, assim como das capacidades cognitivas, estruturais e conjunturais (espaciais e temporais) de respostas preventivas e curativas do poder público, pois suas ausências poderão configurar, eventualmente, responsabilidades por omissões ou por negligência, imperícia ou imprudência.²⁰

Em face disto, terá o gestor público que providenciar, a todo o tempo, os elementos para a delimitação, o mais objetiva possível, das exigências normativas perquiridas, as quais vão servir também para se estabelecer os controles de legitimidade e legalidade levados a efeito para o seu regular enfrentamento, assim como as responsabilidades decorrentes, isto porque as particularidades distintivas de calamidades e desastres são muitas, sendo necessárias apreciações pontuais – com critérios claros – as suas delimitações e enfrentamentos.²¹

Sem sombra de dúvidas que isto envolve – direta e indiretamente – a capacidade da gestão pública ser eficiente (responsável) em termos de diagnósticos das demandas (ordinárias e emergenciais) de sua comunidade, e na geração adequada de políticas preventivas e curativas para elas, pois aqueles gestores que não se ocupam de constituir planos e programas de governos fundados em cenários confiáveis de agendas do presente e do

¹⁹ Destacamos o item **prevenção** aqui porque ele vai ser fundamental como imposição ao gestor público no desenvolver políticas públicas de evitação notadamente de ocorrências que, a despeito de trágicas e sazonais, tem se repetido no tempo, descaracterizando – eventualmente – emergência inédita que autorize medidas de exceção, basta lembrarmos de enchentes periódicas que arrasam núcleos habitacionais todos os anos, e que estão em situação de clandestinidade no âmbito da ocupação do solo urbano.

²⁰ Por tais razões, o Tribunal de Contas da União brasileiro já teve oportunidade de editar um enunciado dizendo o seguinte: É pressuposto da aplicação de dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública que a situação adversa não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação. BRASIL. TCU. *Autos do Acórdão 224/2007*. Plenário. Relator Min. Marcos Vinícius Vilaça. data da sessão em: 28 fev. 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 19 jul. 2019. Por outro lado, há procedimentos próprios exigidos pelo marco normativo sob comento para o regular reconhecimento/declaração de situação de emergência e estado de calamidade pública para os efeitos jurídicos de que estamos falando. Ver também a Instrução Normativa 001, de agosto de 2012, emitida pelo Ministério da Integração Nacional, regulamentando ainda mais esses requisitos.

²¹ Claro que, por vezes, em face da gravidade das calamidades que estão a ocorrer, pois não concluíram seus ciclos de efetivação e danos, resta difícil demarcar com precisão matemática quais são estes elementos, mas ao menos informações relacionados as ocorrências já consolidadas e as medidas que se exigem diante delas é possível e necessário constituir. Registre-se que os Estados brasileiros costumam legislar supletivamente sobre estas matérias.

futuro, certamente estarão mais expostos a surpresas e eventos inesperados por conta da incapacidade/incompetência de tê-los previstos, a despeito dos seus indicadores estarem presentes no cotidiano da Comunidade.

Se de um lado a legislação nacional criou estas possibilidades de gestão de crises envolvendo o administrador público, por outro trouxe dever correlato por parte destes em justificar e fundamentar seus atos a este título de forma muito bem articulada e convincente, sempre vinculado as hipóteses normativas especiais (infraconstitucionais), e as gerais (constitucionais), em termos de princípios e regras jurídicas, sob pena de correr o risco de cometer ilícitos cíveis, administrativos e penais. Dentre esses, para os fins deste trabalho, queremos dar destaque a dispensa de licitação como espécie de improbidade administrativa descrita no inciso VIII, do art. 10º, da Lei n. 8.429/1992, em face das chamadas situações de calamidade pública, prática muito corrente em vários Municípios brasileiros.

4 A DISPENSA DE LICITAÇÃO PÚBLICA COMO ESPÉCIE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DE CALAMIDADES PÚBLICAS

Como vimos até aqui são muitas as hipóteses de enquadramento de riscos e perigos – iminentes e consolidados – como calamidades públicas que estejam a exigir políticas de prevenção ou gerenciamento de danos sociais por parte dos administradores públicos brasileiros.

As normativas acima referidas, propositadamente, tratam da matéria sob comento ora de forma conceitualmente precisa, identificando quais os elementos objetivos que caracterizam situações de calamidades públicas; ora o fazem de modo mais genérico, com categorias mais abertas em termos de sentidos, evidenciando significações plurais diante, até, da natureza de eventos de força maior ou casos fortuitos de difícil delimitação imediata e definitiva.

O problema é que o sistema jurídico nacional atual conta com marcos normativos diversos que se ocupam da regulação e responsabilização dos administradores públicos quando se desviam de finalidades lícitas (por meios e resultados), prevendo sanções distintas – e cumulativas – a eles, desde: (a) suspensão de direitos políticos, perda de cargo e função pública, nos termos do art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988, e art. 12, I, da Lei de Improbidade Administrativa (n. 8.429/92); (b) ressarcimento de dano e multa civil, art. 12, I, da Lei de Improbidade Administrativa (n. 8.429/92); (c) multa aplicável pelo Tribunal de Contas aos chefes de Poderes e ocupantes de cargos de direção de órgãos públicos, nos termos do art. 5º, da Lei Federal n. 10.028/2000; (d) prisão, multa e penas restritivas de direitos, nos termos da mesma Lei Federal n. 10.028/2000, que criou capítulo

específico no Código Penal para crimes contra as finanças públicas²²; (e) as penas dos crimes praticados por Prefeitos nos termos do Decreto n. 201/67.

Nas situações de calamidade pública sob comento, o ordenador da despesa pode, mediante os termos da lei (todas as normas aqui referidas, portanto), dentre outras medidas, fazer uso, se for o caso, de contratações diretas de serviços, obras e produtos para realizar o enfrentamento das demandas que se apresentam por decorrência das situações calamitosas indicadas, e o faz, em tese, ao abrigo do disposto no art.24, IV, da Lei de Licitações (n. 8.666/93), que disciplina:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

É certo que alguns casos de emergência ou de calamidade pública se caracterizam como de conteúdos jurídicos indeterminados, que reclamam complementação normativa oriunda do sistema jurídico como um todo, em especial das Leis acima referidas, e não da subjetividade absoluta do administrador.

É verdade também que a doutrina majoritária de Direito Administrativo no Brasil tem sustentado que esta possibilidade de dispensa de licitação, nas situações sob comento, refere-se aos casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória do interesse público.²³

Temos que esta assertiva não se sustenta de forma isolada e aprioristicamente, pois quando a situação de emergência ou de calamidade pública origina-se, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão de recursos disponíveis por parte da Administração Pública – seja por culpa ou dolo –, que tinha o dever de agir para prevenir o ocorrido, aí não podemos aplicar a lógica meridiana da aceitabilidade simples da

²² Estamos falando dos arts. 359-A, 359-B, 359-C, 359-D, 359-E, 359-F, 359-G e 359-H, do Código Penal brasileiro, quase todos com disposições que podem ser consideradas norma penal em branco, ou seja, de conteúdo incompleto, com certa vagueza, o que pode criar dificuldades de imputação mas também de defesa.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 240. Grifos nossos. Ver também: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 307.

dispensa de licitação e contratação direta. Então, se houver má-fé no sentido de não se tomar nenhuma providência anterior para que os fatos danosos não viessem a ocorrer, e somente quando estes estiverem na iminência de ocorrer é que o agente público vem a contratar, trata-se, aí, de uma emergência “fabricada” ou “fictícia”, que, apesar de haver a necessidade da contratação, levará à responsabilidade do agente público.²⁴

E temos muitas ocorrências fabricadas ou fictícias de calamidades públicas decretadas por gestores irresponsáveis – agindo com culpa e dolo –, pois não se revelam reais aquelas que deveriam ter sido resolvidas de imediato, quando já se tinha conhecimento muito tempo antes dos seus riscos e iminência, até, por vezes, em face de suas recorrências no tempo e espaço. Nesta hipótese, como nos diz Gasparin, estamos diante de situação ficta ou fabricada. Em tais casos, há negligência, não urgência. Apesar disso, contrata-se, e, pela negligência, responderá a autoridade omissiva.²⁵

Essa é a mesma linha de posicionamento do Tribunal de Contas da União, sob o argumento de que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não pode se originar, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, pois se isto ocorrer, em alguma medida, deve ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação, razão pela qual o Tribunal tem punido os gestores que invocam a dispensa de licitação para situações emergenciais fabricadas pela própria inoperância gerencial.²⁶

Mesmo que ocorram efetivamente tais cenários de calamidade pública por conta da incompetência, imprudência, negligência ou imperícia do Administrador, e eles representem riscos e perigos a comunidade, sem dúvidas que medidas precisam ser tomadas dando respostas adequadas a tais demandas, mas deverá também o agente público responder por sua inércia causadora – em parte ou totalmente – das consequências trágicas.²⁷

²⁴ Ver o texto de: PEREIRA, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.118. Alerta o autor ainda que há requisitos materiais da calamidade pública que precisam ser observados nestas circunstâncias, a saber: (i) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida das pessoas; (ii) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; (iii) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.

²⁵ GASPARIN, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 214.

²⁶ Ver as Decisões 347/1994 e 738/2006, do Plenário do Tribunal de Contas da União do Brasil. BRASIL. TCU. *Decisão 347/1994*. Plenário. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Data da sessão em: 1º jun. 1994. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 19 jul. 2019; BRASIL. TCU. *Acórdão 738/2006*. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Data da sessão em: 17 maio 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 19 jul. 2019.

²⁷ Daí porque a 2ª Turma do STJ tem afirmado há mais tempo que a configuração da improbidade administrativa se basta na comprovação da culpa (simples), consoante os termos do Agravo Regimental no AREsp 654.406/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 04/02/2016. Temos consciência

Em recente decisão o Superior Tribunal de Justiça (STJ) teve oportunidade de assentar que uma dispensa de licitação foi baseada em emergência ficta e não real, isto porque houve contratação direta de empresa prestadora de serviço de locação de 34 (trinta e quatro) ônibus de, no mínimo, 40 (quarenta) lugares, para transporte de alunos da zona rural do Município, todavia, em anos letivos anteriores, houve a devida realização de concorrência pública para a contratação dos mesmos serviços. Portanto, a Administração Pública tinha plena ciência de que o procedimento deveria ser renovado periodicamente, e também de quanto tempo, aproximadamente, é necessário para se percorrer todas as suas fases, até a adjudicação do contrato administrativo. Por conta disto, decidi:

Nesta esteira, não se sustenta o argumento segundo o qual a emergência se fazia presente devido à proximidade da data do início do ano letivo sem que o procedimento licitatório tivesse se encerrado. Se isso, de fato, aconteceu, ou seja, se o contrato ainda não havia sido celebrado mesmo às vésperas do início das aulas, a omissão se deveu única e exclusivamente por desídia do agente público. Destarte, a continuidade do serviço público de transporte escolar de alunos era medida de rigor. Entretanto, tal continuidade deveria se dar pelos trâmites regulares e não com a dispensa irregular da licitação.²⁸

É digno de registro que o STJ tem se valido, para estes casos, do conceito de *dano in re ipsa*, hipótese de dano presumido, que termina por amoldar a tipificação do ato de improbidade descrito no artigo 10, da Lei 8.429/92, em especial nos casos de indevida dispensa de licitação (inciso VIII), evidenciando que o conceito de culpa usado pela Lei de Improbidade é amplo para os efeitos de responsabilizar os atos que a ela se relacionam.²⁹

de que parte da doutrina defende a tese de que o artigo 28, da Lei 13.655/18, ao dizer que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”, afeta a regra do artigo 10, da Lei 8.429/92, na medida em que transforma em pressuposto da responsabilização do agente público (que decide ou emite opinião técnica) exclusivamente o dolo e o erro grosseiro, afastando a responsabilização por culpa *stricto sensu*. Dentre estes o Dr. Luciano Ferraz, em artigo publicado no Conjur na data de 10 de maio de 2018. Não podemos concordar com isto porque tal intento fragiliza por demais a proteção do bem jurídico tutelado pela norma constitucional e infraconstitucional aplicada a espécie.

²⁸ BRASIL. STJ. *Recurso Especial n. 1.760.128-SP*. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 11/12/2018. Data da publicação 08/02/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201801851749&dt_publicacao=08/02/2019 Acesso em: 19 jul. 2019. No mesmo sentido ver: BRASIL. STJ. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 784.438 – RN (2015/0243380-3)*. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Segunda Turma. Julgado em 06/09/2018. Data de publicação DJe 19/12/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201801851749&dt_publicacao=08/02/2019. Acesso em: 19 jul. 2019.

²⁹ Ver: BRASIL. STJ. *Embargos de Declaração no AREsp 419.769/SC*. Rel. min. Herman Benjamin. 2ª Turma. Julgado em 18/10/2016. Data de publicação DJe 25/10/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/>. Acesso em: 19 jul. 2019.

Por fim, os fundamentos das decisões do STJ que levaram a edição do tema Repetitivo n. 701, em especial do Recurso Especial n. 1.366.721 - BA (2013/0029548-3), aprofundaram aqueles fundamentos:

A luz do que dispõe o art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

É disso que estamos falando, para tornar mais eficaz o combate aos abusos de poder e desvios de finalidade cometidos pelos gestores públicos em nome de calamidades públicas declaradas – e as vezes fictas –, é preciso e urgente termos esta compreensão ampliada da responsabilidade por improbidade administrativa e, quando for o caso, aplicar todas as sanções que ela indica, notadamente ressarcitórias e de suspensão dos direitos políticos, caso contrário estaremos esvaziando os interesses e patrimônios públicos protegidos pelo sistema jurídico vigente.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. The role of institutions in growth and development. *Review of Economics and Institutions*, v. 2.1, 2010. ISSN 2038-1379. DOI 10.5202. Disponível em: <http://www.rei.unipg.it/rei/article/view/14>. Acesso em: 18 fev. 2019.

ADELANTADO, José. *Desigualdad, democracia y políticas sociales focalizadas*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2005.

ARREGUIN-TOFT, Ivan. *How the weak win wars: a theory of asymmetric conflict*. New York: Cambridge University Press, 2005.

BALDWIN, David A. Neoliberalism, neorealism, and world politics. In: ELMAN, Colin; JENSEN, Michael A (eds.) *Realism reader*. New York: Routledge, 2014.

BELLESILES, Michael A. Suicide pact: new readings of the second amendment. *Constitutional Commentary* 764, v. 16, 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/764>. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. TCU. *Autos do Acórdão 224/2007*. Plenário. Relator Min. Marcos Vinicius Vilaça. data da sessão em: 28 fev. 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 19 jul. 2019

BRASIL. TCU. *Decisão 347/1994*. Plenário. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Data da sessão em: 1º jun. 1994. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 19 jul. 2019;

BRASIL. TCU. *Acórdão 738/2006*. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Data da sessão em: 17 maio 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. STJ. *Recurso Especial n. 1.760.128-SP*. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 11/12/2018. Data da publicação 08/02/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801851749&dt_publicacao=08/02/2019 Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. STJ. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 784.438 – RN (2015/0243380-3)*. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Segunda Turma. julgado em 06/09/2018. Data de publicação DJe 19/12/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801851749&dt_publicacao=08/02/2019. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. STJ. *Embargos de Declaração no AREsp 419.769/SC*. Rel. min. Herman Benjamin. 2ª Turma. Julgado em 18/10/2016. Data de publicação DJe 25/10/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/>. Acesso em: 19 jul. 2019.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a era da informação*. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

CASTELLS, Manuel. *Comunicació i poder*. Barcelona: UOC Editorial, 2009.

CASTELLS, Manuel. Comunicação, poder e contra-poder na sociedade em rede. *Jornal Internacional de Comunicação*, v. 1, n. 1, p. 29, 2007.

DERSHOWITZ, Alan M. Is it necessary to apply “physical pressure” to terrorists—and to lie about it? *Israel Law Review*, v. 23, n. 192, 1989.

FENTON, Natalie. The internet and radical politics. In: CURRAN, J.; FENTON, N.; FREEDMAN, D. *Misunderstanding the internet*. New York: Routledge, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

FRANZONI, Juliana M. *Domesticar la incertidumbre en América Latina*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2008.

- GASPARIN, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GROOM, Brian. Detaining suspects not abuse of Human Rights. *Financial Times*, London, 12 nov. 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KAPLAN, F.; SCHWARTZ, S. (Eds.). *Human judgment and decision processes*. New York: Academic Press, 2005.
- KITTRIE, Nicholas N. Patriots and terrorists: reconciling human rights with world order. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 13, iss. 2, 1981. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol13/iss2/3>. Acesso em: 6 maio 2019.
- LEAL, Rogerio Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- LEAL, Rogerio Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LUECKE, Richard. *Gerenciando a crise*. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- MURRAY, Alastair. *Reconstructing realism: between power politics and cosmopolitan ethics*. Edinburgh: Keele University Press, 2007.
- PEREIRA, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROSENTHAL, Peter. The new emergencies act: four times the war measures act. *Manitoba Law Journal*, n. 563, p. 576-80, 1991. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/manitob20&div=44&id=&page=>. Acesso em: 11 fev. 2019.
- SCHREUER, Christoph. Derogation of human rights in situations of public emergency: the experience of the European Convention on Human Rights. *Yale Journal*, v. 9, p. 113-132, 1982. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol9/iss1/6>. Acesso em: 20 maio 2019.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- SUNSTEIN, Cass R. Probability neglect: emotions, worst cases, and law. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 138*, 2001. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 1º abr. 2019.
- US SUPREME COURT. *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1. 1949.
- US SUPREME COURT. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2. 1866. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/2/>. Acesso em: 20 maio 2019.
- VASQUEZ, John A. *The power of power politics: a critique*. New Brunswick: Rutgers University Press, 2009.
- WOLIN, Sheldon S. *Democracy incorporated: managed democracy and the specter of inverted totalitarianism*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

Os poderes regrantes do Executivo e de sua administração

Sergio de Andréa Ferreira

Professor titular de Direito Administrativo (UERJ)
Desembargador Federal aposentado do TRF2
Advogado e parecerista



SUMÁRIO: 1 Introdução: Poder, órgão, função; 2 Poder normativo legiferante e poder de execução; 3 Poder regulamentar e poder instrutório; 4 Poder regulatório; Referências.

1 INTRODUÇÃO: PODER, ÓRGÃO, FUNÇÃO

Em sede de Direito Público, *poder* engloba um sentido *objetivo*, de força jurígena, de *facultas*; e outro, *subjetivo, organizacional*, que, na instituição estatal, é o *poder público*.

No primeiro significado, o *poder* é um polo legitimante, habilitador da prática de atos jurídicos e atos materiais; do exercício de direitos e facultades; do cumprimento de deveres e obrigações; de imputação de responsabilidades.

Os poderes são atribuídos a órgãos, unidades estruturais competenciais, da organização do Estado; esferas de divisão do trabalho; e que desenvolvem, por meio dos agentes públicos, seus ocupantes, as *funções estatais*.

A atuação do poder público se caracteriza como *função*, porquanto os *poderes*, que detém, devem ser utilizados com o comprometimento finalístico da consecução do *interesse coletivo*; a englobar o *interesse público* e o *social*; com respeito e asseguaração dos *direitos individuais* e *coletivos*, e na efetivação dos *direitos sociais*.

As *funções estatais*, nesse significado *dinâmico*, são o cometimento, pelos *Poderes Públicos*, de seus *encargos*.

Essas funções se identificam como *legiferante, jurisdicional, de provedoria de justiça* (CF, Título IV, Capítulo IV) e *executiva*.

2 PODER NORMATIVO LEGIFERANTE E PODER DE EXECUÇÃO

O emprego do *poder legiferante*, com sua natureza normativa, conduz à prática de *atos-regra*; à produção de *regras jurídicas*, com a criação, modificação ou extinção, em abstrato, de *situações jurídicas objetivas*, isto é, de *poderes e deveres*, em tese, através de uma das fontes enumeradas no art. 59 da CF (cf. art. 5º, II). Só a lei pode *innovar* o Direito Positivo, ou seja, o Direito Objetivo.

As regras legais, por força da prática de atos praticados pelos agentes jurídicos, criadores de situações subjetivadas; ou em decorrência de fatos geradores, incidem e, juntamente com o contexto jurídico-factual, em que se inserem esses atos e fatos, se fazem normas jurídicas, individualizando as situações objetivas, seja pela investidura nas mesmas; seja pela criação ou geração das referidas situações jurídicas subjetivas.

O exercício do *poder de execução* (concretização jurídica) envolve *subpoderes*, como o *poder político stricto sensu* ou *governamental em sentido estrito* (tal como na decretação de estado de sítio); o *administrativo*, com o seu cognato, o *financeiro público* (Título VI, Capítulo II), do qual se destacou o *tributário* (Título VI, Capítulo I); e o *de defesa nacional* (CF, arts. 142 e 143, a cargo das Forças Armadas).

A *função administrativa* compreende a prestação dos *serviços públicos* (CF, art. 175); a manutenção e gestão dos *serviços administrativos* (burocráticos, internos); o exercício do *poder de polícia*; a *participação econômico-social*; a preservação da *segurança pública* (art. 144); o exercício de *poderes regrantes*: regulamentar, instrutório e regulatório. Segmentos, todos esses, que formam a *administração ativa*, por oposição à *administração de controle*, que se traduz na exercitação dos poderes *hierárquico* e *disciplinar*, de *supervisão administrativa* e o *contencioso administrativo*. Dentre os regrantes, o regulamentar e o instrutório são *atividades-meio*, enquanto o regulatório é *atividade-fim*.

3 PODER REGULAMENTAR E PODER INSTRUTÓRIO

Destarte, os poderes públicos, além e contar com o *poder normativo legiferante*, exerce *poderes regrantes*, através da Chefia do Executivo e de administradores públicos, ocupantes de determinados órgãos.

Esses poderes regrantes são fontes de preceitos, cuja formalização dá nascimento, no mundo do direito, a regras jurídicas.

Os diplomas regulamentares, os instrutórios e os regulatórios são o produto dessa formalização, através da prática de *atos-regra*, com a natureza de *atos administrativos gerais*.

A expedição dessas peças dispositivas integra a função *material e formalmente administrativa*, e não, legiferante.

Fixemo-nos, inicialmente, nas figuras do *poder regulamentar* e do *regulamento*; sobre as quais a Constituição Federal dedica vários dispositivos.

Sob o aspecto da *hierarquia eficaz normativa*, as disposições regulamentares posicionam-se logo abaixo das normas da legislação.

A Carta Magna Nacional usa a expressão “*fiel execução da lei*”, para identificar a finalidade legítima dos regulamentos (art. 84, IV, 2ª parte, da CF).

Nessa moldura, o administrador não pode editar normas regulamentares que conflitem com as normas legais, porquanto, se assim o fizer, estará agindo em conflito com o *princípio da legalidade*, apanágio do Estado de Direito.

A natureza normativa, mas não legislativa, do poder regulamentar, é explicitado pela CF, em vários de seus dispositivos: *cf.* os arts. 5º, LXXI, c/c 102, I, *q*, e 105, I, *h*; 49, V; 97; 102, II, *c*; 103, § 3º.

Aludimos às expressões *poder regulamentar* e *poder instrutório*, que são conexos.

Ambos, para uma parte da doutrina, subsomem-se no conceito de *poder regulamentar*, que, assim, poderá ser tomado em *sentido lato* e em *sentido estrito* ou *próprio*.

O *regulamento em sentido lato* reveste-se, pois, de diferentes formas, exteriorizando-se através de várias espécies de diplomas normativos.

Adite-se que a CF usa, já agora, em sentido livre, as expressões *norma regulamentadora* (abrangendo a *legal*), nos arts. 5º, LXXI, 102, I, *q*, e 105, I, *h*; *ato normativo* federal, estadual e municipal, por oposição a *lei* ou *norma legal* (arts. 97, 102, I, *a*; 103, § 3º; e 125, § 2º). O art. 49, V, refere-se a *atos normativos* do Poder Executivo e a *poder regulamentar*.

É mister, no entanto, sublinhar que a CF reserva os termos, *decreto* e *regulamento* (os primeiros podem aprovar ou incorporar os segundos; e formalizar atos individualizados), para o presidente da República: art. 84, IV.

Nessa linha, o *poder regulamentar*, com significado estrito ou próprio, é aquele reservado ao Chefe do Executivo; isso, nas diferentes órbitas federativas.

Em sentido largo, *regulamentar* e *regulamento* albergam, no entanto, outros instrumentos preceituais, que são as formas de exercício do *poder instrutório*.

Segundo os textos constitucionais, federal e estaduais, e as leis orgânicas dos Municípios, o *poder instrutório* é afetado, respectivamente, aos Ministros de Estado (CF, art. 87, II) e aos Secretários de Estado e aos Municipais.

Com referência aos Ministros, emprega o termo, *instruções*: que são expedidas para “a execução das leis, decretos e regulamentos”.

Em verdade, contudo, o *poder instrutório* é titularizado, também, por órgãos administrativos – monocráticos e colegiados. A propósito, ao conceituar *instruções*, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹ define-as como “regras gerais abstratas e impessoais”, para cuja edição têm poder órgãos da Administração Pública; e não, apenas, os Ministros e Secretários; salientando, ademais, o seu ‘*caráter prático*’. Assinala, com ênfase, a natureza *regrante* das *instruções*, que se impõem coercitivamente aos agentes públicos; refletindo-se, eficazmente, sobre a sociedade.

Cita, inclusive, autores que sustentam que, nesse último caso – o de serem dotadas de reflexo eficaz externo –, são as *instruções* verdadeiros *regulamentos*.

Dentre as normas regulamentares *lato sensu*, a hierarquia eficaz reflete a posição do órgão, autor do ato, na estruturação administrativa; identificando-se, em consequência, como *de primeiro grau*, as editadas pela Chefia dos Poderes Políticos; *regulamentos de segundo grau*, as expedidas por Ministros e Secretários, e assim por diante.

Pontes de Miranda², no mesmo sentido, destaca que as instruções ministeriais e avisos, circulares, são *fontes jurídicas*, embora inferiores às leis e aos regulamentos da Chefia do Executivo, aos quais se reportam e a cuja boa execução se destinam. Negrita que o regime constitucional reconhece sua existência no quadro das *regras de direito*.

O sentido *lato* abrange, portanto, além de decretos e instruções, as portarias, as resoluções administrativas, as ordens de serviço, os provimentos, os avisos, as posturas, as circulares. Até a pareceres pode ser conferida eficácia normativa.

É claro que, assim como as próprias leis, os decretos e os demais atos citados podem ter, por conteúdo, a individualização do direito, e não regras jurídicas.

Lembremos que existem outras formas regrentes; como os Regimentos Internos dos Tribunais (*cf.* art. 96, I, *a*); e as que dizem respeito à atuação das Casas legislativas (arts. 51, III; 52, XII; 57, § 3º, II).

Quem *regulamenta* está *administrando*, exerce função *material e formalmente executiva*; pois que viabiliza a *execução das leis*.

Com efeito, o regulamento e as instruções, em suas diferentes formas, instrumentalizam, por um lado, a execução, pela Administração, das regras legais e das administrativas que lhes são eficazmente superiores; bem como, de outro, seu cumprimento pelo jurisdicionado.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 381e ss.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda de 1969*. Tomo III. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. p. 371.

Se a sujeição da Administração Pública às normas legais atende ao *princípio da legalidade*, a expedição de regulamento, *lato sensu*, faz funcionar outro princípio basilar: o *princípio da autovinculação*: a norma regulamentar cria obrigações para o administrador, fazendo surgir, em contrapartida, para terceiros, a pretensão à exigência do comportamento administrativo, de acordo com as disposições regulamentares editadas.

Ao invés de cingir-se a administrar no caso concreto, o administrador se antecipa, prescrevendo a sua própria conduta no cumprimento de seus deveres e obrigações, e no exercício de seus direitos, poderes e faculdades; assim como a maneira pela qual o jurisdicionado deve comportar-se no seu relacionamento com a Administração.

Cabe o *regulamento*, quando é permitido agir discricionariamente; de modo que, regulamentando, surge a autovinculação, traduzindo o entendimento do administrador; fixando suas ações, através de *regras jurídicas*.

Compete ao Congresso Nacional “dispor sobre todas as matérias de competência da União”: CF, art. 48.

Essa abrangente regra geral prende-se ao *princípio da preferência legal*; ou seja, se houver regra legal sobre alguma matéria, não cabe a produção, pelo administrador público, de regras jurídicas conflitantes com as geradas pela exercitação do poder legiferante.

Mas o mesmo dispositivo constitucional, em sua parte final, introdutória dos respectivos incisos, que elencam várias matérias, é informado por outro princípio: o da *reserva legal*, o que se denota pelo emprego do advérbio, “*especialmente*”, no sentido de *especificação* dos assuntos sobre que *somente a lei* pode dispor.

Dentre elas, algumas são ligadas à estruturação da Administração Pública: art. 48, IX a XI³.

Quanto ao *conteúdo*, as disposições regulamentares envolvem a *interpretação*, a *integração* ou *especificação*, e a *indole funcional* ou *procedimental*.

Ao interpretar a lei, fixa-se o entendimento administrativo quanto ao sentido e ao alcance de poderes, direitos, faculdades, deveres e obrigações legais, titularizados pela AP.

A jurisprudência tem identificado como causa de *ilegalidade*, e não de *inconstitucionalidade*, a incompatibilidade entre a interpretação regulamentar e a lei.⁴

³ “IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 69, de 2012) (Produção de efeito); X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b ; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001); XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)”

⁴ “Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado ultra legem, quer porque tenha permanecido citra legem, quer, ainda, porque tenha investido contra legem, a questão

As disposições regulamentares *integrativas* ou de *especificação* têm lugar, quando a norma legal emprega *standards* ou padrões jurídicos; ou, como salienta Amílcar Falcão,⁵ traçado, legalmente, “o quadro geral” e “fixados os elementos fundamentais”, cabe a integração, “quando a atuação do comando legal ficar a depender de uma estimativa ou verificação de uma apreciação técnica”. Cabe, então, a complementação, sem ofensa ao princípio da legalidade;⁶ sempre respeitados os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

Os preceitos regulamentares *funcionais* ou *procedimentais* estabelecem o rito que será seguido pela Administração Pública, no exercício dos poderes e no cumprimento de seus deveres; no relacionamento interno entre seus órgãos, e com servidores e administrados. Dispõem, pois, sobre a formalização dos processos através dos quais se realiza a função administrativa.

Esses são os *regulamentos de execução típicos*, eis que, sempre devendo manter fidelidade aos comandos expedidos pelo legislador, vinculam-se a uma lei, à parte de uma lei, ou a um conjunto de leis. Neste último caso, podem, inclusive, assumir um papel consolidativo.

Quando o regulamento tem *função supletiva*, surge o *regulamento autônomo* ou *independente*.

Os *regulamentos autônomos* ou *independentes* têm lugar, quando, possuindo a Administração Pública poder-dever constitucional, ela se autolimita, diante da inexistência de norma legal disciplinadora.

Exemplificando. Pela Constituição Federal, é obrigação da Administração Pública expedir certidões, requeridas às suas repartições, para defesa de direitos e esclarecimento de situações (art. 5º, XXXIV, *b*). Assim, se, em alguma unidade federativa, inexistir norma legal sobre o procedimento a ser seguido no requerimento e expedição dessas certidões, poderia o administrador, em cada caso concreto, formular essa ou aquela exigência, quanto aos aspectos formais da petição, a legitimação para firmá-la e a comprovação de interesse na postulação. A Administração pode, no entanto, preferir editar regulamento, disciplinando todos esses aspectos.

caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada. [ADI 996 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 11-3-1994, P, DJ de 6-5-1994.] ADI 4.176 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 20-6-2012, P, DJE de 1º-8-2012”

⁵ FALCÃO, Amílcar. *Introdução ao direito tributário*. 3. ed. Rio: Forense, 1987. p. 45.

⁶ PORTO NETO, Benedito. Regulação e o direito das comunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 290-291.

Ao contrário, portanto, do que entendem os que se insurgem contra o *regulamento autônomo*, taxando-o de *ilegítimo* no Direito Brasileiro, pois que corresponderia a uma *invasão da competência do legislador*, o *regulamento autônomo*, desde que entendido nos termos antes fixados, é uma afirmação do Direito Administrativo, porquanto constitui manifestação expressiva do *princípio da autolimitação do administrador*.

As normas regulamentares autônomas estão, porém, é claro, submetidas aos *princípios da reserva legal e da preferência legal*.

Se se tratar de matéria reservada, pela Constituição, à competência normativa legislativa, é vedado ser objeto de regulamentação (cf. art. 5º, II, e incisos do art. 48).

De outro lado, existente regra legal sobre a matéria, mesmo não submetida à reserva legislativa, descabe a expedição de *regulamento autônomo*. Por seu turno, editada regra legal ulterior sobre o assunto regulamentado autonomamente, se houver incompatibilidade com o ato-regra administrativo anterior, esse fica prejudicado; caso contrário, poderá, nos limites da consonância com o diploma legal, funcionar como regulamento de execução.

Também se tem falado em *regulamento autônomo*, quando operativo um outro princípio: o da *reserva administrativa*.

Por ele, sempre que se trata de matéria reservada pela Constituição à competência regrante administrativa, a lei não pode sobre ela dispor.

Hoje em dia, o assunto reveste-se de relevância especial, em sede de *organização administrativa*.

Tradicionalmente, identificavam-se, na espécie de *regulamento de execução*, as disposições regulamentares de *organização*, de *atribuição*, ou *outorgativas*, como sendo aquelas distributivas, entre os órgãos administrativos, das competências que as leis imputam à Administração Pública.

A CF/67, com a redação da Emenda Constitucional n. 1/69, no art. 81, V, atribuía, privativamente, ao presidente da República “dispor sobre” a “estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”.

Já o art. 43, V, da EC 1/69 reservava ao Legislativo a competência para dispor sobre “a criação de cargos públicos e fixação dos respectivos vencimentos, ressalvado o disposto no item III do artigo 55” (hipótese em que cabia o decreto-lei);

A Constituição Federal de 88 reformulou esse ponto, dividindo a competência em tela entre atribuições do Congresso Nacional, com a sanção do presidente da República, e atribuições deste.

Originalmente, cabia ao Poder Legislativo a “criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública” (art. 48, XI); por sua vez, a regra do art. 84, VI, atribuiu, privativamente, ao presidente da República “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”.

Com a Emenda Constitucional n. 32/2001, o inciso X do art. 48 passou a enunciar, em termos de *reserva legal*, a “criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b”;⁷ e o inciso XI passou a preceituar, que compete ao Congresso Nacional, dispor, especialmente, sobre “criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”.

Agora, o art. 84, por força da mesma Emenda Constitucional, prescreve que compete ao presidente da República “dispor, mediante decreto”, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar o aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos” (alínea a); e “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos” (alínea b).

O diploma expedido pelo Executivo é de *natureza decretal, não legal* (senão, seria decreto-lei), mas não é *regulamento*, nem mesmo *autônomo*. Trata-se de *decreto regrant*e, de mesmo patamar eficaz das leis que são editadas com base no art. 48, X e XI.

O que ocorre é uma *coexistência de reservas* normativas: a *reserva legal* e a *reserva administrativa*.

Observe-se, ademais, o emprego do termo *dispor*, no inciso VI do art. 84 (*cf.* art. 81, V da CF 67/69); vocábulo que denota o poder estatuidor do respectivo objeto. Anote-se, ainda, que, no inciso X, ao elencar, no âmbito da reserva legal, a “criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas”, acrescenta-se ‘observado o que estabelece o art. 84, VI, b’.

Destarte, nem a Chefia do Executivo pode desbordar os lindes da área que lhe é reservada; nem, tampouco, o Legislativo pode extrapolar os limites do que é privativo daquela⁷.

A Lei n. 13.655, de 25.04.18, que acrescentou dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tratou dos atos administrativos normativos, nos novos arts. 29, e §§, e 30 da LINDB.⁸

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967*, [...] Op. cit., p. 314; 316: “Regulamentar é editar regras que se limitam a adaptar a atividade humana ao texto, e não, o texto à atividade humana. Assim, quando o poder executivo, para tornar mais inteligível a regra jurídica [...] nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir”.

⁸ “Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018) (Vigência) (Regulamento). § 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018) (Vigência) [...] Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018) (Regulamento). Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”. Ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/18*. Belo Horizonte: Fórum. 2019. p. 139 e ss. BEZNOS, Clóvis. A LINDB – alterações. In: MOTTA, Fabiano; GABARDO, Emerson (Coord.). *Limites do controle na Administração Pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 79 e ss.

Os dispositivos mencionados enfatizam a pertinência do emprego da *consulta pública*, precedentemente à edição de atos normativos; e à necessidade de aumento da segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos.

A redação original do *caput* do art. 29 empregava o termo, *deverá*, em relação à precedência da consulta, mas, posteriormente, o texto dado pela Lei n. 13.655/18, substituiu-o por *'poderá'*; o que retirou o caráter impositivo da norma; não obstante haver opiniões em contrário.

4 PODER REGULATÓRIO

Uma das *atividades-fim* administrativas é o exercício do *poder de polícia*.

O Código Tributário Nacional (L. 5.172, de 25.10.66, com a redação do AC n. 31, de 28.12.66), em seu art. 78, apresenta definição legal do *poder de polícia administrativa*, assim considerada a

atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A CF prevê a figura e emprega a denominação, em seu art. 145, II, ao contemplar, como tributo instituível, nas várias ordens federativas, a *taxa*, cobrada “*em razão do exercício do poder de polícia*”.

Assim como o poder público não pode ser absoluto, tampouco podem sê-lo os direitos dos administrados. É certo que existem os *direitos fundamentais*, como o direito à liberdade pessoal; *absolutos*, no sentido de que não comportam limites a seu *conteúdo*. Ao lado desses, porém, existem, em maior número, os direitos ditos *institucionalizáveis*, como o da propriedade; institutos jurídicos sem conteúdo completo *a priori*, pois que o mesmo é dado pelo Direito. O poder público competente, ao legislar sobre direito da espécie, estabelecendo o seu estatuto jurídico, forma o respectivo *conteúdo*, e configura seu exercício; dotando-o de poderes e faculdades, e traçando-lhe os seus *limites positivos*, com a indicação de até onde pode ir o titular do direito; estabelecendo, ainda, *limites negativos*, ao conferir a terceiros, direitos de incursão, de ingerência no direito que está sendo regulado. Vê-se tal fenômeno, com clareza, na disciplina do citado direito de propriedade, como direito real, como domínio. Essa configuração institucional do direito decorre da noção de que, não sendo este absoluto,

vigora o princípio de sua *relatividade*, necessária à própria *coexistência* e ao próprio *coexercício* dos direitos iguais ou conexos.⁹

Mas as *limitações do exercício* de um direito ou poder decorrem, igualmente, da necessidade de salvaguarda dos interesses públicos e sociais, cuja tutela está a cargo das várias pessoas político-federativas (e não, necessariamente, da competente para estabelecer o estatuto básico do direito); interesses como a saúde pública, a segurança, a tranquilidade comunitária, a competição hígida nos mercados. Na medida em que o *exercício dos poderes e direitos* interfere com tais interesses, a pessoa política competente, exercitando seu *poder normativo*, através da edição de *normas legais*, e de *atos administrativos gerais regrantes*, *disciplina* tal exercício, na proteção daqueles interesses.

Essa disciplina traduz-se em *limitações de Direito Público e Social*.

As limitações em tela dão sentido expresso à *regularidade* (daí, *regular* e *órgão regulador*), do exercício dos direitos, na defesa desses interesses. Quanto mais espontânea e autêntica for a sensibilidade comunitária para os mesmos, menor terá de ser o número de normas disciplinadoras do exercício. Busca-se evitar o cometimento do abuso de direito.¹⁰

Ainda quando emanam do mesmo legislador, porque competente em ambas as áreas – a da fixação do *conteúdo* e a da disciplina do *exercício*, em função de externalidades sociais –, distinguem-se, pelas razões expostas, as duas ordens de regras.

A própria CF, ao enumerar e assegurar direitos públicos subjetivos, esboça limitações do gênero (*cf.* art. 5º, XVII).

As limitações ao *exercício* dos direitos e poderes são desenvolvidas pela legislação ordinária, expedida pelo poder público competente para tutelar os mencionados interesses públicos e sociais. Fala-se, na espécie, em *marcos regulatórios*.

Entra em cena, a seguir, o *administrador público*.

Primeiramente, expedindo *regulamentos de execução*, com suas finalidades próprias.

Mas diferente de *regulamentar é regular*. O *poder regulatório*, enquanto também parcela do *poder regrante* da Administração Pública, corresponde à edição de regras jurídicas harmonizadoras de interesses, no seio da sociedade; disciplinadoras de espaços sociais, inclusive o mercado, a envolver os protagonistas que os compõem, sujeitos ao cumprimento dessas regras, sendo parcela da *atividade-fim administrativa*.

⁹ FERREIRA, Sergio de Andréa. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: RT, 1982.

¹⁰ Art. 187 do Código Civil de 2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O sentido normativo da regulação brasileira está claro, por exemplo, na Lei Complementar n. 109, de 29.05.01, que dispõe sobre o regime de previdência privada, e cujo art. 5º explicita que a normatização das atividades do setor será realizada por **órgão regulador**.

Giza Alberto Venancio Filho,¹¹ em clássica obra, que, segundo Bernard Chenot,¹² a *regulação* se desenvolveu pelo alargamento da noção de *poder de polícia*; e que, também no Brasil, foi, originariamente, essa noção, a justificativa doutrinária para a chamada *intervenção do Estado no domínio econômico* (art. 149 e § 2º, da CF); considerado tal poder, já pelo grande Ruy Barbosa, como “poder orgânico elementar, fundamental, a que estão ligadas as exigências capitais de conservação da sociedade”.¹³

Peculiaridade da *regulação*, é que as normas produzidas têm, como *destinatários imediatos*, os *administrados*, eis que interferem em relações entre eles; assim como a AP, porquanto essa é protagonista necessária do *Direito Público Social*, na condição de agente harmonizador e equilibrante desses relacionamentos, num papel protetivo da parte mais vulnerável.

Cai-se, então, numa figura diferente; em um outro tipo de poder normativo da Administração, que não é o *poder regulamentar*, mas o *poder regulador*. Ele não é regulamentar, porque não diz respeito à execução de leis. Quem executa leis é a Administração Pública, assim como quem as aplica é o juiz. O que faz o particular? O particular *cumpr*e o Direito.

A *inovação na participação social do Estado*, como parcela individualizável da atuação governamental, radica-se em que, estando os interesses juridicamente protegidos titularizados em membros da comunidade, ou por parcelas da mesma, com referência a outros sujeitos jurídicos desses relacionamentos, é que o Estado participa, regulando normativamente, e, depois, atuando *in concreto*.

Essa coparticipação estatal nas situações e relações jurídicas de terceiros – e, daí, a noção de *intervenção* – é que identifica a *regulação*, seja *normativamente*, num primeiro momento; seja *concretamente, in casu*, como exaurimento da atuação social do Estado.

A regulação normatizante tem função de *complementariedade*, em relação às normas constitucionais e legais.

Complementar não é *completar*: é aditar algo que mantém um conjunto interseção, uma conexão ou homogeneidade com o aditado, mas tem identidade própria. Assim, a Lei Complementar *complementa* a CF, mas não a *completa*, o que só é possível, por meio de Emenda Constitucional.

¹¹ VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio: Editora FGV, 1968. p. 75.

¹² DROIT Public Économique. In: CHENOT, Bernard. *Dictionnaire des Sciences Économiques*. v. I. Paris: Presses universitaires de France, 1956. p. 422.

¹³ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição federal brasileira*. Coligidos por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 315.

Tema fundamental é o da *regulação econômica*.

O art. 174 da Constituição Federal, no Título, “*Da Ordem Econômica*”, é explícito em preceituar que, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Pode constatar-se, pelo uso do vocábulo, na própria legislação brasileira, que apesar da distinção entre *agente normativo* e *agente regulador*, feita pelo citado art. 174 da CF, *regulação* abrange uma atuação regrente, *em tese e em abstrato*; e outra, *individualizadora*, operativa, *in casu e in concreto*.

No segundo sentido, que é o empregado pelo dispositivo constitucional, compõe-se, a *regulação*, de atos de execução do Direito; podendo exemplificar-se com o controle do câmbio, mediante a atuação do Banco Central.

No significado *normativo estrito, poder regulador* é segmento específico do poder regrente estatal; poder, este último, que, além do constituinte, engloba o legiferante, o regulamentar-instrutório e o regulatório.

Proliferaram as *agências reguladoras*, que atuam nas áreas dos serviços públicos, delegados, concedidos, autorizados; dos serviços de relevância pública e no setor econômico.

Relevante é a Lei n. 13.848, de 25.06.19, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social dessas agências.¹⁴

A substituição de “*menos Estado*” por “*mais sociedade*” significa a substituição da regulação estatal (que chamam de *regulamentação*) pelas regulações sociais. Daí, a *deregulation* norte-americana. A CF Brasileira dá, porém, expressa, incisiva e imperativamente, ao Estado (não só a União) o mister de agente regulador, em sentido largo.

Eros Roberto Grau¹⁵ identifica *regulação* – que diferencia de *regulamentação* – com a tendência neoliberalizante da autorregulação ou desregulamentação.¹⁶

Não se poderá deixar de citar a Lei n. 13.874, de 20.09.2019, a qual, nessa linha, instituiu a “*Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*” e estabeleceu “garantias de livre mercado”; através de ‘normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade

¹⁴ O art. 4º estatui que “a agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”. O art. 5º impõe a indicação dos pressupostos de fato e de direito, inclusive a respeito da edição, ou não, de atos normativos. E o art. 9º prevê a obrigatoriedade de consulta pública prévia, em relação a atos normativos de interesse geral. Ver: FERREIRA, Sergio de Andréa. Direito da regulação econômica – a experiência brasileira. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 22, 2002.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 94 e ss.

¹⁶ “Literalmente, ‘desregular’ significa, no caso, deixar de fazê-lo através de preceitos de autoridade, ou seja, jurídicos. [...] O mercado não seria possível sem uma legislação que o protegesse e uma racional intervenção, que assegurasse a sua existência e preservação”.

econômica’, bem como ‘disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador” (art. 1º).¹⁷

Fixa, como *dever* da Administração Pública e das demais entidades destinatárias da Lei, *evitar o abuso do poder regulatório*.

O controle legislativo e o jurisdicional são básicos no balizamento da atuação reguladora. Estamos no campo do “*sistema de freios e contrapesos*”, dos *checks and balances*.

Assim, o art. 49 da CF, além de atribuir ao Congresso Nacional competência exclusiva para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”, outorga-lhe a incumbência de “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros Poderes” (n. XI).

É mister sublinhar que o art. 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, revogou, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição de 88, salvo prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam “a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa”.

A distinção entre *regular* e *regulamentar* é importante na fixação de limites do controle jurisdicional, segundo inteligência do Supremo Tribunal Federal.

Entende este que “não cabe ação direta contra norma que regulamenta lei, porquanto se está diante de questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade”.¹⁸

Mas, em verdade, pode ocorrer que, ao invés de a incompatibilidade ser entre o regulamento e a lei, aquele próprio ferir diretamente a Constituição; hipótese em que se alargam os lindes do controle jurisdicional (CF, arts. 102, I, a, e 103, § 5º: cabe a Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de *lei* ou *ato normativo*).

Com maior razão, se *regular* não é *regulamentar*, constituindo segmento próprio do poder normativo estatal, e tendo, por destinatários, terceiros, vinculados ao cumprimento da norma reguladora, pode haver vício direto de inconstitucionalidade.

Aliás, Pontes de Miranda¹⁹ sustentava que, “se o regulamento se afasta da lei, é inconstitucional”.

¹⁷ Determina que seus preceitos serão observados “na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho, que se encontra no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública” (§ 1º). Aduz que se interpretam “em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade, todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas” (§ 2º). Trata, também, do que será mais *desregulamentação* do que *desregulação*, ao cuidar dos *atos públicos de liberação da atividade econômica* (§ 5º, I).

¹⁸ Foi sob esse fundamento que o STF, por maioria, não conheceu da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.387 – DF, aforada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB contra o Decreto n. 3.721/2001, que fixou o limite mínimo de idade para o início do recebimento da complementação da aposentadoria, alterando o Decreto n. 81.240/78, regulamentador do art. 3º da Lei n. 6.435/77 (Inf. STF 218:1. Relatora p/acórdão, Ministra Ellen Gracie; julg. em 21.02.2001).

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967*, [...]. Op. cit., p. 318.

Há leis que determinam sua *regulamentação*, inclusive fixando prazo para tal.

A questão não é de *vigência* (não se caracteriza uma *vacatio legis*), pois que a regra incide; mas sim, de *exequibilidade*, sempre, aliás, relativa, porquanto, na medida do possível, seu cumprimento é exigível. É o mesmo que ocorre, quando a Constituição assegura um direito, mas emprega a cláusula, *na forma da lei*.

É, na hipótese de *regulação*, que, mais comumente, poderá ocorrer a inexecuibilidade de dispositivo do ato legal.

Em qualquer dos casos, porém, tem o regulamentador ou o regulador a obrigação de, no prazo que lhe foi assinado, editar o ato-regra administrativo. Se não o fizer, caberá o emprego do mandado de injunção, a par da possibilidade da propositura de outras ações, que viabilizem o exercício, pelo administrado, do seu direito, ou o cumprimento de sua obrigação.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição federal brasileira*. Coligidos por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1934.

BEZNOS, Clóvis. A LINDB – alterações. In: MOTTA, Fabiano; GABARDO, Emerson (Coord.). *Limites do controle na Administração Pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019.

DROIT Public Économique. In: CHENOT, Bernard. *Dictionnaire des Sciences Économiques*. v. I. Paris: Presses universitaires de France, 1956.

FERREIRA, Sergio de Andréa. Direito da regulação econômica – a experiência brasileira. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 22, 2002.

FERREIRA, Sergio de Andréa. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: RT.

FALCÃO, Amílcar. *Introdução ao Direito Tributário*. 3. ed. Rio: Forense, 1987.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/18*. Belo Horizonte: Fórum. 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda de 1969*. Tomo III. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.

PORTO NETO, Benedito. Regulação e o direito das comunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2001.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio: Editora FGV, 1968.

Acordo de leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento de segurança jurídica

Thiago Marrara

Doutor em Direito Administrativo (LMU)
Professor de Direito Administrativo (USP)
Advogado consultor



SUMÁRIO: **1** Introdução; **2** Acordo e programa de leniência: definições relevantes; **3** Regime da leniência na Lei Anticorrupção; **4** Benefícios do programa de leniência por ato de corrupção; **5** Panorama das falhas do regime jurídico legal; **6** Tentativas de aprimoramento do regime: MP 703; **7** Regulamentação infralegal: avanços?; **8** Considerações finais: pontos de estrangulamento da segurança jurídica; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Julho de 2018. A Advocacia Geral da União em conjunto com a Controladoria Geral, de um lado, e a Odebrecht, de outro, celebraram um dos maiores e mais impactantes acordos de leniência do país. Diante de irregularidades em aproximadamente cinco dezenas de contratos administrativos com o governo federal, a empreiteira, no acordo, comprometeu-se a adotar uma política de integridade e a devolver aos cofres públicos dois bilhões e setecentos milhões de reais em até 22 anos.¹

Aos leigos, a notícia acima soa muito bem. Afinal, o governo logrou reaver bilhões de reais graças ao sucesso da leniência – instituto que “pegou”, diferentemente de muitos, criados pelo legislador num dia, mas esquecidos no outro. Entretanto, àqueles que se dedicam ao estudo do polêmico acordo administrativo, a notícia causa inúmeras perplexidades e dúvidas. É possível tratar de reparação de danos em leniência? Há limitação temporal às obrigações pactuadas? É lícito unir, sob única leniência, dezenas de atos tipificados na Lei Anticorrupção brasileira? Qual é, afinal, a função, o regime e o nível de flexibilidade que caracterizam esse tipo de acordo? Todas essas perguntas convergem a uma dúvida maior: qual é o grau de segurança jurídica que o regime legal oferece a quem deseja celebrar acordos como o noticiado em 2018?

¹ Cf.: BRASIL. CGU. *Acordo de leniência com a Odebrecht prevê ressarcimento de 2,7 bilhões*. 2018. Disponível em: encurtador.com.br/mwx10. Acesso em: 3 jul. 2020.

Com o escopo de contribuir com a elaboração de uma resposta a essas inquietações e lançar estímulos a potenciais futuras reformas da Lei Anticorrupção, o presente texto resgatará preliminarmente a definição do acordo de leniência, buscando tornar mais claros seus traços distintivos em relação a outros ajustes que ganharam força ao longo do gradual movimento de consensualização da Administração Pública brasileira. Em seguida, apresentará, com suporte em um método dogmático, analítico e crítico, as características gerais do regime jurídico do programa de leniência para atos de corrupção, levando em conta as determinações tanto legais, quanto infralegais. Com isso, em conclusão, objetiva-se demonstrar: (i) quais são as falhas e lacunas existentes no modelo adotado pelo legislador brasileiro; (ii) como atos normativos posteriores reagiram diante desses problemas e (iii) o que, após a edição de tantas normas, necessita ser aperfeiçoado para que se possa dar o devido grau de segurança jurídica e previsibilidade aos interessados em fazer uso desse acordo de cooperação nos três níveis federativos.

2 ACORDO E PROGRAMA DE LENIÊNCIA: DEFINIÇÕES RELEVANTES

Diz o ditado: “O uso do cachimbo entorta a boca”. Na prática da Administração Pública, não há nada mais verdadeiro. Ao longo do tempo, pequenas distorções ou má-aplicações de institutos se consolidam e acabam por gerar problemas estruturais, não raro exigindo que o ordenamento se adapte ou que a jurisprudência os reinterprete para preservar suas funcionalidades.

A preocupação com a definição do acordo de leniência se enraíza exatamente na necessidade de se evitar que o uso inadequado do instituto venha a distorcer a lógica do modelo de gestão pública consensual e, mais que isso, fragilizar a política de combate à corrupção por meio de inseguranças criadas por invenções quotidianas sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico. Em outras palavras, o resgate da definição do ainda novo conceito em debate serve não apenas para guiar a discussão vindoura de seu regime jurídico, senão igualmente para fixar sua função, evitando seu emprego indevido em substituição ou em prejuízo de outros instrumentos de gestão pública, inclusive acordos como os compromissos de cessação de prática.

Diante dessa premissa, portanto, considera-se imprescindível reafirmar a definição de acordo de leniência como:

ajuste que integra o processo administrativo sancionador mediante celebração pelo ente estatal que titulariza, na esfera administrativa, o poder de punir e, de outro lado, por um infrator que se propõe a colaborar com o Estado na execução de suas tarefas

instrutórias no intuito de obter, em troca da cooperação e do adimplemento de outras obrigações acessórias, a mitigação ou a imunização das sanções estatais aplicáveis nesse mesmo processo administrativo ou fora dele.²

O acordo de leniência, tal como definido, envolve duas partes. De um lado, posiciona-se o infrator, que se dispõe a cooperar com a produção de provas, colaborando com a instrução e a busca da efetividade processual. Confesso e disposto a colaborar, o infrator age por conta e risco, assumindo todos os custos, financeiros ou não, da cooperação na produção de provas, bem como os riscos de exposição social e midiática, de eventual persecução em outros processos etc. Ele não assume, porém, obrigação de resultado, ou seja, de que o processo culmine numa decisão administrativa condenatória. Sua obrigação é de reforçar e robustecer a instrução, com a comprovação da materialidade e da autoria dos ilícitos, tornando-se perfeitamente concebível que a cooperação se confirme ainda que não advenha a condenação de todos os acusados.

De outro lado, como contratante, o Estado se propõe a agir de modo leniente, suave, brando no exercício de seu poder punitivo. O acordo lhe acarreta a *obrigação de reduzir ou extinguir sanções* potencialmente aplicáveis ao infrator confesso. Cabe a ele, por conseguinte, o verdadeiro papel de leniente – papel que se justifica na medida em que a brandura punitiva seja compensada pela obtenção de provas que sustentem a persecução e condenação de outros infratores.

Em síntese, o acordo de leniência:

- A) constitui acordo de direito administrativo, vinculado no geral a processos administrativos, diferentemente da delação premiada, regida pelo direito penal. Na leniência, não se debatem infrações penais, ainda que, a depender do modelo adotado, o legislador possa conferir ao colaborador alguns benefícios quanto a potenciais sanções criminais com o objetivo de incrementar a atratividade do programa de cooperação com a Administração Pública – o que, vale dizer, infelizmente não se previu na Lei Anticorrupção.
- B) integra um processo administrativo punitivo, convivendo com a via unilateral de decisão estatal. Dito de outro modo: a leniência é acordo integrativo, uma vez que convive com o processo e o acompanha até sua conclusão, buscando torná-lo viável ou alcançar um resultado útil. Em contraste, os compromissos de cessação de prática suspendem o processo administrativo e, após o cumprimento das obrigações, ocasionam seu arquivamento, de modo que não se chega a uma decisão, condenatória ou absolutória, em relação ao infrator compromissário.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 196.

- C) pressupõe um comportamento pretensamente ilícito, ainda em curso ou já cessado, e sempre desenvolvido em coautoria. Por força dessa premissa, reputa-se ilegítima e imotivada a leniência celebrada com todos os infratores. Essa prática impossibilitaria o exercício do poder punitivo e negaria a própria essência do acordo. Leniência não é perdão, nem técnica de renúncia de competências. Na verdade, as características desse acordo são a comutatividade, a cooperação e o utilitarismo diante das finalidades do processo punitivo; e
- D) exige que a Administração Pública não detenha condições de, por si só, desenvolver com sucesso as atividades instrutórias no curso do processo administrativo sancionador. Pela sua essência e função, a leniência se harmonizará com o princípio da moralidade administrativa somente quando duas condições básicas forem combinadas: o Estado não dispuser de condições de conduzir a instrução de modo satisfatório por seus próprios meios e o infrator, que busca a leniência, mostrar-se apto para entregar provas robustas, aptas a contribuir efetiva e significativamente com a instrução processual. Na falta dessas condições, não deverá ser celebrado o acordo, sob pena de se utilizá-lo com a finalidade exclusiva de beneficiar um dos acusados em detrimento de outros – o que, novamente, representaria desvio da finalidade.³

O *acordo* de leniência, tal como definido, não se confunde com o conceito mais amplo de *programa* de leniência. O termo *programa* equivale à política de cooperação instrutória e abrange diversas fases que ultrapassam em grande medida a vida do mero *acordo* de leniência. O programa inclui, portanto:

- A fase de *qualificação*: essa é a etapa em que as autoridades públicas recebem propostas de negociação do acordo. A propositura ocorrerá antes da abertura do processo administrativo sancionador (leniência prévia) ou ao longo do processo (leniência concomitante). Não existe, porém, leniência posterior à conclusão do processo. Durante a qualificação, caberá ao Estado organizar a lista de interessados e verificar quais cumprem os requisitos legais que os habilitam a apresentar uma proposta. Para organizar a demanda pelo acordo, deverá adotar a distribuição de senhas pela sequência temporal de chegada ou outro qualquer meio que diferencie os infratores interessados pelo momento de manifestação de seu interesse, pois a Lei Anticorrupção impede a celebração de leniência com mais de uma pessoa jurídica em relação a um mesmo processo. Especificamente no âmbito federal da política de combate à corrupção, o art. 31, §2º, do Decreto n. 8.420/2015 prevê que a formalização da proposta poderá ser realizada por meio de memorando de entendimentos entre a pessoa jurídica proponente e a CGU.
- A fase de *negociação* e de *celebração*: após a ordenação dos interessados em colaborar com o Estado, o órgão competente deve iniciar o estudo da primeira proposta

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Lei anticorrupção comentada*. Op. cit., p. 196-198.

qualificada e as negociações conforme a ordem de chegada. Caso as negociações com o primeiro qualificado se revelem infrutíferas, iniciam-se negociações com o próximo da lista de qualificados até que um acordo venha a ser celebrado. É ainda possível que se retome a fase de negociação após uma leniência firmada, mas frustrada ao longo de sua execução, ou seja, descumprida – isso será viável desde que o processo ainda não tenha se encerrado.

- A fase de *execução do acordo*: uma vez concluída a negociação de modo exitoso, celebra-se o acordo de leniência e inicia-se sua execução, ou seja, o cumprimento das obrigações nele dispostas por conta e risco do infrator colaborador. Como dito, ele age por *risco próprio*, uma vez que a leniência não o imuniza contra todas as esferas de responsabilização que decorrem de sua iniciativa de delatar e colaborar com o Estado na apuração de fatos nos quais ele mesmo está envolvido. Ele age igualmente por *conta própria*, pois assume todos os custos da colaboração.
- A fase de *avaliação do acordo*: a última fase do programa é a de avaliação. Nela se verificam se foram atingidos os objetivos do acordo e, sobretudo, se o colaborador executou as obrigações que assumiu de boa-fé. Essa avaliação ocorre simultaneamente à condenação e nela se definem os benefícios a se conferir ao colaborador. Excepcionalmente, em casos de inadimplemento grave ao longo da fase de execução, deve ser possível ao Estado encerrar de modo antecipado o acordo e, como dito, iniciar novas negociações com outro infrator colaborador.⁴

3 REGIME DA LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

O sucesso dos programas e, por conseguinte, dos acordos de leniência depende de uma série de fatores jurídicos e extrajurídicos que, entre outras coisas, confirmam previsibilidade e segurança aos contratantes. Para que isso ocorra, cabe ora ao legislador, na elaboração do regime legal, ora ao administrador público, na negociação do termo de leniência: 1) definir e fixar com clareza os sujeitos autorizados a participar do programa na qualidade de contratantes, de interessados ou de meros ouvintes; 2) traçar regras sobre a apresentação e a aceitação de propostas; 3) detalhar os requisitos, a duração e o procedimento de negociação; 4) definir os requisitos e a forma de celebração; 5) estabelecer o modo de cumprimento das obrigações pactuadas; 6) estipular os efeitos do cumprimento do acordo dentro e fora do processo administrativo; e 7) prever casos de potencial descumprimento do acordo com suas respectivas implicações.

No âmbito da política brasileira de combate à corrupção, a disciplina jurídica do acordo e seus aspectos essenciais foi delineada pela Lei Anticorrupção, editada em 2013.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Lei anticorrupção comentada*. Op. cit., p. 211-212.

Em dois dispositivos específicos, referida lei previu a leniência para os ilícitos de corrupção (art. 16) e a possibilidade de sua extensão para ilícitos licitatórios (art. 17). Em 2015, esses dispositivos foram regulamentados pelo Decreto Presidencial n. 8.420, bem como pela Portaria CGU n. 901. Em 2016, finalmente, editou-se a Portaria CGU/AGU n. 2.278, tratando de cooperação interorgânica na negociação e celebração do acordo, posteriormente substituída pela Portaria Conjunta n. 4, datada de 09 de agosto de 2019.

Em breve resumo, a Lei Anticorrupção, após enumerar os atos ilícitos nela tratados (art. 5º) e da responsabilidade objetiva civil e administrativa por sua prática,⁵ prevê normas gerais sobre o acordo de leniência aplicáveis aos três entes da federação brasileira. O art. 16 da Lei Anticorrupção, especificamente, cuida: (i) da autoridade competente para celebrar o acordo de leniência; (ii) dos sujeitos que dele podem se beneficiar; (iii) das obrigações principais dos contratantes; (iv) dos requisitos para celebração; (v) dos benefícios do acordo no processo administrativo em que ele se integra; (vi) da ausência explícita de imunização contra medidas de reparação civil; (vii) da possibilidade de extensão do acordo ao grupo econômico de fato e de direito; (viii) da publicidade do acordo; (ix) de alguns efeitos da negociação frustrada; (x) da vedação de celebração de nova leniência por um triênio em caso de acordo descumprido e (xi) do efeito da celebração em relação a prazos prescricionais.

4 BENEFÍCIOS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA POR ATO DE CORRUPÇÃO

Certamente, as normas mais relevantes em todo esse conjunto de disposições do art. 16 da Lei Anticorrupção se referem aos efeitos do cumprimento do acordo para o infrator colaborador. De maneira geral, os efeitos benéficos de um programa de leniência classificam-se em: (i) administrativos, internos e externos; (ii) civis e (iii) penais. O cumprimento da leniência prevista na legislação em debate acarreta, porém, meras vantagens administrativas e civis para a pessoa jurídica. Em termos formais, o cumprimento também exigirá a exclusão de informações do CNEP (art. 22, §5º), reduzindo a exposição do colaborador. Contudo, não haverá efeitos penais, nem qualquer efeito administrativo ou civil para pessoas físicas.

Conforme prescrição da Lei Anticorrupção, a “celebração” (*sic*) do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inc. II do art. 6º e no inc. IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável (art. 16, §2º). Traduzindo: o

⁵ Se condenada no processo administrativo acusatório por corrupção, a pessoa jurídica poderá sofrer duas sanções: (i) multa sancionatória, cuja intensidade variará de 0,1 a 20% de seu faturamento anual, descontados tributos, e que jamais poderá ser inferior à vantagem auferida quando for possível mensurá-la, nem excluirá a reparação civil e/ou (ii) a publicação da decisão condenatória nos meios de comunicação, na entidade e na internet, medida que persegue de modo evidente o intuito de expor o infrator e submetê-lo a eventuais “sanções indiretas” por parte de investidores, consumidores, concorrentes e outros agentes sociais e econômicos. Trata-se, pois, da sanção de admoestação pública.

reconhecimento do “cumprimento” do acordo de leniência por parte do infrator colaborador (e não a celebração em si, como diz a lei) gerará dois efeitos administrativos e um efeito civil, a saber:

- *A imunidade à sanção administrativa de publicação extraordinária da decisão condenatória* (art. 6º, II). Não obstante o infrator colaborador também deva ser condenado, sobretudo porque confessa a infração, ele não se sujeitará aos custos financeiros e não financeiros de divulgação da infração. Além disso, para que o benefício previsto na lei produza efeito prático, há que se interpretá-lo de modo extensivo. Não basta a isenção em relação à sanção de publicação. É preciso que ele não conste das publicações impostas aos outros condenados. Afinal, se seu nome constar de outras publicações, o benefício que o legislador pretendeu oferecer ao colaborador será aniquilado.
- *A redução em até dois terços da multa administrativa*, a qual, nos termos da Lei Anticorrupção, varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto anual, excluídos os tributos, do último exercício anterior ao da instauração do processo ou, quando não for possível identificar o faturamento, de seis mil reais a sessenta milhões de reais (art. 6º, II e §4º). Isso significa que, para conceder o benefício, a Administração terá que condenar o colaborador e fixar sua multa-base, aplicando em seguida o fator percentual redutor. Como se sustentou alhures,⁶ da maneira como ficou disciplinado na Lei Anticorrupção, o benefício de redução da multa se mostra bastante problemático. Em primeiro lugar, a lei deixou de fazer uma importante distinção entre a leniência prévia e a leniência concomitante ao processo. Para a leniência prévia, seria ideal que se garantisse um benefício maior que o da concomitante, já que o infrator confessa algo desconhecido pelo Estado. Todavia, o legislador ignorou essa distinção e, ao igualar o benefício, acabou por criar um regime legal que desestimula a cooperação anterior à abertura do processo administrativo. Em segundo lugar, ao tratar da redução da multa, a despeito do momento da leniência, a lei somente prevê um teto de redução (2/3), sem a garantia de qualquer mínimo. Nesse contexto, para que se confira segurança jurídica ao colaborador e se estimule a boa-fé da Administração,⁷ é preciso que o acordo contenha cláusula que: a) ou preveja exatamente o percentual da redução pelo

⁶ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015. p. 521-522.

⁷ Preleciona Bacellar Filho que “o cidadão, ao dar início às solenidades que antecedem o exercício de uma atividade lícita e ao empenhar-se moral e financeiramente com o projeto dela decorrente, tem, de acordo com o princípio da juridicidade, a certeza de um direito. A certeza do direito representa, pois, para o cidadão, uma visão confiante e antecipada do acolhimento de seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos [...]” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 537.). Em sentido semelhante, ensina Bandeira de Mello que “a essência do Direito é firmar previamente os efeitos que associará aos comportamentos tais ou quais [...] a ordem jurídica constitui uma prévia rede de segurança para a conduta dos indivíduos, afastando liminarmente qualquer imprevisto ou surpresa que poderia lhes advir se não existisse essa preliminar notícia sobre o alcance de sua atuação futura”. E arremata: “a própria possibilidade de o Direito se realizar depende, às completas, de que exista a certeza, a segurança de que um prévio comportamento ocorrerá na hipótese de uma conduta ser tal ou qual” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de direito e segurança

cumprimento da leniência ou b) estabeleça uma faixa de redução (por exemplo, de 1/3 a 2/3), deixando-se a mensuração final da redução para o momento de condenação conforme o grau de colaboração verificado ao longo da execução do acordo.⁸ Em terceiro lugar, mostra-se importante garantir ao colaborador o benefício da menor multa. É inaceitável que o infrator que auxilia a Administração se sujeite à sanção pecuniária mais gravosa que a imposta ao infrator que não participa do programa de leniência e não colabora com a comprovação da materialidade e da autoria. Na Lei de Defesa da Concorrência, explicita-se que a “pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior a menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração” (art. 86, §5º).⁹ A Lei Anticorrupção, contudo, silencia sobre o assunto. A esse despeito, o benefício da menor pena resulta do princípio da moralidade administrativa, da própria lógica do programa de leniência e da boa-fé. Não houvesse essa garantia, pouca razão sobriaria para se cooperar com o Estado. De todo modo, na falta de previsão legal, mais seguro ao colaborador é negociar a inserção do benefício da menor pena em cláusula do acordo.

- E, no tocante às possíveis punições civis, a imunidade à sanção de “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos” (art. 19, IV). Esse benefício, concedido no processo administrativo, só ganhará utilidade diante de uma eventual ação judicial civil promovida pela Advocacia Pública ou pelo Ministério Público contra os infratores. Assim como ocorre em relação ao benefício de redução da multa, a disciplina do benefício civil da leniência da Lei Anticorrupção se mostra igualmente problemática. A razão para a crítica é simples. As sanções civis aplicáveis são quatro e podem incluir a suspensão da atividade empresarial até a dissolução da pessoa jurídica. Nesse contexto, seguindo-se uma interpretação literal da lei, o fato de a leniência ser cumprida não imunizará o colaborador contra um pedido de extinção de sua pessoa jurídica ou de suspensão de suas atividades. Qual será, porém, a vantagem de se celebrar um acordo que impede a aplicação da sanção de proibição de recebimento de incentivos pelo infrator colaborador, mas permite que o Ministério Público solicite sua “pena de morte” (ou seja, a extinção da pessoa jurídica)? Para

jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Orgs.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41).

⁸ Essa possibilidade de mensuração do benefício no momento de julgamento existe no âmbito do processo concorrencial. Em relação à Lei Anticorrupção, porém, há autores que descartam essa possibilidade e entendem que o percentual de 2/3 de redução da pena previsto na lei é fixo. Nesse sentido, Heinen aduz que: “os benefícios à pessoa jurídica, definidos no §2º do art. 16, são vinculados, ou seja, não podem ser sonegados quando entabulado o acordo e cumpridas as suas cláusulas [...] A lei brasileira não deu margem ao Poder Público poder negociar os benefícios em caso de colaboração posta a efeito pelo acusado” (HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção*: Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 243).

⁹ Em detalhes sobre o benefício da menor pena no direito concorrencial, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência*: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015. p. 355-356.

que se garanta a utilidade da leniência, para que seus benefícios sejam reais e efetivos, é preciso interpretar referidos mandamentos em sentido lógico e teleológico. Conquanto o art. 16 não o diga, a leniência impõe uma imunidade também contra a medida prevista no art. 19, inc. III.¹⁰ Se não for assim, de nada adiantará o benefício quanto ao inc. IV. O que a leniência não poderá incluir em hipótese alguma como benefício civil será a imunidade em relação à reparação de danos causados ao Estado ou a terceiros. O acordo não se presta ao proibir indenizações civis ao Estado ou a terceiros por expressa vedação legal (art. 16, §3º), nem pode conter cláusulas sobre indenizações civis por falta legitimidade ao Estado para representar particulares nesse âmbito. Ademais, é bastante questionável que se possa fazer arbitramento de danos civis no momento de celebração da leniência já que o acordo precede a instrução e, por óbvio, a decisão administrativa final que aponta se há ou não danos e qual sua extensão.

5 PANORAMA DAS FALHAS DO REGIME JURÍDICO LEGAL

No regime jurídico em exame, como se viu, notam-se muitas falhas e lacunas que, em última instância, afetam a previsibilidade, a segurança jurídica e, pior, a atratividade do programa de leniência.

A uma, a Lei Anticorrupção ignora o papel das pessoas físicas, ou seja, não há previsão de participação dessas pessoas no acordo – lacuna que, em última instância, acaba por tornar o programa menos atrativo, na medida em que coloca a pessoa física (como o administrador diretamente responsável pela corrupção praticada pela empresa) em situação de alta vulnerabilidade, sobretudo no âmbito penal.

A duas, mesmo para a pessoa jurídica infratora que decide colaborar com o Estado, o regime de leniência não garante uma imunização ampla em relação a todas as sanções previstas na Lei Anticorrupção. Conquanto celebre o acordo e o cumpra integralmente, nenhuma mitigação atingirá grande parte das sanções civis (previstas no art. 19).¹¹ Além disso, a Lei não trata de possibilidade de arbitramento de danos no acordo, ainda que, na prática, alguns acordos tenham previsto cláusulas a respeito do perdimento de bens e do pagamento de indenizações.

¹⁰ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: Op. cit., p. 522.

¹¹ As sanções civis, dependentes de condução de ação civil pública ajuizada pela entidade lesada ou pelo Ministério Público, consistem em reparação do dano; perdimento de bens e valores; suspensão de atividades econômicas; dissolução da pessoa jurídica (apenas nos casos listados na lei); proibição de incentivos, doações, empréstimos públicos etc. No processo judicial, também poderão ser aplicadas as duas sanções administrativas previstas na Lei, caso a entidade pública competente para punir o infrator não tenha agido.

A três, a lei falha ao não prever um sistema diferenciado de benefícios conforme o momento de celebração da leniência¹² – diferentemente do programa construído no âmbito do direito da concorrência, que diferencia a leniência prévia, a leniência concomitante e a leniência *plus*, cada qual com benefícios distintos, de modo a estimular o infrator a cooperar com o Estado o mais rápido possível e a despeito de se ter conhecimento da infração.

A quatro, a lei não garante um percentual mínimo de redução da administrativa ao infrator colaborador, nem prevê o importante benefício da menor multa. Isso significa que, se o acordo não for bem negociado, o colaborador poderá receber benefícios insignificantes ou uma sanção superior à imposta a infratores que não colaboraram com a instrução processual. Enfim, a cinco, a lei em debate não traz normas sobre cooperação interadministrativa e interorgânica para articular os diversos órgãos envolvidos na política de combate à corrupção.

6 TENTATIVAS DE APRIMORAMENTO DO REGIME: MP 703

Em certa medida, por conta das várias falhas e lacunas do regime jurídico da leniência na Lei Anticorrupção – problemas que comprovam a ignorância do legislador em relação aos avanços e estudos que já existiam na época a respeito da leniência concorrencial – bus-

¹² Por um *critério temporal*, o acordo de leniência pode ser prévio ao processo administrativo, concomitante ou secundário. A modalidade *prévia* designa o acordo celebrado antes que o poder público tenha conhecimento da infração administrativa. Previamente à abertura do processo ou de seus procedimentos preparatórios, um dos infratores busca a cooperação e celebra a leniência que então dará origem ao processo sancionador. Por gerar elevado benefício ao Estado e representar uma colaboração “mais” espontânea, esse tipo de leniência resulta, em muitos ordenamentos, em maiores benefícios ao colaborador. Quando a leniência é firmada ao longo do processo, fala-se então de um acordo *concomitante*. O infrator já se encontra na posição de acusado e, para mitigar as sanções que lhe podem atingir, recorre à cooperação pela via da leniência. Nesta hipótese, como o Estado já dispõe de informações básicas de autoria e materialidade, a leniência “vale menos”, gera menores benefícios ao colaborador. Daí se entende que, ao diferenciar os benefícios da leniência concomitante em relação à modalidade *prévia*, o legislador promove uma “corrida pela leniência”, aumenta o clima de desconfiança entre os infratores e desestabiliza as relações entre eles. Apesar dessa vantagem, a Lei Anticorrupção brasileira ignorou a distinção e não registrou a obrigatoriedade de se concederem benefícios diferenciados conforme o momento da leniência. Referida lacuna tenderá a desestimular os acordos prévios, levando o infrator a esperar a abertura do processo administrativo para avaliar a utilidade da colaboração. Além da leniência *prévia* e da *concomitante*, é possível falar de uma *leniência secundária* ou *tardia*. Trata-se de um acordo igualmente concomitante ao processo, mas que é celebrado após uma primeira leniência no mesmo processo administrativo. Em alguns ordenamentos, a leniência secundária é vedada por força da regra *first come, first serve*, a qual foi igualmente consagrada na Lei Anticorrupção. Por conseguinte, somente o primeiro que se qualificar para colaborar estará autorizado a celebrar o acordo. Em outros modelos, aceita-se a leniência secundária ou *tardia*, mas se conferem menores vantagens ao colaborador, criando-se um sistema de benefícios em cascata pelo qual a quantidade de vantagens ao colaborador se reduz conforme a quantidade de leniências aumenta. Existe ainda um terceiro modelo, referente à leniência *plus*, adotado no âmbito do direito concorrencial brasileiro, mas sem previsão na política de combate à corrupção. Aqui, a leniência secundária poderá ser celebrada em um processo que já conta com um colaborador, mas desde que o segundo colaborador apoie as atividades de instrução neste primeiro processo e, adicionalmente, traga informações sobre uma nova infração desconhecida pela Administração Pública. A leniência *plus* pode ser chamada de leniência *dúplice*, uma vez que congrega uma leniência concomitante no processo em curso e uma leniência *prévia* para a nova infração confessada.

cou-se modificar o regime jurídico descrito por meio de uma Medida Provisória, igualmente mal debatida e preparada. Apesar de ter perdido vigência por falta de conversão em lei no prazo constitucional, a MP n. 703, de 18 de dezembro de 2015 modificou brevemente inúmeros dispositivos da Lei Anticorrupção e, para o regime da leniência, de modo especial, trouxera as significativas mudanças ao art. 16.

Em primeiro lugar, a MP tentou extirpar a regra do *first come, first serve* (art. 16, §1º, I), de acordo com a qual somente uma pessoa jurídica está autorizada a celebrar o acordo em cada processo administrativo. Para garantir a celebração, a pessoa jurídica necessita ser a primeira a se qualificar perante a Administração. Ao afastar essa regra, a MP buscava impedir o efeito de bloqueio que uma leniência gerava para outros infratores interessados. Isso tornaria possível celebrar múltiplas leniências no mesmo processo. Se aprovada, essa nova sistemática quebraria o estímulo à “corrida pela leniência” e esvaziaria o próprio sentido do processo punitivo.

Em segundo lugar, ao possibilitar múltiplas leniências, a MP teve que necessariamente alterar o sistema de benefícios e isso ocorrerá pela diferenciação das vantagens dadas ao primeiro infrator-colaborador (maiores) e aquelas conferidas aos subsequentes (menores). A diferenciação, hoje revogada, tentava salvar um pouco do efeito da “corrida” pelo acordo, já que o primeiro receberia mais prêmios que os colaboradores tardios.

Em terceiro lugar, também de modo a facilitar a posição do infrator interessado no acordo, a MP retirava da lei a necessidade de confissão do ato de corrupção (art. 16, §1º, II). Isso colocava o colaborador em situação mais confortável e reduzia sua vulnerabilidade, ou melhor, os riscos de punição e de responsabilização em outras esferas – fator que, em última instância, tornava o programa de leniência muito mais atrativo. Na prática, porém, a confissão é essencial e constitui requisito lógico da leniência. Afinal, é o fato de o colaborador ser ele mesmo um dos infratores que lhe dá legitimidade para atuar ao lado do Estado como um fornecedor confiável de provas.

Em quarto lugar, a MP ampliou de modo extremamente significativo as vantagens decorrentes do cumprimento do acordo,¹³ por exemplo, ao beneficiar o infrator-colaborador contra sanções na esfera licitatória, inclusive as de caráter pecuniário, e por permitir que o

¹³ Para se constatar essa ampliação, basta verificar a redação que o art. 16, §2º havia assumido por conta da MP n. 703: “§2º O acordo de leniência celebrado pela autoridade administrativa: (Redação dada pela Medida provisória n. 703, de 2015): I – isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do caput do art. 6º e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos; (Incluído pela Medida provisória n. 703, de 2015); II – poderá reduzir a multa prevista no inciso I do caput do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo; e (Incluído pela Medida provisória n. 703, de 2015); III – no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo.” (Incluído pela Medida provisória n. 703, de 2015).

acordo tratasse da reparação de danos, inclusive mediante técnicas de amortização que levassem em conta a “capacidade econômica do agente”.¹⁴

Em quinto lugar, também no sentido de incrementar os benefícios do acordo, tornando-o mais atrativo e menos arriscado aos colaboradores, a MP ainda previu que sua celebração impediria ações de improbidade, ações civis em geral e a ação para aplicação das sanções civis por corrupção (art. 19 da lei), desde que o acordo fosse firmado com a participação da Advocacia Pública ou do Ministério Público.

Em sexto, a MP determinou que os documentos fornecidos pelo colaborador ao Estado fossem devolvidos em caso de proposta de leniência frustrada (art. 17-B), suprimindo assim uma lacuna da redação originária da lei. Na prática, esse problema foi resolvido por normas infralegais, como a Portaria Conjunta CGU/AGU n. 04/2019, cujo art. 8º, parágrafo único, hoje prevê que “a desistência da proposta de acordo de leniência ou sua rejeição: I – não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado pela pessoa jurídica; II – implicará a devolução, sem retenção de cópias, dos documentos apresentados, sendo vedado o uso desses ou de outras informações obtidas durante a negociação para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública tiver conhecimento deles por outros meios; e III – não acarretará sua divulgação, ressalvado o disposto no art. 4º desta Portaria”.

A MP caminhou bem em certos aspectos, mas realmente parece ter exagerado na ampliação dos benefícios e, pior, sem que ainda houvesse na doutrina e no âmbito dos órgãos competentes uma reflexão madura e aprofundada a respeito das deficiências do modelo de leniência da lei. Outro fator que a prejudicou, por natural, foi o momento político e social de sua edição e igualmente o fato de não ter sido capaz de resolver todas as falhas da disciplina jurídica da leniência para atos de corrupção.

7 REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL: AVANÇOS?

No âmbito da União, antes e após a esperada perda de vigência da MP n. 703, foram editados alguns diplomas de natureza administrativa com o objetivo de detalhar os procedimentos e o funcionamento do programa de leniência. Essas normas se encontram no Decreto n. 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção, na Portaria CGU n. 901/2015 e, posteriormente, na Portaria n. 2.278/2016, que acabou por revogar os arts. 27 a 37 da Portaria anterior referentes ao tema em debate. Mais tarde, a Portaria n. 2.278/2016 foi substituída pela Portaria Conjunta n. 04/2019.

¹⁴ Isso se vislumbrava na redação modificada do art. 16, §4º: “O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo administrativo e quando estipular a obrigatoriedade de reparação do dano poderá conter cláusulas sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica.” (Redação dada pela Medida provisória n. 703, de 2015, mas não convertida).

O exame sistemático desses vários diplomas normativos de caráter administrativo revela que o Poder Executivo, ao detalhar o assunto, também tentou superar inúmeras falhas e lacunas materiais e procedimentais constantes da legislação e inovou em muitos aspectos – em alguns casos, inclusive, de modo a extrapolar os limites constitucionais do poder regulamentar. Entre os avanços mais marcantes da abrangente disciplina infralegal, é imprescindível destacar:

- *A relativização da regra do “first come, first serve”.* De acordo com o art. 30 do Decreto n. 8.420, “a pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I – ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, *quanto tal circunstância for relevante*”. O trecho final dá a entender que, a critério da autoridade pública, em juízo de conveniência e oportunidade, será lícito celebrar várias leniências no mesmo processo administrativo. Da forma como posta, a norma autorizativa viola inequivocamente o texto legal, que permite uma única leniência para pessoas jurídicas em cada processo administrativo de responsabilização. Além de inconstitucional, por exorbitar o poder de regulamentação previsto no art. 84, IV, da Constituição da República, a norma poderá chancelar violações ao princípio da impessoalidade e ao princípio da moralidade, uma vez que não prevê critérios transparentes para a aceitação de leniências adicionais, diferentemente do que se vislumbra na legislação concorrencial a respeito da leniência *plus*.¹⁵
- *A definição de um prazo máximo de propositura do acordo.* Nos termos do art. 30, §2º, do Decreto n. 8.420/2015, a proposta do acordo poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR. Em outras palavras, a leniência torna-se impossível após a conclusão da instrução. Essa norma se acopla perfeitamente ao espírito do acordo de cooperação instrutória. Se a instrução já se encerrou, não há mais espaço para colaboração, nem utilidade potencial para um acordo. Faça-se apenas uma ressalva. Se o órgão julgador determinar a reabertura de instrução, há que se reabrir, por automático, o prazo para propostas de leniência. Enquanto houver instrução, haverá possibilidade de colaboração.
- *A composição do órgão de negociação do acordo de leniência.* Uma forma importante de se garantir a estabilidade e a durabilidade do acordo consiste na articulação dos inúmeros interesses e órgãos estatais envolvidos na persecução do ilícito. Atento a isso, o art. 5º da Portaria Conjunta n. 04/2019, de modo a superar uma lacuna da lei, previu o seguinte: “Uma vez assinado o Memorando de Entendimentos, o Secretário de Combate à Corrupção da CGU: I - designará, mediante despacho, comissão responsável pela condução da negociação do acordo, composta por, no mínimo: a) dois membros da carreira de Finanças e Controle em exercício na CGU; e b) um membro da AGU indicado pelo DPP”. Essa norma tem caráter autolimitativo, mas não se mostra

¹⁵ A respeito da leniência *plus* no direito concorrencial, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência*: Op. cit., p. 373.

inconstitucional, pois a lei não estabeleceu regras de composição da Comissão, de modo que se afigura perfeitamente lícito e recomendável que se busque a articulação interadministrativa para se chegar a um acordo mais satisfatório. Da maneira como o assunto foi disciplinado, a participação da AGU se tornou obrigatória. Além disso, os membros da AGU têm a função específica de “avaliar a vantajosidade e a procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais” (art. 7º, §4º). Distinta é a situação de membros da comissão de negociação provenientes dos entes lesados. Nos termos do art. 54º, § 1º parágrafo único, da Portaria Conjunta: O Secretário de Combate à Corrupção da CGU “poderá solicitar a indicação de servidor ou empregado do órgão ou entidade lesada para prestar informação *para participar das reuniões da comissão responsável pela condução das negociações*” (g.n.). Aqui, a solicitação da participação é discricionária e o membro externo, aparentemente, não detém qualquer poder decisório, senão mero direito de voz e dever de colaboração.

- *A definição do prazo de negociação.* Superando uma lacuna da lei, o art. 32 do Decreto prescreve que a negociação da leniência seja concluída no prazo prorrogável de 180 dias, que devem ser contados entre a data de apresentação do memorando conjunto de entendimentos e a celebração do acordo. O decreto não prevê, contudo, um limite às prorrogações.
- *A forma de proposta final do acordo.* Prescreve o art. 31, *caput* do Decreto n. 8.420/2015, que a leniência será proposta de modo oral ou escrito. A proposta formalizada, porém, será objeto de memorando conjunto de entendimentos que defina seus parâmetros, nos termos do art. 31, §2º. A partir desse memorando é que se iniciam as negociações. Todavia, o encaminhamento do memorando não impede a desistência da proposta a qualquer momento antes da assinatura, conforme garante o art. 34 do referido ato normativo.
- *A estipulação de procedimentos em caso de desistência ou rejeição.* De modo a solucionar uma lacuna da lei, o Decreto n. 8.420 previu o seguinte: “caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência” (art. 35). A Portaria Conjunta CGU/AGU n. 04/2019 foi ainda mais detalhada ao prever que: “A desistência da proposta de acordo de leniência ou sua rejeição: I – não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado pela pessoa; jurídica; II – implicará a devolução, sem retenção de cópias, dos documentos apresentados, sendo vedado o uso desses ou de outras informações obtidas durante a negociação para fins de responsabilização, exceto quando a Administração Pública tiver conhecimento deles por outros meios; e III – não acarretará na sua divulgação, ressalvado o disposto no art. 4º desta Portaria” (art. 8º, parágrafo único).

- *A previsão da celebração conjunta entre CGU e AGU.* Em favor da articulação interadministrativa, a Portaria Conjunta n. 04 não apenas torna a participação dos membros da AGU obrigatória na negociação, como também partilha com ela a competência da CGU para celebração do acordo. Nesse sentido, dispõe o art. 9º, parágrafo único, que “a decisão sobre a celebração do acordo de leniência caberá ao Ministro de Estado da CGU e ao Advogado Geral da União”. Aqui, obviamente, a Portaria extrapolou os termos da lei, que prevê competência exclusiva de celebração em favor da CGU. Entretanto, se bem analisada, verifica-se que a norma infralegal cria apenas uma forma de autolimitação de um órgão da Administração Direta em favor de outro no sentido de dar mais eficiência ao acordo. Lida dessa forma, a celebração conjunta não parece representar uma violação aos termos da lei, mas sim um aprimoramento procedimental relevante à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública.
- *A ampliação dos requisitos de celebração.* Realmente questionável é a norma infralegal que estende o rol de requisitos para a celebração da leniência previstos no art. 16, §1º, da Lei Anticorrupção. Além dos requisitos legais (confissão, disponibilidade de cooperação, cessação da prática e primariedade na cooperação), o art. 7º, inciso V, alínea “c” da Portaria Conjunta n. 04/2019 prevê a necessidade de aplicação, aperfeiçoamento ou adoção de programas de integridade, e o inciso VI se refere a “negociar os valores a serem ressarcidos, preservando-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado”. O art. 7º, na mesma linha, afirma que o relatório final da comissão de negociação deverá tratar, entre outras coisas, do “compromisso de compliance” e da reparação do dano, além de cuidar da quantificação da multa, “se for o caso”. Ora, não há dúvidas de que a imposição desses requisitos adicionais exorbita o poder regulamentar, fere a Lei Anticorrupção e a regra da livre negociação que deveria pautar o programa de leniência. Não está no escopo da Lei Anticorrupção tratar da reparação de danos, cabendo a cada ente lesado as providências para tanto. Nesse sentido, o máximo que se poderia aceitar na negociação seria uma reparação dos danos sofridos pela entidade federal lesada e já evidentes, nada mais que isso. A não aceitação da reparação na esfera administrativa pelo colaborador, ademais, jamais poderá ser tomada como motivo para afastar a celebração do acordo. É direito seu querer discutir a reparação em outras esferas e não no campo do acordo. A adoção de programas de integridade, de outra parte, também é uma decisão da pessoa jurídica e não é exigível como requisito de celebração, já que não consta da lei e não se mostra essencial ao funcionamento do acordo. Além de não guardar relação lógica com o acordo em si e a infração sob apuração, a exigência de programa de integridade gera elevados custos para a pessoa jurídica, razão pela qual deve permanecer sob sua esfera de decisão, sobretudo diante da falta de norma legal que a obrigue a adotá-lo como requisito para participar do programa de leniência.
- *A extensão da competência processual da CGU.* Nos termos do art. 38 do Decreto n. 8.420/2015, a CGU poderá conduzir e julgar os processos administrativos que apurem infrações de corrupção e em outras normas de licitações e contratos, “cujos

fatos tenham sido notificados por meio do acordo de leniência". Essa norma, em verdade, inova o ordenamento jurídico e parece violar o art. 8º, *caput* e §2º, bem como o art. 9 da Lei Anticorrupção. Esses dispositivos respectivamente: (a) preveem a competência da entidade lesada para condução do PAR; (b) reconhecem competência concorrente da CGU para instaurar o PAR apenas no âmbito do Poder Executivo federal ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta lei, somente para exame de sua regularidade ou para lhes corrigir o andamento e (c) conferem competência exclusiva à CGU para conduzir processos relativos a ilícitos praticados contra a administração pública estrangeira. É de duvidosa constitucionalidade a norma infralegal que, no intuito de regulamentar, retira a competência das entidades lesadas para conduzir o PAR, nos termos do art. 8º, *caput*, da Lei Anticorrupção, ainda que ele tenha se iniciado em razão de provas ofertadas pelo infrator colaborador no programa de leniência.

- *A extensão dos benefícios.* A Portaria Conjunta n. 04, não bastasse ter estendido indevidamente os requisitos do programa de leniência, também ampliou sem respaldo na lei os benefícios gerados pelo cumprimento do programa. Nos termos de seu art. 12, "A celebração do acordo de leniência poderá: I - isentar a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 da Lei n. 12.846, de 2013; II - reduzir em até dois terços, nos termos do acordo, o valor da multa aplicável, prevista no inciso I do art. 6º da Lei n. 12.846, de 2013; e III - isentar ou atenuar, nos termos do acordo, as sanções administrativas ou cíveis aplicáveis ao caso". Ora, nesse dispositivo final, a Portaria, sem base na lei, permite que a comissão de negociação, a seu critério exclusivo, ofereça benefícios para determinados colaboradores que não tenham qualquer fundamento legal e deixe de ofertá-los a outros. A norma é exorbitante do poder regulamentar, além de violar os princípios da impessoalidade e da moralidade.
- *O estímulo à articulação administrativa.* Além da salutar previsão de colaboração com a AGU, o art. 50 do Decreto n. 8.420/2015, prevê que "os órgãos e as entidades da administração pública, no exercício de suas competências regulatórias, disporão sobre os efeitos da Lei n. 12.846/2013, no âmbito das atividades reguladas, inclusive no caso de proposta e celebração de acordo de leniência". Com isso, o Poder Executivo pretendeu estimular o respeito ao acordo de colaboração e reduzir os riscos a que se submete o infrator colaborador diante do poder persecutório (de polícia) de outras entidades da Administração Pública, sobretudo as agências reguladoras. Todavia, acredita-se que a norma em questão terá efetividade limitada, dada sua abertura mandamental e a falta de respaldo mais objetivo na Lei Anticorrupção.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS: PONTOS DE ESTRANGULAMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A complexidade e a multiplicação das infrações administrativas quotidianas, as dificuldades e os custos relativos à execução dos poderes de fiscalização e de instrução pelo Estado, a necessidade de se concretizar interesses públicos primários (como o combate à corrupção, a proteção da concorrência etc.) e o desejo popular por uma máquina administrativa mais eficiente e por um ordenamento jurídico socialmente efetivo são algumas das razões a justificar a construção de uma cultura utilitarista de cooperação, diálogo ou consensualização no âmbito do poder sancionador estatal. São esses os fundamentos, por conseguinte, para a inserção, no Brasil, de diversos programas de leniência, como o previsto na Lei Anticorrupção.

Ocorre, porém, que o regime legal do programa de leniência para infrações de corrupção contém inúmeras falhas e lacunas. Ao longo do presente artigo, buscou-se demonstrar esses problemas, passando-se pela discussão da falta de benefícios a pessoas físicas, da ausência de previsão clara dos benefícios mínimos às pessoas jurídicas, da lacuna quanto a benefícios penais e reparação civil, da inexistência da garantia da menor sanção, da reduzida disciplina acerca da importante articulação entre os órgãos públicos envolvidos na política de combate a corrupção.

Em certa medida, a despeito da não conversão da MP 703 em lei, o próprio Poder Executivo buscou lidar com esses problemas por meio de soluções previstas no Decreto Regulamentar e em Portarias Específicas. Contudo, nem todas as questões polêmicas foram resolvidas a contento, seja porque as inovações normativas violam o texto legal, seja porque não se harmonizam bem com os princípios constitucionais regentes da Administração Pública ou com as características básicas de um programa de leniência.

É preciso, assim, que prossigam os debates acerca do aprimoramento da legislação brasileira. Sem isso, os pressupostos para o sucesso do programa de leniência não serão alcançados e, em última instância, colocar-se-á em risco a utilidade desse importante instrumento de consensualização da Administração Pública brasileira no combate a um dos maiores males do país: a corrupção incessante.

Como já sustentei alhures,¹⁶ esses pressupostos essenciais ao bom funcionamento de qualquer leniência consistem basicamente em: (i) garantir a transparência e a previsibilidade dos deveres e riscos envolvidos e do pacote de benefícios nas mais diversas esferas de responsabilidade; (ii) conferir credibilidade ao programa, gerada, entre outras coisas, pelo profissionalismo dos agentes e órgãos públicos envolvidos, pela boa-fé e proteção da confiança, pelo respeito contínuo aos procedimentos preparatórios e às cláusulas acordadas,

¹⁶ MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência*: Op. cit., p. 339-341.

bem como pela punição precisa diante de descumprimento; e (iii) oferecer benefícios efetivos ao infrator colaborador, de sorte a compensá-lo pelos riscos da cooperação instrutória.¹⁷

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. CGU. *Acordo de leniência com a Odebrecht prevê ressarcimento de 2,7 bilhões*. 2018. Disponível em: encurtador.com.br/mwx10. Acesso em: 3 jul. 2020.

COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015.

MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Orgs.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STETNER, Renato Parreira. Artigos 35-B e 35-C. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Orgs.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Orgs.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

¹⁷ Nesse sentido, cf. também: STETNER, Renato Parreira. Artigos 35-B e 35-C. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Orgs.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei n. 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 313.

Um olhar substancialmente federativo das compras públicas no Brasil

Victor Aguiar Jardim de Amorim

Doutorando em Direito (UnB/UniCEUB)

Mestre em Direito Constitucional (IDP)

Professor dos cursos de Pós-Graduação (IDP/ILB/IGD)



SUMÁRIO: **1** Introdução: O que sobra para estados e municípios em matéria de normatização de licitações e contratos administrativos? **2** A eficácia vinculante da “jurisprudência” dos órgãos de controle federais; **3** Por um “giro hermenêutico” no direito administrativo dos estados e municípios; Referências.

1 INTRODUÇÃO: O QUE SOBRA PARA ESTADOS E MUNICÍPIOS EM MATÉRIA DE NORMATIZAÇÃO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS?

Em razão do complexo sistema de distribuição de competência normativa o Brasil no tocante à normatização das compras públicas, é de se reconhecer a grande dificuldade de observância dos atributos inerentes à autonomia dos estados e municípios no processo de instituição de leis e regulamentos para o processamento das aquisições e contratações.

O critério de distribuição de competência do tipo vertical pressupõe a existência de um critério para a conciliação de interesses entre os entes, sendo conferida à União a prerrogativa de editar normas gerais em relação às matérias especificamente indicadas pela Constituição. Tais normas gerais deverão ser observadas pelos demais entes federativos quando da edição de suas respectivas leis tendentes à complementar as disposições gerais advindas da União.

Com esteio na referida previsão constitucional, lastreada no critério de repartição vertical de competência, caberá à União definir as normas gerais sobre o tema, sendo, por outro lado, permitido aos demais entes legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades.¹ Logo, apenas as normas gerais são de obrigatoria observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante.

¹ Nesse sentido, vide entendimento do STF sufragado na ADI n. 4.658/PR: “Esta Corte já assentou o entendimento de que assiste aos Estados competência suplementar para legislar sobre licitação e contratação, desde que respeitadas as normas gerais estabelecidas pela União” (BRASIL. STF. ADI 4658. Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2019, Processo Eletrônico Dje-245 Divulg 08-11-2019 Public 11-11-2019).

Neste aspecto, cumpre anotar a importância de estabelecimento de um critério definidor do alcance da normatização da União no tocante à licitação e aos contratos administrativos. Tal critério funda-se na distinção entre “normas gerais” e “normas específicas”. Com efeito, quando a União estabelece uma “norma geral”, tal diploma ostenta a condição de “lei nacional”, aplicável em todo o território, devendo ser observada indistintamente por todos os entes federativos. Noutra via, ao criar “norma específica” sobre o assunto, tal lei terá âmbito federal, só atingindo a própria União.

A liquidez do conceito de “norma geral” a que alude o XXVII do art. 22 da Constituição da República e a sanha regulatória da União, tornam cada vez mais confusa e melindrosa a linha tênue entre “norma geral” e “norma específica”, o que conduz à extirpação da competência normativa suplementar dos Estados e Municípios em matéria de licitações e contratos.

O que começa como uma indefinição de limites no desenho de distribuição de competências normativas na Federação brasileira, se desenvolve para uma considerável atrofia na gestão pública nacional, marcada pelo cariz totalitário da União na condução das ações dos gestores estaduais e municipais.

Afora as determinações impositivas da União em sede de convênios e repasses de recursos – em muitos casos com uma feição de um “contrato de adesão”, sem qualquer abertura para práticas substancialmente dialógicas com os tomadores dos recursos² –, parafraseando Jürgen Habermas,³ há um significativo processo de “colonização”, pela ótica federal, do direito administrativo que se “vive” no âmbito estadual e municipal.

² Nesse sentido, vide a previsão constante no §3º do art. 1º do Decreto Federal n. 10.024/2019 referente à obrigatoriedade de adoção da forma eletrônica da modalidade pregão por Estados, Municípios e Distrito Federal para contratações com recursos da União repassados aos referidos entes subnacionais a título de transferências voluntárias. Indo além da competência conferida pelo art. 52 do mencionado decreto, o Secretário de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia editou a Instrução Normativa n. 206, de 18 de outubro de 2019, estabelecendo não apenas os prazos para os entes subnacionais utilizarem o pregão eletrônico, veiculando, ainda, comando de observância estrita das regras procedimentais fixadas no regulamento federal. Compreende-se que tal postura de imposição das regras do procedimento federal constitui violação à autonomia de gestão dos entes subnacionais. O fato é que na forma federada de Estado, adotada pela Constituição pátria (art. 1º e 18), é inerente à autonomia de cada um dos entes a competência para legislar sobre normas relativas à sua administração, ressalvados os casos previstos de forma diversa na Constituição. Não se diga que se trata de uma regra da União cuja adesão dos demais entes federados é uma opção. É sabido que diversos Estados e Municípios brasileiros são dependentes dos recursos federais decorrentes de transferências voluntárias, o que significa dizer que tais entes não terão alternativa. Além disso, o repasse de recursos entre os entes da federação ocorre dentro de um contexto de uma atuação coordenada voltada para a cooperação nos exercícios dos respectivos misteres, e não numa espécie de liberalidade do ente federal, o que lhe daria plenos poderes para fazer exigências aos destinatários dos recursos. Há de se ressaltar, ainda, que a obrigatoriedade de obediência ao procedimento previsto no Decreto n. 10.024/2019 cria um ambiente de grande complexidade jurídica nas áreas de licitação e contrato dos entes estaduais, municipais e distritais, que ora se verão obrigados a obedecer às suas normas e ora estarão submissos ao regulamento federal. Sendo que tal complexidade não será sentida apenas internamente, pois, no âmbito externo, o mercado também sentirá as dificuldades inerentes à variação normativa dos certames realizados.

³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 675-676.

O fato de muito pouco “sobrar” para Estados e Municípios em termos de regramentos procedimentais relevantes sobre licitações e contratações públicas, conduz ao um paradigma normativo quase indissociável entre normas “nacionais” e “federais”, de modo que o parâmetro de referência jurídico sempre conduz às leis e regulamentos da União.

Para tanto, basta observar o conteúdo da Lei n. 8.666/1993: muito se discute, mas pouco se resolve acerca do que ali seria “nacional” ou meramente “federal”, ou seja, aplicável apenas aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

Diante de tal indefinição – introduzida como efeito da fluidez normativa do legislador e reforçada pela doutrina⁴ e, em especial, pelo Poder Judiciário –, Estados e Municípios seguem pelo caminho mais seguro: não inventar e, assim, ser deferente às opções do legislador federal. Ou seja, a “colonização” federal sobre a vida dos Estados e Municípios conduz a um preocupante estado de inércia legiferante dos entes nacionais que, ao não contextualizarem, adaptarem e especificarem as normas gerais da União de acordo com suas particularidades, perdem a oportunidade de dotar o gestor de instrumentos que viabilizem uma efetiva gestão de suas contratações.

E há de se reconhecer que tal inércia alimenta o apetite expansionista das práticas de gestão da União, impondo-as aos Estados e Municípios como medidas de excelência técnica a serem incorporadas em todos rincões do país sem qualquer questionamento ou criticidade.

O fato das leis e regulamentos federais – isso para não falar dos demais atos normativos infralegais como as instruções normativas, portarias e outros – servirem como paradigma quase exclusivo para Estados e Municípios conduz à uma extrema dependência em termos de gestão.

Afinal, tais normas federais são criadas à luz da realidade e da estrutura da Administração Pública Federal, realidade essa completamente diferente daquela vivida nas plagas estaduais e municipais notadamente no que tange aos recursos financeiros, estruturais e humanos disponíveis.

De todo modo, merecem registros as iniciativas de alguns Estados da Federação, como Bahia⁵ e Paraná⁶ que, na atividade de normatização complementar das “leis gerais”

⁴ Para tanto, vide o tópico “Sistematização dos entendimentos doutrinários” na obra de: CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Das normas gerais: alcance e extensão da competência legislativa concorrente*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 57-58.

⁵ A Lei de Licitações do Estado da Bahia (Lei Estadual n. 9.433/2005), em seu art. 78, com originalidade, inverteu a sequência procedimental das modalidades concorrência, tomada de preços e convite então estabelecida na Lei n. 8.666/1993, preconizando que, inicialmente, proceder-se-ia a abertura dos envelopes contendo as propostas de preços e, posteriormente, a abertura dos envelopes de habilitação apenas dos “três primeiros lugares”. Entendemos que não há qualquer vício em tal previsão, tendo em vista tratar-se de regulamentação específica apenas no tocante ao procedimento em si, mantendo-se a disciplina afeta às modalidades e tipos de licitação estabelecidos na Lei n. 8.666/1993.

⁶ Como destaque, vide a previsão contida no art. 45 da Lei Estadual n. 15.608/2007 que insere na possibilidade de uso da modalidade pregoão as “obras comuns”, compreendendo, como densificação do comando “serviços

sobre licitações e contratos apresentam densificações significativas, não se limitando a mera reprodução da literalidade das leis editadas pela União.

Da mesma forma, dada as peculiaridades regionais, cumpre destacar a originalidade normativa promovida pelo Estado do Amapá⁷ e do município de Macapá-AP⁸ ao disporem sobre a preferencialidade da forma presencial do pregão para aquisição de produtos para merenda escolar.

2 A EFICÁCIA VINCULANTE DA “JURISPRUDÊNCIA” DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE FEDERAIS

Não obstante o extrapolamento das raiais das normas “federais” tratada no tópico anterior, a dependência é reforçada pela adoção acrítica da interpretação que se faz das normas advindas da União. Não raro, a “gestão pública” realizada nos Estados e Municípios se dá com base na “jurisprudência” do Tribunal de Contas da União e nos entendimentos da Advocacia-Geral da União e da Controladoria-Geral da União.

Talvez o ponto mais sensível a se discutir no presente tópico seja a intensidade e a relevância da “jurisprudência” do TCU na formação da vontade e aplicação do Direito por parte dos agentes públicos, em especial os estaduais e municipais.

É assaz comum verificarmos nas petições de recursos administrativos, nas decisões de comissões de licitação, de pregoeiros e nos despachos de autoridades argumentos e motivações que, a rigor, representam a “jurisprudência” do TCU sobre determinada matéria, como se a citação de um único acórdão ou julgado apenas fosse suficiente para caracterizar um entendimento apriorístico, unísono, consolidado e definitivo da corte de contas.

Dessa forma, fica nítido que a resolução da lide administrativa é vencida por aquele que apresenta o julgado que melhor se “encaixa” ao caso em discussão, ignorando, muitas vezes, a literalidade da lei, os ensinamentos doutrinários e a indissociabilidade do elemento interpretativo na aplicação da norma (legal ou administrativa). Aliás, tal prática não se limita apenas ao âmbito federal, porquanto, salvo reduzidas exceções, os tribunais de contas estaduais e também os municipais tendem a reproduzir o “entendimento” do TCU. Tem-se,

comuns” constante da Lei n. 10.520/2002, as obras de engenharia que venham a apresentar “padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital com base nas especificações usuais praticadas no mercado”. Em sentido contrário, no intento de positivar certo entendimento do TCU sobre o tema, o art. 4º, I, do Decreto Federal n. 10.024/2019 exclui estabelece que o “*pregão, na forma eletrônica, não se aplica a contratações de obras*”.

⁷ Art. 29 da Lei Complementar n. 108/2018: “Em licitações para aquisição de produtos para merenda escolar, a Administração pública estadual deverá utilizar preferencialmente a modalidade do pregão presencial”.

⁸ Art. 49 da Lei Municipal n. 61/2009: “Art. 49. Em licitações para aquisição de produtos para merenda escolar, destacadamente aqueles de origem local, a Administração Pública Municipal deverá utilizar preferencialmente a modalidade do pregão presencial”.

assim, o estado da arte da lógica decisória da administração pública brasileira, em todos os níveis e segmentos.

A rigor, o atributo de definitividade do julgado ou a conclusão comum dos integrantes da corte de contas se limita ao conteúdo da parte dispositiva, não havendo que se falar em transcendência dos motivos determinantes do julgado ou, ainda, dos *obiter dictum* constantes da “fundamentação”.

O problema identificado na práxis hodierna da administração pública brasileira reside em dois pontos: i) tomar a conclusão contida na parte dispositiva do acórdão como entendimento apriorístico do TCU e, assim, aplicável a todo e qualquer caso que aparente alguma semelhança; ii) extrair da “fundamentação” (motivos determinantes e *obiter dictum*) enunciados abstratos e conferindo-lhe status de entendimento da corte de contas.

Outrossim, tal prática conduz a conferir aos julgados do TCU caráter abstrato-normativo,⁹ vinculando os agentes públicos quando do enfrentamento de situações futuras. Entendidas como enunciados normativos especiais em relação às normas gerais editadas pelo Legislativo, tais conclusões da corte de contas seriam de aplicação obrigatória e independente das características e do contexto do caso concreto. Daí, se retira toda liberdade interpretativa do agente público e se fecham os caminhos alternativos não reputados pelo TCU como viáveis.

Tal problema torna-se ainda mais complexo diante da singularidade de determinados casos concretos nos quais a corte de contas faz, a partir das circunstâncias fáticas, uma avaliação meritória de controle e conformação acerca do caminho excepcional adotado por um administrador. Da conclusão do TCU quanto ao acerto ou desacerto da decisão administrativa não se pode extrair, em caráter abstrato, uma norma de aplicação apriorística e atemporal para casos futuros sem o devido cotejo de todas as circunstâncias incidentes sobre a nova situação.¹⁰

⁹ Ao emplacar em todos os julgados do TCU um efeito vinculante (inclusive dos próprios motivos determinantes), estamos, nas palavras de Lenio Streck e Georges Abboud, dando respostas antes mesmo das perguntas. Afinal, “texto e norma não são a mesma coisa. Somente os fundamentos da decisão possuem força vinculante. O dictum é apenas uma observação ou uma opinião. Mas o mais importante a dizer é que os precedentes são “feitos” para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental. Tudo isso pode ser resumido no seguinte enunciado: precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras: as súmulas (ou os ementários em geral, coisa muito comum em *terrae brasilis*), ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos” — características presentes na lei — que são editados visando à “solução de casos futuros” [...] Quem faz uma ementa e dela se serve de forma atemporal e a-histórica está igualando texto e norma, lei e direito. Trata-se de uma pretensão com viés anti-hermenêutico. E por que é anti-hermenêutico? Porque a hermenêutica é exatamente a construção para demonstrar que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses de aplicação” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto* — o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 31).

¹⁰ Sob o prisma histórico, é salutar registrar a existência de discussão seminal no âmbito do TCU acerca da abrangência e dos limites da suposta competência normativa da Corte prevista no §2º do art. 79 do Decreto-Lei 2.300/1986, a norma geral sobre licitações e contratos administrativo revogada posteriormente pela Lei 8.666/1993. Tal previsão foi discutida pelo Plenário do TCU em sessão no dia 13/8/1987, no bojo do Processo TC

É fato que o “direito administrativo do medo”¹¹ e a abstrativização intensiva dos julgados do TCU se não conduzem a um grave quadro de ineficiência da administração pública, ao menos, ao castrar a liberdade interpretativa dos agentes públicos, arrefecem a capacidade de desenvolvimento de outras soluções viáveis para a melhoria da gestão pública. Afinal, o controlador jamais poderá substituir o administrador.

Os manuais e os demais livros de “doutrina administrativista” que adornam as mesas de trabalho de gestores públicos, pregoeiros, membros de comissão e ordenadores de despesas estaduais e municipais são desenvolvidos a partir da legislação federal e com base no que diz o TCU.¹² Em outras palavras: o direito administrativo que se aprende é aquele produzido a partir de praxis da Administração Federal, não se vislumbrando espaço para categorizações e conceitos particularizados para Estados e Municípios.

Não se observa nos entes estaduais e municipais um “direito administrativo” próprio, contextualizado e pensado com base em suas particularidades organizacionais e políticas. Pensado a partir das dificuldades reais vividas pelo gestor estadual e municipal que, em grande parte, lida com necessidade coletivas primárias, como saúde e educação.

A incorporação acrítica da “jurisprudência” do TCU pode ser danosa à Administração estadual e municipal. Afinal, extrair uma “forma correta de gestão” de um caso concreto julgado com base em pressupostos fáticos completamente distintos da realidade, não se mostra como a opção mais efetiva.

2.084/1987, referente a um grupo de trabalho constituído “com a finalidade de proceder a imediatos estudos relativos ao Decreto-lei n. 2.300”. Em seu voto, expôs o ministro Ivan Luz: “[...] Em nenhum momento ao legislador constitucional ocorreu a hipótese de atribuir ao Tribunal de Contas funções regulamentadoras das leis, ‘instruções complementares’ a estas. Não lhe compete, desenganadamente, normatizar ‘procedimentos licitatórios’ ou matéria relativa a ‘contratos administrativos’. O que lhe cabe, isso sim, é, no exercício de suas funções jurisdicionais, interpretar as normas que regulam as atividades da administração federal para realizar o controle de legalidades de seus atos e o julgamento, conseqüente, da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos [...] Em conclusão e pelos motivos expostos, não me parece deva o Tribunal expedir as instruções complementares de que trata o §2º do art. 79 do Decreto-lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986” (disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45592/43997>).

¹¹ Para maiores aprofundamentos sobre a questão, sugerimos o fundamental artigo de Fernando Vernalha Guimarães intitulado “O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle”, publicado na revista *Direito do Estado*, edição 71, ano 2016 (BRASIL. TCU. Estudos sobre o Decreto-lei n. 2.300/86. Processos n. 2.084/87, 6.616/87-9 e 8.574/86-3. R. *Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, v. 169, p. 177-186, jul./set. 1987. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 3 jul. 2020).

¹² Acerca dos efeitos deletérios da incorporação apressada e descontextualizada dos julgados do TCU, vide artigo de minha autoria publicado no *Conjur*: AMORIM, Victor A. J. de. Julgados do TCU em matéria de licitações e contratos não são jurisprudência. *Consultor Jurídico*, abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/vitor-amorim-julgados-tcu-nao-sao-jurisprudencia>. Acesso em: 3 jul. 2020.

E onde estão os Tribunais de Contas Estaduais e Municipais^{13 14}? Será que o enunciado da Súmula n. 222 do TCU¹⁵ soterrou completamente a independência criativa de tais Cortes? Muitos dirão: estão atolados em casos de corrupção e no proselitismo político! Mas, e aí? Vamos jogar a criança fora junto com a água suja?

3 POR UM “GIRO HERMENÊUTICO” NO DIREITO ADMINISTRATIVO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

Ante o panorama exposto no tópico anterior, mostra-se salutar e necessário um “giro hermenêutico” no direito administrativo dos Estados e Municípios, caracterizado pelo desenvolvimento e condução autônomos do modo de se fazer gestão pública – a partir da contextualização e da consideração das realidades peculiares de cada um desses entes – e pela incorporação crítica, quando for o caso, das práticas observadas no âmbito da Administração Federal. E, para tal empreitada, é salutar um protagonismo dos Tribunais de Contas, Controladorias e Procuradorias estaduais e municipais, além da incisiva atuação da academia (notadamente dos cursos de pós-graduação), dos institutos regionais de direito administrativo e congêneres, das escolas de governo e das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, com suas comissões temáticas.

¹³ Registre-se, em caráter alvissareiro, a postura ativa de alguns Tribunais de Contas Estaduais como o TCE-MG e o TCE-PR, em especial no que tange ao entendimento quanto à possibilidade de realização de licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, sediadas em determinado local ou região, em observância aos objetivos estabelecidos no art. 47 da Lei Complementar n. 123/2006. Para tanto, vide Prejulgado n. 27 do TCE-PR: “É possível, mediante expressa previsão em lei local ou no instrumento convocatório, realizar licitações exclusiva à microempresas e empresas de pequeno porte, sediadas em determinado local ou região, em virtude da peculiaridade do objeto a ser licitado ou para implementação dos objetivos propostos no art. 47, Lei Complementar n. 123/2006, desde que, devidamente justificado” (PARANÁ. TCE-PR. *Prejulgado n. 27*. Tribunal Pleno. Relator: Cons. Artagão de Mattos Leão. Sessão Ordinária do Tribunal Pleno n. 26 de 31/07/2019. Publicação: DETC n. 2130 de 27/08/2019. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2019/8/pdf/00339015.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2020). No mesmo sentido, apontou o TCE-MG: “Este Tribunal de Contas já se manifestou no sentido de que a exclusividade na contratação de microempresa ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente, em licitação em que o valor dos itens é inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), observados os requisitos legais, encontra amparo no art. 47 da Lei Complementar n. 123, de 2006” (MINAS GERAIS. TCE-MG. *Denúncia n. 1071325*. Rel. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 29/08/2019. Publicação DOC do dia 26/09/2019).

¹⁴ Há que se mencionar o entendimento do TCE-MG a respeito da utilização de “robôs” por parte dos licitantes em certames eletrônicos, destoando frontalmente da jurisprudência já consolidada do TCU no sentido de reputar como prática ilícita e afrontosa à isonomia e moralidade o uso de tais ferramentas tecnológicas. Nesse sentido: “1. Não há nenhum impedimento legal para utilização de robótica em procedimentos da Administração Pública, especialmente na realização de lances em Pregão Eletrônico. 2. Tratando a questão de processos licitatórios, a otimização trazida pelo uso da robótica favorece a celeridade e eficiência, princípios caros à Administração Pública. 2. O uso de robô por si só não determina a vitória do licitante” (MINAS GERAIS. TCE-MG. *Denúncia n. 1066880*. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Sessão do dia 18/06/2019. Publicação DOC do dia 10/07/2019).

¹⁵ “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Afinal, como resolver os problemas reais do gestor estadual e municipal relativos às contratações na área de saúde e educação com base em “jurisprudência” e “boas práticas” desenvolvidas a partir de pressupostos diferentes? Como compatibilizar, por exemplo, para casos de “vida e morte” (o que, acredite, é comum na vida do gestor estadual e municipal), a compreensão de regularidade formal exigida pelo TCU quanto às contratações emergenciais, quando essa mesma jurisprudência da Corte de Contas é formada com esteio na análise das contratações federais envolvendo demandas públicas secundárias (cujo pressuposto e a própria noção de “urgência” e dos riscos envolvidos é distinta)?

Quanto ao elevado déficit financeiro e de recursos estruturais, é salutar o desenvolvimento de uma “jurisprudência de crise”¹⁶ devidamente contextualizada para a realidade de Estados e Municípios, na qual se contemple as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor, a limitação de recursos, a falta de capacitação dos agentes envolvidos e, em especial, a ausência de um paradigma hermenêutico próprio.

Mas, repita-se: tal “giro” deve partir da perspectiva dos próprios intérpretes e gestores públicos dos Estados e Municípios, no sentido de que a superação da “dependência” demanda, por parte do próprio dependente, uma ação de emancipação.

Ocorre que tal processo é, de certa forma, dificultado por uma perspectiva opaca e parcial da tecnocracia iluminista de Brasília. A busca pela inovação, padronização e informatização produz uma visão “federalizada” do Brasil, em prejuízo a uma compreensão “nacionalizada”.

Estados e Municípios, até mesmo com um viés preconceituoso, são vistos pelos *experts* como entes subalternos, que dependem das “luzes racionais” advindas das “bolhas de excelência” de Brasília. E eventual resistência à incorporação dos comandos de boas práticas seria resultado de um rasteiro boicote das forças corruptas que veem no atraso da gestão pública o campo fértil para a continuidade de suas práticas de “privatização” dos recursos públicos.

Ora, parecem tais *experts* não compreender que não se faz gestão pública sem política. Vale, quanto a tal fenômeno, lembrar a afirmação de Chantal Mouffe ao analisar o contexto atual de pós-política das democracias ocidentais: «*la política ha pasado a ser una mera cuestión de administración del orden establecido, un dominio reservado a expertos,*

¹⁶ Trata-se de uma referência aos pressupostos de excecionalidade econômica, social e política observados em Portugal na década de 2000 que promoveram o desenvolvimento de uma “jurisprudência de crise” por seu Tribunal Constitucional. Para tanto, vide: CANOTILHO, M.; VIOLANTE, T.; LANCEIRO, R. Weak rights, strong principles: social rights in the Portuguese constitutional jurisprudence during the economic crisis. In: CONGRESSO MUNDIAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL: Constitutional Challenges: Global and Local. Workshop 4: Social rights and the challenges of economic crisis, Associação Internacional de Direito Constitucional, jun./2014, Oslo. Anais [...]. Oslo: s.n., 2014. Disponível em: <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/workshop4.html>. Acesso em: 3 jul. 2020.

*y la soberanía popular ha sido declarada obsoleta*¹⁷. E, nessa linha, a precisa observação de Daniel Innerarity:

Os administradores da objetividade, aqueles que desejariam que a política fosse uma ciência exata, têm muita dificuldade em entender para que ela serve, porque não percebem que a política, mais do que gerir objetividades, está ligada à ponderação do significado social das decisões, da sua oportunidade em contextos determinados, do modo como afetam as pessoas [...] No topo da política, há um equilíbrio precário entre a administração e o governo, entre a técnica e a política [...] Sem a administração, a política se converteria numa solução de improvisações ineficazes; sem a política, nada nos protegeria da maquinaria conservadora em que a administração degeneraria.¹⁸

E a política possui um papel muito mais intenso e ativo nas administrações estaduais e municipais e tal fenômeno deve ser considerado. Vide, nesse sentido, todos os fatores políticos que circundam as discussões atinentes ao uso de ferramentas para a promoção do mercado local e a “retenção” de receitas nos municípios ou, ainda, a importante compatibilização entre as atividades formais de gestão do sistema educacional e o protagonismo de associações da comunidade.

Mas, no âmbito federal, a tecnocracia brasileira parece crer que a “vida” da Administração deve ser conduzida de forma neutra, sem qualquer tipo de interferência política. E, nesse mundo idealizado, valendo-se da utopia discursiva de Ronald Dworkin,¹⁹ o gestor público é visto como o “gestor hércules”.

Daí se pensar que a lei ou os regulamentos, por si só e *a priori*, devem fazer a gestão pública. Ora, cabe às normas dotar o gestor do ferramental necessário para que ele tenha a autonomia necessária, “dentro da lei”, para contextualizar a ação e, assim, se valer da ferramenta mais adequada para o atendimento efetivo da necessidade pública em questão.

Daí o equívoco político do legislador federal, com os olhos voltados para a realidade particular da Esplanada dos Ministérios, impor às administrações de todo o país um modo específico de atuar e a “melhor” solução para resolver os desafios cotidianos enfrentados pelo gestor. Para tanto, vide o substitutivo do projeto da “nova Lei de Licitações” (PL n.

¹⁷ MOUFFE, Chantal. *Por un populismo de izquierda*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018. p. 32.

¹⁸ INNERARITY, Daniel. *A política em tempos de indignação*. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. p. 38-39.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 164-203.

1.292/1995) aprovado pela Câmara dos Deputados em 17/09/2019.²⁰ Prevalece a perspectiva “federal” em detrimento da “nacional”.²¹

O gestor precisa é de uma “caixa de ferramentas” para dispor daquela que, abrangida pelo círculo da legalidade, viabilize, contemplados os aspectos políticos, a solução mais efetiva para o seu problema devidamente contextualizado e conforme as circunstâncias que influenciem a sua opção.²²

E, em conclusão, é preciso que os gestores estaduais e municipais desenvolvam a sua autonomia hermenêutica para vislumbrar as soluções que lhes sejam mais efetivas diante de uma “caixa de ferramentas”²³ abrangidas pelo escopo da legalidade, sem que sua atuação seja pautada pelo cumprimento cego da práxis forjada no solipsismo tecnocrático de Brasília.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor A. J. de. Julgados do TCU em matéria de licitações e contratos não são jurisprudência. *Consultor Jurídico*, abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/vitor-amorim-julgados-tcu-nao-sao-jurisprudencia>. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. STF. *ADI 4658*. Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2019, Processo Eletrônico Dje-245 Divulg 08-11-2019 Public 11-11-2019.

BRASIL. TCU. Estudos sobre o Decreto-lei n. 2.300/86. Processos n. 2.084/87, 6.616/87-9 e 8.574/86-3. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, v. 169, p. 177-186, jul./set. 1987. Disponível em: <http://www.direito-doestado.com.br/colonistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PLS n. 163/95*. Redação final do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 1.292-f de 1995 do Senado Federal. Brasília: Câmara dos Deputados,

²⁰ O texto aprovado, trata-se da Emenda Substitutiva Global n. 01/2019, de relatoria do Deputado Augusto Coutinho (BRASIL. Câmara dos Deputados. *PLS n. 163/95*. Redação final do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 1.292-f de 1995 do Senado Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9805D1520BBAB5B05D3FCFE620305E39.proposicoesWebExterno2?codteor=1819390&filename=Tramitacao-PL+1292/1995. Acesso em: 3 jul. 2020).

²¹ Como exemplo significativo da perspectiva federal do substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados, destaca-se o teor do art. 172: “Art. 172. Os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados. Parágrafo único. A decisão que não acompanhar a orientação a que se refere o caput deste artigo deverá apresentar motivos relevantes devidamente justificados”.

²² SALAMON, Lester M. The new governance and the tools of public action: an introduction. In: SALAMON, Lester M. (Coord.). *The tools of government: a guide to the new governance*. Nova York: Oxford University Press, 2002. p. 11.

²³ Vide a relevante obra de: RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas”*: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016.

2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=-9805D1520BBAB5B05D3FCFE620305E39.proposicoesWebExterno2?codteor=1819390&filename=-Tramitacao-PL+1292/1995. Acesso em: 3 jul. 2020.

CANOTILHO, M.; VIOLANTE, T.; LANCEIRO, R. Weak rights, strong principles: Social rights in the Portuguese constitutional jurisprudence during the economic crisis. In: CONGRESSO MUNDIAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL: Constitutional Challenges: Global and Local. Workshop 4: Social rights and the challenges of economic crisis, Associação Internacional de Direito Constitucional, jun./2014, Oslo. *Anais [...]*. Oslo: s.n., 2014. Disponível em: <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/workshop4.html>. Acesso em: 3 jul. 2020.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Das normas gerais: alcance e extensão da competência legislativa concorrente*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, edição 71, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 3 jul. 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

INNERARITY, Daniel. *A política em tempos de indignação*. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

MINAS GERAIS. TCE-MG. *Denúncia n. 1071325*. Rel. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 29/08/2019. Publicação DOC do dia 26/09/2019.

MINAS GERAIS. TCE-MG. *Denúncia n. 1066880*. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Sessão do dia 18/06/2019. Publicação DOC do dia 10/07/2019.

MOUFFE, Chantal. *Por un populismo de izquierda*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.

PARANÁ. TCE-PR. *Prejulgado n. 27*. Tribunal Pleno. Relator: Cons. Artagão de Mattos Leão. Sessão Ordinária do Tribunal Pleno n. 26 de 31/07/2019. Publicação: DETC n. 2130 de 27/08/2019. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2019/8/pdf/00339015.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2020.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas”*: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016.

SALAMON, Lester M. The new governance and the tools of public action: an introduction. In: SALOMON, Lester M. (Coord.). *The tools of government: a guide to the new governance*. Nova York: Oxford University Press, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Conceito jurídico-positivo de ato de improbidade administrativa

Vladimir da Rocha França

Doutor em Direito Administrativo (PUCSP)

Mestre em Direito Público (UFP)

Professor Associado do Departamento de Direito Público (UFRN)



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Improbidade administrativa na legislação em vigor; 3 Sobre os fatos jurídicos ilícitos; 4 Ato de improbidade administrativa como ato ilícito; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Malgrado a forte cultura patrimonialista¹ que grassa as instituições brasileiras desde independência política do Brasil em 1822, a preocupação com a *probidade* na gestão pública sempre esteve presente nos sistemas de Direito Positivo² que antecederam o que atualmente se encontra em vigor.³

Quando se fala de probidade, costuma-se associar esse conceito à preservação dos bens públicos e à repressão do enriquecimento pessoal do agente público em detrimento da sociedade. Mas, de certo modo, a probidade tem sido associada ao cumprimento dos princípios do regime jurídico-administrativo, com especial destaque para a moralidade administrativa.

¹ Sobre a matéria, consultar: FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001; LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

² Entenda-se por sistema do Direito Positivo o sistema de normas postas ou reconhecidas pelo Estado, que compartilham um mesmo fundamento último de legitimidade (a Constituição), cuja efetividade é garantida pela coação estatal ou por aquela autorizada pelo Estado.

Anote-se que a Constituição vigente funda o sistema do Direito Positivo brasileiro, sem prejuízo da recepção das normas jurídicas produzidas sob a vigência das Constituições anteriores e que com aquela sejam naturalmente compatíveis.

Sobre a matéria, consultar: BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del Diritto*. Turim: G. Giappichelli, 1993; KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986; KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991; KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³ Instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Nesse sentido, as Constituições pretéritas sempre tiveram a preocupação em garantir a responsabilidade política e civil dos agentes públicos pela prática de atos incompatíveis com aquele valor, com a previsão da improbidade administrativa como causa de inelegibilidade a partir de 1967.⁴

À luz do art. 5º, LXXIII, e do art. 37, *caput*, ambos da Constituição Federal vigente, verifica-se que a *moralidade* tem status de *princípio jurídico*,⁵ servindo como parâmetro para a invalidação de atos jurídicos que lhe sejam lesivos em sede de ação popular.⁶ Isso sem prejuízo do manejo dessa ação constitucional para a invalidação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe.

De todo modo, há previsão constitucional no sentido de que os *atos de improbidade administrativa* devem ser punidos com as sanções previstas no art. 37, § 4º, do texto da Lei Maior, *sem prejuízo da ação penal cabível*. Determina-se ainda que a lei complementar deve estabelecer as hipóteses de inelegibilidade para a proteção da *probidade administrativa*,⁷ bem como que é crime de responsabilidade o ato do presidente da República que atente contra a *probidade na Administração*.⁸

⁴ Vide o art. 133, VI, e o art. 179, XXIX, ambos da Constituição do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824.

Vide o art. 54, 6º e 7º, e o art. 82, ambos da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

Vide o art. 57, “f” e “g”, e o art. 171, ambos da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934.

Vide o art. 85, “d”, e o art. 58, ambos da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937.

Vide o art. 89, V e VII, o art. 141, § 31, e o art. 195, parágrafo único, todos da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946.

Vide o art. 84, V, o art. 105, parágrafo único, o art. 148, II, e o art. 150, § 11, todos da Constituição do Brasil, outorgada em 24 de janeiro de 1967.

Vide o art. 82, V, o art. 107, parágrafo único, o art. 151, II, e o art. 153, § 11, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, outorgada em 1º de outubro de 1969.

⁵ Adota-se aqui a distinção entre *princípio jurídico* e *regra jurídica*.

A *regra jurídica* é uma proposição prescritiva dotada da seguinte estrutura lógica: (i) o *antecedente*, do qual contém a descrição de um evento futuro ou já ocorrido; e, (ii) o *consequente*, em que há a prescrição de uma relação ou situação jurídica.

Caso a regra jurídica se refira a evento futuro, a regra será *geral*; caso haja a descrição de evento já ocorrido, tem-se uma regra *individual*.

Contudo, ao invés da descrição de um evento, há no antecedente a referência a um valor a ser efetivado no sistema do Direito Positivo, identificando-se no consequente o dever de preservá-lo ou implantá-lo, está-se diante de um *princípio jurídico*.

Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶ Sobre o princípio da moralidade administrativa, consultar: CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

⁷ Vide o art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

⁸ Vide o art. 85, V, da Constituição Federal.

Levando-se em consideração as referências constitucionais expressas ou implícitas à ato de improbidade administrativa, bem como o uso dessa expressão no plano infraconstitucional, impõe-se a identificação de seu conceito jurídico-positivo⁹ para fins de melhor compreensão de seu modelo (ou regime) jurídico¹⁰ no sistema do Direito Positivo brasileiro.

Nesse mister, emprega-se aqui a metodologia preconizada pela Dogmática Jurídica, voltada à descrição do sistema do Direito Positivo vigente com ênfase na sua dimensão normativa.¹¹

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA LEGISLAÇÃO EM VIGOR

No plano infraconstitucional, há várias referências expressas e implícitas na legislação vigente à *probidade administrativa* e à *improbidade administrativa*.

Os atentados do presidente da República contra a *probidade da Administração* e contra a *guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos* são tipificados como *crimes de responsabilidade* no art. 4º, V e VII, da Lei Federal n. 1.079, de 10 de abril de 1950.

Esses crimes de responsabilidade são tipificados de forma mais específica, respectivamente, no art. 9º e no art. 11, ambos da Lei Federal n. 1.079/1950.

Caso sejam comprovados perante o Senado Federal,¹² após juízo de admissibilidade feito pela Câmara dos Deputados,¹³ o infrator deve ficar sujeito às sanções de perda do

⁹ Os conceitos jurídicos podem ser: (i) *jurídico-positivos*, quando prescritos expressa ou implicitamente por normas jurídicas; e, (ii) *científico-jurídicos*, destinados à descrição dos fenômenos do sistema do Direito Positivo. Sobre a matéria, consultar: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980; KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 77-120; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. Op. cit.

¹⁰ O modelo (ou regime jurídico) consiste em subsistema do sistema do Direito Positivo que disciplina determinado fenômeno social ou instituição. Em rigor, trata-se de um conjunto de regras jurídicas que giram em torno de princípios jurídicos específicos.

Sobre a matéria, consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 53-59; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 103-107; REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹¹ Sobre a matéria, consultar: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. Op. cit.; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. Op. cit.

¹² Vide o art. 52, I, da Constituição Federal.
Vide os arts. 24 a 38 da Lei Federal n. 1.079/1950.

¹³ Vide o art. 51, I, da Constituição Federal.
Vide arts. 14 a 23, e o art. 80, todos da Lei Federal n. 1.079/1950.

cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.¹⁴

Registre-se que os Ministros de Estado¹⁵ e os Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal¹⁶ também podem realizar esses atos ilícitos. Os crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores são por sua vez disciplinados no Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967.

No âmbito penal, há vários tipos que têm pertinência à tutela da probidade administrativa.¹⁷ Na esfera administrativa, o servidor público federal titular de cargo efetivo¹⁸ é punível com a demissão caso ele realize *improbidade administrativa*.¹⁹ E, a atuação conforme os *padrões éticos de probidade* é instituído como critério a ser observado pela Administração Pública Federal no processo administrativo.²⁰

Mas não há dúvida que o principal diploma legal sobre a matéria é a Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992, editada para disciplinar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Esse diploma legal será analisado mais detidamente em tópico posterior.

Por fim, há a previsão de responsabilidade objetiva civil e administrativa de pessoas jurídicas em razão da prática de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, nos termos da Lei Federal n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Observe-se que de acordo com o seu art. 30, I, as sanções previstas nesse diploma legal não afastam aquelas constantes da Lei Federal n. 8.429/1992.

3 SOBRE OS FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS

O fato jurídico surge a partir da incidência da regra geral que o prevê abstratamente em seu antecedente, por meio de sua aplicação por meio de uma regra individual.²¹ Configu-

¹⁴ Vide o art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal.

Vide o arts. 24 a 38, e o art. 80, todos da Lei Federal n. 1.079/1950.

¹⁵ Vide o art. 13, 1 e 2, da Lei Federal n. 1.079/1950.

¹⁶ Vide o art. 74 da Lei Federal n. 1.079/1950.

Nesse caso, as competências para o juízo de admissibilidade e para o julgamento são exercidas pela Assembleia Legislativa, nos termos do art. 25, *caput*, e do art. 33, *caput*, ambos da Constituição Federal, e dos arts. 75 a 79 da Lei Federal n. 1.079/1950.

¹⁷ Vide os arts. 312 a 337-D do Código Penal.

Vide os arts. 89 a 99 da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹⁸ Vide o art. 37, *caput*, I e II, o art. 40 e o art. 41, todos da Constituição Federal.

Vide o art. 3º, o art. 9º, I, e o art. 10, todos da Lei Federal n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

¹⁹ Vide o art. 132, IV, da Lei Federal n. 8.112/1990.

²⁰ Vide o art. 2º, parágrafo único, IV, da Lei Federal n. 9.784, da Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

²¹ Sobre a matéria, consultar: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. Op. cit.; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Altas, 2011. p. 238-251.

rado o fato jurídico, o efeito jurídico que se encontra previsto no consequente da regra geral surge no sistema do Direito Positivo, se devidamente especificado no consequente da regra individual que a aplicou.

Em rigor, o fato jurídico e o efeito jurídico são, respectivamente, o antecedente e o consequente de regra jurídica individual.

Os fatos jurídicos serão considerados *ilícitos* na medida em que sejam antecedentes de regras individuais sancionadoras, que se destinam por sua vez a aplicação de regras gerais sancionadoras. Noutro giro: *o fato jurídico ilícito é pressuposto para uma sanção jurídica.*

Os fatos jurídicos ilícitos podem ser: (i) *atos jurídicos em sentido estrito ilícitos*, caso se trate da descrição de evento que não seja uma conduta humana; (ii) *ato-fato jurídico ilícito*, se o evento descrito constitui uma conduta humana que não seja uma declaração prescritiva; e, (iii) o *ato jurídico ilícito*, que representa em verdade um ato jurídico inválido cuja expedição enseja a punição de seu emissor.²²

As sanções jurídicas são basicamente restrições ou privações de bens jurídicos de quem as sofre. O bem jurídico não tem natureza necessariamente patrimonial, podendo perfeitamente se encontrar vinculado à personalidade do indivíduo. De todo modo, a expressão “bem jurídico” deve ser vista como elíptica, pois o que interessa ao Direito é a conduta humana, e não aquilo sobre o qual ela se projeta. Nesse contexto, quando se restringe ou se priva alguém em torno de um bem jurídico, restringe-se ou priva-se alguém no exercício de uma faculdade em face desse bem jurídico.

No Estado de Direito contemporâneo, não basta que a regra jurídica tenha tipificado o evento como passível de ser descrito como fato jurídico ilícito. É preciso que o evento efetivamente represente um atentado contra os princípios constitucionais regentes, ou seja, que seja contrário aos valores jurídicos.

Outro ponto relevante reside na existência de relação social entre o evento que se quer verter em fato jurídico ilícito e um sujeito de direito. Em outras palavras, que as sanções que se quer aplicar em razão desse fato sejam imputáveis a um sujeito de direito.

Nesse contexto, a possibilidade de fato jurídico em sentido estrito ilícito se torna cada vez mais teórica.

²² Anote-se que há inspiração aqui na teoria do fato jurídico proposta por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. v. 53. Campinas: Bookseller, 2000), aperfeiçoada por Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014). Contudo, trabalha-se aqui com o conceito de ato jurídico como *veículo introdutor de norma jurídica*, como *declaração prescritiva*. Sobre a concepção adotada de ato jurídico, consultar: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: Op. cit.; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. Op. cit.

No sistema do Direito Positivo brasileiro, pode-se surpreender cinco modalidades de fatos jurídicos ilícitos, haja vista a previsão constitucional de regimes jurídicos diferenciados para cada uma dessas categorias. Tem-se: (i) o fato jurídico ilícito civil; (ii) o fato jurídico ilícito penal; (iii) o fato jurídico ilícito administrativo; (iv) o crime de responsabilidade; e, (v) o ato de improbidade administrativa.

O fato jurídico ilícito civil compreende aquele que é pressuposto para a aplicação de uma sanção em virtude da tutela dos direitos de propriedade e de personalidade do sujeito de direito atingido, de competência do Poder Judiciário no exercício da jurisdição cível. Na sanção civil, atinge-se o patrimônio ou a liberdade do infrator.

Os ilícitos e sanções civis podem ser estabelecidos em lei federal, ou estipuladas por meio de negócio jurídico, quando a lei federal confere aos indivíduos o poder jurídico de fazê-lo no campo da autonomia privada.²³

Em todos os casos, a efetividade da sanção civil é assegurada pelo Estado no exercício da atividade jurisdicional. Se a sanção civil for prevista em negócio jurídico, esse ato poderá ser perfeitamente objeto de revisão judicial quanto à sua validade.²⁴

O ato-fato jurídico ilícito civil e o ato jurídico ilícito civil encontram-se previstos no arts. 186 a 188, e no art. 927, ambos da Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Mas outros diplomas legais podem perfeitamente dispor sobre a matéria, como na Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Por sua vez, o fato jurídico ilícito penal consiste no pressuposto para a aplicação de sanção dirigidas à liberdade de locomoção ou à vida do infrator, tendo-se em vista a proteção dos bens jurídicos que são considerados em lei como os mais importantes para o indivíduo e para a Sociedade.²⁵ As sanções penais são de competência do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição penal.

Por injunção do princípio da legalidade penal, somente a lei ordinária federal deve ser empregada para tipificar condutas como ilícitos penais e estipular as correspondentes sanções penais.²⁶

²³ Vide o art. 1º, III e IV, o art. 22, I, o art. 5º, *caput*, II, XXIII, o art. 170, *caput*, II, e parágrafo único, todos da Constituição Federal.

²⁴ Vide o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

²⁵ Sobre a matéria, consultar: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 282-295; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*: introdução e parte geral. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 91-101. Nesse contexto, merece lembrança o disposto no art. 1º do Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal).

²⁶ Vide o art. 5º, XXXIX, o art. 22, I, e o art. 59, III, o art. 61, o art. 64, e o art. 66, todos da Constituição Federal.

No Brasil, os atos-fatos jurídicos ilícitos penais e os atos jurídicos ilícitos penais estão previstos essencialmente no Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), sem prejuízo de outros diplomas legais sobre a matéria.

Já no fato jurídico ilícito administrativo, identifica-se o pressuposto para a aplicação da sanção de competência de uma autoridade administrativa. A sanção administrativa destina-se à proteção da Administração Pública e dos bens jurídicos que devem ser zelados por meio a atividade administrativa.

Com efeito, o princípio da legalidade administrativa²⁷ determina que a Administração Pública somente tem legitimidade para agir quando há lei que expressa ou implicitamente o autorize.²⁸ Recorde-se, contudo, o fato de que o princípio federativo enseja o reconhecimento de competências legislativas em matéria de Direito Administrativo para todos os entes federativos.²⁹

Nesse diapasão, a existência jurídica do ilícito administrativo e da respectiva sanção administrativa pressupõe a lei do ente federativo legislativamente competente. Entretanto, nas hipóteses de relações de supremacia especial,³⁰ admite-se a possibilidade de a lei outorgar competência normativa para que a Administração Pública trate dessa matéria, observadas as diretrizes constitucionais e legais em vigor. Mas mesmo nessas relações, não há impedimento para que a lei disponha exaustivamente sobre as infrações administrativas e correspondentes penalidades.

Anote-se ainda que as sanções administrativas aplicadas se encontram sujeitas ao controle de juridicidade a cargo do Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Assim, os atos-fatos ilícitos administrativos e os atos jurídicos ilícitos administrativos se encontram tipificados num conjunto cada vez mais amplo de leis e atos normativos da Administração Pública.

O crime de responsabilidade representa uma modalidade muito específica de fato jurídico ilícito. Envolve grave atentado aos fundamentos da República, realizado por agentes políticos ou agentes do Poder Judiciário, do Ministério Público ou de Tribunal de Contas. As sanções são de competência de órgãos indicados diretamente pela Constituição Federal,³¹

²⁷ Vide o art. 5º, II, o art. 37, *caput*, e o art. 84, IV e VI, todos da Constituição Federal.

²⁸ Nesse sentido, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. Op. cit.

²⁹ Vide o art. 1º, *caput*, o art. 18, e os arts. 20 a 36, todos da Constituição Federal.

³⁰ Na relação de supremacia especial, o ingresso do administrado na relação jurídica em face da Administração Pública se dá voluntariamente. Nesse caso, há uma maior margem de discricionariedade administrativa e de competência normativa para disciplinar e desenvolver a relação jurídica administrativa. Sem prejuízo, evidentemente, das garantias fundamentais dos administrados, asseguradas na Constituição Federal.

Já na relação de supremacia geral, o administrado não tem a opção de travar ou não relação jurídica com a Administração Pública, salvo se escolher por não realizar a conduta que a ensejará.

³¹ Ou mediatemente, no que diz respeito aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

e abrangem basicamente a suspensão de direitos políticos e o impedimento para o exercício de mandato eletivo ou de cargo, emprego ou função pública.

Os crimes de responsabilidade e respectivas sanções devem estar previstas na Constituição Federal e densificados em lei federal,³² estando a abertura do processo sancionador sujeito ao juízo de oportunidade do órgão legislativo ou judicial competente.

Resiste-se aqui à ideia de que a punição do crime de responsabilidade seja feita por ato jurisdicional, ainda que o órgão competente seja do Poder Judiciário. Justifica-se essa opção em razão do fato de que tal sanção pode ser objeto de ação, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Ainda que se restrinja o controle jurisdicional da sanção pela prática de crime de responsabilidade a aspectos estritamente formais, haja vista o princípio da separação dos poderes ou o forte caráter político de tal penalidade.

Quanto ao ato de improbidade administrativa, ele será tratado em item específico, haja vista constituir o cerne do presente trabalho.

4 ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO FATO JURÍDICO ILÍCITO

O uso indiscriminado das expressões probidade e improbidade administrativa na legislação em vigor, e no próprio texto constitucional, geram naturalmente espaços para equívocos e confusões na inserção do ato de improbidade administrativa como fato jurídico ilícito no sistema do Direito Positivo brasileiro.

De todo modo, não se deve perder de vista que uma conduta pode ser tipificada, simultaneamente, por mais de uma norma sancionadora. Em outras palavras, um determinado ato-fato ou ato jurídico pode ser, ao mesmo tempo, ilícito civil, ilícito penal e ilícito administrativo.³³

³² Vide o art. 29-A, §§ 1º e 2º, o art. 50, *caput*, e § 2º, o art. 52, I e II, parágrafo único, o art. 85, o art. 86, o art. 96, III, o art. 100, § 7º, o art. 102, I, “c”, o art. 105, I, “a”, o art. 108, I, “a”, e o art. 167, § 1º, todos da Constituição Federal.

Vide o art. 60, IX, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ou na Constituição Estadual, na Lei Orgânica do Distrito Federal ou na Lei Orgânica do Município, conforme o vínculo do infrator.

³³ Se um servidor público federal efetivo destrói dolosamente um bem móvel da União, ele realiza uma conduta que é considerada ilícita pelas normas veiculadas pelos seguintes dispositivos legais: (i) o art. 186 e o art. 927, ambos do Código Civil; (ii) o art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal; e, (iii) o art. 116, VII, e o art. 132, X, todos da Lei Federal n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Ou então, quando um Prefeito autoriza dolosamente o pagamento de empresa contratada pelo Município sem o cumprimento da prestação ajustada no negócio jurídico administrativo, conduta punível em face das normas jurídicas veiculadas pelos seguintes dispositivos legais: (i) o art. 186 e o art. 927, ambos do Código Civil; (ii) o art. 312 do Código Penal; (iii) o art. 1º, I, do Decreto-lei n. 201/1967.

Não unanimidade na doutrina no que diz respeito à definição do ato de improbidade administrativa.³⁴ Aqui faz-se a opção por um conceito que procura ser o mais fiel possível ao sistema do Direito Positivo.

Em rigor, o ato de improbidade administrativa constitui fato jurídico ilícito, violador da moralidade administrativa, que constitui pressuposto para a aplicação de sanção instituída lei com base no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Não se pode perder de vista que o ato de improbidade administrativa não deixa de ser a imoralidade administrativa qualificada pelo dolo (ou excepcionalmente pela culpa) e pelo prejuízo ao patrimônio público ou por ensejar o enriquecimento ilícito.³⁵ Pode ser um ato-fato jurídico ilícito ou ato jurídico ilícito, pelo que se depreende do exame dos arts. 9º a 11 da Lei Federal n. 8.429/1992.

Consoante o art. 1º da Lei Federal n. 8.429/1992, todas as pessoas jurídicas de Direito Público³⁶ e as pessoas jurídicas de Direito Privado da Administração Pública Indireta³⁷ podem ser vítimas de ato de improbidade administrativa.³⁸ Ainda em conformidade com esse dispositivo legal, as pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação ou custeio tenha ocorrido por meio do erário público, observados os percentuais estabelecidos em lei.³⁹

Levando-se em consideração o disposto no art. 2º da Lei Federal n. 8.429/1992, faz-se necessário que o ato-fato jurídico ilícito ou ato jurídico ilícito tenha sido realizado por

³⁴ Sobre a matéria, consultar: DUARTE JR., Ricardo. *Improbidade administrativa: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 5-51; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 1010-1013; OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 20-29.

³⁵ Sobre a relação entre moralidade administrativa e improbidade administrativa, consultar: CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade administrativa [...]*. Op. cit., p. 95-110; DUARTE JR., Ricardo. *Improbidade administrativa*: Op. cit., p. 59-63.

³⁶ Vide o art. 1º, o art. 18, e o art. 37, *caput*, XIX, todos da Constituição Federal. Vide o art. 4º, I, do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Vide o art. 41 do Código Civil.

Vide o art. 1º, § 1º, e art. 6º, I, ambos Lei Federal n. 11.107, de 6 de abril de 2005.

³⁷ Vide o art. 37, *caput*, XIX a XXI, e o art. 173, ambos da Constituição Federal.

Vide o art. 4º, II, e o art. 5º, ambos do Decreto-lei n. 200/1967.

Vide o art. 1º, § 1º, e o art. 6º, II, ambos da Lei Federal n. 11.107/2005.

Vide a Lei Federal n. 13.303, de 30 de junho de 2016.

³⁸ Sobre a organização administrativa, consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 141-247.

³⁹ Fato que enseja a inclusão das chamadas entidades do terceiro setor no rol de possíveis vítimas do ato de improbidade administrativa.

Vide a Lei Federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998.

Vide a Lei Federal n. 9.790, de 23 de março de 1999.

Vide a Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014.

Sobre a matéria, consultar: COSTA, José Marcelo Ferreira. *Organizações sociais: comentários à Lei Federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998*. São Paulo: Atlas, 2015; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003; ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

alguém que esteja no exercício de competência administrativa ao fazê-lo. Logo, tem que ser ato-fato administrativo ou ato jurídico administrativo.

Com efeito, todos os agentes públicos tem capacidade infracional para a prática de ato de improbidade administrativa.⁴⁰ Mas, insista-se, é preciso que se trate de conduta diretamente relacionada à atividade administrativa.

Portanto, deve-se registrar que somente condutas decorrentes do exercício da função administrativa⁴¹ são tipificáveis como atos de improbidade administrativa.⁴²

Isso se justifica em razão do laço que o ato de improbidade administrativa tem com o princípio da moralidade, constante do art. 5º, LXXIII, e do art. 37, *caput*, da ambos da Constituição Federal. Princípio este voltado para a atividade administrativa do Estado, e que serve de base para a invalidação de atos jurídicos administrativos e que funciona como diretriz constitucional na tipificação de condutas como atos de improbidade administrativa.

Ademais, as diferenças entre os regimes constitucionais da função administrativa, da função legislativa⁴³ e da função jurisdicional⁴⁴ seriam completamente ignoradas caso se resolvesse pela incidência e aplicabilidade da Lei Federal n. 8.429/1992 para atos-fatos e atos jurídicos legislativos ou jurisdicionais. Mas não se olvide que as normas veiculadas pelo referido diploma legal devem ser aplicadas à atividade administrativa do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, e das funções essenciais à Justiça mantidas pelo Estado.⁴⁵

Consoante o art. 3º da Lei Federal n. 8.429/1992, verifica-se que o administrado também tem capacidade infracional para a prática do ato de improbidade administrativa, desde que sua conduta tenha relação direta com a ação ou omissão de agente público.

⁴⁰ Sobre os agentes públicos, consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 248-270.

⁴¹ Entenda-se por função administrativa a atividade desenvolvida pelo Estado, ou por quem está no exercício de competências públicas, que compreende a expedição de regras jurídicas complementares à lei (ou excepcionalmente à própria Constituição), voltada à concretização dos interesses públicos e dos direitos fundamentais, e subordinada ao controle de juridicidade feito pelo Poder Judiciário.

⁴² Nesse sentido, consultar: DUARTE JR., Ricardo. *Improbidade administrativa*: Op. cit., p. 47-51. Em sentido contrário: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307-309; PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. Op. cit., p. 20-29, p. 68-70; OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: Op. cit., p. 199-202.

⁴³ A função legislativa compreende a atividade desenvolvida por órgãos previstos diretamente pela Constituição Federal, consubstanciada na expedição de regras complementares às normas constitucionais, destinadas à disciplina dos interesses públicos e à harmonização dos direitos fundamentais, sem prejuízo do controle de constitucionalidade.

⁴⁴ Já na função jurisdicional, tem-se a atividade de expedição de regras subsidiárias à lei (ou à própria Constituição, conforme o grau de densidade da norma veiculada por ela), desenvolvida por órgãos independentes e imparciais do Poder Judiciário, destinada à prevenção ou resolução definitiva de conflitos.

⁴⁵ O Ministério Público (arts. 127 a 130-A da Constituição Federal), a Advocacia Pública (arts. 131 e 132 da Constituição Federal) e a Defensoria Pública (arts. 134 e 135 da Constituição Federal).

Registre-se o entendimento de que não somente as pessoas naturais,⁴⁶ mas também as pessoas jurídicas de Direito Privado instituídas pelo particular⁴⁷ podem ser responsabilizadas por tal modalidade de ilícito.

Nessa matéria, também não se vê restrições à capacidade delitual de empresas privadas que sejam beneficiárias de concessões petrolíferas,⁴⁸ de concessões gaseíferas,⁴⁹ de contratos de partilha,⁵⁰ de concessões de uso de bem público e contratos assemelhados,⁵¹ ou de concessões de serviços públicos.⁵²

O mesmo pode ser dito quanto às entidades do terceiro setor, como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e as organizações da sociedade civil.

Todavia, fica difícil conceber como as pessoas jurídicas de Direito Privado da Administração Pública Indireta teriam capacidade delitual para a prática de ato de improbidade administrativa. Afinal, elas seriam sempre vítimas na hipótese de configuração desse ilícito no caso concreto.

Os tipos de ato de improbidade administrativa estão enquadrados, de modo exemplificativo, em quatro categorias: (i) aqueles que importam em enriquecimento ilícito,⁵³ (ii) aqueles que causam prejuízo ao erário;⁵⁴ (iii) aqueles decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário;⁵⁵ (iv) aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.⁵⁶

⁴⁶ Vide os arts. 1º e 2º do Código Civil.

⁴⁷ Vide os arts. 44 e 45 do Código Civil.

⁴⁸ Vide o art. 177, § 1º, da Constituição Federal.
Vide a Lei Federal n. 9.478, de 6 de agosto de 1997.

⁴⁹ Vide o art. 177, § 1º, da Constituição Federal.
Vide a Lei Federal n. 11.909, de 4 de março de 2009.

⁵⁰ Vide o art. 177, § 1º, da Constituição Federal.
Vide a Lei Federal n. 12.351, de 22 de dezembro de 2010.

⁵¹ Vide art. 176 da Constituição Federal.
Vide o Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946.
Vide a Lei Federal n. 9.636, de 15 de maio de 1998.

⁵² Vide o art. 175 da Constituição Federal.
Vide a Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.
Vide a Lei Federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

⁵³ Vide o art. 9º da Lei Federal n. 8.429/1992.

⁵⁴ Vide o art. 10 da Lei Federal n. 8.429/1992.

⁵⁵ Vide o art. 10-A da Lei Federal n. 8.429/1992.

⁵⁶ Vide o art. 11 da Lei Federal n. 8.429/1992.

Excetuando-se os tipos listados no art. 10 da Lei Federal n. 8.429/1992, somente se admite a forma dolosa⁵⁷ para o enquadramento da conduta como ato de improbidade administrativa. Ou seja, é preciso que se demonstre que o agente público – e o administrado conforme o caso – quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo no caso concreto.⁵⁸

Esse posicionamento se justifica em razão da ausência de referência expressa à forma culposa no art. 9º, no art. 10-A e no art. 11, todos da Lei Federal n. 8.429/1992.⁵⁹

Em se admitindo a forma culposa,⁶⁰ faz-se necessário que se comprove a negligência, imperícia ou imprudência do agente público – e, insista-se, do administrado conforme o caso – para se viabilizar a incidência e aplicabilidade do tipo legal de ato de improbidade administrativa.⁶¹

Mas se rejeita aqui a tese de que o art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro teria restringindo peremptoriamente a configuração da culpa à hipótese de erro grosseiro, em matéria de improbidade administrativa.⁶² O art. 10 da Lei Federal n. 8.429/1992 não faz tal limitação, e as espécies de culpa já estão previstas no Código Penal e no Código Civil.

⁵⁷ A configuração do dolo demanda a presença de dois elementos: (i) o elemento cognitivo ou intelectual, ou seja, a consciência da conduta que se realizar, em todos os elementos constantes do tipo infracional; e, o (ii) o elemento volitivo, por sua vez, a decisão de realizar a conduta, bem como a previsão do nexo de causalidade entre esta e o resultado, também descrito na regra geral sancionadora.

Sobre a matéria, consultar: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Op. cit., p. 362-380; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*: Op. cit., p. 129-133.

⁵⁸ Vide o art. 18, I, do Código Penal.

Vide o art. 186 do Código Civil.

Vide o art. 4º do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

⁵⁹ Vide o art. 18, parágrafo único, do Código Penal.

Vide o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

⁶⁰ A identificação da culpa pressupõe: (i) a inobservância do cuidado objetivo devido à luz do princípio da confiança; (ii) a existência de nexo de causalidade entre o descumprimento do dever de cuidado e o resultado constante do tipo infracional; (iii) a previsibilidade objetiva deste resultado; e, (iv) a efetiva ocorrência do resultado previsto na regra geral sancionadora.

Sobre a matéria, consultar: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Op. cit., p. 381-397; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*: Op. cit., p. 133-142.

⁶¹ Vide o art. 18, II, do Código Penal.

Vide o art. 186 do Código Civil.

Vide o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

⁶² Vide o Enunciado 19 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo ao interpretar a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que tem a seguinte redação:

“19. A modalidade culposa de improbidade administrativa não se harmoniza com a Constituição, porque improbidade é ilegalidade qualificada pela intenção desonesta e desleal do agente. Não obstante, analisando-se a legislação infraconstitucional, o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretado de acordo com o art. 28 da LINDB, afastando-se a possibilidade de configuração da improbidade sem a presença de erro grosseiro do agente (culpa grave)”.

Uma alternativa é entender que a restrição do art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro diz respeito apenas à pareceres ou laudos técnicos.⁶³ Nessa perspectiva, o erro grosseiro seria o erro inescusável ou vencível, ocorrido em razão da negligência, imperícia ou imprudência do agente público que realizou tais atos-fatos jurídicos administrativos.⁶⁴

Quanto ao dano, é importante analisar tipo a tipo da Lei Federal n. 8.429/1992.

Nos atos de improbidade administrativa previstos no art. 9º da Lei Federal n. 8.429/1992, mostra-se indispensável comprovar que o agente público auferiu dolosamente qualquer tipo de vantagem patrimonial em razão do exercício da competência administrativa que lhe foi outorgada. A comprovação do dano ao erário público é dispensável,⁶⁵ devendo, entretanto, haver a condenação do infrator ao ressarcimento caso ele ocorra no caso concreto.⁶⁶

Já nos atos de improbidade administrativa tipificados no art. 10 da Lei Federal n. 8.429/1992, exige-se a comprovação de que houve conduta dolosa ou culposa do agente público que ensejou lesão ao erário público, sob a forma de perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades protegidas pelo diploma legal em apreço. Mas, observe-se, demanda-se que se comprove de que houve efetivo dano material ao erário, sob pena de se ampliar indevidamente o alcance das normas veiculadas pelo referido dispositivo legal. Notadamente, em face do art. 22, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Em se tratando dos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, é preciso demonstrar que houve conduta dolosa do agente público no descumprimento do art. 8º-A, *caput*, e § 1º, da Lei Complementar Federal n. 116, de 31 de julho de 2003.

Por fim, há que se examinar os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, previstos no art. 11 da Lei Federal n. 8.429/1992. Em rigor, é preciso que se comprove que houve conduta dolosa por parte do agente público no sentido de se violar o princípio do regime jurídico-administrativo, bem como a pertinência desse atentado à moralidade administrativa.

⁶³ Entende-se aqui que os pareceres e laudos emitidos no contexto do processo administrativo são atos-fatos jurídicos administrativos, uma vez que não tem por conteúdo uma declaração prescritiva, mas sim uma opinião técnico-científica a respeito de um caso ou dúvida levada à apreciação de seus emissores pelas autoridades administrativas competentes.

⁶⁴ Vide os arts. 20 e 21 do Código Penal.
Vide os arts. 138 a 144 do Código Civil.
Sobre matéria, consultar: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Op. cit., p. 513-539; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*: Op. cit., p. 143-151.

⁶⁵ Vide o art. 21, I, da Lei Federal n. 8.429/1992.

⁶⁶ Vide o art. 5º e o art. 12, I, ambos da Lei Federal n. 8.429/1992.

Em todos os casos o administrado será considerado infrator caso se demonstre que este induziu ou concorreu para o ato de improbidade administrativa, ou dele dolosamente se beneficiou. Salvo na hipótese do art. 10 da Lei Federal n. 8.429/1992, que admite também a responsabilização do administrado por culpa.

As sanções pela prática de ato de improbidade administrativa estão previstas no art. 12 da Lei Federal n. 8.429/1992. Mas tratar delas aqui exorbitaria os limites do presente ensaio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do regime jurídico do ato de improbidade administrativa, bem como a identificação de seu conceito jurídico-positivo a partir dele, leva à conclusão de que se trata de uma modalidade específica de ilícito, que não deve ser confundida com o ilícito civil, o ilícito penal, o ilícito administrativo e o crime de responsabilidade.

Também não se pode perder de vista a cautela que deve ser tomada ao se enquadrar as condutas administrativas nos tipos constantes da Lei Federal n. 8.429/1992, sob pena de se exorbitar garantias fundamentais básicas como a legalidade e a razoabilidade.

É o rigor científico, e não a ojeriza à imoralidade administrativa, o devido vetor da interpretação e aplicação das normas jurídicas destinadas à repressão da improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del Diritto*. Turim: G. Giappichelli, 1993.

DUARTE JR., Ricardo. *Improbidade administrativa*: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: fundamentos jurídicos da incidência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, José Marcelo Ferreira. *Organizações sociais*: comentários à Lei Federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998. São Paulo: Atlas, 2015.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. v. 53. Campinas: Bookseller, 2000.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

PARTE II



TEXTOS VENCEDORES DO
CONCURSO DE
ARTIGOS JURÍDICOS

A utilização de inteligência artificial na atividade regulatória: uma proposição de regulação inteligente em favor do desenvolvimento nacional

William Ivan Gallo Aponte

Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento (PUC-PR)

Rafaella Nátaly Fácio

Graduanda em Direito (UFPR)



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O papel da função regulatória para o desenvolvimento nacional; 3 “*Smart regulation*” ou regulação inteligente: conceito e suas transformações, instrumentos e experiência brasileira e internacional; 4 A utilização de inteligência artificial no âmbito da Análise de Impacto Regulatório (AIR): compatibilidade, considerações e pressupostos; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em março de 2011, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) editou uma Resolução sobre a garantia de qualidade de medicamentos importados. Entretanto, no processo de elaboração, revisão e aprovação da norma, não foi suscitado que ela continha uma disposição que gerava dúvidas sobre a necessidade de manutenção de amostras de referência por parte das importadoras. Foi justamente em razão desse tipo de ocorrência que a referida Agência passou a dar atenção ao incremento da qualidade regulatória, passando a desenvolver suas primeiras Análises de Impacto Regulatório (AIR).¹

A regulação é objeto de múltiplas transformações, entendimentos e incorporações, inclusive vanguardista em termos tecnológicos, tudo com a finalidade de investigar qual é a melhor opção para tornar-se efetiva e menos custosa, tanto em termos da produção normativa, quanto em relação aos custos suportados por todos os atores afetados. Para atingir tal objetivo, fica cada vez mais evidente, tanto no Brasil quanto na comunidade exterior, que a edição de normas não pode ser errática, é dizer, apostando-se no erro e acerto. Ela deve,

¹ ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Análise de Impacto Regulatório* – Processo 25351365875200953. 2018. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/analise-de-impacto-regulatorio?p_p_id=110. Acesso em: 19 set. 2019.

sobretudo, ser precedida de metodologias específicas que levem em conta todas as informações pertinentes, tais como a opinião das empresas e usuários, e também quantidades expressivas de dados que proporcionem ao gestor uma tomada de decisão consciente a partir de um retrato fidedigno da realidade.

É sensível a esta realidade que o presente trabalho se propõe a discutir a possibilidade de aplicação de inteligência artificial no âmbito da atividade regulatória, especificamente na Análise de Impacto Regulatório que deve preceder a edição das normas. Para tanto, será adotada metodologia dedutiva, descritiva e comparativa, conjugada com a técnica de pesquisa documentação indireta das referências bibliográficas e normativas.

2 O PAPEL DA FUNÇÃO REGULATÓRIA PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

A construção do direito administrativo no contexto oitocentista francês é assentada sobre o paradigma do positivismo jurídico, segundo o qual a atuação da Administração Pública tinha como único fundamento a lei. Afinal de contas, a vontade do soberano foi substituída pela vontade geral cuja expressão máxima, nos termos do dogma rousseauiano, era a lei. O espaço de escolha administrativa era, portanto, bastante reduzido na medida em que estava vinculado à subsunção aos preceitos legais estritos.² Este arquétipo decisório começa a se modificar com a criação do Conselho do Estado francês e com o fortalecimento da máquina administrativa sob o comando de Napoleão,³ mas é na pós-modernidade⁴ que se demonstra inequivocamente insuficiente.

O positivismo jurídico tentou se desvincular da axiologia e do conteúdo substantivo na aplicação da lei com a pretensão de se tornar uma ciência dita “pura”; entretanto, ao prescindir de tais valores ou pressupostos, acabou por fundamentar os mais catastróficos erros históricos de abuso do ser humano. Urgiu-se, então, a necessidade de refundar o Direito sobre bases distintas, que expressassem valores, finalidades e interesses capitais indisponíveis da natureza humana. Assim se culminou no neoconstitucionalismo, modelo caracterizado por Constituições com extenso catálogo de direitos fundamentais, bem como valores e princípios que deslocam a noção de legalidade para a noção de juridicidade.⁵

² GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 60.

³ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: Op. cit., p. 64.

⁴ O termo pós-modernidade foi popularizado por Jean-François Lyotard para indicar as novas concepções que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, bem como as subsequentes transformações nas décadas de 80 e 90 do século XX. (LYOTARD, Jean-François. *Post-modern condition*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1985 apud GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: Op. cit., p. 116.

⁵ Um dos autores que mais se debruçou sobre o tema foi Miguel Carbonell. Segundo o autor, este fenômeno denominado neoconstitucionalismo pode ser analisado em três planos: (i) textos constitucionais, que atualmente hoje são mais substantivos, mais valores, mais direitos fundamentais, mais princípios; (ii) forma de interpretação

A Lei Maior de 1988, como Constituição pós-moderna que é, reflete essa mudança: reclama um Direito Administrativo segundo o qual o Estado administra os interesses públicos que constitucionalmente lhe foram atribuídos além da observância das regras legais emanadas dos órgãos legitimados.⁶ Reclama, enfim, um Direito Administrativo pós-moderno.⁷ Importa estudar os contornos desse Direito Administrativo pós-moderno especificamente em relação à regulação independente, pois esta tem contornos especiais em relação aos demais atos administrativos praticados no exercício de função administrativa. Isto porque as leis instituidoras de sistemas de regulação têm menor densidade normativa, o que necessariamente abre espaço para maior discricionariedade da Administração Pública. E, além disso, esse fator aumenta a complexidade da análise de legalidade dos atos, tendo em vista que a ausência de subsunção simétrica à lei demanda avaliações mais complexas sobre proporcionalidade, razoabilidade e imparcialidade.⁸

O modelo de Estado regulador foi confirmado no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988.⁹ É oportuno esclarecer que ao reafirmar o modelo regulador não se pretende coadunar com a indefensável ideia de que o Estado pode prescindir da prestação dos serviços públicos que lhe foram outorgados, substituindo-a pela mera regulação, pois tal entendimento não tem respaldo constitucional.¹⁰ Conforme enuncia o artigo 175 da Constituição, ao poder público incumbe *prestar*, e não apenas “garantir” ou “regular” a prestação serviço público. A este respeito, afirma Odete Medauar que por mais que a noção de serviço público seja repensada até mesmo com a finalidade de “inserir o dado econômico, a concorrência, a gestão privada”, nunca poderá ser abolida a presença do Estado.¹¹

e aplicação das normas constitucionais, considerando a utilização de métodos mais abertos que silogismo e subsunção; (iii) novos modelos teóricos de compreensão da constituição e do direito como um todo (CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003).

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011. p. 19-20.

⁷ Expressão cunhada por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: Op. cit., p. 9.

⁹ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: Op. cit., p. 139.

¹⁰ Alguns autores se posicionam em sentido contrário, defendendo que as competências de prestação de serviço público podem ser exercidas apenas mediante “a garantia” de que a atividade seja de alguma forma prestada (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 138-139), ou que esta atividade seja “de algum modo assegurada pelo Estado” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e realidade do serviço público. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – RDPGE*, v. 53, 2000. p. 140-141.). Entretanto, o conteúdo jurídico da titularidade estatal dos serviços públicos não comporta entendimentos segundo os quais o Estado desempenha um papel de garantidor, seja através da atividade regulatória ou de qualquer outro meio. Nesse sentido, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017; e SCHIER, Adriana. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

¹¹ MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 126.

A regulação estatal pode ser compreendida em sentido amplo ou estrito. No amplo, equivale a qualquer postura que o Estado adote visando o correto funcionamento de um determinado mercado, incluindo até mesmo a monopolização de uma atividade. Em sentido estrito, regulação equivale a uma ação estatal específica por meio da qual o Estado age como normatizador e controlador do exercício de uma atividade econômica, cujo objetivo também é garantir o melhor funcionamento e desenvolvimento possível do mercado regulado. E o bom funcionamento do mercado não está atrelado apenas aos interesses empresariais, mas também dos usuários dos serviços e o do próprio Estado.¹²

Isto é, a finalidade de garantir o desenvolvimento está embutida no próprio conceito de regulação. Mas o que seria desenvolvimento? Trata-se de um vocábulo polissêmico e sem conceituação legal para o qual já foram atribuídos inúmeros significados. Até a década de 1960 preminou uma visão estritamente economicista de desenvolvimento, entretanto os preceitos da Constituição brasileira de 1988 imprimem ao termo uma feição intimamente vinculada com o valor da igualdade.¹³ Para além do crescimento econômico, a noção representa um processo de elevação contínua da vida dos cidadãos com incremento também social e político.¹⁴ Ademais, o desenvolvimento deve contemplar a geração presente e também as gerações futuras, portanto deve ser também sustentável.¹⁵

Nesse sentido, muito embora a função regulatória tenha ganhado proeminência no contexto da reforma administrativa da década de 90, cujo cunho ideológico em relação ao desenvolvimento era notoriamente neoliberal,¹⁶ o arcabouço dogmático sobre ela deve ser assentado sobre aspectos diversos, além do econômico, listados acima: social e político. Nada mais natural do que isso, uma vez que à função regulatória é inerente a confluência de ao menos três interesses legítimos subjacentes: os interesses do Estado, os interesses empresariais dos agentes privados e também os interesses dos usuários dos serviços.¹⁷

A imbricação entre regulação, desenvolvimento e sustentabilidade foi muito bem observada por Juarez Freitas, para quem a finalidade da função regulatória é defender a longo

¹² SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. p. 4-5.

¹³ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 150.

¹⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243.

¹⁵ SCHIER, Adriana. *Fomento: Administração Pública, direitos fundamentais e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 42-43.

¹⁶ A observação é feita por Daniel Wunder Hachem, que aponta como que exemplo nacional Luiz Carlos Bresser-Pereira, um dos principais pivôs da reforma neoliberal do Estado brasileiro na década de 1990 e também um dos grandes autores sobre o tema do desenvolvimento (HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: Op. cit., p. 150).

¹⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Op. cit., p. 2-3.

prazo a preponderância dos princípios, objetivos, e direitos fundamentais, tendo em vista o “bem estar multidimensional no presente, sem comprometer o bem-estar no futuro”.¹⁸ Para o autor, o século XXI reclama uma nova teoria administrativa de regulação estatal como parte de uma agenda de sustentabilidade, e ela deve ser alicerçada entre outras coisas, na boa regulação.¹⁹ Afinal de contas, a sustentabilidade exige um arcabouço regulatório consistente a longo prazo.²⁰

Assim, conforme anota Vitor Rhein Schirato, o desempenho desta função de forma equivocada causa instabilidade nas relações entre as partes afetadas e prejudica o desenvolvimento do setor regulado, o que impossibilita ações de longo prazo sustentáveis. A falta de isenção e influência política, por exemplo, implica na tomada de decisões não isentas e sem tecnicidade porque o elemento primordialmente visado não é a qualidade ou sustentabilidade a longo prazo da atividade setorial regulada.²¹

Não obstante a importância da regulação para o desenvolvimento sustentável, o atual sistema regulatório brasileiro enfrenta uma franca crise. Para Vitor Rhein Schirato, há ao menos três pressupostos básicos que garantem o seu bom funcionamento: (i) a independência das autoridades reguladoras; (ii) o processo decisório dessas autoridades, que deve ser técnico e permeável ao diálogo com os demais agentes do setor regulador; e (iii) o respeito, pelos órgãos de controle (interno e externo), das decisões técnicas emitidas pelas autoridades reguladoras.²² E todos estão comprometidos: (i) a independência das autoridades reguladoras é cada vez mais mitigada por influência política; (ii) o processo decisório das agências é ameaçado em razão da falta de tecnicidade de seus dirigentes e do desrespeito às normas de processos e (iii) os órgãos de controle se imiscuem, com frequência, no campo de discricionariedade que é reservado às agências.²³

Nesse contexto, é imprescindível uma mudança de paradigma na forma de ação da Administração Pública reguladora que contemple “um processo muito mais complexo de identificação e ponderação de todos os interesses públicos subjacentes à decisão, com vistas à emissão de uma manifestação final equilibrada para o funcionamento adequado do setor regulado”.²⁴ O presente artigo, ao propor a incorporação de Análise de Impacto Regulatório com Inteligência Artificial como apoio da decisão regulatória, pretende colaborar para a realização do pressuposto de tecnicidade de seu conteúdo.

¹⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 278-279.

¹⁹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*: Op. cit., p. 254.

²⁰ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*: Op. cit., p. 255.

²¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Op. cit., p. 4.

²² SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Op. cit., p.1-2.

²³ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Op. cit., 2.

²⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Op. cit., p. 9.

3 “SMART REGULATION” OU REGULAÇÃO INTELIGENTE: CONCEITO E SUAS TRANSFORMAÇÕES, INSTRUMENTOS E EXPERIÊNCIA BRASILEIRA E INTERNACIONAL

O conceito de *smart regulation* ou regulação inteligente tem tido uma compreensão indiscriminada. Na maioria das vezes, de acordo com o significado literal de suas palavras, compreende-se como a ação ou o efeito de regular ou ordenar determinada atividade ou serviço com certa destreza, habilidade e experiência. Nesta linha geral, pode-se compreender a noção como um mecanismo capaz de conjugar, com certo pragmatismo, dinamismo e determinada coordenação.²⁵

A regulação inteligente se relaciona também com o conceito de efetividade, pois com o aumento sobre o conhecimento de processos, funções e estrutura reais da economia, educação, saúde, entre outros, promove o respeito das peculiaridades de cada um dos subsistemas sociais. Partindo dessa premissa, a solução para determinado problema relacionado à adequação da regulação de certa área será concebida de forma “mais inteligente”.²⁶

Para melhor compreender a importância da noção de qualidade regulatória e como ela pode ser efetivada nos ordenamentos jurídicos, em especial no brasileiro, é necessário delinear duas análises: (i) uma histórica e teórica da noção, destacando como se deu seu surgimento e posteriores transformações até a sua atual concepção; (ii) e outra especificamente sobre um dos seus instrumentos de efetivação, a Análise de Impacto Regulatório (AIR), destacando a experiência pátria e demais países na sua implementação.

O conceito de regulação inteligente foi introduzido em 1988 por Neil Gunningham como uma proposta alternativa de abordagem regulatória, através da qual se acolhe de maneira flexível, criativa e inovadora as diferentes formas de controle social. Deste modo, a aplicação da regulação inteligente permitiria a participação de diversos atores que, conforme se destacou no tópico anterior, são legitimamente interessados no processo de regulação e devem ter sua participação assegurada. Com a abertura da participação tem-se o resultado de medidas mais efetivas e eficientes do que as formas tradicionais de regulação em que apenas o Estado participa e decide.²⁷

No âmbito da interação entre os diversos atores citados acima, conforme assinala Gunningham, a concepção tradicional do processo regulatório no qual o Estado atua como regulador e as empresas como terceiros “regulados” sofre uma transformação substancial.

²⁵ SILVA, Leandro Novais e. O processo de globalização e a instabilidade dos modelos econômicos de Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, jul./set. 2004. p. 343.

²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000. p. 276.

²⁷ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Smart regulation. In: DRAHOS, Peter. *Regulatory theory: foundations and applications*. Camberra: Austrália National University, 2017. p. 133-149. Disponível em: <https://press-files.anu.edu.au/downloads/press/n2304/pdf/book.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

A tendência passa a ser a incorporação desses interessados mediante múltiplos mecanismos que permitem integrar de forma célere padrões e parâmetros, na maioria dos casos internacionais, com o objetivo de obter resultados de qualidade.²⁸

Essa tendência foi proposta para analisar a falta de efetividade das soluções concebidas para os complexos problemas ambientais que o mundo sofre. Entretanto, tomou proporções de caráter geral, no sentido de que deve ser incorporada nos diversos segmentos regulados, razão pela qual chega-se a afirmar que é uma nova forma de política pública,²⁹ cujo objetivo é primordialmente responder de modo eficaz às necessidades dos cidadãos.³⁰

Para Michael Moran, diferentemente do proposto por Gunningham, a regulação inteligente surgiu para responder a uma pergunta crítica relacionada à transição de estratégias do governo da forma mais sutil possível.³¹ Esta concepção, portanto, novamente amplia a noção de regulação inteligente. Num primeiro momento, como se viu, a ideia era inerente às matérias ambientais, e passou-se adotá-la nos diversos ramos, tudo com vistas a garantir a participação dos legitimamente interessados; num segundo momento o objetivo é não apenas garantir a participação de demais atores, mas sobretudo para garantir a efetividade da regulação.

É precisamente essa a conotação de regulação inteligente que se adota no presente trabalho, segundo a qual deve haver qualidade regulatória em todos os setores regulados, cuja finalidade é não apenas o incremento da participação dos interessados, mas também o aumento da tecnicidade das decisões. Afinal de contas, apesar da imprecisão do termo qualidade regulatória, pode-se afirmar que a esta noção é construída a partir de diversos outros princípios além da participação social, tais como: a preferência por variedade de instrumentos regulatórios, a opção por medidas alternativas à regulação em excesso³² (e não desregulação) e, por fim, a busca pela maximização de resultados satisfatórios.³³

Nesse mesmo sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) concebe a regulação inteligente como um instrumento para diminuir a multiplicidade de fontes de regulação incidindo sobre o mesmo caso, o que causa insegurança

²⁸ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Smart regulation. Op. cit., p. 134.

²⁹ Para leitura específica sobre o tema, cf. TOFFELSON, C. et al. *Setting the standard: certification, governance and the Forest Stewardship Council*. Vancouver: UBC Pres, 2008.

³⁰ É o caso da Colômbia, onde o conceito foi incorporado como política pública. Cf. COLOMBIA. Departamento Nacional De Planeación (DNP). *Colombia da los primeros pasos hacia una regulación inteligente basada en la participación de los ciudadanos*. 2018. Disponível em: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Colombia-da-los-primeros-pasos-hacia-una-regulacion-inteligente-basada-en-la-participacion-de-los-ciudadanos.aspx>. Acesso em: 9 maio 2018.

³¹ MORAN, Michael. Review article: Understanding the Regulatory State. *British Journal of Political Science*, [s.l.], Cambridge University Press (CUP), v. 2, n. 2, p. 391-413, 28 mar. 2002.

³² Para leitura específica sobre o tema: MASSIMINO, Leonardo F. La intervención estatal, la regulación económica y el poder de policía. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, [s.l.], v. 6, n. 677, p. 36-63, 2015. p. 39.

³³ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Smart regulation. Op. cit., p. 134.

jurídica na medida em que os destinatários da norma não podem tem certeza sobre qual regra deve ser obedecida.³⁴

Os instrumentos de melhora regulatória foram desenvolvidos a partir das ordens executivas (“*executive orders*”) nos Estados Unidos.³⁵ A prática foi iniciada no referido país sob o comando do então presidente Ronald Reagan, que editou ordens determinando que a regulação fosse obrigatoriamente precedida de análises de custo-benefício. Havia certo ceticismo em relação à proposta, pois se temia que a análise meramente econômica não fosse compatível com a regulação de temas como meio-ambiente e saúde. Mesmo assim, os presidentes Bill Clinton e Barack Obama deram continuidade à prática de forma bastante satisfatória, pois observou-se que a metodologia ajudou a identificar regulações que não cumpriam seu propósito e acolher outras boas ideias em termos de efetividade.³⁶

Esses instrumentos inicialmente concebidos nos Estados Unidos foram reconhecidos como boas práticas pela ODCE já em 1995, e desde então a entidade internacional passou a recomendar a sua adoção para os demais países integrantes. Eles consistem, basicamente, em agenda regulatória, análise de impacto normativo ou regulatório *ex ante* ou *ex post*, advocacia de competência, expedição normativa e consulta pública. O foco do presente trabalho será a Análise de Impacto Regulatório (AIR). Para tanto, a seguir se discorrerá sobre a utilização da ferramenta no Brasil, bem como comparar a experiência pátria com outros países.

A atividade regulatória ganhou proeminência no Brasil com a reforma administrativa da década de 90 e a crescente delegação de serviços públicos. A ideologia proposta pelo então governo era focada na “diminuição do tamanho do Estado”. Nesse contexto, as agências reguladoras foram concebidas (ou foi esta, pelo menos, a intenção) como instituições autônomas e independentes, cujo objetivo era melhorar o arcabouço regulatório para obtenção de resultados mais efetivos.³⁷ Essa necessidade inaugura “uma nova fase do debate de melhora regulatória no Brasil”,³⁸ constituindo um paradigma de implementação de ferramentas com tendência de sistematização e coordenação para o incremento da qualidade regulatória.

³⁴ KLINGBEIL, Marianne. *Smart regulation*. S.d. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/policyconference/46528683.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019. Veja-se também o caso da União Europeia, onde a implantação de regulação inteligente implica a avaliação de impacto e análise de resultados. CONSEJO EUROPEO. *Comunicación n. 543, de 08 de outubro de 2010*. Comunicación de La Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: documento para trabajo 2011. Bruselas: Consejo Europeo, 08 out. 2010.

³⁵ BETANCOR, Andrés. *Mejorar la regulación*. Una guía de razones y medios. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 107.

³⁶ SUSTEIN, Cass R. Costs, benefits and regulation post-Trump. *Bloomerang The Company*, 1 ago. 2019. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2019-08-01/cost-benefit-analysis-regulation-after-trump>. Acesso em: 19 set. 2019.

³⁷ RAGAZZO, Carlos. Coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 513-536, jul./dez. 2018.

³⁸ RAGAZZO, Carlos. Coordenação efetiva e sistematização: Op. cit., p. 516.

Neste contexto, já em 2007, pelo Decreto n. 6.062 foi criado o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG). Em termos de iniciativas concretas, é relevante citar que diversas agências (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Agência Nacional de Saúde Suplementar e Agência Nacional de Aguas) passaram a realizar (respectivamente em 2009, 2010 e 2015), ainda que pontualmente e de forma não obrigatória, Análises de Impacto Regulatório (AIR).³⁹

A Análise de Impacto Regulatório (AIR), conforme a nomenclatura de seu nome já anuncia, consiste num processo⁴⁰ de análise dos impactos da norma regulatória, e pode ser feito tanto antes da sua edição quanto depois, considerando que a decisão regulatória deve ser continuamente avaliada. O propósito da ferramenta é sobretudo proporcionar o aferimento do custo-benefício da norma a ser editada. A análise, entretanto, não é apenas econômica, pois abrange também os aspectos social, político e cultural.⁴¹

A utilização desta ferramenta de gestão pública para tomada de decisões promove uma verdadeira transformação da cultura administrativa.⁴² Além do incremento em relação à sua finalidade intrínseca, que é o aumento da efetividade da regulação⁴³, a melhora regulatória se também verifica nos seguintes aspectos: (i) no aumento da participação dos interessados, considerando a processualização do empreendimento; (ii) no aumento da tecnicidade da decisão, delimitando de forma clara a discricionariedade⁴⁴, evitando-se, assim, o uso político da função sob o disfarce da conveniência e oportunidade; (iii) e no estabelecimento de padrões mais claros para o controle do processo decisório.⁴⁵

³⁹ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Inventário AIR – Visão Geral da Análise de Impacto Regulatório nas Agências Reguladoras Federais*. Brasília: Presidência da República, 2018.

⁴⁰ Opta-se pela nomenclatura “processo” ao invés de “procedimento” para demarcar que ao instituto é imprescindível a participação dos interessados e afetados, voltado não apenas à efetividade da regulação, mas também aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei n. 9.784/99. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014). Para uma leitura aprofundada sobre a processualização da função administrativa, cf. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴¹ FERREIRA, Marco Antônio da Cunha *et al.* Contribuição do método sistema especialista fuzzy na Análise de Impacto Regulatório. *Revista Produção Online*, Florianópolis, v. 15, n. 3, p. 859-885, jul./set. 2015. Disponível em: <https://www.producaoonline.org.br/rpo/article/view/1823>. Acesso em: 18 out. 2019.

⁴² CASTRO, Camila Moreira de. Some aspects of implementing Regulatory Impact Analysis in Brazil. *Revista de Administração Pública*, [s.l.], v. 48, n. 2, p. 323-342, abr. 2014.

⁴³ MENEGUIN, Fernando Boarato; BIJOS, Paulo Roberto Simão. *Avaliação de impacto regulatório: como melhorar a qualidade das normas*. Senado Federal. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONOFOR. Avaliação, 2016. p. 7. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519196/OED0024.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 set. 2019.

⁴⁴ BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, set./dez. 2017.

⁴⁵ JORDÃO, Eduardo *et al.* A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 56, n. 222, p. 75-107, abr./jun. 2019. Nesse sentido também o Projeto de Lei n. 1.539 de 2015 da Câmara dos Deputados, que estabelece a obrigatoriedade de realização de Análise de Impacto Regulatório no âmbito da Administração Federal.

Do ponto de vista da concreção normativa, a implementação do AIR como ferramenta obrigatória é recente. Em 2015 foi apresentado projeto de lei no qual se estabeleceu diretrizes gerais para a realização de AIR em relação à tomada de decisões regulatórias, entretanto a norma jamais foi sancionada.⁴⁶ Em novembro de 2017, o Governo federal publicou o Decreto n. 9.203, no qual se estabeleceu que a aplicação de boas práticas regulatórias, entre elas o AIR, é uma diretriz e princípio de governança pública. Em 2018, o Governo federal publicou as Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório,⁴⁷ um documento de referência no qual se desenvolvem importantes aspectos de implantação, análise e projeção da ferramenta de melhora regulatória.

Em junho de 2019 foi promulgada a Lei n. 13.848, que determina a realização de AIR para a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. A implantação da ferramenta, entretanto, depende da edição de regulamento específico. Outra norma recente que se abordou o tema foi a chamada “MP da liberdade econômica”, Medida Provisória n. 881/2019. A referida norma também exige AIR em caso de edição ou alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, e estende a exigência a qualquer por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas.

Considerando as iniciativas e normas citadas acima, é evidente que a progressiva inclusão do AIR como ferramenta de melhora regulatória dentro da Administração Pública é um assunto contemporâneo e cada vez mais frequente. Deste modo, o Brasil se alinha a uma tendência internacional, considerando as já diversas experiências dos demais países no tema, que serão pontualmente mencionadas a seguir.⁴⁸

No México, a denominada Ley General de Mejora Regulatoria, editada em 2018, inclui a AIR como uma ferramenta do Sistema Nacional de Mejora Regulatoria. O objetivo da iniciativa é garantir que os benefícios da regulação sejam superiores a seus custos e que a escolha normativa seja a melhor alternativa para determinado problema, sem desconsiderar

⁴⁶ BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei n. 1.539/2015*. Estabelece a obrigatoriedade de realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR pelas Agências Reguladoras no âmbito da Administração Federal. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0E6A4D328962E24E5E9213B11A5CBC21.proposicoesWeb2?codteor=1334093&filenome=PL+1539/2015. Acesso em: 19 set. 2019.

⁴⁷ BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais *et al.* *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório* – AIR. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 19 set. 2019.

⁴⁸ É importante especificar que, diferentemente do Brasil, alguns países adotam outra denominação do AIR. Por exemplo, na Colômbia, é chamado Análise de Impacto Normativo (AIN); no México, Declaração do Impacto Regulatório, no Reino Unido, *Regulatory Impact Analysis (RIA)*.

o interesse geral.⁴⁹ Na Espanha, a denominada Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas integra a AIR de forma implícita. De acordo com a lei, a norma regulatória deve ser adequada aos princípios da boa regulação, promovendo a análise econômica de seu impacto e evitando a instituição de restrições injustificadas ou desproporcionais à atividade econômica.⁵⁰ No Chile, em abril 2019, publicou-se a Guía Chilena para la Buena Regulación, a qual incorpora o AIR a todos os projetos de lei e normas infralegais, propondo uma avaliação preliminar para determinar a necessidade, magnitude do impacto e a opção com maior benefício social.⁵¹

Seja no contexto nacional ou internacional, é evidente que a inclusão da Análise de Impacto Regulatório, assim como as demais ferramentas de melhora regulatória, está progressivamente permeando os processos decisórios de regulação. Diante disso, é natural que passemos a discussões sobre aspectos específicos de sua aplicação, como, por exemplo, a utilização de recursos e meios tecnológicos. Sendo este especificamente o tema sobre o qual o presente trabalho pretende discorrer, no próximo capítulo se abordará especificamente a utilização de inteligência artificial no mecanismo de AIR.

4 A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ÂMBITO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR): COMPATIBILIDADE, CONSIDERAÇÕES E PRESSUPOSTOS

A inteligência artificial (adiante denominada IA) é termo cuja definição não é unívoca, mas é possível destacar a concordância quanto à ao menos três de suas características: (i) a intencionalidade, no sentido de que o sistema algorítmico não opera de modo passivo e de relativa autonomia para exercer tarefas específicas; (ii) a inteligência propriamente dita, uma vez que o sistema aprende numa sequência assemelhada à humana; (iii) e adaptabilidade, pois ostenta a capacidade cognitiva de efetuar ajustes à medida que coleta vastíssimas informações.⁵² Desse modo, ao mesmo tempo em que a inteligência artificial não se confunde com a automação, tão pouco pode ser equiparada à inteligência humana, já que é esta aquela que irá condicionar a programação daquela.

⁴⁹ MÉXICO. Congreso General de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. *La Ley General de Mejora Regulatoria*. Ciudad de México, 18 maio 2018. Disponível em: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5523172&fecha=18/05/2018. Acesso em: 17 set. 2019.

⁵⁰ JEFATURA DEL ESTADO ESPAÑOL. *Lei n. 39, 1 de outubro de 2015*. Del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas. Madrid, 1º oct. 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10565-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

⁵¹ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. *Guía chilena para una buena regulación*. Santiago, abr. 2019. Disponível em: https://open.economia.cl/wp-content/uploads/2019/04/Guia-Chilena-2019_25abril.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

⁵² FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019. p. 16.

Entre as múltiplas aplicações da inteligência artificial ao Direito que devem receber especial da atenção está a *assistência digital para a tomada da decisão pública*.⁵³ O tema da utilização da inteligência artificial no sistema jurídico tem sido pautado cada vez mais frequentemente, especialmente no âmbito da intervenção regulatória estatal. Neste campo, a promessa é de prevenir as falhas de mercado (como, por exemplo, as informações assimétricas, o abuso do poder dominante e as externalidades negativas) e as falhas de governo (como, por exemplo, a omissão de prevenção e precaução e o patrimonialismo), mediante incorporação de “valores elevados ao cerne de algoritmos, no cabal acatamento à dignidade e ao direito ao futuro”.⁵⁴ A promessa é tentadora, pois pretende substituir um modelo de regulação errática e suscetível ao patrimonialismo por um modelo ótimo, isto é, pretende promover a chamada “*smart regulation*”.

A incorporação da IA no processo regulatório, no âmbito do AIR, contribui com a potencialização da função, pois dá assistência para a tomada de decisões públicas. Nesse sentido, seu uso poderia otimizar o fluxo de dados e informação que se encontram a disposição do gestor público, pois passaria a ser possível a resolução de questões que anteriormente requereriam múltiplos passos, procedimentos e fases.⁵⁵ A nova tecnologia e o instrumento de melhora regulatória são compatíveis na medida em que ambas as figuras estão voltadas, entre outras coisas, à redução de custos e promoção de análises sistêmicas e fidedignas à realidade. O resultado da união de ambas não será outro senão à qualidade regulatória mediante a priorização de esforços e simplificação da tomada de decisão.⁵⁶

A AIR, além de ser uma ferramenta regulatória que permite avaliar os prováveis benefícios, custos e efeitos da norma a ser editada, é um processo auxiliar à tomada de decisões regulatórias.⁵⁷ Deste modo, a IA ganha relevância e importância com o processo lógico de formação da AIR. Com o apoio daquela, a coleta e organização de dados pode ser feita de modo inteligente, conduzida de acordo com o problema regulatório que se pretende sanar. Além disso, pode-se programar o provimento de diversas alternativas de solução a serem dadas pelo próprio sistema, o que apenas incrementa a tecnicidade da decisão regulatória e aumenta a sua aderência e conformidade com a realidade.

⁵³ O termo foi cunhado por FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial Op. cit., p. 19.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. Op. cit., p. 17-18.

⁵⁵ CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017. p. 58.

⁵⁶ OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Panorama de las Administraciones Públicas*: América Latina y el Caribe 2017. Paris: Éditions OCDE, 2016. p. 122.

⁵⁷ OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Buildingan institutional framework for regulatory impact analysis*. Version 1.1 Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and territorial Development. Paris: Éditions OCDE, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

Um bom exemplo prático pode ser dado no âmbito da regulação do transporte público urbano. Supondo-se que se observa empiricamente que o sistema de transporte público de uma cidade já não é mais efetivo, o ente regulador deve investigar as causas, listar possíveis soluções e ter critérios claros para optar por uma delas. Para tanto, é necessário sintetizar uma realidade que pode ser apreendida de inúmeros dados. No caso hipotético, a IA poderia ser utilizada para identificar vários aspectos do fluxo de passageiros: a quantidade, o ponto de partida e ponto de chegada, horários de pico, linhas e carros ociosos ou superlotados, entre outros. As soluções poderiam ser várias: alteração de rota, inclusão de novas linhas ou carros, estímulo à locomoção por meios alternativos (como bicicletas e patinetes) em determinadas localizações, entre outros. Essa tarefa seria deveras tortuosa, custosa e demorada se feita apenas pelo gestor público, senão impossível. Com o apoio da IA no processo de AIR, entretanto, seria rápida e precisa.

Em outros países é possível observar de forma clara a conjugação da inteligência artificial no processo regulatório. Na Austrália, a adaptação às mudanças tecnológicas faz parte dos princípios da regulação, cuja aplicação prática é voltada para a identificação de dados e instrumentos que fortalecem a melhor decisão dos agentes público,⁵⁸ com a finalidade de melhorar os processos regulatórios em termos de avaliação e revisão de custos e benefícios.⁵⁹ A Comissão Europeia, por sua vez, dispõe que a inteligência artificial, com apoio em *big data*,⁶⁰ cria novas possibilidades para a análise de circunstâncias sociais e econômicas.⁶¹ No país Moldavia, o governo elaborou um guia metodológico para avaliação de impacto da regulação de políticas públicas. No documento, consignou-se que este processo pressupõe a utilização de meios tecnológicos que viabilizem a obtenção de referências e consultorias durante a avaliação de impacto (sugestão de soluções e simulação de cenários, por exemplo). E isto é possível apenas por intermédio da inteligência artificial.⁶²

De modo geral, a introdução de ferramentas tecnológicas no processo de identificação de problemas, alternativas e seus impactos, é uma transformação que demanda

⁵⁸ AUSTRALIA. Commissioner For Better Regulation. *Victorian guide to regulation: a handbook for policy-makers in Victoria* (Australia). 2016. Disponível em: <http://www.betterregulation.vic.gov.au/files/98181269-905c-4893-bff-3-a6bb009df93c/Victorian-Guide-to-Regulation-PDF-final.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

⁵⁹ AUSTRALIA. *Best practice regulation handbook*. 2007. Disponível em: http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/AustralianGovernment_Best_Practice_Regulation.pdf. Acesso em: 19 set. 2019.

⁶⁰ Termo que designa grandes conjuntos de dados que podem ser processados e armazenados.

⁶¹ EUROPEAN COMMISSION. *Better regulation "Toolbox"*. 2015. p. 17. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en. Acesso em: 19 set. 2019.

⁶² MOLDOVIA. *Methodological guide on ex-ante assessment of the impact of public policies*. 2009, p. 57. Disponível em: <https://www.legislationline.org/documents/id/17155>. Acesso em: 19 set. 2019.

esforços,⁶³ mas que converge para a consolidação de um Governo e Administração Pública digitais, modelo no qual a verificação de acertos e desacertos é mais assertiva.⁶⁴

Não obstante os inúmeros benefícios advindos da utilização da IA no processo regulatório na fase de AIR, o fenômeno deve ser analisado com parcimônia à luz do ordenamento jurídico, especialmente em relação aos direitos e garantias fundamentais. Portanto, além de propor a referida prática, no presente trabalho também são listados os pressupostos para tanto. E eles são (i) em relação à extensão da possibilidade de utilização de inteligência artificial; (ii) em relação ao modo da implantação da inteligência artificial.

Quanto ao primeiro aspecto, a IA deve ser implantada sem que se substitua a decisão final pelo próprio agente público. Por certo a função da prática é viabilizar o apoio digital mediante o auxílio na identificação de problemas e sugestões de solução, mas a decisão deve ser sempre daquele que detém competência para tanto.⁶⁵ Deste modo, o gestor não estará vinculado a aplicar as conclusões providas pela IA, mas tão somente a utilizá-las na motivação de sua decisão. Este é um limite ético importante por ao menos duas razões: para evitar-se eventual “tirania digital”; para resguardar o inevitável componente subjetivo que integra a discricionariedade;⁶⁶ e para evitar a retirada do componente humano de uma função cujo fim último é justamente o bem-estar dos cidadãos.

Em segundo lugar, quanto ao modo da implantação da inteligência artificial, Juarez Freitas já destacou pioneiramente que se deve garantir o acesso à sequência dos passos lógicos da decisão algorítmica.⁶⁷ A exigência se justifica porque muito embora a análise de dados por inteligência artificial aparente ser um processo neutro, ela não é. Por trás da inteligência artificial está a programação feita por um ser humano, que como tal pode ser tendenciosa e viciada. Um exemplo pode ajudar a compreender a importância desse pressuposto: caso uma pessoa racista promova a análise de regulação do serviço público de

⁶³ MENEGUIN, Fernando; SILVA, Rafael Silveira y (Orgs.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535244/avaliacao_de_impacto_legislativo_1ed.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 set. 2019.

⁶⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Estratégia de governança digital – EGD*. 2019. Disponível em: <https://www.governodigital.gov.br/EGD/documentos/revisao-da-estrategia-de-governanca-digital-2016-2019.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

⁶⁵ Como fora muito bem pontuado por André Luiz Freire, o âmbito das atividades públicas é pautado pelo princípio da competência, segundo o qual o Estado não pode se escusar de prestar algo que lhe foi incumbido (FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 246).

⁶⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tecnologia e inteligencia artificial: incidencias en el derecho aplicable a la administración pública: dos ideas en torno a su futuro inmediato de frente al cumplimiento eficaz de los propósitos y finalidades de la función pública administrativa. In: ZEGARA VALDIVIA, Diego. *La proyección del Derecho Administrativo Peruano: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Lima: Palestra, 2019. Cap. 1. p. 17-42.

⁶⁷ FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. Op. cit., p. 25-26.

água, ela poderia indevidamente criar algoritmos tendenciosos a indicar que regiões mais habitadas por negros não precisa de melhoras no serviço.

Por fim, há ainda um segundo requisito em relação ao modo da implantação da inteligência artificial. Como visto, a IA é desenvolvida a partir de quantidade significativa de dados, pois é apenas a partir destes que se pode identificar padrões e dar sequência a passos lógicos. Em termos de regulação, os dados serão necessariamente dos particulares: empresas reguladas, usuários de serviços públicos e consumidores. A situação atrai a incidência das normas da Lei Geral de Proteção de Dados, em especial as disposições sobre o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. Considerando o escopo e extensão do presente trabalho, não será feita uma análise esmiuçada de quais são as referidas disposições e de que modo, na prática, elas deverão ser observadas. Por ora cumpre ressaltar que a Administração Pública, ao desempenhar a função reguladora com o apoio da IA, não está isenta de respeitar os direitos inerentes aos dados pessoais que opera.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, concluiu-se que a utilização de inteligência artificial no âmbito da Análise de Impacto Regulatório é viável e desejável, considerando a compatibilidade entre ambas e sua aptidão para proporcionar uma decisão mais técnica e efetiva. Tal prática, entretanto, deve ser efetivada de acordo com pressupostos de duas ordens: (1) em relação à extensão da possibilidade de utilização de inteligência artificial, (1.1) jamais deve-se permitir que a IA substitua a decisão do agente público; (2) em relação ao modo da implantação da inteligência artificial, (2.1) deve-se dar publicidade à sequência dos passos lógicos da decisão algorítmica; (2.2.) deve-se observar as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados.

REFERÊNCIAS

- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Análise de Impacto Regulatório* – Processo 25351365875200953. 2018. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/analise-de-impacto-regulatorio?p_p_id=110. Acesso em: 19 set. 2019.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000.
- AUSTRALIA. *Best practice regulation handbook*. 2007. Disponível em: http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/AustralianGovernment_Best_Practice_Regulation.pdf. Acesso em: 19 set. 2019.
- AUSTRALIA. Commissioner For Better Regulation. *Victorian guide to regulation: a handbook for policy-makers in Victoria (Australia)*. 2016. Disponível em: <http://www.betterregulation.vic.gov.au/files/98181269-905c-4893-bff3-a6bb009df93c/Victorian-Guide-to-Regulation-PDF-final.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei n. 9.784/99. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014.

BETANCOR, Andrés. *Mejorar la regulación*. Una guía de razones y medios. Madrid: Marcial Pons, 2009.

BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, set./dez. 2017.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Inventário AIR – Visão Geral da Análise de Impacto Regulatório nas Agências Reguladoras Federais*. Brasília: Presidências da República, 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei n. 1.539/2015*. Estabelece a obrigatoriedade de realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR pelas Agências Reguladoras no âmbito da Administração Federal. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0E6A4D328962E24E5E9213B11A5CBC21.proposicoesWeb2?codteor=1334093&filename=PL+1539/2015. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Estratégia de governança digital – EGD*. 2019. Disponível em: <https://www.governodigital.gov.br/EGD/documentos/revisao-da-estrategia-de-governanca-digital-2016-2019.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais *et al.* *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 19 set. 2019.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CASTRO, Camila Moreira de. Some aspects of implementing Regulatory Impact Analysis in Brazil. *Revista de Administração Pública*, [s.l.], v. 48, n. 2, p. 323-342, abr. 2014.

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. *Guía chilena para una buena regulación*. Santiago, abr. 2019. Disponível em: https://open.economia.cl/wp-content/uploads/2019/04/Guia-Chilena-2019_25abril.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

COLOMBIA. Departamento Nacional De Planeación (DNP). *Colombia da los primeros pasos hacia una regulación inteligente basada en la participación de los ciudadanos*. 2018. Disponível em: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Colombia-da-los-primeros-pasos-hacia-una-regulaci%C3%B3n-inteligente-basada-en-la-participaci%C3%B3n-de-los-ciudadanos.aspx>. Acesso em: 9 maio 2018.

CONSEJO EUROPEO. *Comunicación n. 543, de 08 de outubro de 2010*. Comunicación de La Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: documento para trabajo 2011. Bruselas: Consejo Europeo, 08 out. 2010.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017.

EUROPEAN COMMISSION. *Better regulation “Toolbox”*. 2015. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en. Acesso em: 19 set. 2019.

FERREIRA, Marco Antônio da Cunha *et al.* Contribuição do método sistema especialista fuzzy na Análise de Impacto Regulatório. *Revista Produção Online*, Florianópolis, v. 15, n. 3, p. 859-885, jul./set. 2015. Disponível em: <https://www.producaoonline.org.br/rpo/article/view/1823>. Acesso em: 18 out. 2019.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Smart regulation. In: DRAHOS, Peter. *Regulatory theory: foundations and applications*. Camberra: Austrália National University, 2017. Disponível em: <https://press-files.anu.edu.au/downloads/press/n2304/pdf/book.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

JEFATURA DEL ESTADO ESPAÑOL. *Lei n. 39, 1 de outubro de 2015*. Del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas. Madrid, 1º oct. 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10565-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

JORDÃO, Eduardo *et al.* A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 56, n. 222, p. 75-107, abr./jun. 2019.

KLINGBEIL, Marianne. *Smart regulation*. S.d. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/policyconference/46528683.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

LYOTARD, Jean-François. *Post-modern condition*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1985.

MASSIMINO, Leonardo F. La intervención estatal, la regulación económica y el poder de policía. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, [s.l.], v. 6, n. 677, p. 36-63, 2015.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 43-61, 23 nov. 2018.

MENEGUIN, Fernando Boarato; BIJOS, Paulo Roberto Simão. *Avaliação de impacto regulatório: como melhorar a qualidade das normas*. Senado Federal. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONOFOR. Avaliação, 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519196/OED0024.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 set. 2019.

MENEGUIN, Fernando; SILVA, Rafael Silveira y (Orgs.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535244/avaliacao_de_impacto_legislativo_1ed.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 set. 2019.

MÉXICO. Congreso General de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. *La Ley General de Mejora Regulatoria*. Ciudad de México, 18 maio 2018. Disponível em: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5523172&fecha=18/05/2018. Acesso em: 17 set. 2019.

MOLDOVIA. *Methodological guide on ex-ante assessment of the impact of public policies*. 2009. Disponível em: <https://www.legislationline.org/documents/id/17155>. Acesso em: 19 set. 2019.

MORAN, Michael. Review article: Understanding the Regulatory State. *British Journal of Political Science*, [s.l.], Cambridge University Press (CUP), v. 2, n. 2, p. 391-413, 28 mar. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e realidade do serviço público. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – RDPGE*, v. 53, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico. *Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2017*. Paris: Éditions OCDE, 2016.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*. Version 1.1 Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and territorial Development. Paris: Éditions OCDE, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

RAGAZZO, Carlos. Coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 513-536, jul./dez. 2018.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tecnología e inteligencia artificial: incidencias en el derecho aplicable a la administración pública: dos ideas en torno a su futuro inmediato de frente al cumplimiento eficaz de los propósitos y finalidades de la función pública administrativa. In: ZEGARA VALDIVIA, Diego. *La proyección del Derecho Administrativo Peruano*: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima: Palestra, 2019.

SCHIER, Adriana. *Fomento*: Administração Pública, direitos fundamentais e desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019.

SCHIER, Adriana. *Serviço público*: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Leandro Novais e. O processo de globalização e a instabilidade dos modelos econômicos de Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, jul./set. 2004.

SUSTEIN, Cass R. Costs, benefits and regulation post-Trump. *Bloomerang The Company*, 1 ago. 2019. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2019-08-01/cost-benefit-analysis-regulation-after-trump>. Acesso em: 19 set. 2019.

TOFFELSON, C. *et al.* *Setting the standard*: certification, governance and the Forest Stewardship Council. Vancouver: UBC Pres, 2008.

ZEGARA VALDIVIA, Diego. *La proyección del Derecho Administrativo Peruano*: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima: Palestra, 2019.

Hércules, o gestor

Francisco Arlem de Queiroz Sousa

Mestrando em Direito (UFC)

Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas (IDP)

Advogado da União



SUMÁRIO: **1** Introdução; **2** O juiz Hércules e a única decisão correta; **3** Discricionariedade administrativa; **4** A constitucionalização dos princípios e o fim da discricionariedade; **5** O gestor Hércules e a única decisão correta; **6** Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

“Ontem os códigos, hoje as constituições!” Assim declarou Paulo Bonavides ao receber a medalha Teixeira de Freitas em 1998, sinalizando a grande importância que incide sobre esse documento clássico do liberalismo, em especial após a segunda grande guerra mundial, sendo exatamente no bojo das grandes transformações ocorridas nesse período histórico que se pode complementar a frase do abalizado Mestre com a afirmação: “antes as regras, agora os princípios”.

Bonavides¹ traça com precisão a trajetória histórica dos princípios, desde a sua primeira fase jusnaturalista, nos quais eram tidos como axiomas jurídicos ou normas do bem-ouvir; passando pela fase juspositivista, com os princípios entrando nos códigos como fonte normativa subsidiária, carentes de normatividade e irrelevantes juridicamente; até chegar no pós-positivismo, o qual segundo Barroso², compõe um conjunto de ideias ricas e heterogêneas, a exemplo da reentronização dos valores na interpretação jurídica, da reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; da formação de uma nova hermenêutica; e do desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais.

A normatividade dos princípios, recorda Bonavides³, foi afirmada categórica e precursoramente por Vezio Crisafulli em 1952, mas depois de acalmados os debates acerca de sua força normativa é com os aportes teóricos de Ronald Dworkin que eles se convertem no

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 259-264.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 283.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 257.

coração das constituições, fazendo vir abaixo tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo.

Sob os influxos dessas ideias, as constituições passaram a conter, além das regras, princípios com fortes conteúdos axiológicos e fundamentos éticos, abrigando valores jurídicos suprapositivos como igualdade, solidariedade e moralidade. Eles se tornaram “o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.⁴

Nessa senda, observa-se que “com o advento da “era dos princípios constitucionais” o ambiente jurídico brasileiro foi tomado por uma espécie de transtorno obsessivo-compulsivo, muito bem descrito por Streck como pan-principiologismo, no qual “positivam-se os valores’: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a ‘criação’, em um segundo momento, de todo tipo de ‘princípio’, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem [...]”.⁵

Muito embora o festejado Ronald Dworkin tenha dedicado sua vida e sua obra para construir uma teoria que combatesse o positivismo jurídico e seu insistente apelo à discricionariedade judicial nos casos difíceis, seu constructo em terras brasileiras teve efeito contrário, com o Judiciário se utilizando da teoria dos princípios para embasar decisões solipsistas em prejuízo de outra discricionariedade, a administrativa.

O presente estudo tece considerações acerca das consequências que o enviesamento cognitivo adotado no Brasil acerca da construção doutrinária de Dworkin tem causado para a administração pública e como a criação metafórica de um juiz sobre-humano foi incorporada ao imaginário de parte da magistratura brasileira que, ilusoriamente, adquiriu superpoderes, utilizando-os para aumentar sua influência e restringir a liberdade decisória de outras autoridades da República, tolhendo-lhes competências vocacionadas à gestão da coisa pública.

Inicia-se por apresentar o embate de Ronald Dworkin contra uma das ideias centrais do positivismo jurídico consistente na premissa de que na ausência de regras o juiz utiliza de discricionariedade em seu sentido forte para decidir o caso concreto; ato contínuo, expõe-se a metáfora dworkiana do juiz Hércules e a tese da única resposta correta.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 288.

⁵ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 525.

Na sequência, abordar-se-á com referência às doutrinas clássica e moderna, os contornos da discricionariedade administrativa, bem como as transformações pelas quais ela passou em paralelo com a evolução do estado.

Em seguida, analisar-se-á como a introdução dos princípios na realidade constitucional brasileira propiciou um efeito contrário ao pretendido por Dworkin, em face do recrudescimento da discricionariedade judicial, a qual passou a substituir a discricionariedade administrativa.

Por fim, caminha-se para a conclusão de que se nada mudar em face do agigantamento do controle exercido pelo Judiciário, é necessário que a administração pública no Brasil seja entregue nas mãos de Hércules, um gestor sobrenatural, muito embora isso seja uma utopia e as soluções tenham que ser construídas pelos simples mortais.

2 O JUIZ HÉRCULES E A ÚNICA DECISÃO CORRETA

Ronald Dworkin⁶ inicia sua empreitada contra o positivismo apresentando aqueles que seriam seus três preceitos chaves, quais sejam: 1) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais; 2) no direito não existem outros padrões que não sejam regras; e, 3) quando não há um regra o juiz decide o caso segundo seu discernimento pessoal.

Na sequência, o professor e filósofo de Harvard lança seu ataque contra o modelo puro de regras do positivismo, propondo a existência de outros dois padrões, as políticas e os princípios, onde o primeiro visa alcançar uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade e o segundo não promove nenhuma melhoria geral, mas é uma exigência de justiça, equidade ou moralidade.⁷

Dworkin⁸ se rebela contra a doutrina positivista do poder discricionário (leia-se: discricionariedade) e reconhece que nela há três sentidos. Algumas vezes se emprega o termo em um sentido fraco para dizer que os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, exigindo a formulação de algum tipo de julgamento com base em padrões que foram estabelecidos por uma autoridade superior a qual ela deve obediência, como no caso do tenente que ordena ao sargento que escolha os cinco homens mais experientes.

Em outros casos se usa o conceito de poder discricionário em um segundo sentido fraco para dizer que alguma autoridade tem a faculdade de tomar a decisão em última instância, como é o caso do Supremo Tribunal Federal.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-28.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Op. cit., p. 36.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Op. cit., p. 51-53.

Por último, há o sentido forte de poder discricionário, que é aquele no qual a autoridade pode decidir sem estar sujeita a padrão algum preestabelecido, como se no exemplo do tenente que ordenou ao sargento a escolha de cinco homens não houvesse a precondição de serem os **mais experientes**, estando o subordinado livre para decidir.

Entende Dworkin que “o conceito de poder discricionário está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”⁹, seja ela um órgão superior ou um regulamento, ou seja, somente há poder discricionário (discricionariedade) nos sentidos fracos.

No fundo seu intento era criticar a pregação positivista da discricionariedade judicial no sentido forte, ou seja, a afirmação de que os juízes, na ausência de uma regra clara e explícita, decidem segundo seus próprios critérios, alheios a qualquer condicionamento.

Dworkin¹⁰ assevera que não se deve admitir que juízes criem direito pós-facto e os apliquem retroativamente ao caso, pois todos concordam que ninguém deve ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei existente e válida. Ademais, o direito deve ser criado por pessoas eleitas pelo povo e não por juízes que não são legisladores.

Essa visão, diga-se de passagem, discrepa frontalmente da de Mauro Cappelletti, o qual entende que os juízes mesmo quando aplicam leis preexistentes criam o direito, pois a interpretação sempre possui um certo grau de discricionariedade, haja vista que “discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.”¹¹

Dworkin¹² também não aceita que o Direito seja irremediavelmente subjetivo, motivado por convicções particulares e “apenas uma questão do que cada juiz, individualmente, acha melhor ou do que ele comeu no café da manhã”. Para resolver tudo isso ele dá vida a um juiz de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, capaz de desenvolver teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requereriam, batizando-o de Hércules.¹³

⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Op. cit., p. 51.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Op. cit., p. 132.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 23-24.

¹² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 242.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Op. cit., p. 165.

Para Dworkin, o juiz Hércules ao lidar com casos difíceis (*hard cases*) não cria o direito discricionariamente, mas usa de princípios morais colhidos da história institucional da comunidade para encontrar uma única resposta correta.

Casos difíceis “são aqueles que, devidos razões diversas, não têm uma solução abstratamente prevista e pronta no ordenamento, que possa ser retirada de uma prateleira de produtos jurídicos”.¹⁴ Eles podem ter origem na ambiguidade da linguagem, nos desacordos morais razoáveis existentes nas sociedades modernas e hipercomplexas e nas colisões de normas constitucionais, sobretudo, principiológicas e de direitos fundamentais.

A única resposta correta consiste na afirmação de que mesmo não havendo uma regra clara disposta sobre o caso, pode haver um direito pré-estabelecido, cabendo ao juiz descobri-lo com base nos princípios jurídicos que, embora muito gerais e abstratos, exigem que o intérprete os densifique, atentando especialmente para as decisões anteriores, que espelham a história institucional.

As decisões anteriores exercem sobre Hércules uma força gravitacional que o impele a levá-las em consideração a cada nova decisão, restringindo desse modo seu juízo subjetivo e sua discricionariedade, devendo estar sempre atento para não cair na mera repetição cega e acrítica do passado.

Na sua empreitada contra a discricionariedade judicial, no sentido forte, Dworkin abriu caminho para o fim de outra discricionariedade, a administrativa, até mesmo no sentido fraco por ele mencionado.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Binenbojm¹⁵ relata que a discricionariedade tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI e XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*). Era a época do Estado policial, onde o monarca era o estado e o governo se confundia integralmente com a administração pública.

Com o advento do Estado de Direito a ideia original de discricionariedade passou a ser questionada, pois vista como sinônimo de arbitrariedade monárquica não condizente com limites jurídicos à atividade estatal que deve se pautar nos estritos limites da lei.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Op. cit., p. 348.

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 195.

Foi o período em que se acreditou na onipotência da razão reta e universal, capaz de tudo desvendar e, inclusive, criar leis gerais e abstratas capazes de condensar a própria ideia de justiça, além de legítimas por serem expressão da vontade geral.¹⁶

No entanto, mesmo mudanças bruscas de regime não reconstróem tudo do zero,¹⁷ por isso a discricionariedade conseguiu sobreviver reconstruída em novos parâmetros, sob a noção de poder da administração de agir nos espaços livres deixados pela lei, ou seja, estabelece-se uma vinculação negativa para a administração, na qual ela pode fazer tudo aquilo que a lei prevê, bem como aquilo que a lei não proibir.

Com a Revolução Industrial se promoveu uma acentuada concentração de capital, agigantando-se a desigualdade entre aqueles que o detinham e as classes proletárias. Nisso o Estado legislativo começa a ruir e o encantamento pelas leis se perde, pois não solucionam as crescentes disputas entre o capital e o trabalho, ganhando cada vez mais proeminência o Poder Executivo, porquanto esse exerce a função administrativa e sua importância é diretamente proporcional à necessidade de implementar políticas públicas, inexistentes no modelo de Estado Liberal.

Para Cappeletti,¹⁸

tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, frequentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente ‘atribuídos’.

A ilusão exegética de que a subsunção com a mecânica reprodução do sentido literal de um texto previamente conhecido seria suficiente para preservar a segurança e a certeza não se sustentou. Não somente os juízes, mas também os funcionários estatais, foram chamados a valorar situações concretas e passam a usufruir de discricionariedade exatamente porque não é possível predeterminações absolutas.

Nesse momento a doutrina da vinculação negativa é sentenciada à morte em razão do aumento absurdo de atos infralegais não vinculados à lei, resultado do poder discricioná-

¹⁶ A doutrina francesa nessa época se centrou na análise do Código Civil Francês de 1804 (conhecido como Código de Napoleão), expressão máxima do racionalismo, criando a Escola da Exegese e tendo como pensamento filosófico o positivismo exegético, no qual o raciocínio jurídico era reduzido a um esquema silogístico formal de subsunção que reduzia a atividade judicial a um raciocínio lógico-dedutivo, daí a figura do juiz “boca da lei”.

¹⁷ De acordo com Gordilho, “*el cambio institucional no se produjo de un día para outro y em todos los aspectos, ni está todavía terminado: no solamente quedan etapas por cumplir em el lento abandono de los principios de las monarquias absolutas u otros autoritarismos, sino que existen frecuentes retrocesos em el mundo em general*” (GORDILHO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Macchi, 1995. p. 2-5).

¹⁸ CAPPELETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Op. cit., p. 39-41.

rio da administração, a qual teve que desenvolver funções sociais incorporadas pelo estado, partindo-se, então para a doutrina da vinculação positiva, segundo a qual a administração pública somente pode fazer o que a lei determinar.

Entretanto, o Estado Social que surgiu para atender, ao menos em tese, as necessidades de uma nova classe social emergente que clamava por prestações materiais, redução das desigualdades e justiça, não consegue corrigir as injustiças promovidas pelo Estado Liberal e ingressa em decadência entre as décadas de 60 e 70, impulsionada pelos sucessivos colapsos econômicos, pelo custo da máquina estatal e da política assistencialista.

O Estado Democrático de Direito que se funda na soberania popular emerge dessa crise na tentativa de amoldar o Estado de Direito ao Estado Social, não se restringindo a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência, mas institucionalizando a participação popular em uma perspectiva voltada à transformação do *status quo* que consiga promover uma nova realidade.

Nesse novo paradigma estatal é que se apresenta a discricionariedade administrativa como um instituto jurídico necessário para “formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade”.¹⁹

Para Engisch,²⁰ o “autêntico poder discricionário é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém”, não apenas porque não se possa excluir a insegurança por mais minúcias a que desçam as regras, mas também porque em determinadas situações o ponto de vista de alguém responsável por suas obrigações pode apresentar a melhor solução.

Entende-se por discricionariedade, segundo a visão de Meirelles,²¹ “o Poder discricionário que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”.²²

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 241.

²⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 222.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed., atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 139.

²² Juarez de Freitas relaciona-a com o direito fundamental à boa administração, propondo uma reconceituação do termo, no sentido de entendê-la como dever de avaliar e eleger, concretamente as melhores consequências diretas e indiretas para as políticas públicas, observando as prioridades constitucionais, no uso pertinente e eficaz dos recursos disponíveis (FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC – NOMOS*, v. 35, n. 1, p. 195-217, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 9 ago. 2019).

A professora Germana de Oliveira Moraes apresenta um sumário das definições de discricionariedade, onde existe o critério formal ou negativo (margem de livre decisão não regulada ou parcialmente regulada pelo Direito atribuída pela norma à Administração ou como a possibilidade de escolha entre várias soluções jurídicas); o critério material ou positivo (ponderação valorativa do interesse público no caso concreto); e, o critério eclético por ela adotado (complemento da previsão aberta da norma, margem de livre decisão e a ponderação valorativa dos interesses concorrentes).²³

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, discricionariedade “é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, ela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”.²⁴

No uso de competência discricionária o legislador confere ao gestor uma certa margem de liberdade para agir com o intuito de que possa adotar a melhor providência possível diante do caso concreto, mediante critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, por isso é necessário ressaltar que ela não resulta da ausência de lei, mas de liberdade dentro da lei.

As razões para existência da discricionariedade administrativa são práticas e jurídicas. Do ponto de vista prático a realidade da vida complexa e multifacetada torna impossível que o legislador preveja e regule hermeticamente todas as situações possíveis e isso já era previsto por John Locke quando dizia, ainda no Século XVIII, que “onde quer que os poderes legislativo e executivo estejam em mãos distintas (como ocorre em todas as monarquias modernas e nos governos bem constituídos), o bem da sociedade exige que diversas questões sejam deixadas à discricção daquele que detenha o poder executivo”.²⁵

Em vista à impossibilidade de o legislador prever abstratamente a solução mais adequada para todos os casos, ele permite que o executor de sua obra avalie concretamente a situação e adote a conduta que melhor cumprirá as finalidades legais.

²³ “Discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: [...]” (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 37-48).

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48.

²⁵ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Qual seria o resultado se o legislador sempre vinculasse o gestor em todas as situações, questiona Celso Antônio Bandeira de Mello:²⁶ “Dada a multiplicidade e a variedade das situações fáticas possíveis, quando a regra de direito tipificasse uma delas em termos objetivos, teria manietado o administrador, ao prefigurar como obrigatória, perante aquela situação tipificada em termos incontrovertíveis, uma dada e única providência que, eventualmente, seria inconveniente para os próprios interesses públicos que a norma pretendeu satisfazer.”²⁷

As razões de cunho jurídico poder ser encontradas na dinâmica jurídica de Kelsen²⁸ e sua pirâmide normativa, o qual elimina a diferença entre interpretação e discricionariedade, pois toda interpretação é um ato de escolha entre várias opções igualmente válidas contidas na moldura normativa.

Para Kelsen o fundamento de validade de uma norma jurídica é encontrado em uma norma superior que regula sua produção e determina não somente o processo de formação da norma inferior, mas também, eventualmente, seu conteúdo. Entretanto, essa determinação nunca é completa, “ficando uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.²⁹

O exemplo dado pelo próprio Kelsen ilustra bem seu pensamento. “Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.”³⁰

A separação de poderes montesquiana aparece como outra razão jurídica para a discricionariedade, escreve Queiró,³¹ haja vista que as normas legais devem ter um limite

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. Op. cit., p. 34.

²⁷ Ilustrativo dessa inconveniência e de como a discricionariedade é necessária foi a polêmica em torno do critério econômico para concessão do benefício de prestação continuada – BPC. A Lei n. 8.742/1993 vinculou a Administração de modo que somente concedesse esse benefício ao incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa, cuja família tivesse renda mensal **per capita** inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo (§ 3º do art. 20). Ao determinar objetivamente os pressupostos de fato para concessão do BPC, o legislador ordinário relegou ao desamparo milhões de necessitados que, muito embora, não satisfizessem abstratamente o critério puramente econômico, eram insofismavelmente miseráveis que necessitavam do auxílio estatal, muitas vezes mais do que outros que se enquadravam na moldura normativa.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 246.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 246.

³¹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 57, out. 1946. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v6.1946.9571>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571>. Acesso em: 6 ago. 2019.

para a individualização que não pode ser ultrapassado, sob pena de perderem sua abstração e o legislador sacrificar sua qualidade com tal.

A primeira norma brasileira a versar sobre discricionariedade foi a Lei n. 221, de 20 de janeiro de 1894, que em seu art. 13, § 9º, alínea “a”, reza que a “autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade”.

Assevera-se que discricionariedade não se deve confundir com interpretação, pois essa precede àquela na atividade de revelar sentido ao texto normativo, algo diferente das escolhas predeterminadas pelo próprio legislador e que dão ensejo ao uso da discricionariedade. Na interpretação se extrai a norma jurídica contida no enunciado normativo para na sequência se aferir se há margens de escolha à autoridade pública.

Nessa senda, em face da introdução dos princípios nas constituições e com o reconhecimento de sua força normativa a própria administração pública passou a ser enquadrada por princípios como o da impessoalidade, moralidade, eficiência, sujeitando-se à nova hermenêutica que veio para lidar com a imprecisão e indeterminação semântica características dessa tipologia de normas.

Resultado disso é que hoje o direito público vive um ambiente de “geleia geral”³² em virtude de tantos excessos e distorções hermenêuticas comprometedoras da governabilidade, somada à crítica de grande parte da doutrina administrativa que entende ser retrógrado ou positivista demais falar em discricionariedade administrativa ou defender a existência de uma reserva da administração.³³

³² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 205.

³³ Engraçado que quando se trata do Judiciário invadir a competência do Executivo, o ministro Celso de Mello parece desconhecer a existência de (mais) um “princípio constitucional”, o da reserva de administração, conforme se observa no ARE 639337 AgR/SP, comentado na nota de rodapé n. 47, *infra*. Contudo, ao julgar casos em que não está em jogo a autopreservação da esfera de poder do Judiciário, o eminente ministro defende eloquentemente a separação de poderes com base no referido princípio, como se observa no EDRE 427.574-MG: “O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. [...] Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgredindo o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário n. 427574* – Minas Gerais. 2ª Turma. Embargante: Câmara Municipal de Belo Horizonte. Embargado: Município de Belo Horizonte. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília. Julgado em 13 de dez. de 2011. Diário da Justiça Eletrônico de 13 de fev. de 2012).

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E O FIM DA DISCRICIONARIEDADE

Com o passar dos anos houve uma invasão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário e várias teorias deram suporte a isso, como a teoria do desvio de poder,³⁴ a teoria dos motivos determinantes,³⁵ a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados³⁶ e a constitucionalização dos princípios,³⁷ com o advento do pós-positivismo.

O pós-positivismo pode ser apresentado como um movimento jus-filosófico que surgiu após a segunda guerra mundial em razão das barbáries cometidas pelos nazistas, os quais procuraram justificar suas atrocidades com a alegação de que apenas cumpriam leis.

Daí, seguiu-se a necessidade de humanizar essas leis, incorporando nelas valores que conduzissem à percepção de que a pessoa humana, bem como a sua dignidade, deve estar no centro das preocupações do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o pós-positivismo³⁸ se apresenta como uma terceira via intermediária entre o jusnaturalismo e o positivismo, que buscar reaproximar o direito da moral, introduzindo os valores na interpretação jurídica; reconhecendo que princípios são normas

³⁴ O desvio de poder ocorre quando o ato praticado não visa a finalidade legal, se desviando do alvo. Nasceu na França com a decisão do Conselho de Estado de 25 de fevereiro de 1864, confirmada em 7 de junho de 1865, no caso *Lesbats*, em que se anulou ato do Prefeito de Fontainebleau que, no uso do poder de polícia, negara autorização a um cidadão para o ingresso de viaturas no pátio da estação da estrada de ferro, pois sua intenção era beneficiar outro transportador, ao invés de prover o atendimento satisfatório dos usuários, como deveria ser (TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 117, p. 5, nov. 1974. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40110>. Acesso em: 24 jul. 2019).

³⁵ Essa teoria vincula o administrador ao motivo declarado, ou seja, a validade do ato administrativo depende da validade dos motivos apresentados. Por ela se predica que se o agente enunciar os motivos para a prática de determinado ato, ainda que não haja obrigação legal expressa para isso, o ato só será válido se a situação declarada for verídica.

³⁶ A celeuma entorno da relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa data de meados do século XIX, quando Edmund Bernatzik, em 1886, defendeu a Teoria da Multivalência ou Duplicidade que dizia existir na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados a possibilidade de várias interpretações discricionárias; e, Friedrich Tezner que, em 1888, advogou a Teoria da Unicidade, na qual os conceitos jurídicos indeterminados somente apontam para uma solução correta, a qual deve ser encontrada por meio da interpretação adequada.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 297.

³⁸ Importante assinalar que neoconstitucionalismo e pós-positivismo representam realidades distintas, muito embora tenham pontos de contato. O primeiro termo é atribuído a Susanna Pozzolo que o utilizou pioneiramente em 1997 no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, realizado em Buenos Aires. Segundo Pozzolo: “*Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse ao derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino*” (POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, v. 2, n. 21, 1998. p. 339).

ontologicamente diferentes das regras; reabilitando a razão prática e a argumentação jurídica; formando uma nova hermenêutica, especialmente para interpretar a constituição; e desenvolvendo uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.³⁹

No bojo dessas transformações, a entronização de princípios nas constituições alcançou os domínios do direito administrativo, passando o controle a ser realizado em confronto com a economicidade, a moralidade, a eficiência, a proporcionalidade, dentre tantos outros, fazendo emergir a noção de vinculação à juridicidade em substituição à legalidade estrita,

Segundo a professora Germana de Oliveira Moraes,

a constitucionalização desses princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do Direito gerou para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle de seus aspectos vinculados, à luz do princípio da legalidade, também aspectos não vinculados desses atos, em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública [...].⁴⁰

Di Pietro⁴¹ ressalta que com a constitucionalização dos princípios o conceito de legalidade foi ampliado, passando a abranger além dos atos normativos, valores e princípios (explícitos e implícitos) constitucionais, causando uma sensível redução do mérito administrativo, pois aquilo que antes era visto como insuscetível de controle judicial, agora se insere na legalidade.

A mudança, continua Di Pietro,⁴² é que antes o juiz não se preocupava com os limites da discricionariedade, mas hoje ele averigua se entre as diferentes opções válidas o gestor adotou uma delas e não extrapolou a razoabilidade, a proporcionalidade ou desviou-se da finalidade legal.

No entanto, o que se tem observado é um uso abusivo dos princípios pelo Judiciário, que os tem utilizado para justificar qualquer decisão em qualquer circunstância, como se fossem varinhas de condão capazes de transformar, em um passe de mágica, a dura desigualdade brasileira em um jardim do Éden, com mero apelo retórico a princípios como o da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Op. cit., p. 520.

⁴⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. Op. cit., p. 37-48, p. 112.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 297.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 297-298.

Como bem articula Carlos Ari Sundfeld,⁴³ “a ordem jurídica ampliou-se gigantesca-mente, e passou a distribuir direitos de modo indeterminado e aberto. Ela não se limita, como em algum passado, a atribuir e proteger direitos específicos; passou a conferir, a grupos e pessoas, direitos em construção. Parte importante da ordem jurídica atual se dirige ao legislador e ao administrador público e tenta antecipar seu trabalho na construção de direitos – por meio de normas iniciais, de princípios”.

As arbitrariedades começam logo no batismo, pois todo doutrinador que dá vida a um princípio, gestado de alguma palavra com mais de uma acepção no vernáculo, se sente no direito de escolher o nome do recém-nascido. Com isso, mais um membro é registrado na numerosa família dos princípios e estará apto para solucionar inúmeros casos concretos, bastando referenciar a sua alcunha.

Marcelo Neves alerta para a panaceia que se criou com a invocação de princípios: “Por um lado, a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e ‘completas’, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas.”⁴⁴

O fetichismo pelos princípios é visto como algo bom e respeitar a lei se tornou ultrapassado. Com isso o juiz acaba tomando conta de um poder que não lhe foi dado e suas convicções pessoais findam por prevalecer em detrimento da discricionariedade conferida pela lei ao gestor.

Os princípios, em função de sua linguagem aberta, têm sido utilizados equivocadamente para manipular decisões de acordo com a necessidade ou interesses de cada caso concreto. A febre principiológica, além de banalizar e vulnerabilizar a força dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, tem servido para substituir o gestor pelo juiz.

Lênio Streck ao tratar da discricionariedade judicial esclarece que “se trata, sim, de discutir – ou, na verdade, pôr em xeque – o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição”.⁴⁵

O princípio da dignidade humana, que pode estar em vários lugares ao mesmo tempo, ainda que antagonicos, acolhe também os direitos fundamentais de segunda geração, tais como saúde, educação, moradia, lazer e previdência social, sendo que a aceitação de

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. op. cit., p. 217.

⁴⁴ NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, out. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁴⁵ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*: Op. cit., p. 49.

que esses direitos previstos constitucionalmente têm eficácia imediata,⁴⁶ devendo ser garantido pelos juízes em casos concretos, tem feito com que as escolhas administrativas sejam tomadas pelo Judiciário.⁴⁷

Mas competindo ao Poder Executivo, encarregado da função de administrar, a tarefa de realizar escolhas trágicas, diante da impossibilidade de atender plenamente todas as prestações sociais, não caberia ao Judiciário tomar-lhe o lugar, como se a única decisão correta somente pudesse ser encontrada pelo juiz, estigmatizando os gestores como incapazes, incompetentes ou corruptos.

5 O GESTOR HÉRCULES E A ÚNICA DECISÃO CORRETA

Como grande parte dos princípios tem fundamento na própria Constituição, uma das consequências de sua introdução nos textos constitucionais foi a ampliação do controle externo sobre a gestão, fazendo com que os agentes públicos tenham medo de decidir e preferiram soluções cartesianas, diante de tantos riscos e condicionantes aos quais estão sujeitos.

Com o agigantamento do Poder Judiciário, imiscuindo-se sobre searas de competência dos outros Poderes com esteio na febre principiológica que avançou sobre todos os

⁴⁶ Gomes Canotilho critica a leitura enviesada feita no § 1º do art. 5º da Constituição brasileira ao proclamar a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais: “O problema está não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata, mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*. É o que acontece, a nosso ver, com a crítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no artigo 5º, LXXVII, 1º, da Constituição brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. XVI).

⁴⁷ Cite-se como exemplo a decisão proferida no ARE 639337 AgR/SP, da lavra do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello: “EMENTA: criança de até cinco anos de idade – atendimento em creche e em pré-escola – sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida – legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público – doutrina – jurisprudência – obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças – educação infantil – direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf. art. 208, iv, na redação dada pela EC n. 53/2006) – compreensão global do direito constitucional à educação – dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (cf. art. 211, § 2º) – legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição – inoocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes – proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” – reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática – questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário – princípio “*jura novit curia*” – invocação em sede de apelo extremo - impossibilidade – recurso de agravo improvido. Políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996-6* – São Paulo. 2ª Turma. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. Diário da Justiça Eletrônico n. 177. Divulgação em: 14 set. 2011. Publicação: 15 set. 2011).

campos do direito, está havendo uma certa paralisa da máquina administrativa por conta da retração do gestor público que passou a ter medo de usar da discricionariedade conferida a ele por lei.

A política do medo finca raízes cada vez mais profundas no solo da administração pública, transformando os gestores em meros robôs aplicadores da lei, quando não se omitem para protegerem seu nome e seu patrimônio, perante a possibilidade de tomarem decisões de boa-fé e mesmo assim virem a ser condenados ao pagamento de multas, dentre outras sanções.

Cada vez mais acuado o gestor público se vê reduzido a um objeto de direito, tal qual uma cadeira, pois tolheram-lhe a liberdade criativa. Seu papel é cumprir, ainda que não sejam a melhor opção, recomendações da controladoria, do ministério público, as decisões do judiciário e do tribunal de contas, pois a inobservância, ainda que de meras recomendações, será punida gravemente com processos administrativos disciplinares, sanções de improbidade administrativa e condenações pesadas.

O exercício da competência discricionária então passou a configurar *hards cases* em face de tantos fatores que devem ser levados em conta pelo agente público – proporcionalidade em suas três vertentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), melhor interesse público, reserva do possível, prevaricação, desvio de finalidade, abuso de poder, improbidade, consequências práticas da decisão⁴⁸ - estando sempre sujeito a que um juiz, com base em algum princípio abstrato condene seu agir e lhe impute uma multa a ser paga com a remuneração auferida pelo exercício do cargo, tirando do próprio sustento e de sua família.

Com isso, cada vez mais se impõe que a administração pública seja gerida por seres dotados de poderes sobrenaturais, os quais sejam capazes de encontrar a única solução correta ou não, pois, como o próprio Dworkin assevera, a tese da única solução correta também é uma metáfora, mas pelo menos encontrar a decisão que agrade ao juiz e consiga satisfazer sua discricionariedade. Em suma: é necessário que Hércules peça exoneração do cargo de juiz e que tome posse como gestor público em algum ministério.

Somente Hércules com sua capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas conseguirá desenvolver teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e o “carnaval” de princípios jurídicos requerem, reduzindo a zero a discricionariedade administrativa em face do seu poder de encontrar a única resposta correta.

⁴⁸ Conferir o novo art. 20 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL. *Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 19 jul. 2019.

O gestor Hércules não deixará que sua vontade subjetiva influencie no processo decisório e adotará soluções válidas somente com base em tudo que se apurou no procedimento, ou seja, suas conclusões levam sempre a um resultado que, ao fim e ao cabo, seria vinculado, pois não qualquer outra melhor alternativa.

Hércules sabe que os recursos são finitos e as necessidades infinitas, mesmo assim conseguirá suprir todas as demandas por direitos sociais, pois como ele é dotado de astúcia e sagacidade divinas terá sabedoria contábil suficiente para elaborar uma peça orçamentária que atenda a reserva do possível e do impossível.

Ademais, Hércules, diferentemente de seus pares, não tem medo do controle jurisdicional (nem do Ministério Público, é até bem entrosado com seus procuradores), pois ele enfrenta os fatos à luz de todos os princípios, gerais do direito e constitucionais, explícitos ou implícitos, bem como daqueles que porventura vierem a ser criados após sua escolha. Ele sabe que sua discricionariedade sempre acerta em cheio no alvo.

O multicitado herói desce à fundo em cada questão posta a sua análise, avaliando previamente as consequências de suas escolhas, com base em uma prognose infalível que não deixa margem para qualquer questionamento acerca proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, efetividade, eficácia, economicidade, moralidade, enfim, juridicidade de suas decisões, democráticas, diga-se de passagem, pois Hércules sempre está atento ao que dizem as ruas, ou melhor, aos consensos, aos paradigmas e às compreensões que os membros da comunidade política partilham.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo moderno tem gerado excessos por parte do Poder Judiciário, muitos com amparo nas ideias de Canotilho e sua constituição dirigente que impõe e direciona totalmente a ação dos agentes públicos.

Contudo, atualmente essas ideias foram abandonadas pelo seu próprio mentor, o qual reconhece a falência dos códigos dirigentes que se arrogam “o papel de alavanca de Arquimedes” com força para transformar o mundo, sem perceber que existem outros mundos.⁴⁹

Esse é um tema muito melindroso também por outro viés. Qualquer um que se ponha a criticar os princípios constitucionais e defenda a discricionariedade administrativa será visto como “advogado do diabo”, alguém que compactua com a arbitrariedade, com o desvio de finalidade, com o patrimonialismo, o nepotismo, o clientelismo, o fisiologismo, o mandonismo, dentre outros quejandos.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Op. cit., p. XI.

O fato é que de Kelsen a Dworkin, ou seja, do positivismo normativo para o pós-positivismo, a discricionariedade administrativa se retraiu, enquanto a judicial se expandiu, com a substituição do administrador público pelo juiz no exercício de sua atividade-fim.

O controle judicial tem produzido corpos dóceis⁵⁰ e provocado o “apagão das canetas”. Até atos puramente administrativos, que outrora, seria inimaginável a intromissão judicial, hoje são questionados em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no do art. 5º, XXXV da Constituição,⁵¹ também chamado de princípio do direito de ação, por meio do qual tudo pode ser levado à apreciação judicial, mitigando o princípio da separação dos poderes.⁵²

Decorrência disso, anota Emerson Gabardo,⁵³ é que o “princípio da legalidade, que sempre foi tomado como fundamento da idéia (*sic*) típica de Estado de Direito, vem sendo contestado como critério de identificação do Direito válido. A justiça está deixando de ser um ideal consensual”.

Esquecem-se que o fim vincula o administrador e o fim do ato a ser dado é dado sempre por uma norma que precisa ser interpretada e quem primeiro aplica a norma e por consequência a interpreta é o administrador, daí que a distinção entre discricionariedade administrativa e judicial não é tão pacífica como se pode imaginar. Ademais, essa interpretação

⁵⁰ A expressão é de Michel Foucault ao narrar que o poder antes era personificado na figura do soberano, mas com a modernidade ele se dissemina nas instituições sob a forma de disciplina, docilizando lenta e paulatinamente os seres humanos até que tudo pareça estar como sempre esteve: normal. “É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 163).

⁵¹ Notório desse fato são as nomeações de ministros de estado, típico ato político-discricionário do presidente da República, que têm sido impedidos pelo Supremo Tribunal Federal, como ocorreu com o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e de Moreira Franco, que nomeados pelos ex-presidentes Dilma Rousseff e Michel Temer, respectivamente, tiveram suas nomeação obstadas por liminares.

⁵² Desde Rui Barbosa que se conhece (Habeas Corpus 300, impetrado por Ruy Barbosa em 1892 em defesa do almirante Eduardo Wandenkolk), entre nós, a *political question doctrine* do Estados Unidos, a qual compartilha do mesmo berço do controle de constitucionalidade das normas, proferidas na célebre decisão do *Chief* de Justiça John Marshall (Marbury x Madison) de 1803. Por essa doutrina certas matérias são de cunho político e discricionário do Poder Executivo e não pode o Judiciário nelas se imiscuir. Com a judicialização da política, fenômeno mundial, mas que entre nós tem se destacado com maior vigor) essa doutrina tem sofrido sérios abalos à ponto de praticamente inexistir seara imune à competência judicial. Na França são denominados atos de governo para fazer referência a autolimitação que o próprio Conselho de Estado se impôs em apreciar atos do Executivo. A decisão pioneira ocorreu em 1822, quando o baqueiro Laffitte resolveu cobrar do governo o valor aproximado de 670.000 (seiscentos e setenta mil) francos referente a uma verba não paga pela Princesa Borghese. Na decisão o Conselho de Estado assentou: “*Considérant que la réclamation du sieur B. tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement*”. FRANÇA. *Revue générale du droit*. Conseil d’Etat, ORD, 1 mai 1822, Laffitte, requête número 5363, Rec. 1821-1825 p. 202. Disponível em: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-ord-1-mai-1822-laffitte-requete-numero-5363-rec-1821-1825-p-202/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

⁵³ GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal*. 2009. 409p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 3.

pode sempre deixar afinal de contas um resto teoricamente ininterpretável tanto para um como para o outro.⁵⁴

O próprio Kelsen, citado por Queiró, escreve que “para a construção jurídica não constitui qualquer diferença relevante saber se o poder discricionário compete a um órgão jurisdicional ou a um órgão administrativo. Em ambas as formas do executivo o poder discricionário é o mesmo; são possíveis todas as espécies de poder discricionário”.⁵⁵

Então a afirmação peremptória de Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵⁶ citando Gonçalves Pereira, de que “[...] Reduzir a discricionariedade à simples formulação de um juízo é afinal negar o próprio poder discricionário, reconduzir todo o poder à vinculação e pôr-se em contradição manifesta com o Direito Positivo” é muito atual.

Acuado, o gestor público se esconde e tem medo de usar o pouco de discricionariedade conferida pela lei que ainda não foi restringida à zero pela miríade de princípios que lhe cercam. Seu número de CPF⁵⁷ está sob vigilância constante e ele precisa protegê-lo, por isso os bons profissionais estão fugindo do serviço público com receio de serem responsabilizados, mesmo agindo de boa-fé.

Urgentemente, Hércules precisa ser empossado para dignificar uma classe de servidores que está cada vez mais refém do medo e da insegurança jurídica, envoltos em uma crise de legitimidade democrática.

Em que pese todo o apelo retórico que a metáfora do juiz, e agora do gestor, Hércules possa ter, é necessário reconhecer que não existem deuses (nem demônios) que possam auxiliar na escolha da melhor ou da única decisão correta.

Tudo aquilo que deve e precisa ser feito está ao alcance de pessoas comuns, basta bom senso, humildade, respeito e diálogo constante entre os atores estatais e as instituições democráticas para que se consiga cumprir a árdua missão de promover a justiça, diminuir as desigualdades sociais, formar cidadãos e garantir o bem de todos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. Op. cit.

⁵⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. Op. cit., p. 47.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 988.

⁵⁷ Sigla para Cadastro de Pessoa Física.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996-6* – São Paulo. 2ª Turma. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. Diário da Justiça Eletrônico n. 177. Divulgação em: 14 set. 2011. Publicação: 15 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário n. 427574* – Minas Gerais. 2ª Turma. Embargante: Câmara Municipal de Belo Horizonte. Embargado: Município de Belo Horizonte. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília. Julgado em 13 de dez. de 2011. Diário da Justiça Eletrônico de 13 de fev. de 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonnel. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* – Isonomía, México, n. 16, abr. 2002. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140502182002000100089&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 2 ago. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA. *Revue générale du droit*. Conseil d'Etat, ORD, 1 mai 1822, Laffitte, requête numéro 5363, Rec. 1821-1825 p. 202. Disponível em: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-ord-1-mai-1822-laffitte-requete-numero-5363-rec-1821-1825-p-202/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC* – NOMOS, v. 35, n. 1, p. 195-217, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 9 ago. 2019.

GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal*. 2009. 409p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

GORDILHO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Macchi, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed., atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, out. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em: 21 ago. 2019.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, v. 2, n. 21, 1998.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 57, out. 1946. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v6.1946.9571>.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571>. Acesso em: 6 ago. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 117, p. 1-18, nov. 1974. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40110>. Acesso em: 24 jul. 2019.

● ● ● SEGUNDO LUGAR ● ● ●

O lobby como facilitador da decisão pública satisfatória

Gustavo Martinelli

Mestrando em Direito (PUCPR)
Membro do Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas e
Desenvolvimento Humano (PUCPR)
Advogado



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A racionalidade limitada dos agentes econômicos; 3 Lobby enquanto provedor e distribuidor de informações: a prática de lobby no contexto brasileiro; 4 Os limites do lobby e da colaboração com a escolha satisfatória; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Objetiva-se demonstrar como a presença de lobby lícito e regulado pode contribuir para escolhas políticas mais satisfatórias ao interesse público. Nesse sentido, conceitua-se lobby como a comunicação e a defesa de interesses de entes privados em face dos poderes públicos constituídos e legitimados para tomar decisões.¹ Este contato é vantajoso ao lobista na medida em que insere na agenda pública uma preocupação relativa ao interesse defendido. Igualmente, sustenta-se que esta aproximação interessa ao agente político, uma vez que os lobbies poderão fornecer uma elevada quantidade de informações anteriormente desconhecidas pelo decisor.

Tendo em vista que as partes envolvidas na relação estão sujeitas a falhas de comportamentos, incapazes de calcular todas as variáveis implicáveis e desprovidos das informações relevantes, é provável que más escolhas públicas sejam feitas. Nesse cenário, o primeiro tópico do artigo expõe a teoria da racionalidade limitada dos agentes econômicos desenvolvida por Herbert Simon, em oposição à ideia da racionalidade substantiva elaborada

¹ Trata-se de *lobby privado*, ou *lobby em sentido estrito*. Diversamente, ao trabalhar com a ideia de lobby em sentido amplo, Andréa Cristina de Oliveira identifica quatro espécies, classificando-os em lobby público, lobby classista, lobby institucional e, enfim, lobby privado, conforme os agentes ativos envolvidos. Nesse sentido: OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil*. 2004. 296p. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004.

pela teoria econômica ortodoxa. Defende-se que, sendo impossível ao agente econômico atingir o comportamento maximizador, espera-se que o decisor se aproxime da escolha satisfatória conforme recebe informações relevantes.

A segunda seção apresenta a atividade de lobby enquanto um procedimento de coleta e distribuição de informação aos tomadores de decisão, descrevendo-se sucintamente as principais estratégias adotadas no contexto brasileiro para influenciar as instituições em favor de determinados segmentos sociais. A moldura conceitual e metodológica desenhada exclui a consideração de comportamentos ilícitos, bem como se restringe à decisão no ambiente de defesa do interesse público.

Adiante, o terceiro capítulo estuda os limites e o impacto do lobby sobre a formação da decisão política. Discorre-se sobre outros fatores capazes de influenciar igualmente na tomada de decisão, tais como o perfil do decisor, o contexto socioeconômico em que a decisão é feita, bem como o tipo da decisão na agenda política. Em complemento, demonstra-se, através de um modelo estatístico, como o lobby pode servir para notificar o *policy maker* acerca da opinião popular sobre determinada decisão, contribuindo para fortalecer o liame entre o representante político e a base eleitoral.

Por fim, valendo-se de método dedutivo a partir de levantamento bibliográfico, conclui-se que a participação de lobbies no contexto da racionalidade limitada dos agentes econômicos contribui para aprimorar a qualidade das decisões tomadas e para desenhar alternativas mais satisfatórias para as questões objeto de decisão.

2 A RACIONALIDADE LIMITADA DOS AGENTES ECONÔMICOS

Um dos pilares da teoria econômica clássica é a noção de racionalidade ilimitada ou substantiva. Tal qualidade econômica presume a existência de indivíduos oniscientes, com capacidade irrestrita de fazer sempre a melhor escolha para maximizar a utilidade marginal de seus interesses. Sobretudo na microeconomia, cujo objeto central repousa no comportamento individual dos agentes econômicos, a racionalidade ilimitada foi internalizada como verdadeira matéria de princípio². Tradicionalmente, a economia procurou modelar matematicamente o comportamento dos agentes econômicos (empresas, investidores, consumidores e decisores públicos) através de pressupostos básicos e da generalização dos resultados,

² STEINGRABER, Ronivaldo; FERNANDEZ, Ramon Garcia. A racionalidade limitada de Herbert Simon na microeconomia. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, n. 34, p. 123-162, fev. 2013. p. 03.

assumindo um agente com comportamento padrão idealizado, sem falhas ou imperfeições, denominado “*homo economicus*”.^{3, 4}

Nesse sentido, a escolha da racionalidade substantiva seria aquela que preferisse mais a menos, escolhesse a mais alta taxa de retorno, minimizasse custos unitários e, por fim, buscasse a satisfação de seu próprio interesse, desconsiderando-se o bem-estar dos demais. Em uma palavra, a escolha ideal seria aquela que buscasse maximizar a utilidade marginal dentro das limitações orçamentárias ou de produção. Tal opção seria dada por uma informação perfeita, completa e adquirida sem custos.⁵ Em termos econômicos, portanto, o comportamento maximizador é condicionado pelo *homo economicus*.

O postulado da racionalidade passou a definir a chamada “economia ortodoxa”, na medida em que atua como hipótese básica ao modelo Arrow-Debreu de equilíbrio no sistema econômico. Segundo essa doutrina, se a economia se equilibra autonomamente, dispensando-se interferências exógenas ao mercado, é porque os agentes se comportam de modo a maximizar as suas vontades constantemente. Nesses moldes, a racionalidade substantiva é tomada como algo trivial, parte do conjunto de axiomas da ciência econômica.⁶

Ainda, da racionalidade ilimitada implica que todas as contingências futuras podem ser levantadas previamente e com segurança. A justificativa para a antecipação de eventos futuros leva em consideração duas condições de teoria econômica clássica: primeiro, assume-se que o sistema econômico é ergódico, ou seja, invariante, apesar de dinâmico, o que inviabiliza a existência de surpresas futuras; segundo, presume-se uma identidade entre o modelo apresentado acima e o mundo real, no qual “o suposto da racionalidade substantiva presta-se apenas à prova lógica, mas não empírica”.⁷

Na concretude da vida, contudo, os indivíduos não se comportam como o *homo economicus*. No mais das vezes, fazem escolhas ruins e contrárias a seus próprios interesses, derivadas de previsões falhas e parciais, quando não sustentadas puramente em desvios comportamentais intuitivos e automáticos, muito menos racionais do que a economia ortodoxa fazia crer.⁸

³ STEINGRABER, Ronivaldo; FERNANDEZ, Ramon Garcia. A racionalidade limitada de Herbert Simon na microeconomia. Op. cit., p. 03.

⁴ Nessa construção ideal, o homem econômico é aquele que pensa e decide infalivelmente bem, optando pela melhor escolha após ter acessado a completude das informações disponíveis, sopesado todas as alternativas viáveis e planejado todas as contingências futuras. É, portanto, um retrato de um sujeito capaz de “pensar como Albert Einstein, armazenar tanta memória quanto o Big Blue da IBM e ter a força de vontade de Mahatma Gandhi”, cf. THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa – aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 08.

⁵ BLAUG, Mark. *Metodologia e economia ou como os economistas explicam*. São Paulo: Edusp, 1999. p. 315.

⁶ STEINGRABER, Ronivaldo; FERNANDEZ, Ramon Garcia. A racionalidade limitada de Herbert Simon na microeconomia. Op. cit., p. 04.

⁷ MELO, Tatiana Massoroli; FUCIDJI, José Ricardo. Racionalidade limitada e tomada de decisão em sistemas complexos. *Revista de economia política*, v. 36, n. 3 (144), p. 622-645, jul./set. 2016. p. 624.

⁸ THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge*: Op. cit., p. 11.

Tendo isso em consideração, Herbert Simon introduziu, em 1957, o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos (*policy makers*). Para o economista de Chicago, a racionalidade dos agentes econômicos – notadamente dos decisores públicos – seria sempre limitada por problemas como informação incompleta ou imperfeita, urgência para a tomada de decisão, além de elementos biológicos, psicológicos e sociais alheios à preocupação econômica.⁹ O argumento basilar da racionalidade limitada, tal como proposto por Simon, foi sedimentado a partir da premissa de dinâmica do sistema econômico, advogando-se que não apenas os agentes econômicos agem de forma variável ao longo do tempo, mas também o próprio ambiente em que atuam se modifica. Assim, em oposição à ergodicidade da teoria ortodoxa, o sistema econômico seria lotado de incertezas, fragilizando a capacidade de predição dos eventos futuros.¹⁰

Além dessa incerteza relativa ao ambiente, Herbert Simon assume que os *decision makers* não possuem a capacidade de coletar e processar todas as informações relevantes para a tomada de decisão. Mesmo se se retirasse o axioma da incerteza, numa situação hipotética de perfeita informação, a limitação dos agentes para tratar o conjunto das informações frustra a busca de resultados maximizadores.¹¹

A teoria da racionalidade limitada, portanto, advoga por uma limitação quanto a possibilidade de compreensão objetiva do cenário econômico, dotado de incerteza e dinamicidade, bem como pela limitação cognitiva dos agentes econômicos, os quais não têm acesso a todas as informações disponíveis, tampouco são capazes de sopesar idealmente o conjunto de alternativas ofertadas para determinada escolha.

O impacto da crítica desenvolvida pela racionalidade limitada não está somente na desconstrução do homem econômico, mas no produto da tomada de decisão realizada. Inexistindo a possibilidade de escolher conforme o comportamento maximizador – o qual busca a máxima utilidade marginal – o decisor fará sempre uma “escolha satisfatória”, ou seja, uma aproximação satisfatória dos resultados. O termo originalmente utilizado por Herbert Simon para designar essa escolha é *satisfice*. O neologismo considera que o agente público, satisfaz alguns critérios da escolha ideal, mas sacrifica outros, na medida em que não tem sagacidade bastante para fazê-la. Desloca-se a ideia de maximização para o conceito de *satisfice*.¹²

⁹ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2016. p. 23-24.

¹⁰ MELO, Tatiana Massoroli; FUCIDJI, José Ricardo. Racionalidade limitada e tomada de decisão em sistemas complexos. Op. cit., p. 624.

¹¹ MELO, Tatiana Massoroli; FUCIDJI, José Ricardo. Op. cit., p. 629.

¹² OLIVEIRA, Kamila Pagel de Oliveira; DE PAULA, Ana Paula Paes. Herbert Simon e os limites do critério de eficiência na nova administração pública. *Cadernos de gestão pública e cidadania*, São Paulo, v. 19, n. 64, jan./jul., 2014. p. 118.

A esse agente econômico falível e limitado, convivente na facticidade de um ambiente extremamente incerto e dinâmico, e ainda provido de informações incompletas, imperfeitas e parciais, Herbert Simon chamou de homem administrativo (*administrative man*). Enquanto o homem econômico da teoria clássica *maximiza*, selecionando sempre a melhor alternativa entre todas disponíveis, o homem administrativo *contemporiza* – tradução de *satisfaces* na edição brasileira – optando por uma escolha satisfatória ou boa o suficiente. O homem econômico trabalha muito bem em um mundo infinitamente complexo. Já “o homem administrativo reconhece, contudo, que o mundo por ele percebido é apenas um modelo drasticamente simplificado do agitado e confuso mundo real”.¹³

Defende-se a inviabilidade do comportamento maximizador pela impossibilidade lógica do agente avaliar todas as alternativas disponíveis. Assim, o homem administrativo se resigna a eliminar as cogitações incalculáveis no momento da escolha e realiza a opção tomando em consideração apenas aqueles fatores que julga mais relevantes e fundamentais.¹⁴

Importa destacar, contudo, que a racionalidade limitada não se confunde com a irracionalidade absoluta, ou com atitudes econômicas aleatórias e desvairadas. Pelo contrário, o comportamento administrativo de Simon se coloca num espectro em que há intencionalidade de ação e escolha, bem como cálculos provisórios dos resultados esperados no momento da decisão. Diferencia-se da racionalidade substantiva na medida em que encontra fronteiras intransponíveis, mas permanece enquanto racionalidade relativa ao conjunto de informações fornecidas.

Nessa esteira, Simon descreve alguns mecanismos comportamentais, presentes nos seres humanos, que demonstram o modelo da racionalidade relativa. O primeiro deles é a capacidade de concentração dos indivíduos nos problemas que demandam atenção urgente.¹⁵ O segundo mecanismo é a potencialidade humana de produzir alternativas de ação, aprimorando ou modificando aquelas já existentes. O mais importante dos mecanismos, em terceiro lugar, é a capacidade humana de adquirir fatos e inferir a partir deles. A essa capacidade, Simon chama de escolha logicamente consistente: uma escolha será racional quando for consistente com as informações disponíveis no momento da tomada de decisão.¹⁶

O comportamento manterá sua característica racional apesar de uma ressalva necessária: a interpretação das informações disponíveis ao agente é dada a partir de critérios

¹³ SIMON, Herbert A. *Comportamento administrativo: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970. p. XXIV.

¹⁴ SIMON, Herbert A. *Comportamento administrativo*: Op. cit., p. XXV.

¹⁵ Thaler e Susteim criticam esse mecanismo ao apresentarem aquilo que denominam de *comportamento dinamicamente inconsistente*. “Podemos ver a inconsistência dinâmica em várias situações. Nas manhãs de sábado, as pessoas podem dizer que preferem fazer exercícios a assistir televisão, mas quando chega a tarde, elas estão no sofá, em casa, assistindo ao jogo de futebol” cf. THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge*: Op. cit., p. 44.

¹⁶ MELO, Tatiana Massoroli; FUCIDJI, José Ricardo. Racionalidade limitada e tomada de decisão em sistemas complexos. Op. cit., p. 625.

subjetivos, como os interesses particulares perseguidos e a percepção que o indivíduo tem acerca do ambiente em que está inserido. No entanto, como a percepção do cenário depende igualmente das informações ofertadas, “um conjunto de informações completamente deturpadas pode gerar um comportamento racional, desde que as ações de um grupo de indivíduos sejam amparadas por estas informações”.¹⁷ Nota-se que a qualidade dos dados ofertados importa tanto quanto a sua quantidade no momento da tomada de decisão.

Assim, o agente econômico ainda busca a escolha mais satisfatória do ponto de vista da utilidade subjetiva, porém, impossibilitado de eleger a alternativa objetivamente mais eficiente, opta pela alternativa *possivelmente* mais eficiente. Trata-se de uma eficiência relativa ao conteúdo da racionalidade.¹⁸

Percebe-se que a quantidade e a qualidade das informações utilizadas pelo agente econômico são fundamentais na escolha que potencialmente melhor atinja a utilidade satisfatória. O revés, porém, é que as informações são dispersas, onerosas e incorretas. Com efeito, em tempos das tecnologias da informação e comunicação (TICs), os dados deixam de ser escassos, mas a dispersão e o ruído informacional podem conduzir a uma incoerência na decisão. Se avaliar o conjunto de pesquisas já esbarra nas limitações do tomador de decisões, produzir novas informações é tarefa hercúlea. É possível, no entanto, delegar a tarefa para terceiros que não participam da escolha final, não obstante tenham interesse nela.

3 LOBBY ENQUANTO PROVEDOR E DISTRIBUIDOR DE INFORMAÇÕES: A PRÁTICA DE LOBBY NO CONTEXTO BRASILEIRO

A organização da sociedade civil para a persecução de vantagens específicas e reivindicação de interesses perante os poderes constituídos é prática legítima em uma democracia. Sobretudo no regime democrático contemporâneo, o exercício da soberania popular ultrapassa o sufrágio universal e coloca em crise o sistema representativo, exigindo-se a participação direta da população nas decisões políticas. Nesse cenário, o termo “democracia direta”, foi cunhado para designar a democracia real – não apenas formal – na qual os sujeitos e agremiações operantes na sociedade têm a potencialidade de falarem por si próprios.¹⁹

Não que o novo substitua necessariamente o velho. A formação de grupos de interesse pode ocorrer pela constituição de partidos políticos com ideais sólidos e reivindicações específicas, como de fato se passa desde a conquista do direito ativo de voto, mas também

¹⁷ MELO, Tatiana Massoroli; FUCIDJI, José Ricardo. Racionalidade limitada e tomada de decisão em sistemas complexos. Op. cit., p. 625.

¹⁸ OLIVEIRA, Kamila Pagel de Oliveira; DE PAULA, Ana Paula Paes. Herbert Simon e os limites do critério de eficiência na nova administração pública. Op. cit.

¹⁹ COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos*: lições de história da democracia. Curitiba: Editora UFPR, 2012. p. 300.

através de movimentos sociais, confederações sindicais e empresariais e associações civis com propósitos sociais. De fato, há uma pluralidade de formas e estratégias de mobilização social na defesa de interesses específicos.²⁰

Os representantes de grupos de interesse fornecem um importante caminho de comunicação entre o Estado e a sociedade civil, sendo muitas vezes responsáveis por levar demandas relevantes de determinado estrato social ao conhecimento das autoridades públicas. Ocupam, portanto, um papel de mediadores entre interesses privados e aqueles mais amplos da sociedade. Nesse sentido, os grupos de interesse possibilitam um exercício efetivo da cidadania na medida em que buscam a participação popular de maneira mais incisiva que a ação individual.²¹

Evidentemente, existem inúmeras formas de organização capazes de influenciar em maior ou menor grau a tomada de decisão e atingir a consecução de determinados fins. Apesar de não haver consenso nas definições, é ilustrativa a divisão entre (i) grupos de interesse, (ii) grupos de pressão, e (iii) lobby, classificados a partir da sofisticação dos elementos organizativos, embora sejam usualmente tratados como sinônimos.²²

Um grupo de interesse pode ser identificado pela associação de indivíduos com base em um ou mais interesses ou preocupações compartilhados e direcionados para influenciar políticas públicas a seu favor, ou apresentar resistências e reivindicações contra grupos opostos.²³ Em que pese seja uma definição bastante ampla, isso não significa que todo grupo social será um grupo de interesse, na medida que organizações sociais podem ter como vínculo características pessoais, mas não interesses específicos.²⁴

O grupo de interesse pode rapidamente se transformar em um grupo de pressão quando passar a adotar estratégias mais incisivas, investindo e instrumentalizando recursos de poder para determinada pretensão. Diferem-se dos grupos de interesse, portanto, pelo exercício de uma pressão instrumentalizada para alterar políticas públicas, inclusive a partir do financiamento desse interesse perante organismos públicos.²⁵ Grupos de pressão contribuem para um sistema político arejado e aberto visto que muitos atores passam a interagir entre si – por oposição ou convergência – instigando a variância e inconstância do poder no jogo político.

²⁰ GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Movimentos sociais e grupos de pressão: duas formas de ação coletiva. *Cenários da Comunicação*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 57-65, 2008. p. 61.

²¹ GREENWOOD, Justin; THOMAS, Clive S. Regulating lobbying in the western world. *Parliamentary affairs: a journal of representative politics*, v. 51, n. 4, p. 487-499, 1998. p. 491. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/68152>. Acesso em: 30 ago. 2019.

²² BLANCHET, Luiz Alberto; SANTANO, Ana Claudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 7, p. 49-72, 2016. p. 51.

²³ BERRY, Jeffrey M. *The interest group society*. Boston: Scott Foresman, 1989. p. 17.

²⁴ BLANCHET, Luiz Alberto; SANTANO, Ana Claudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. *Op. cit.*, p. 52.

²⁵ GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Movimentos sociais e grupos de pressão: *Op. cit.*, p. 61.

Por fim, o que diferencia o lobby das demais formas de influência seria a atividade de conectar diretamente os interesses organizados e os *policy makers*. Por mais que grupos de pressão invistam recursos para alterar políticas públicas, não estão, de fato, dentro do poder.²⁶ Por outro lado, tem-se um lobby a partir do momento em que a prática coletiva imprime influência direta na tomada de decisões governamentais. Em outras palavras, lobby (ou *lobbying*) é a atividade de grupos ou indivíduos na tentativa de influenciar as decisões tomadas nas esferas institucionais em prol de interesses específicos.²⁷

Para Eduardo Patri,²⁸ lobby é a atividade direcionada a influenciar a escolha política. Diferencia-se dos movimentos sociais pela abordagem institucional mais ativa, com o contato direto diante das instituições. Igualmente, separa-se do partido político por não participar, ele próprio, da tomada de decisão. Assim, vislumbra-se o lobby como forma de ação política importante na sociedade democrática, na medida em que identifica projetos políticos conflitantes e garante a tomada de decisão com maior grau de informação pelos agentes públicos. Trata-se, portanto, de uma visão inicial da presença de grupos de pressão, especificamente do lobby, como elemento enriquecedor das disputas políticas.

Departamentos de assuntos corporativos e lobistas não apenas garantem a manutenção permanente da representatividade do grupo no jogo político, como cuidam de seus interesses, antecipando problemas e detectando oportunidades que não teriam caso não houvesse uma relação direta com os tomadores de decisão. Em razão disso, lobistas muitas vezes fornecem auxílios importantes aos governos, apresentando ideias e iniciativas para problemas que o Estado e o setor interessado estejam enfrentando.²⁹ A colheita e oferta de informação ao agente político fica bastante clara quando se entende a prática efetiva da atividade.

Com efeito, o impacto e a influência de determinado lobby envolvem atividades de informação e comunicação. Em primeiro lugar, para identificar riscos e oportunidades lícitas, os lobistas costumam ter consigo um atento *monitoramento legislativo*. Toma-se em consideração todos os projetos e proposições em trâmite no Poder Legislativo, tanto em nível nacional quanto infranacional, destacando-se aqueles cujos interesses sejam convergentes ao grupo ali representado. A avaliação não se limita ao mérito dos atos normativos, mas se

²⁶ BLANCHET, Luiz Alberto; SANTANO, Ana Claudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. Op. cit., p. 53.

²⁷ MAICAN, Ovidiu-Horia. Legal regime of lobby activities: a comparative view. *Juridical Tribune*, v. 4, n. 2, p. 105-118, dez. 2014. p. 104.

²⁸ PATRI, Eduardo Carlos Ricardo da. Relações governamentais, lobby e *advocacy* no contexto de *public affairs*. *Revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas (Organicom)*, São Paulo, v. 8, n. 14, 2011. p. 141.

²⁹ OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. O *lobbying* institucional no Brasil: canal de comunicação entre Estado e sociedade civil? *Cenários da comunicação*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 57-64, 2007. p. 60.

investiga igualmente o *timing* da proposição, o andamento do processo legislativo, as propostas congêneres, bem como as emendas editadas sobre a proposta original.³⁰

Desde o momento inicial de elaboração legislativa, os lobistas se empenham na análise do impacto da proposta sobre os interesses representados. Para tanto, mobilizam-se especialistas temáticos de diversas ciências (juristas, economistas, engenheiros e biólogos, por exemplo), os quais serão responsáveis por apreciar o conteúdo da proposta de maneira técnica. O resultado desse estudo multifacetado geralmente é apresentado em pareceres, publicações e demais documentos, contribuindo para compreensão completa do decisor público.³¹ Referida estratégia, para além de amparar o interesse defendido pelos lobistas, possui uma utilidade geral dado que fomenta o debate público e técnico do projeto de lei, elevando a qualidade de informação disponível para a tomada de decisão satisfatória, nos termos propostos por Herbert Simon.

Quando o projeto de lei já se encontra redigido, a atividade de comunicação do lobby ao *policy maker* ocorre em outros momentos, não tanto através de publicações técnicas, mas diretamente, nas comissões ou no plenário, conforme o estágio do ato normativo no processo legislativo. Distribuída a proposição legislativa à comissão temática, os lobbies terão a oportunidade de participar de audiências públicas, seminários e reuniões de trabalho, de modo a interagir com os legisladores, elevar o debate e apresentar as demandas sociais. Como as comissões se baseiam nos pareceres dos relatores, estes se tornam alvos privilegiados dos lobistas antes dos demais membros da comissão.³²

Paralelamente, cria-se um *monitoramento político*, estruturado no mapeamento dos tomadores de decisão. Identificam-se os aliados dos interesses da empresa em determinados assuntos, as lideranças políticas mais atuantes no Congresso Nacional e quem ocupa os papéis-chave no governo.³³ Aqui há um criterioso cálculo de rede capaz de medir a influência entre diversos atores, reconhecendo e distinguindo aqueles que ocupam posições centrais, bem como os *clusters*, ou seja, agentes com alta incidência de ligações entre si, que aproximam e aceleram as trocas de informações, ainda que não sejam os protagonistas. Típico exemplo são os assessores de parlamentares.³⁴ Dito de outra forma, é realizado um cálculo considerando o (i) nível de centralidade e vizinhança dos *policy makers*, (ii) a capacidade de

³⁰ OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. O *lobbying* institucional no Brasil: Op. cit., p. 61.

³¹ MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andrea Cristina Oliveira. *Lobby e políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. p. 50-60.

³² MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andrea Cristina Oliveira. *Lobby e políticas públicas*. Op. cit., p. 55.

³³ OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. O *lobbying* institucional no Brasil: Op. cit., p. 61.

³⁴ CESÁRIO, Pablo Silva. Redes de influência no Congresso Nacional: como se articulam os principais grupos de interesse. *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, n. 59, p. 109-127, set. 2016. p. 110.

influência de determinado indivíduo ou agremiação e (iii) os custos agregados na mudança de opinião, em termos de compromisso político.³⁵

Os lobistas podem servir os tomadores de decisão com estudos e pesquisas refinados, capazes de auxiliar na escolha racional mais eficaz, ilustrando dados inacessíveis aos agentes políticos. As informações repassadas, ainda que obtidas com antecipação, não se confundem com informações privilegiadas, ilícitas e usualmente obtidas através de tráfico de influência. Nesse processo de reconhecimento de demandas e trocas de informações, cria-se a possibilidade de um debate qualificado sobre os impactos que os projetos, regulamentos ou políticas públicas podem exercer sobre determinados segmentos sociais.³⁶

Em que pese a associação de ideais entre lobistas e práticas desleais e prejudiciais à democracia, porque usualmente relacionados ao abuso de poder econômico, à corrupção e ao tráfico de influência, o lobby é a uma atividade lícita importante para congregação de múltiplos interesses e participação política popular efetiva. O estigma sobre a prática de lobby impediu um amplo e sério estudo acerca da temática no Brasil, sobretudo no Direito, o que não necessariamente se reflete na literatura estrangeira.³⁷

Com efeito, o elemento pernicioso ao regime democrático se manifesta quando há um desequilíbrio ou uma assimetria significativa de um grupo de interesse específico sobre as instituições políticas, proporcionando uma influência superior deste em relação aos demais. Nesse caso há uma captura dos órgãos de tomada de decisão por entes privados naquilo que pode ser chamado de “repatrimonialização”: a perda da impessoalidade das instituições estatais pelo apoderamento de determinadas elites.³⁸

Lobbies podem facilmente convencer agentes políticos porque obtêm informações relevantes através de pesquisas antecipadas, onerosas, mas com maior grau de precisão, especialmente quando os decisores desconhecem a temática e seus reflexos econômicos e sociais. As informações servidas aos parlamentares e administradores alteram radicalmente o sentido da decisão quando apresentadas no momento adequado, razão pela qual a presença de um grupo hegemônico como produtor da interlocução mina a autonomia burocrática e conduz a um resultado unilateral em favor dos objetivos de lobistas.³⁹

³⁵ BELO, Manoel Alexandre C. Grupos de pressão e influência política. *Verba Juris*, ano 2, n. 2, p. 155- 173, jan./dez. 2003. p. 168.

³⁶ OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. O *lobbying* institucional no Brasil: Op. cit., p. 62

³⁷ BLANCHET, Luiz Alberto; SANTANO, Ana Claudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. Op. cit., p. 55.

³⁸ FUKUYAMA, Francis. *Ordem e decadência política: da Revolução Industrial à globalização da democracia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2018. p. 476.

³⁹ FUKUYAMA, Francis. *Ordem e decadência política: Op. cit.*, p. 477.

Fundados no receio da captura das instituições políticas por interesses privados, muitos países ocidentais buscaram regular as atividades de lobby.⁴⁰ Em que pese a inércia legislativa quanto ao regulamento do lobby no Brasil,⁴¹ fato é que essa atividade é plenamente lícita e agasalhada pelo sistema constitucional contemporâneo, inclusive como potencializadora de comunicação entre a sociedade civil e o governo. Desde a Constituição de 1988, durante a Assembleia Constituinte, cerca de 383 grupos de interesse puderam ser identificados em atuação direta para ver suas reivindicações atendidas. A convocação da Assembleia Constituinte, assim, foi um importante marco para os avanços nas relações de grupos de interesse nas instituições.⁴²

Não apenas, Blanchet, Santano e Netto⁴³ esclarecem como as normas constitucionais positivadas dão pleno espaço para o agenciamento de lobby no Brasil, como promotor e difusor de interesses válidos que merecem ser levados em consideração na tomada de decisão política. A licitude do lobby se concentra sobretudo no título dos direitos fundamentais do texto constitucional. A liberdade de expressão (art. 5º, IV, CRFB) e de comunicação (art. 5º, IX, CRFB), quando pensadas em conjunto ao direito de petição aos poderes públicos (art. 5º, XXXIV, CRFB) garantem a defesa de interesses de grupos ou indivíduos, bem como resguardam suas pretensões. Também a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, XVII, CRFB) e o direito do acesso à informação pública (art. 5º, XXXIII, CRFB) são fundamentações amplas para o lobby.

Por outro lado, os deveres de transparência e publicidade na Administração Pública, inerentes ao princípio republicano, obrigam a prestação de informações dos órgãos públicos. No Estado em que o povo é o legítimo detentor do poder político, as instituições têm o dever de prestar contas de seus atos.⁴⁴ Assim, tanto os princípios gerais da Administração Pública (art. 37, *caput*, CRFB) quanto o direito fundamental à informação pública (art. 5º, XXXIII, CRFB) constroem o Estado a se reportar com transparência à sociedade civil – exceto nos

⁴⁰ Em que pese a onda de regramento tenha surgido ao final do século XX, o caso estadunidense inaugura a preocupação de modo específico ainda em 1946, através do *Lobbying Act*, passando por diversas alterações posteriores. A legislação tem como pressuposto jurídico a concretização de direitos fundamentais positivados na 1ª Emenda da Constituição Estadunidense, particularmente no que diz respeito à liberdade de expressão e ao direito de petição aos representantes do povo. Cf. THOMAS, Clive S. Interest group regulation across the United States: rationale, development and consequences. *Parliamentary affairs: a journal of representative politics*, v. 51, n. 4, p. 500-515, 1998. p. 503. Disponível em: http://www.fgu-nickolaus.narod.ru/3/TGU/Interest_Group_Regulation_Across_the_United_States.pdf. Acesso em: 3 out. 2018.

⁴¹ Em agosto de 2019, encontram-se em tramitação no Congresso Nacional os seguintes projetos de lei acerca da regulamentação do lobby: PL 1202/07, PL 11025/18, PL 6131/90, PRC 176/16, PLS 203/89, PLS 336/15, PEC 47/16.

⁴² GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Movimentos sociais e grupos de pressão: Op. cit., p. 62.

⁴³ BLANCHET, Luiz Alberto; SANTANO, Ana Claudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. Op. cit., p. 60.

⁴⁴ GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea. In: GABARDO, Emerson; AFFORNALLI, Maria Cecília N. Munhoz (Coords.). *Direito, informação e cultura*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 149-171.

casos em que o interesse público motivar o sigilo –, inclusive com ampla divulgação dos agentes que participaram da tomada de decisão, exercendo influência política.

Expôs-se como, na prática, lobistas podem se revelar como fontes de informação a fim de oferecer dados confiáveis e de alta credibilidade sobre as consequências das ações governamentais.⁴⁵ No entanto, resta demonstrar em termos econômicos e de concorrência como o lobby eleva naturalmente o comportamento satisfatório do gestor público ao tomar uma decisão.

4 OS LIMITES DO LOBBY E DA COLABORAÇÃO COM A ESCOLHA SATISFATÓRIA

Dentre as críticas feitas à atividade de lobby está o seu potencial nocivo de captura das instituições, também denominado como “fenômeno da repatrimonialização”.⁴⁶ Por mais republicana e preocupada com a boa burocracia, essa opinião não possui lastro científico e, no mais das vezes, acaba por simplesmente reproduzir o mito do lobby como algo prejudicial ao interesse público *per se*. Espera-se demonstrar o oposto, desmascarando este estigma e sustentando a utilidade do lobby enquanto provedor de informação de qualidade ao decisor público.

Em uma preocupação típica da Nova Economia Institucional (NEI), Francis Fukuyama⁴⁷ argumenta que o perigo do lobby ao regime democrático consiste no desequilíbrio ou na assimetria significativa de um grupo de interesse em face aos demais, proporcionando uma influência desproporcional sobre as instituições políticas, em detrimento de outras vozes. Por mais louvável que seja essa inquietação, ela não deveria se sustentar em face dos estudos em lobby.

Primeiramente, imaginar que lobistas detém o poder de sozinhos capturar as instituições políticas é superestimar a sua capacidade de impressão sobre a tomada de decisão. Ao menos quando feito de modo lícito. O lobby deve ser sopesado com ao menos outros três fatores igualmente relevantes na tomada de decisão do *policy maker*: o perfil do decisor, o contexto decisório, e o tipo de decisão que está em pauta⁴⁸.

A inadequação da crítica parte de um pressuposto onde o decisor é um ator meramente passivo, que apenas responde mecanicamente às pressões recebidas. Salvo exceções extremas, o perfil do agente político é composto por características subjetivas, tais como valores, preferências, ideologias, visões de mundo, convicções e crenças. Outra incor-

⁴⁵ GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Movimentos sociais e grupos de pressão: Op. cit., p. 62.

⁴⁶ FUKUYAMA, Francis. *Ordem e decadência política*: Op. cit., p. 477.

⁴⁷ FUKUYAMA, Francis. *Ordem e decadência política*: Op. cit.

⁴⁸ MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andrea Cristina Oliveira. *Lobby e políticas públicas*. Op. cit., p. 74.

reção é acreditar que a relação entre lobista e decisor é uma via de mão única; pelo contrário, o agente administrativo dialoga com o segmento social, expondo ponderações e entra em contato com os demais decisores, construindo uma opinião dinâmica. A ideia do decisor *tabula rasa*, portanto, é admitida apenas como modelo inapropriado de raciocínio.⁴⁹

Wagner Pralon Mancuso e Andréa Cristina Oliveira Gozetto⁵⁰ indicam, ainda, que as circunstâncias que envolvem a tomada de decisão podem influir consideravelmente no resultado. O contexto sociocultural, histórico e econômico impacta diretamente na manifestação do decisor. Assim, por exemplo, um cenário de crescimento econômico pode favorecer o pleito de lobbies que visam a conquista de novos benefícios materiais ou tratativas privilegiadas. Por outro lado, uma recessão econômica implica em corte de gastos e vozes favoráveis a um déficit zero serão apreciadas mais atentamente. Ao final, por mais incisiva que seja a participação de lobbies, o decisor estará mais tendente a optar pelo que mais favorece o contexto.

Por fim, outro fator que acaba tendo igual importância (quando não maior) na formação da escolha do agente é o tipo da decisão na agenda política, na medida em que afeta a intensidade, o equilíbrio e o conflito dos lobbies. Uma análise mais detida desse fator é necessária antes se avançar, uma vez que a exposição será colocada à prova na sequência. O primeiro tipo de decisão é aquele que concentra benefícios em segmentos sociais específicos e dispersa os custos por segmentos sociais amplos. Nesse caso, há efetivamente um desequilíbrio nas relações de influência, mas calcado pelo desinteresse por parte do grupo prejudicado. Uma ilustração é a “concessão de isenções tributárias a um setor específico do empresariado (por exemplo, fabricante de automóveis) à custa de pequena elevação da carga tributária do restante da sociedade”.⁵¹

O mesmo pode ocorrer com o tipo oposto de decisão. Nesse caso, distribuem-se benefícios para setores amplos da sociedade à custa de segmentos específicos, desenhando igualmente um contexto decisório pouco conflituoso e desequilibrado, com mais lobbies dos setores amplos. Por mais que esse segundo tipo de decisão crie um custo *per capita* superior aos pagadores, porque menos compartilhado, ainda assim o dispêndio com a mobilização para alterá-la permanece superior ao pagamento. Não se pode dizer que o *policy maker* foi efetivamente capturado por uma das partes em detrimento das outras, mas que há um desinteresse pelo segmento específico em se mobilizar.

O tipo de decisão mais comum, no entanto, é justamente aquele que se passa num cenário altamente conflituoso, mas equilibrado, com intensa formação de lobbies entre pagadores e beneficiários. Aqui se tem uma alocação de custos e benefícios somente entre

⁴⁹ MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andrea Cristina Oliveira. *Lobby e políticas públicas*. Op. cit., p. 75.

⁵⁰ MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andrea Cristina Oliveira. *Lobby e políticas públicas*. Op. cit., p. 75.

⁵¹ MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andrea Cristina Oliveira. *Lobby e políticas públicas*. Op. cit., p. 78.

setores específicos e bem definidos, mas antagônicos; enquanto os segmentos mais amplos possuem pouca relevância. É o caso, por exemplo, da disputa sobre neutralidade da rede, que coloca provedores de um lado, e criadores de conteúdo/aplicativos de outro; ou da competição de regulação entre desenvolvedores de aplicativos de transporte individual e taxistas.⁵²

Do exposto, percebe-se que o sucesso do lobista consiste na convergência entre o teor da decisão tomada e a posição defendida. Ainda a vitória seja anunciada na convergência dos polos, é possível que o cálculo do decisor sequer tenha considerado o fator lobby, mas apenas o contexto e a afinidade ideológica da posição, por exemplo. Medir o sucesso do lobby não corresponde a medir a sua influência.

De todo modo, o mérito do lobby consiste em prover ao *policy maker* uma gama de informações potencialmente desconhecidas, devidamente tratadas, de modo não oneroso, usualmente postas em concorrência pela disputa de grupos antagônicos, ainda que a participação do lobista não tenha sido condicionante para a tomada de decisão. Ou seja, o decisor político dispôs de mais para tomar a decisão que melhor satisfaz o comportamento contemporizador de Simon.

David Austen-Smith e John R. Wright⁵³ foram bem-sucedidos em demonstrar a premissa segundo a qual o lobby é fundamentalmente um agregador de informação ao *policy maker*. Parte-se do pressuposto que o decisor público com mandato (no caso, um legislador), ainda que possua um perfil tendente a determinada ideologia, tem como interesse primário a reeleição. Deste modo, sempre irá buscar direcionar a decisão de modo a potencializar a aprovação da base eleitoral. Porém, ainda que o legislador tenha uma percepção sobre o retorno eleitoral, a opinião pública é um elemento dinâmico e incerto, variável de acordo com as informações disponíveis.

Por outro lado, segundo os mesmos autores, assume-se que os lobbies (i) tenham o interesse primário em conseguir o apoio do decisor; (ii) possuam informações indisponíveis ao legislador, tanto em termos de apoio popular quanto de consequências da política pública escolhidas; e que (iii) o processo de *lobbying* é formado por duas etapas, uma voltada à aquisição de informações, outra direcionada à comunicação com decisores. Por fim, presume-se que (iv) as informações em posse dos lobbies sejam onerosas, decorrentes da aplicação de *surveys*, pesquisas eleitorais e mobilização social, o que afasta o interesse do legislador em busca-las. Ainda assim, é necessário que o legislador tenha recursos disponíveis para verificar a informação, caso assim desejar.

⁵² MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andrea Cristina Oliveira. *Lobby e políticas públicas*. Op. cit., p. 79.

⁵³ AUSTEN-SMITH, David; WRIGHT, John R. Competitive lobbying for a legislator's vote. *Social Choice Welfare*, v. 9, issue 3, p. 229-257, jul. 1992.

Desenvolveram, então, o seguinte modelo probatório: considera-se uma agenda fixa (A, B) e um legislador específico (L) aberto a variar seu voto entre a agenda A ou B, a depender da que tenha o maior apoio popular ou o menor custo político. Não há possibilidade de abstenção, mas há incerteza em saber qual escolha lhe será mais vantajosa. Acrescido a isso, assume-se que há um ruído sinalizador (s) que fornece uma informação relevante e pode ser originariamente observada pelo legislador. Por exemplo, se $s = B$, assume-se que o legislador tende a optar pela agenda B. Ocorre que este sinal (s) pode sempre vir acompanhado de um erro, uma vez que eventos anteriores à tomada de decisão afetam a opinião popular sobre a decisão. O ruído sinalizador (s), portanto, representa uma *probabilidade condicional* ($q < 1$) incerta na qual quanto menor for q , menos confiável será a informação.⁵⁴

Seguindo esse mesmo modelo, existem dois lobbies (Ga, Gb) com interesses específicos e antagônicos, preocupados com o resultado do voto legislativo entre as duas agendas (A, B). Como os lobbies dispõem de recursos para aquisição de informações, conseguem observar o ruído (s) sem incerteza a partir de um determinado custo (C), podendo optar pela estratégia de transmissão para revelar o valor de s ao decisor.⁵⁵

Sem pretensão de demonstrar detalhadamente o cálculo contido no modelo *supra*, para David Austen-Smith e John R. Wright,⁵⁶ a proposição central é que a existência de lobby induz a votar mais corretamente (comportamento mais satisfatório) que a ausência de lobby. Isso porque, nos cenários em que o quociente de probabilidade condicional for alto (menos incerteza quanto ao ruído s), o legislador terá uma melhor percepção da opinião popular, favorecendo com que apenas o lobby aliado à opinião popular manifeste as informações obtidas, ao passo que afasta o lobby contrário a investir em pesquisas ineficientes. Nesse caso, a presença de lobby equivale a sua ausência em termos de resultado, mas a escolha foi acrescida em informações.

Por outro lado, havendo elevada dúvida sobre a opinião popular, ambos os lobbies irão concorrer a fim de captar informações e fornecer ao legislador, o qual, por sua vez, sempre poderá verificar pela verossimilhança dos resultados, caso se apresentem absurdos. Nessa competição de lobbies, o maior vencedor é o próprio *policy maker*, o qual passa a decidir amparado por informações mais completas e precisas sobre a opinião popular. Assim, em ambos os casos, sustentam os autores do modelo, a presença de lobby induz a votar de forma mais satisfatória que a ausência dele.⁵⁷

⁵⁴ AUSTEN-SMITH, David; WRIGHT, John R. Competitive lobbying for a legislator's vote. Op. cit., p. 233.

⁵⁵ AUSTEN-SMITH, David; WRIGHT, John R. Competitive lobbying for a legislator's vote. Op. cit., p. 233.

⁵⁶ AUSTEN-SMITH, David; WRIGHT, John R. Competitive lobbying for a legislator's vote. Op. cit., p. 229–257.

⁵⁷ AUSTEN-SMITH, David; WRIGHT, John R. Competitive lobbying for a legislator's vote. Op. cit., p. 236.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto as razões expostas por Wagner Mancuso e Andréa Gozetto quanto o modelo competitivo proposto por David Austen-Smith e John R. Wright conduzem à compreensão do lobby como um processo formado pelas etapas de aquisição e transmissão de informações, a fim de influenciar a tomada de decisão política.

Tais etapas detêm uma complexidade própria e podem chegar a ser extremamente custosas, de modo que nem sempre será interessante ao lobista investir na atividade. Para Mancuso e Gozetto, esse cenário corresponde a um tipo de decisão que distribui benefícios a um setor específico à custa de uma baixa taxa *per capita* para os pagadores, ou seja, o custo de mobilização social para influir na decisão é superior ao custo suportado pela decisão originária. Para Austen-Smith e Wright, esse contexto se evidencia quando a incerteza da opinião popular acerca de determinada decisão é bastante baixa.

Ao contrário, cenários que distribuem altos custos e benefícios a setores antagônicos, ou quando a incerteza a respeito da opinião popular é tão elevada que o decisor não consegue esboçar uma tendência, são extremamente favoráveis para a formação de lobbies equilibrados e conflituosos, dispostos a arcar com dispêndios elevados a fim de obter informações preciosas e de elevada qualidade ao decisor público.

Em ambas as hipóteses, porém, toma-se o *policy maker* como agente falível, tal qual o agente administrativo de Herbert Simon, apresentado na segunda seção. Com efeito, no mundo ideal do agente econômico clássico, dotado da racionalidade substantiva e capaz de sempre optar pelo comportamento maximizador, a presença de lobby é verdadeiramente inútil. Lobistas atuam como um canal de comunicação entre a sociedade civil e os poderes constituídos, apresentando preocupações sociais importantes que usualmente não são apreciadas pelo decisor. Quando este é capaz de conhecer sempre a melhor opção, no entanto, esta atividade se torna desnecessária.

Por outro lado, no contexto dos agentes econômicos de racionalidade limitada, expostos a uma quantidade restrita de informações incompletas e incorretas, lobbies são bastante bem-vindos como auxiliares da melhor formação de escolhas públicas, capacitando decisores para que levem em consideração as consequências das decisões tomadas, nem que seja para um segmento social específico, o que procurou se demonstrar ao longo da exposição.

REFERÊNCIAS

AUSTEN-SMITH, David; WRIGHT, John R. Competitive lobbying for a legislator's vote. *Social Choice Welfare*, v. 9, issue 3, p. 229-257, jul. 1992.

BELO, Manoel Alexandre C. Grupos de pressão e influência política. *Verba Juris*, ano 2, n. 2, p. 155-173, jan./dez. 2003.

BERRY, Jeffrey M. *The interest group society*. Boston: Scott Foresman, 1989.

BLANCHET, Luiz Alberto; SANTANO, Ana Claudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 7, p. 49-72, 2016.

BLAUG, Mark. *Metodologia e economia ou como os economistas explicam*. São Paulo: Edusp, 1999.

COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

CESÁRIO, Pablo Silva. Redes de influência no Congresso Nacional: como se articulam os principais grupos de interesse. *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, n. 59, p. 109-127, set. 2016.

FUKUYAMA, Francis. *Ordem e decadência política: da Revolução Industrial à globalização da democracia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea. In: GABARDO, Emerson; AFFORNALLI, Maria Cecília N. Munhoz (Coords.). *Direito, informação e cultura*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 149-171.

GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Movimentos sociais e grupos de pressão: duas formas de ação coletiva. *Cenários da Comunicação*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 57-65, 2008.

GREENWOOD, Justin; THOMAS, Clive S. Regulating lobbying in the western world. *Parliamentary affairs: a journal of representative politics*, v. 51, n. 4, p. 487-499, 1998. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/68152> Acesso em: 30 ago. 2019.

MAICAN, Ovidiu-Horia. Legal regime of lobby activities: a comparative view. *Juridical Tribune*, v. 4, n. 2, p. 105-118, dez. 2014

MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andrea Cristina Oliveira. *Lobby e políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MELO, Tatiana Massoroli; FUCIDJI, José Ricardo. Racionalidade limitada e tomada de decisão em sistemas complexos. *Revista de economia política*, v. 36, n. 3 (144), p. 622-645, jul./set. 2016.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil*. 2004. 296p. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. O *lobbying* institucional no Brasil: canal de comunicação entre Estado e sociedade civil? *Cenários da comunicação*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 57-64, 2007.

OLIVEIRA, Kamila Pagel de Oliveira; DE PAULA, Ana Paula Paes. Herbert Simon e os limites do critério de eficiência na nova administração pública. *Cadernos de gestão pública e cidadania*, São Paulo, v. 19, n. 64, jan./jul. 2014.

PATRI, Eduardo Carlos Ricardo da. Relações governamentais, lobby e *advocacy* no contexto de *public affairs*. *Revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas (Organicom)*, São Paulo, v. 8, n. 14, 2011.

SIMON, Herbert A. *Comportamento administrativo: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2016.

STEINGRABER, Ronivaldo; FERNANDEZ, Ramon Garcia. A racionalidade limitada de Herbert Simon na microeconomia. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, n. 34, p. 123-162, fev. 2013.

THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa – aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

THOMAS, Clive S. Interest group regulation across the United States: rationale, development and consequences. *Parliamentary affairs: a journal of representative politics*, v. 51, n. 4, p. 500-515, 1998. Disponível em: http://www.fgu-nickolaus.narod.ru/3/TGU/Interest_Group_Regulation_Across_the_United_States.pdf. Acesso em: 3 out. 2018.

● ● ● TERCEIRO LUGAR ● ● ●

O marco regulatório do saneamento no Brasil e o impacto nas políticas de saneamento dos municípios da região norte de Santa Catarina

Daniel Wagner Heinig

Mestrando em Planejamento e Governança Pública (UTFPR)

Ana Paula Myszczyk

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental (PUCPR)



SUMÁRIO: **1** Introdução; **2** A política de saneamento no Brasil – uma breve introdução histórica; **3** O marco regulatório do saneamento no Brasil – a Lei Federal 11.445/07; **3.1** A formulação das políticas municipais de saneamento e do plano municipal de saneamento; **3.2** A participação e o controle social. A criação e efetivação dos conselhos municipais; **3.3** A universalização dos serviços como princípio fundamental; **4** Metodologia; **5** Resultados e discussões; **5.1** Da universalização dos serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto; **6** Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A humanidade tem tratado a questão do saneamento com abordagens diferenciadas ao longo de sua história, em função do contexto social, político, econômico e cultural, de cada época e nação. Por vezes, o saneamento toma recortes de uma política social. Por outras, é tratada apenas como uma política pública. Esta ambiguidade está traduzida não só no campo teórico, mas também na ação governamental.¹

O saneamento básico tem sido definido como “o conjunto de medidas que visam a modificar as condições do meio ambiente, com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde”.² Por sua vez, o comando normativo brasileiro conceitua o saneamento básico como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações de abastecimento de água, es-

¹ BORJA, Patrícia Campos; MORAES, Luiz Roberto Santos. Saneamento como um direito social. *Assembleia da Assemae*, v. 35, 2005.

² MENEZES, Luiz C. C. Saneamento básico, saúde pública e qualidade de vida: considerações. *Revista DAE*, [S.l.], v. 44, n.1, mar. 1984. p. 15.

gotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais urbanas.³

Vale ressaltar que tal conceituação expressa de forma mais coerente a realidade de países em desenvolvimento, como o Brasil, onde as ações de saneamento ainda devem ser encaradas como uma medida de saúde pública, aproximando a política de saneamento às políticas sociais. Em países desenvolvidos, as questões básicas de saneamento já restaram superadas há algumas décadas, e atualmente são tratadas como políticas de infraestrutura.⁴

Tal preocupação refletida em países em desenvolvimento é resultado da comprovação de que a precariedade do sistema de saneamento básico tem relação direta com problemas de saúde da população, além de elevar os gastos públicos com o tratamento às vítimas de doenças causadas pela deficiência no abastecimento de água potável e inexistência de sistema de tratamento de esgoto.⁵ Estudos têm apontado que a adoção de ações integradas no setor de saneamento proporciona melhores condições de saúde para as pessoas, evitando a contaminação e a proliferação de doenças. Do mesmo modo, resulta em ganhos na preservação do meio ambiente. Alguns modelos buscam explicar a influência dos sistemas de abastecimento de água e tratamento de esgoto sobre indicadores de saúde, como a expectativa de vida ou a mortalidade infantil.⁶ O artigo 30 da Constituição Federal define como competências municipais, dentre outras, a função de legislar sobre assunto de interesse local, prestar serviços públicos de interesse local e promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento, e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Nesta ótica, são considerados de interesse local os serviços públicos de saneamento básico, entre os quais o abastecimento público urbano de água potável e o esgotamento sanitário.

Em observância ao comando constitucional, foi publicada a Lei Federal 11.445/07, que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico, e construiu uma série de conceitos, como o de gestão associada e prestação regionalizada, definindo a titularidade dos serviços e sua competência na formulação da política pública de saneamento local.

Importante ressaltar que, até a vigência da referida norma, o setor de saneamento era caracterizado pela auto-regulamentação, sem a presença de qualquer marco regulatório que estabelecesse regras mínimas entre os titulares e prestadores dos serviços e usuários, a serem seguidas por todos os entes federativos.

O presente estudo pretende avaliar alguns impactos que a Lei Federal n. 11445/07 ocasionou na política de saneamento dos municípios do norte catarinense. Especificamente,

³ Vide art. 3º da Lei 11.445/2007.

⁴ BORJA, Patrícia Campos; MORAES, Luiz Roberto Santos. Saneamento como um direito social. Op. cit.

⁵ MENDONÇA, Mario Jorge Cardoso de; MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Saúde e saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005 (Texto para Discussão, n. 1.081).

⁶ MOREIRA, Terezinha. Saneamento básico: desafios e oportunidades. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, fev. 2002.

busca verificar se os municípios analisados instituíram e efetivaram os instrumentos da política de saneamento determinados pela lei federal, em especial a formulação da política municipal de saneamento básico, a instituição de um plano municipal de saneamento e a criação de conselhos municipais como órgãos de controle social das políticas de saneamento. Em seguida, pretende-se analisar se um dos mais importantes princípios insculpidos na norma está sendo observado, qual seja, o princípio da universalização dos serviços.

Ressalta-se que muito embora o conceito de saneamento básico compreenda os sistemas de abastecimento de água e esgoto, a drenagem pluvial urbana, a coleta e disposição de resíduos sólidos e o controle de vetores, considerou-se neste estudo apenas os sistemas de água e esgotos, quando verificada a observância dos princípios da universalização dos serviços, através de dados disponíveis no Sistema Nacional de Informações de Saneamento – SNIS.

A estrutura deste artigo contempla, além desta introdução, um breve contexto histórico da política de saneamento no Brasil, seguido de uma contextualização da Lei Federal 11.445/07, no que diz respeito às competências direcionadas pela norma aos municípios para a instrumentalização da política de saneamento. Na sequência, faz-se a apresentação dos caminhos metodológicos, bem como dos resultados e discussões. Por fim, retoma-se a construção do trabalho, indicando algumas limitações e reflexões com base no contexto analisado.

2 A POLÍTICA DE SANEAMENTO NO BRASIL – UMA BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA

Para a possível compreensão das políticas públicas de saneamento no contexto municipal, como proposto, torna-se de fundamental importância a verificação das circunstâncias históricas que culminaram no atual modelo de saneamento básico no Brasil, seus problemas e tomadas de decisão ao longo das últimas décadas.

A política de saneamento básico ganhou ênfase no início do Século XX, época em que as primeiras instalações relevantes na área de saneamento foram verificadas nas grandes cidades, já afligidas por problemas de saúde decorrentes da ausência de políticas públicas voltadas para o setor. Neste momento histórico, as ações de saneamento eram caracterizadas por comportamentos particulares em cada região, justificados pela ausência de unidade de ações, e estruturadas sob o paradigma do higienismo, especialmente como resposta a situações epidêmicas.⁷ Aliás, foram as epidemias e doenças endêmicas verificadas no início do Séc. XX que despertaram nas elites a consciência da interdependência sanitária, segundo

⁷ MELO, Geórgia Karênia Rodrigues Martins Marsicano de; MARACAJ, Ketrin Farias Bem; DANTAS NETO, José. Histórico evolutivo legal dos recursos hídricos no Brasil: uma análise da legislação sobre a gestão dos recursos hídricos a partir da história ambiental. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012.

a qual todos os homens estavam ligados por um elo representado pelo agente causador da doença. Tal percepção desencadeou intensa agitação política em torno da questão sanitária, que aliada à eminente inserção da economia brasileira no contexto do capitalismo mundial, motivou transformações na atuação do poder público, ampliando suas intervenções nas ações coletivas de saneamento, ainda que vinculadas aos interesses das elites, resultando em atuações pontuais e insuficientes, focadas em áreas de interesse econômico.⁸

Por esse motivo, constavam nos planos urbanos da época invariavelmente a drenagem das águas pluviais, esgotamentos ou aterramentos de mangues, além de terraplenagens, relocação e construção de matadouros e cemitérios, arborização e melhorias na limpeza pública. A elaboração do Código de Águas em 1934 representou o primeiro instrumento de controle de recursos hídricos, diante da necessidade crescente de políticas regulatórias em um cenário de convergência de fatores como a urbanização acelerada e o impressionante crescimento populacional, assim como o início do aproveitamento hidrelétrico e o incremento da atividade industrial, que levavam o país a conflitos de natureza econômica e política de grande monta.⁹

Após o período conturbado na história política brasileira, que culminou em 1964 com a ascensão de militares ao governo, surgiu a obrigação de responder ao desafio de intervir nos serviços de saneamento. Priorizou-se, através do Plano Nacional de Saneamento (Planasa), o grave problema da água e do esgoto.

O plano apoiou-se na importância de investimentos para melhoria da saúde e qualidade de vida da população, bem como na necessidade de intervenção no desenvolvimento econômico nacional, através da alocação de grande quantidade de recursos do Banco Nacional da Habitação (BNH) e de investimentos internacionais, captados no sistema financeiro.

Como visto, o Planasa, adotado no início da década de 70 impulsionou os investimentos em saneamento básico por todo o território nacional. Na verdade, até a instituição do Planasa, não havia um sistema regular de financiamento e auxílio para investimentos em saneamento nos estados e municípios, ou um planejamento nacional de investimentos.¹⁰

Baseado no pilar econômico da autossustentação tarifária, um dos preceitos do plano era a viabilização da cobertura dos custos de operação e manutenção dos serviços e amortização dos financiamentos através das tarifas cobradas pela disponibilização do serviço. Nesse contexto, uma das premissas do referido Plano Nacional era a criação de Companhias

⁸ RUBINGER, Sabrina D. *Desvendando o conceito de saneamento no Brasil: uma análise da percepção da população e do discurso técnico contemporâneo*. 2008. 197f. Dissertação (Mestrado em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos) – Faculdade de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

⁹ MURTHA, Ney Albert; CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo. Uma perspectiva histórica das primeiras políticas públicas de saneamento e de recursos hídricos no Brasil. *Revista Ambiente e Sociedade*, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 193-210, set. 2015.

¹⁰ ARRETICHE, Marta T. S. Política Nacional de Saneamento: a reestruturação das companhias estaduais. In: IPEA. *Temas especiais – Infraestrutura*. Perspectivas de reorganização. Brasília: Ipea, 1999.

Estaduais em cada estado da federação, para a viabilização dos seus objetivos através de um modelo de gestão centralizado, autoritário e marcado pela ausência de participação social.¹¹

A centralização da gestão era necessária para a viabilidade da utilização dos subsídios cruzados. A lógica era de que a instituição de tarifas menores para os usuários de poder aquisitivo mais baixo, e a compensação dos déficits de um grande conjunto de municípios menores com o superávit dos maiores. Assim, para que os preceitos do plano fossem atendidos, a prestação dos serviços deveria ultrapassar as fronteiras municipais, prevendo pretensas economias de escala ao atribuir abrangência estadual às companhias.

Foi neste período, por exemplo, que a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento de Santa Catarina (Casan) foi criada, em 31 de dezembro de 1970, através da Lei Estadual 4547/71, absorvendo inicialmente 16 sistemas de abastecimento de água e 02 sistemas de coleta de esgotos (Florianópolis e Lages) até então geridos pelo Departamento Autônomo de Engenharia Sanitária (Daes). Quinze anos depois, em 1985, a Companhia Estadual já era responsável pelo saneamento básico de 167 municípios catarinenses, o que representava 84% de todos os municípios existentes no Estado, incluindo neste rol os municípios da região norte de Santa Catarina.

Vale lembrar essa adesão maciça dos municípios a um modelo no qual deveriam abrir mão de sua prerrogativa de prestar serviços de natureza local, como os de saneamento básico, certamente foi influenciada por intensas pressões por parte de governadores e parlamentares estaduais, em um ambiente político autoritário dominante no país.

Porém, o referencial de política representado pelo Planasa esgotou-se com a extinção da sua principal fonte de financiamento, o Banco Nacional de Habitação (BNH) no ano de 1986, ainda que a inércia de suas rotinas gerenciais tenha se mantido por vários anos no setor. Destaca-se, por específico, que durante a sua vigência houve uma qualificação do déficit de atendimento, que se concentraram ainda mais nas populações de mais baixa renda e nas regiões mais pobres do país.¹²

Por sua vez, o processo de redemocratização do país, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe importantes avanços no que se refere às garantias de acesso aos serviços de saneamento, e estabeleceu alterações pontuais na distribuição de competências federativas.

De fato, se por um lado a Constituição Federal de 1988 acabou por estabelecer como competência comum da União, Estados e Municípios a promoção da melhoria das condições

¹¹ HELLER, L.; OLIVEIRA, A. P. B. V.; REZENDE, S. C. Políticas públicas de saneamento: por onde passam os conflitos? In: ZHOURI, Andrea; LASCHEFSKI, Klemens (Orgs.). *Desenvolvimento e conflitos ambientais*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 302-328.

¹² MOREIRA, Renata Maria Pinto. *Distribuição de água na região metropolitana de São Paulo: tecnologias da universalização e da produção do espaço*. 2008. 210p. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

de saneamento básico (art. 23), por outro indicou que a titularidade para organizar e prestar os serviços públicos de interesse local era dos municípios (art. 30). Além disto, a Carta Magna estabeleceu como dever constitucional do ente público garantir que o serviço fosse universalizado mesmo que não haja capacidade de pagamento para tanto.

Na década seguinte, foi instituída a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), através da Lei Federal n. 9433/97, estabelecendo seus fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos, e principalmente reforçando o fundamento da água como um bem de domínio público, um recurso natural limitado e dotado de valor econômico. No entanto, o termo domínio público não teve o condão de transformar o poder público em proprietário da água, mas torná-lo gestor desse bem, no interesse de todos.¹³

Nesse cenário, o ordenamento jurídico passou a exigir uma gestão dos recursos hídricos que proporcionasse os usos múltiplos das águas, de forma descentralizada e participativa, contando com a participação de todos os agentes envolvidos: Poder Público, usuários e comunidades. A Política Nacional de Recursos Hídricos, por imposição normativa, deveria ser formulada, executada e avaliada por meio de gestão democrática, que contasse com ampla participação social.

Na mesma época outro assunto significativo entrava na pauta de discussões da política de saneamento: o conflito entre os municípios e as companhias estaduais na prestação dos serviços. Isto porque a maior parte das concessões, firmadas logo após a criação do Planasa, na década de 70, com prazos que variavam entre 20 e 30 anos, alcançavam o término do prazo de vigência dos contratos, o que passou a ocorrer a partir do ano 2000.

Com o fim dos ajustes, muitos municípios buscaram a assunção dos serviços, inclusive através de disputas judiciais. Entretanto, muitas companhias estaduais continuaram prestando serviço sem nenhum vínculo contratual com diversos municípios, mesmo após a expiração do contrato de concessão. Exemplos disso foram os municípios de São Paulo e Santos, onde a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) continuou atuando sem contrato.¹⁴

Passados quase vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, e dentro de um cenário permeado de conflitos e incertezas, era necessário estabelecer uma espécie de marco regulatório dos serviços de saneamento. Assim, a publicação da Lei n.11.445, de cinco de janeiro de 2007, estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico, construiu uma série de conceitos, como o de gestão associada e prestação regionalizada, e definiu a titularidade dos serviços e sua competência na formulação da respectiva política

¹³ AITH, Fernando M. A.; ROTHBARTH, Renata. O estatuto jurídico das águas no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 163-177, ago. 2015.

¹⁴ HELLER, L.; OLIVEIRA, A. P. B. V.; REZENDE, S. C. Políticas públicas de saneamento: Op. cit.

pública de saneamento e na regulação e execução dos serviços. Previu ainda a elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico como competência da União, sob coordenação do Ministério das Cidades.

O Plansab foi finalizado no ano de 2013, como um instrumento fundamental para a definição das metas e estratégias de governo para o setor no horizonte dos próximos vinte anos, com vistas à universalização do acesso aos serviços de saneamento básico como um direito social. Para tanto, foram estimados investimentos estimados de R\$ 508,4 bilhões para o período. O plano estabeleceu como meta, para os serviços de abastecimento de água, alcançar nos próximos 20 anos 99% de cobertura no abastecimento de água potável, sendo 100% na área urbana.

Este é o breve contexto histórico do saneamento no Brasil, que permite um melhor entendimento do cenário atual, bem como auxilia na percepção do objeto do presente estudo.

3 O MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO NO BRASIL – A LEI FEDERAL 11.445/07

Conforme já evidenciado, o fim do Planasa criou um vazio nas políticas de saneamento que demorou a ser preenchido. Nem mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que evidenciaram direitos fundamentais e sociais, o saneamento voltou à pauta de discussões. Somente dez anos após a Constituição Federal, iniciaram-se tratativas em torno de uma estrutura institucional para a regulação do setor de saneamento, e depois de quase duas décadas de discussão e autorregulação do setor foi aprovado o marco legal do setor.

A Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, também conhecida como Lei do Saneamento, representou uma interrupção no estado de imobilismo verificado na maioria dos municípios, titulares dos serviços de saneamento básico, e de prestadores desses serviços, que por vários motivos haviam deixado de investir na ampliação e na atualização dos serviços.

A lei estabeleceu diversos princípios, entre os quais, a universalização do acesso, a eficiência e a sustentabilidade econômica e ambiental, princípios que, se seguidos, poderiam guiar uma política de saneamento básico segura para a população e para as empresas privadas atuantes no setor.¹⁵

Por outro lado, a norma federal estabeleceu diretrizes nacionais para a política de saneamento básico no Brasil. Nessa perspectiva, os municípios brasileiros, titulares dos serviços públicos de saneamento básico, foram chamados a assumir competências quanto ao planejamento, à prestação, à regulação e à fiscalização dos serviços, bem como à promoção

¹⁵ MADEIRA, Rodrigo Ferreira. O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso. *Revista do BNDES*, n. 33, p. 123-154. jun. 2010.

da participação e do controle social, tendo em vista o alcance de princípios básicos definidos na referida lei, como a universalização do acesso, a integralidade e a equidade das ações e a intersectorialidade, em clara alusão à articulação das políticas de desenvolvimento urbano e regional com outros setores.¹⁶

Assim, os municípios, titulares dos serviços, passaram a ter a obrigação de estabelecer legislações próprias mais detalhadas quanto ao planejamento e regulação dos serviços de saneamento básico. Dentre estas normas, caberia ao ente federativo a elaboração dos instrumentos da política de saneamento no âmbito local, como a instituição da política municipal de saneamento, a elaboração do plano municipal de saneamento, a criação ou nomeação de entidades reguladoras, as quais poderão ter âmbito local, microrregional (consórcios de municípios), e a concepção de órgãos colegiados consultivos e outros mecanismos de promoção do controle social.

3.1 A formulação das políticas municipais de saneamento e do plano municipal de saneamento

A importância do planejamento reside no fato de que a sua adoção focaliza a realização de ações por meio de iniciativas planejadas, evitando ações improvisadas com menor potencial de sucesso. Ao realizar um planejamento, mesmo que simplificado, as chances de alcançar o objetivo é muito mais efetiva.

O planejamento proporciona o alcance do conhecimento da real necessidade da população, aumentando o envolvimento e participação social, e promovendo a melhoria da qualidade dos serviços prestados. Por outro lado, a falta de planejamento no âmbito municipal contribui muitas vezes para o desperdício de recursos e ineficiência dos serviços, dada a possibilidade de descontinuidades e fragmentação das ações voltadas para o setor.

Assim, a Lei Federal 11.445/07 deixou claro que o modelo jurídico institucional adotado e a definição clara e objetiva dos direitos e deveres dos cidadãos seria função da Política Municipal de Saneamento, enquanto o Plano Municipal de Saneamento deveria estabelecer os objetivos, as diretrizes, as metas e as condições de prestação dos serviços, tendo como objetivo a sua universalização.

Nesse sentido, a política municipal contemplaria os princípios que, no âmbito do Plano de Saneamento, irão orientar a formulação dos objetivos, metas, programas e ações, bem como as diretrizes que deverão ser observadas quando do estabelecimento das condições para a gestão dos serviços. Dentre estes, destacam-se os princípios da integralidade

¹⁶ HELLER, Leo; PITERMAN, Ana; REZENDE, Sonaly Cristina. (A falta de) Controle social das políticas municipais de saneamento: um estudo em quatro municípios de Minas Gerais. *Revista Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 1180-1192, 2013.

das ações, da igualdade, da titularidade municipal, da gestão pública, da articulação ou integração institucional, e principalmente, os princípios da participação e controle social e da universalidade dos serviços.

Por sua vez, o plano municipal de saneamento básico consiste em um dos principais instrumentos da política municipal, além de ser uma condição para a validade dos contratos de prestação dos serviços e um requisito para o acesso a recursos federais a partir de 2014.

O plano municipal de saneamento deve representar o conjunto de diretrizes, estudos, programas, projetos, prioridades, metas, atos normativos e procedimentos. Por conseguinte, deve avaliar o estado de salubridade ambiental, inclusive da prestação dos serviços públicos a ela referentes, e definir a programação das ações e dos investimentos necessários para a prestação dos serviços de saneamento básico.

A Lei Federal de Saneamento Básico definiu ainda a obrigatoriedade da participação da população e o controle social em todo o processo de formulação da Política, como também na elaboração do Plano, desde a concepção do mesmo.

3.2 *A participação e o controle social: a criação e efetivação dos conselhos municipais*

A participação e o controle social têm sido abordados em recentes discussões e práticas de diversos segmentos da sociedade. Correspondem a uma interação entre governo e sociedade, por meio de canais democráticos de participação, onde a esta cabe o estabelecimento de práticas de vigilância e fiscalização sobre aquele.

Nesta perspectiva, Heller *et al.* destaca que “os conselhos municipais surgiram dentro das novas propostas de democratização e descentralização das políticas sociais, respaldados pelas leis orgânicas, como mecanismos de democracia semidireta. A existência dos conselhos nas três esferas governamentais e em diversas áreas de políticas públicas configurou uma nova realidade de gestão envolvendo vários atores”.¹⁷

Seguindo o mesmo raciocínio, Maria Valéria Costa Correia reforça que o controle social envolve a capacidade que a sociedade civil tem de interferir na gestão pública, orientando as ações do Estado e os gastos estatais na direção dos interesses da coletividade. Neste sentido, a lógica do controle social seria justificada da seguinte forma: “quem paga indiretamente, por meio de impostos, os serviços públicos é a própria população; portanto, ela deve decidir onde e como os recursos públicos devem ser gastos, para que tais serviços

¹⁷ HELLER, Leo; PITERMAN, Ana; REZENDE, Sonaly Cristina. (A falta de) Controle social das políticas municipais de saneamento: Op. cit.

tenham maior qualidade, sejam eficientes e atendam aos interesses da maioria da população, não ficando à mercê dos grupos clientelistas e privatistas”.¹⁸

O marco regulatório do saneamento no Brasil também deixou muito claro a necessidade de participação social na formulação e fiscalização das políticas voltadas ao setor. A obrigatoriedade de estabelecer mecanismos de controle social restou expressa no rol de atribuições do titular dos serviços, com o intuito de garantir à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação.

Neste sentido, o artigo 47 da Lei 11.445/07 estabeleceu que a participação social poderia se dar através de órgão colegiado de caráter consultivo, assegurada a representação dos titulares dos serviços, de órgãos governamentais, dos prestadores e usuários dos serviços públicos de saneamento básico e de entidades técnicas, organizações da sociedade civil e de defesa do consumidor relacionadas ao setor. Assim, dentre as prerrogativas do referido órgão colegiado, ou conselho municipal, está a aprovação do Plano Municipal de Saneamento Básico, além da regulação, fiscalização e avaliação da prestação dos serviços de Saneamento Básico, mediante apoio técnico.

3.3 A universalização dos serviços como princípio fundamental

Conforme já evidenciado, a universalização do acesso ao saneamento básico é destacada no marco regulatório como um dos princípios fundamentais a serem observados na formulação de políticas públicas relacionadas à temática.

Nada obstante, é importante destacar que tal princípio faz parte inclusive das metas de desenvolvimento do milênio estabelecida pela Organização das Nações Unidas, em especial porque, como já abordado, o acesso aos serviços de água e coleta de esgoto tem impacto direto nos indicadores relacionados à saúde da população, mortalidade infantil, erradicação de doenças e sustentabilidade ambiental.

A falta de água e de esgotamento sanitário ocasiona uma grande desvantagem no ciclo de vida, considerando que enfermidades cognitivas e físicas derivadas dos problemas sanitários reduzem o potencial de produção e de rendimento dos adultos e aumentam as desigualdades de gênero. A água é mais cara para os pobres, e isso reforça ainda mais a condição de pobreza. Estudo publicado em 2018, com base em dados de 2015, pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), demonstra que o acesso a água e

¹⁸ CORREIA, Maria Valéria Costa. *Que controle social? Os conselhos de saúde como instrumento*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

à coleta e tratamento de esgoto é 18% maior entre os 20% mais ricos da população brasileira do que entre os 20% mais pobres.¹⁹

Neste sentido, a Constituição de 88 estabeleceu como dever do Estado a garantia da universalização do serviço, mesmo que não haja capacidade de pagamento para tanto. “Então, a escala ótima seria a de provisão do serviço com a qualidade mínima aceitável pelos usuários, incorrendo nos menores custos para o prestador. Há casos em que a escala ótima envolveria a utilização de redes ou componentes de infraestrutura por mais de um município.”²⁰

4 METODOLOGIA

O presente trabalho consistiu em uma pesquisa descritiva, realizada através de pesquisa bibliográfica e documental, com o levantamento de dados secundários em relação aos sistemas de abastecimento de água e coleta de esgoto dos municípios da região Norte de Santa Catarina, que compreende nove municípios: Joinville, Garuva, Itapoá, Campo Alegre, Rio Negrinho, São Bento do Sul, Araquari, Balneário Barra do Sul e São Francisco do Sul.

Assim, foram realizadas pesquisas em leis e decretos municipais dos nove municípios, nos últimos doze anos, com o objetivo de verificar se as obrigações previstas na Lei Federal 11.445/07, no que se refere à implantação das políticas municipais de saneamento e à instituição do plano municipal de saneamento foram cumpridas. Em seguida, buscaram-se atos normativos que pudessem demonstrar a criação e efetiva atuação dos conselhos municipais de saneamento.

Por outro lado, a análise da observância do princípio da universalização dos serviços de saneamento foi realizada através dos indicadores contidos no sistema nacional de informações de saneamento, SNIS, disponibilizado pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, no período compreendido entre os anos de 2007 (ano de publicação do marco regulatório) e 2017 (último ano contido na base de dados).

5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

O referencial teórico deste estudo permite evidenciar que o marco regulatório do saneamento no Brasil estabeleceu ainda no ano de 2007 a obrigatoriedade dos titulares dos serviços de saneamento de implantarem, dentro de suas competências, a Política Municipal

¹⁹ CEPAL – Comisión Económica para América Latina y El Caribe. La ineficiencia de La desigualdad. *Síntesis* (LC/SES. 37/4), Santiago, 2018.

²⁰ NADALIN, Vanessa Gapriotti; LIMA NETO, Vicente Correia; KRAUSE, Cleandro. O saneamento básico como questão metropolitana: há cooperação? In: FURTADO, Bernardo Alves; KRAUSE, Cleandro; FRANÇA, Karla Christina Batista de (Orgs.). *Território metropolitano, políticas municipais: por soluções conjuntas de problemas urbanos no âmbito metropolitano*. 1. ed. v. 1. Brasília: Ipea, 2013. p. 225-258.

de Saneamento e o Plano Municipal de Saneamento. A primeira, contendo o modelo jurídico institucional adotado e a definição clara e objetiva dos direitos e deveres dos cidadãos. O segundo, estabelecendo objetivos, diretrizes, metas e condições de prestação dos serviços.

Ainda, determinou aos municípios que implantassem uma série de mecanismos de participação e controle social. Dentre estes instrumentos, a norma federal deu destaque ao Conselho Municipal de Saneamento.

Neste sentido, as pesquisas realizadas em leis e decretos municipais produzidos pelos nove municípios do norte catarinense, e publicadas após o início da vigência da Lei 11.445/07, demonstraram avanços nas políticas de saneamento.

No que se refere à implantação da política municipal de saneamento, os estudos apontaram que a maioria dos municípios alcançou a meta estabelecida pelo Decreto Federal 7217/2010, que determinava a data de 01/01/2014 como prazo final de cumprimento. Na referida data, apenas os municípios de Campo Alegre e Garuva ainda não haviam estabelecido suas normas gerais de saneamento, logrando êxito nos anos de 2015 e 2017, respectivamente.

E ambos os municípios somente não foram prejudicados com a demora na instituição das respectivas políticas municipais porque o Governo Federal, por três oportunidades, ampliou o prazo anteriormente definido. A primeira prorrogação se deu através do Decreto Federal 8211/2014, que estabeleceu a data de 31/12/2015 como prazo final. O segundo adiamento veio através da publicação do Decreto Federal 8268/2015, que definiu 31/12/2017 como último dia de prazo. Por fim, o Decreto 9257/2017 prorrogou novamente o limite de tempo para a implantação das políticas municipais, estabelecendo a data de 31/12/2019 como prazo final.

Por outro lado, os municípios tiveram mais dificuldade em instituir os planos municipais de saneamento. Estudos comprovam que os municípios de pequeno porte enfrentaram muitas dificuldades na elaboração de seus planos municipais, tendo como principais entraves a escassez de recursos financeiros, a carência de profissionais com qualificação técnica e profissional em seus quadros de servidores, e a ausência de vontade política dos gestores.²¹

²¹ LISBOA, Severina Sarah; HELLER, Léio; SILVEIRA, Rogério Braga. Desafios do planejamento municipal de saneamento básico em municípios de pequeno porte: a percepção dos gestores. *Eng. Sanit. Ambient.* [online], v. 18, n. 4, 2013.

TABELA 1 – Normas municipais e as políticas de saneamento

MUNICÍPIO	POLÍTICA MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO	PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO
Araquari	Lei Complementar Municipal 84/2009	Lei Municipal 3.222/2017
Baln. Barra do Sul	Lei Municipal 1.055/2012	Lei Municipal 1.055/2012
Campo Alegre	Lei Municipal 4.245/2015	Lei Municipal 4.593/2017
Garuva	Lei Municipal 2.007/2017	Lei Municipal 1.987/2017
Itapoá	Lei Municipal 294/2010	Decreto Municipal 1.205/2010
Joinville	Lei Complementar Municipal 396/2013	Decreto Municipal 26.680/2016
Rio Negrinho	Lei Municipal 2.616/2013	Lei Municipal 2.615/2013
São Bento do Sul	Lei Municipal 3.055/2012	Lei Municipal 3.629/2015
São Francisco do Sul	Lei Municipal 1.600/2013	Lei Municipal 1.600/2013

FONTE: Elaborado pelos autores.

De fato, para os municípios de Araquari, Garuva e Campo Alegre, os planos municipais de saneamento foram finalizados somente no ano de 2017, após a cooperação do Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional da Saúde – Funasa.

O auxílio do ente federal se deu através do Programa de Cooperação Técnica estabelecido pelo Ministério. O programa, direcionado especialmente para os municípios com população total de até 50 mil habitantes garantiu os recursos humanos e financeiros necessários para a confecção dos planos, através de convênio firmado com a Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc.

Para a realização dos referidos planos, a Unesc, por meio de seu Instituto de Pesquisas Ambientais e Tecnológicas, contou com uma equipe de 40 profissionais, dentre engenheiros civis, químicos, ambientais e agrimensores, geólogos, geógrafos, arquitetos, biólogos, economistas, advogados, estatísticos, assistentes sociais, secretárias executivas, desenhistas, além de estagiários de diferentes cursos da Universidade.

Assim, os municípios da região norte de Santa Catarina tiveram êxito em estabelecer suas políticas e planos municipais, conforme determinado pelo Marco Regulatório do Saneamento, ainda que alguns tenham extrapolado o prazo inicial fixado no Decreto 7.217/2010 que regulamentou a norma federal. Por outro lado, ressalta-se que a assistência promovida

pelo Ministério da Saúde, através do financiamento dos estudos técnicos foi imprescindível para o alcance de tais resultados.

No que se refere à participação da sociedade na construção das políticas de saneamento e o controle social, importantes princípios inseridos nas políticas e planos municipais de saneamento básico, o estudo apontou que estes não se efetivaram em sua plenitude em todos os municípios analisados.

Sobre os conselhos municipais de saneamento, verificou-se que todos os municípios instituíram o órgão colegiado. Neste contexto, as principais atribuições conferidas a eles foram: formular propostas de revisões de taxas, tarifas e outros preços públicos formuladas pelo órgão regulador; deliberar a respeito do plano municipal de saneamento básico e suas revisões; e propor alterações de normas legais e administrativas de regulação dos serviços.

Apesar disso, em três dos nove municípios analisados, os conselhos municipais de saneamento, apesar de instituídos, nunca foram efetivamente compostos pelos atores sociais destacados na norma, tendo em vista que inexistem atos de nomeação. Assim, considera-se como presumível que nesses municípios (Garuva, Campo Alegre, Balneário Barra do Sul) nunca tenha havido qualquer reunião dos referidos conselhos.

Dessa forma, percebe-se que em alguns municípios as ações de saneamento ainda não são debatidas em órgãos colegiados, existindo um espaço em branco no que diz respeito ao controle social na política pública municipal do setor. Tal situação acaba por deixar as decisões fundamentais sob uma estrutura vertical e tecnicista, sem qualquer controle democrático efetivo a respeito das deliberações do poder executivo municipal.²²

Nos demais município verificou-se ao menos a nomeação de uma composição do conselho municipal de saneamento, e muito embora a pesquisa não tenha se estendido à verificação da efetividade dos conselhos, ao menos se pode inferir que existem conselheiros designados.

5.1 Da universalização dos serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto

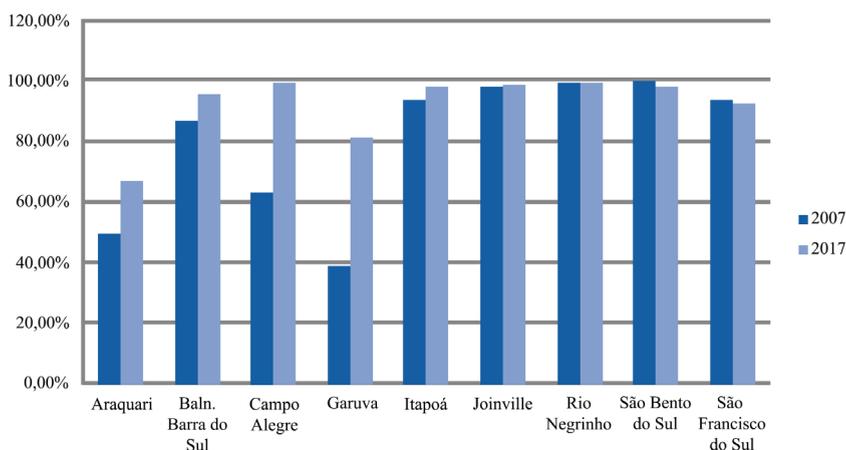
A pesquisa buscou ainda verificar que resultados os municípios do norte catarinense registraram ao longo do período de dez anos após a publicação da Lei Federal 11.445/07, em termos de expansão dos serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto. Por consequência, analisar se o princípio da universalização dos serviços de saneamento tem sido observado.

²² HELLER, Leo; PITERMAN, Ana; REZENDE, Sonaly Cristina. (A falta de) Controle social das políticas municipais de saneamento: Op. cit.

Assim, foram realizadas análises baseadas nos indicadores contidos no sistema nacional de informações de saneamento, SNIS, disponibilizado pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, no período compreendido entre 2007 (ano de publicação do marco regulatório) e 2017 (último ano contido na base de dados). Os dados coletados pelo SNIS apontam para duas realidades distintas: de um lado, avanços consideráveis nos serviços de abastecimento de água potável. De outro, resultados preocupantes relacionados aos serviços de coleta e tratamento de esgoto.

No que se refere ao abastecimento de água, destaca-se primeiramente que o número de habitantes atendidos na região aumentou 23% no período de dez anos, saltando de 663.742 para 816.412 moradores. Por sua vez, a população total da região passou de 701.069 para 847.080, um aumento de 20,83%. Dentre os analisados, merecem destaque os municípios de Garuva e Campo Alegre, que registraram aumentos expressivos no percentual de habitantes atendidos. O primeiro registrava 39,36% em 2007, e passou a 81,50% da população atendida em 2017. O segundo, no mesmo período, saltou de 63,36% para 100% da população.²³ O gráfico abaixo reflete os resultados de cada município analisado:

GRÁFICO 1 – Abastecimento de água – População atendida (%)



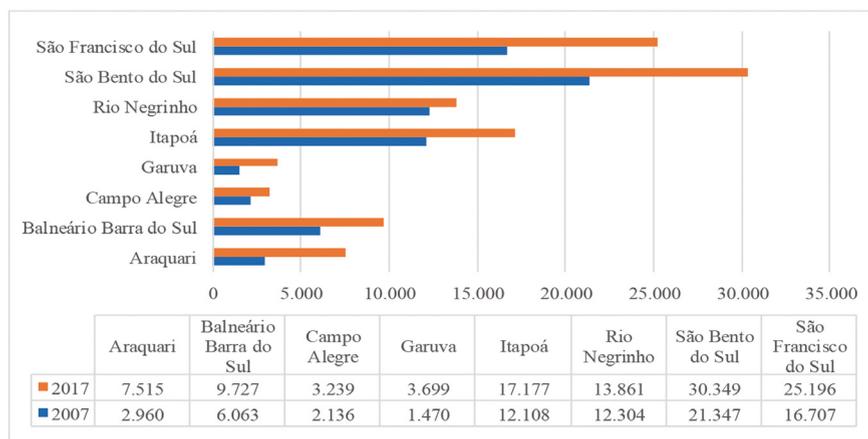
FONTE: Sistema Nacional de Informações de Saneamento – SNIS.

Outros dados do SNIS apontam que as redes de abastecimento e distribuição de água existentes nos nove municípios da região foram expandidas em 26,80%, chegando ao total de 4.365 quilômetros de extensão. Destaques para os municípios de Garuva, Itapoá e Campo Alegre, que expandiram suas redes em 69,65%, 101,41% e 493,75%, respecti-

²³ SNIS – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. *Consumo de água por habitante*. S.d. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/index.php>. Acesso em: 10 jul. 2019.

vamente.²⁴ Ainda em relação às redes de distribuição de água, também foram analisados dados referentes à quantidade de ligações totais de água (indicador AG021). Os números indicaram que na década que sucedeu à publicação da Lei 11.445/07 as ligações totais aumentaram 29,51% na região, com destaque para os municípios de Araquari e Garuva, com crescimento na ordem de 153,89% e 151,63%, respectivamente.

GRÁFICO 2 – Quantidade de ligações totais de água



FONTE: Sistema Nacional de Informações de Saneamento – SNIS.

Por outro lado, apesar dos importantes avanços no que se refere ao abastecimento de água potável, a deficiência no acesso ao serviço ainda é realidade para 30.668 habitantes da região, o que corresponde a quase 4% de sua população total. Além do mais, os municípios de Garuva e Araquari ainda registram percentuais abaixo da média brasileira, que no ano de 2017 alcançou 83,5% da população.

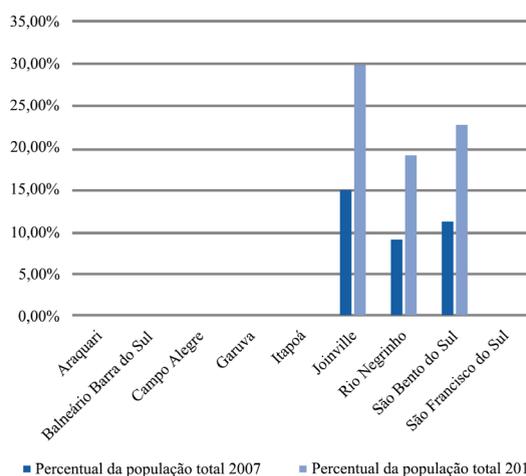
Contudo, se no quesito abastecimento de água os números da região foram positivos, nos serviços de coleta e tratamento de esgoto esses resultados não se repetiram. No ano de 2007, quando da publicação do marco regulatório do saneamento, os índices de população atendida pelo serviço já apresentavam números alarmantes. Naquele ano, apenas 11,98% da população total da região norte era atendida pelo serviço de coleta e tratamento de esgoto, correspondendo a 83.986 habitantes. Mais preocupante ainda era o fato de que, dos nove municípios analisados, apenas três (Joinville, Rio Negrinho e São Bento do Sul) disponibilizavam, ainda que parcialmente, os serviços. Os outros seis municípios não registravam quaisquer números. Sequer indicavam um metro de rede coletora de esgoto. Ultrapassados dez anos da publicação da lei, pouco se evoluiu. Os últimos dados disponíveis

²⁴ SNIS – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. *Consumo de água por habitante*. Op. cit.

no Sistema Nacional de Informações de Saneamento (SNIS), do ano de 2017, apontam que os mesmos seis municípios da região norte catarinense permanecem sem qualquer sistema de coleta e tratamento de esgoto. Por outro lado, os municípios de Joinville, Rio Negrinho e São Bento do Sul avançaram nos números de atendimentos, alcançando 29,85%, 19,03% e 22,81% de sua população, respectivamente.

Nota-se que, apesar de avanços nas três cidades que possuem sistema de coleta e tratamento de esgoto, todos os percentuais continuam bem abaixo dos 43,93% registrados na região Sul do Brasil, e dos 52,36% da média nacional.²⁵ O gráfico a seguir demonstra a evolução nos percentuais de atendimento dos três municípios que possuem a rede coletora de esgotos, e registra a ausência de atendimentos nos outros seis municípios analisados:

GRÁFICO 3 – Coleta e tratamento de esgoto – população atendida (%)



FONTE: Sistema Nacional de Informações de Saneamento – SNIS.

Esses dados permitem afirmar que há uma contradição no setor de saneamento na região norte catarinense, pois ao mesmo tempo em que os serviços de abastecimento de água atingem níveis satisfatórios, acima inclusive da média nacional, a rede de esgotamento sanitário é uma das piores do Brasil, o que demonstra que a universalização do acesso ao saneamento básico, no que se refere aos serviços de coleta e tratamento de esgoto, ainda não é tida como preocupação central na maioria dos municípios analisados.

²⁵ SNIS – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. *Consumo de água por habitante*. Op. cit.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo permitiu a análise de alguns impactos gerados pela Lei Federal 11.445/2007, conhecida como o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil, em municípios do norte catarinense. Em especial, buscou verificar se os municípios apontados instituíram suas políticas e planos municipais de saneamento, bem como os órgãos colegiados de participação e controle social.

Por outro lado, permitiu analisar a evolução da prestação dos serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto, no período de uma década após a publicação da norma federal.

O objetivo do trabalho foi alcançado, tendo em vista que a pesquisa permitiu demonstrar que os municípios catarinenses analisados constituíram suas políticas municipais de saneamento no prazo estabelecido. Da mesma forma, os planos municipais foram instituídos, ainda que alguns municípios tenham necessitado de auxílio técnico e financeiro promovido pelo Ministério da Saúde, através de convênio com a Universidade do Extremo Sul Catarinense.

No que se refere à implantação de órgãos colegiados (conselhos municipais), a pesquisa apontou que, apesar de legalmente criados, em alguns municípios os referidos conselhos não se mostram atuantes, apontando a necessidade de reflexão acerca da participação e controle social nas respectivas políticas de saneamento.

Não obstante, quando a análise se refere à universalização dos serviços de saneamento básico, percebe-se que as atenções continuam voltadas à expansão do abastecimento de água a toda a população local, deixando de lado a preocupação com a implantação de rede de coleta e tratamento de esgoto. Assim, se por um lado a universalização dos serviços de abastecimento encontra-se muito próxima de se tornar realidade, por outro se verifica um enorme abismo que persiste em separar a população do efetivo tratamento do esgoto.

Ademais, como limitação do estudo, ressalta-se que a pesquisa envolveu exclusivamente dados obtidos no Sistema Nacional de Informações de Saneamento, referentes a seis indicadores apenas. Assim, inegável a impossibilidade de generalização dos resultados aqui apresentados, mormente se considerar que os dados disponíveis na plataforma SNIS são alimentados pelos próprios entes federados titulares dos serviços.

Torna-se imprescindível, assim, que novos estudos possam aprofundar ainda mais a análise da implantação das políticas públicas de saneamento. Neste sentido, novas pesquisas poderiam avaliar qual a percepção dos usuários dos sistemas, verificando quais são os pontos positivos e negativos da política pública, bem como relacioná-los ao controle social e participação democrática tidos como princípios norteadores das políticas de saneamento.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando M. A.; ROTHBARTH, Renata. O estatuto jurídico das águas no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 163-177, ago. 2015.
- ARRETCHE, Marta T. S. Política Nacional de Saneamento: a reestruturação das companhias estaduais. *In: IPEA. Temas especiais — Infraestrutura. Perspectivas de reorganização*. Brasília: Ipea, 1999.
- BORJA, Patrícia Campos; MORAES, Luiz Roberto Santos. Saneamento como um direito social. *Assembleia da Assemae*, v. 35, 2005.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2019
- BRASIL. *Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 10 maio 2019.
- CEPAL – Comisión Económica para América Latina y El Caribe. La ineficiencia de La desigualdad. *Síntesis* (LC/SES. 37/4), Santiago, 2018.
- CORREIA, Maria Valéria Costa. *Que controle social? Os conselhos de saúde como instrumento*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.
- HELLER, L.; OLIVEIRA, A. P. B. V.; REZENDE, S. C. Políticas públicas de saneamento: por onde passam os conflitos? *In: ZHOURI, Andrea; LASCHEFSKI, Klemens (Orgs.). Desenvolvimento e conflitos ambientais*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 302-328.
- HELLER, Leo; PITERMAN, Ana; REZENDE, Sonaly Cristina. (A falta de) Controle social das políticas municipais de saneamento: um estudo em quatro municípios de Minas Gerais. *Revista Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 1180-1192, 2013.
- LISBOA, Severina Sarah; HELLER, Léio; SILVEIRA, Rogério Braga. Desafios do planejamento municipal de saneamento básico em municípios de pequeno porte: a percepção dos gestores. *Eng. Sanit. Ambient.* [online], v. 18, n. 4, 2013.
- MADEIRA, Rodrigo Ferreira. O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso. *Revista do BNDES*, n. 33, p. 123-154. jun. 2010.
- MELO, Geórgia Karênia Rodrigues Martins Marsicano de; MARACAJ, Kettrin Farias Bem; DANTAS NETO, José. Histórico evolutivo legal dos recursos hídricos no Brasil: uma análise da legislação sobre a gestão dos recursos hídricos a partir da história ambiental. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012.
- MENDONÇA, Mario Jorge Cardoso de; MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Saúde e saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005 (Texto para Discussão, n. 1.081).

MENEZES, Luiz C. C. Saneamento básico, saúde pública e qualidade de vida: considerações. *Revista DAE*, [S.l.], v. 44, n.1, p. 15-21, mar. 1984.

MOREIRA, Renata Maria Pinto. *Distribuição de água na região metropolitana de São Paulo: tecnologias da universalização e da produção do espaço*. 2008. 210p. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MOREIRA, Terezinha. Saneamento básico: desafios e oportunidades. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, fev. 2002.

MURTHA, Ney Albert; CASTRO, José Esteban; HELLER, Leo. Uma perspectiva histórica das primeiras políticas públicas de saneamento e de recursos hídricos no Brasil. *Revista Ambiente e Sociedade*, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 193-210, set. 2015.

NADALIN, Vanessa Gapriotti; LIMA NETO, Vicente Correia; KRAUSE, Cleandro. O Saneamento Básico como questão metropolitana: há cooperação? *In: FURTADO, Bernardo Alves; KRAUSE, Cleandro; FRANÇA, Karla Christina Batista de (Orgs.). Território metropolitano, políticas municipais: por soluções conjuntas de problemas urbanos no âmbito metropolitano*. 1. ed. v. 1. Brasília: Ipea, 2013. p. 225-258.

RUBINGER, Sabrina D. *Desvendando o conceito de saneamento no Brasil: Uma análise da percepção da população e do discurso técnico contemporâneo*. 2008. 197f. Dissertação (Mestrado em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos) – Faculdade de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

SNIS – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. *Consumo de água por habitante*. S.d. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/index.php>. Acesso em: 10 jul. 2019.

PARTE III



RESUMOS DE
**EXPERIÊNCIAS
INOVADORAS EM
GESTÃO PÚBLICA**

Licitações públicas – transparência na era digital na administração municipal

José Roberto Tiozzi Junior

Mestre em Direito (Unicesumar)



É inegável reconhecer que os procedimentos licitatórios no Brasil sempre foram alvo de especulação e desconfiança por parte dos órgãos de fiscalização e da população em geral, principalmente em âmbito municipal. Instaurou-se uma cultura de que as licitações públicas carecem de transparência, lisura e profissionalismo, fruto de constantes casos de corrupção. Ocorre que os pregões eletrônicos, ferramentas inovadoras de transparência e isonomia nos certames, ainda estão distantes da realidade de boa parte dos municípios brasileiros, em especial aqueles de menor porte localizados no interior. Diante deste cenário, foi desenvolvido um grande projeto de transparência, capaz de propagar informações dos certames públicos presenciais em tempo real pela internet. Referido projeto foi implantando no município de Mandaguari, localizado na região Norte do Estado do Paraná e que possui uma população de aproximadamente 35.000 mil habitantes, buscando garantir mais eficiência, transparência e controle em seus procedimentos licitatórios. Dessa forma, o autor foi contratado como responsável técnico para prestação de serviços técnicos especializados de consultoria jurídica, visando a implantação do projeto de “transmissão online e em tempo real das licitações presenciais”, através de uma reestruturação de procedimentos, encaminhamento de minutas e capacitação dos servidores públicos. O intuito era garantir a ampla divulgação dos certames públicos no Portal de Transparência e redes sociais, oferecendo a transmissão online das licitações municipais como ferramenta de participação e controle social. Foi editada a Lei Municipal 2.912/2017 de 03 de julho de 2017, que determinava a transmissão online, via internet, de todas as licitações realizadas no Município. Referido projeto se tornou uma valorosa iniciativa do Poder Executivo Municipal para promover a boa aplicação dos recursos públicos através de ações transparentes que permitem o acompanhamento e controle social. A efetivação deste projeto demonstra o compromisso com a reversão dos tributos pagos pela população à consecução das finalidades da Administração Pública. Oferece, inclusive, oportunidade para assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes de forma transparente, além de ampliar a fiscalização e o interesse da participação popular, desmistificando a falsa noção que o certame público é local de falcatruas e acordos imorais entre Administração Pública e particular. Desta feita foram adquiridas câmeras de filmagem de alta resolução, bem como microfones de alta captação para serem instalados na sala de licitações localizada no Paço Municipal. Aliado a estas aquisições, foram adqui-

ridos equipamentos e softwares de informática para possibilitar as transmissões online, via internet dos certames licitatórios. Os resultados foram imediatos, pois permitiu a população conhecer de forma remota, mas em tempo real, o que estava sendo adquirido ou contratado pelo Poder Público Municipal, além de ter eliminado práticas corruptivas durante o certame. O combate à corrupção no âmbito das contratações públicas e o incremento da transparência eram os focos do projeto.

Palavras-chave: Licitação. Transparência. Internet. Controle. Eficiência.

Gestão de riscos como condição para uma administração sustentável: atuação da Controladoria Geral da Prefeitura de Santa Maria-RS

Carolina Salbego Lisowski

Doutora em Letras (UFSM)
Professora (Faculdade Palotina)



Tratando-se de boas práticas públicas e de gestão, mais do que se pensar em revisão de atos, é latente a necessidade de a administração pública, em seus diversos níveis, trabalhar de forma proativa, ampliando as possibilidades de ação, sem deixar de lado, por óbvio, o respeito aos requisitos legais. Contudo, a realização de ações públicas nem sempre representam tomadas de decisão ou atos sustentáveis, antevendo as necessidades de serviços e prestações públicas, a administravam ainda precisa fazer isso a partir das melhores decisões, o que, por sua vez, demanda um arcabouço eficiente de dados e referenciais que devem estar à disposição do gestor. Nesse sentido, em 2016, a Lei Federal 13.303/16 concedeu destaque aos estudos de impacto de riscos, como forma de acompanhamento e de melhor estratégia de controla para os atos públicos vinculados a estes órgãos. Nesse contexto, mesmo que já seja pauta de controle de alguns órgãos externos, nem todos os municípios regulamentaram tais práticas em seus âmbitos, não tendo aderido a esta metodologia, nem do ponto de vista formal – via lei – nem material, via práticas estabelecidas. Nesta oportunidade, o que se quer é apresentar a adoção das teorias e práticas sobre gestão de riscos no âmbito da Controladoria e Auditoria Geral (Cagem) do Município de Santa Maria, como forma de tomada de decisão para gestão de procedimentos administrativos. No aspecto prático, cabe destacar que ainda não há, em Santa Maria, lei municipal ou qualquer outro ato normativo que faça a adesão do município às práticas da gestão de riscos. Contudo, a Cagem, reconhecendo-se como órgão orientador das boas práticas dos demais órgãos municipais estabeleceu, em 2018, estabeleceu o “Grupo de Práticas de Gestão de Riscos”, formado por 6 servidores que atuam como gestores de equipes, na Cagem. As reuniões da equipe são semanais e a metodologia de trabalho se estabelece a partir do mapeamento dos principais processos administrativos realizados por cada Superintendência. Entende-se que somente após os processos administrativos terem seus trâmites regulamente mapeado pelos próprios servidores que os originam, desenvolvem, impulsionam e finalizam, e que será possível estabelecer a gestão de risco dos processos, indicando as fragilidades de cada ato, as possibilidades de problemas deles advindos e as vantagens públicas que surgem a cada decisão. No caso dos órgãos municipais de Santa Maria, não se tem definidos objetivos

gerais e específicos de cada órgão, havendo somente as atribuições legais, o que acaba por comprometer a atuação de muitas secretarias em face ou da ausência de atuação ou da sobreposição de funções legais, qualquer uma dessas possibilidades bastante importante quando se trata de avaliação de riscos. Trata-se de projeto em desenvolvimento, até então, foram identificados os objetivos gerais e específicos da Cagem, além de mapear e levantar riscos de 6 processos. Foram reconhecidos 10 riscos em cada processo que já são balizas a atuação do setor a fim de reconhecer e priorizar as ações em cada ato, o que já possibilita após a ação piloto, estender à prática aos demais setores da Prefeitura.

Palavras-chave: Gestão de risco. Gestão de processos. Administração pública municipal. Controladoria geral. Sustentabilidade.

O uso das novas tecnologias nos serviços públicos: a experiência do município de Pato Branco (PR) no *ranking* das cinco principais *smart cities* de médio porte do Brasil

Bárbara Dayana Brasil

Doutora em Direito Público (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
Diretora da Procuradoria Geral do Município de Pato Branco



A quarta Revolução Industrial radica num processo evolutivo sentido em diferentes dimensões, com transformações de escala e complexidade incomparáveis. Inteligência artificial, robótica, neurotecnologia, internet das coisas, virtualização dos espaços, conceitos antes apenas imaginados que trouxeram a ficção científica para a vida. Tem-se um ambiente disruptivo, de crescimento rápido e exponencial, em que desafios profundos são colocados a Administração Pública, em especial quanto ao modo como as novas tecnologias podem operar nos serviços públicos. Neste âmbito, a atuação administrativa disruptiva pode se dar sobre todo o ciclo dos serviços públicos: no planejamento, na execução e no controle, alcançando todas as realidades, quer executados pelo Estado quer por particulares. No planejamento, é possível ter um suporte preciso na tomada de decisões para impulsionar eficiência e cortar custos, contribuir com a redução de uso de recursos naturais, geração de resíduos e consumo de energia, especialmente no espaço urbano, o que trouxe o conceito de “*smart cities*” que estimulam a inovação sustentável com estruturas digitais e redes interligadas. O Município de Pato Branco no Estado do Paraná é um *case* de bons resultados no uso das novas tecnologias, o que o colocou em 5º lugar no país no *ranking* das cidades inteligentes de médio porte segundo a Revista Exame. Medidas integradas na execução dos serviços públicos, como fornecimento de *tablets* e *notebooks* nas escolas para compartilhamento de conteúdos e formação continuada, aulas de robótica, internet livre nos espaços públicos, a estruturação do Parque Tecnológico com fomento a pesquisa, extensão e inovação de empresas de base tecnológicas e qualificação de mão de obra especializada atraem empreendedores de todo o país e até mesmo do exterior. A essas medidas, alia-se uma infraestrutura de redes de fibra ótica, *totens* de autoatendimento digital, internet no campo, monitoramento do trânsito e espaços públicos, limpeza pública integrada, agendamento de consultas, prontuário eletrônico e outras que permitem controle eficiente de recursos públicos e transformam o ambiente ao possibilitar maior autonomia tecnológica. Como resultado, a concretização da democracia material é obtida com a inclusão digital e a universalidade do acesso à techno-

logia, de modo a assegurar a liberdade de informação e o exercício efetivo da cidadania na realidade cada vez mais digital. Além disso, o ecossistema de inovação do município reúne infraestrutura e arranjos institucionais e culturais, que atraem empreendedores e recursos financeiros, potencializa o desenvolvimento da sociedade do conhecimento e promove uma atuação administrativa disruptiva adequada às novas necessidades. Através desta experiência é possível demonstrar que a Administração Pública tem ao seu alcance, com as novas tecnologias, a oportunidade de alcançar maior eficiência nos serviços públicos e atender aos princípios fundamentais do Estado, em especial a dignidade da pessoa humana e a cidadania que lhe conferem fundamento, no quadro de uma esfera pública digital.

Palavras-chave: Revolução industrial. Administração pública disruptiva. *Smart cities*. Serviços públicos. Cidadania digital.

Ouvidoria 100%: *ranking* de eficiência dos interlocutores e secretarias

Weber Dias Oliveira

Pós-graduado em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo e Direito Constitucional (“Newcorp” – Educação Corporativa Newton Paiva, em parceria com a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais) Controlador Geral do Município de Contagem



A Controladoria Geral do Município, buscando eficiência na prestação do serviço público, apresenta o Reis – Ranking de Eficiência dos Interlocutores e Secretarias. O objetivo do trabalho é gerar uma competitividade positiva entre as secretarias, visando o atendimento de 100% das demandas de ouvidoria em prazos menores e aumentando a qualidade das respostas. O Reis busca envolver, treinar e estimular os secretários/interlocutores, desenvolvendo indicadores e aprimorando a comunicação democrática entre a administração e o munícipe. As secretarias são avaliadas pelo Ouvidor Geral do Município com relação à todas manifestações registradas pela Ouvidoria através de seus canais de atendimento (telefone, internet, presencial). São considerados o tempo de resposta, a participação dos interlocutores e secretários nos treinamentos oferecidos, desenvolvimento de projetos de Ouvidoria Ativa, número de demandas e elogios. Serão divulgados resultados parciais trimestrais e o total anual, em duas tabelas de classificação, sendo uma para secretarias mais demandadas e outra para menos demandadas. A pontuação máxima será de 100 pontos, distribuídos em: prazo de respostas – 50 pontos (avaliação trimestral e anual); participação em treinamentos – 20 pontos (avaliação anual); desenvolvimentos de projetos de Ouvidoria Ativa – 10 pontos (avaliação anual); por demanda – a cada 100 manifestações recebidas, a secretaria ganhará 01 ponto, com limite máximo de 20 pontos; e pontos extras por elogios – 02 pontos (limitado à 10 pontos, contando como critério de desempate). As Secretarias serão classificadas como Mais Transparente (1º, 2º e 3º lugares); Transparente (até 60% do 3º lugar) e Não Transparente (abaixo de 60% do 3º lugar). O Secretário poderá recorrer das avaliações do Ouvidor ao Controlador Geral (pontuações, negativas de propostas de ouvidorias ativas, reprovação de cursos externos, perdas de prazos para resposta e idoneidade dos elogios). As secretarias que alcançarem os melhores desempenhos terão publicados seus resultados no Portal da Transparência e os secretários receberão certificados em evento realizado pela CGM. Os interlocutores que se destacarem receberão certificado de eficiência, registrado em pasta funcional e publicado no Diário Oficial. A secretaria que obtiver status *não transparente*, deverá adotar medidas corretivas, podendo, a critério do Controlador Geral, firmar Termo de Compromisso de Gestão. Os agentes públicos que inadimplirem com as obrigações, não

obtendo notas finais acima 50% do 3º lugar, estarão sujeitos às penalidades estabelecidas no Estatuto do Servidor, LRF 101/2000, Lei 13.460/2017, Lei 12.527/2011 e Lei 8.429/1992. Como resultado da implementação do programa, foi auferida maior eficiência das respostas, com aumento de 10% em demandas respondidas entre 0-20 dias; elevação no número de demandas respondidas de 85% para 97%, com expectativa de alcançar 100% até o final do ano; aumento da confiabilidade na ouvidoria, com a elevação do número de demandas recebidas. Com o Reis, a CGM conseguiu favorecer a eficiência e a transparência na execução das exigências do Código de Defesa do Usuário dos Serviços Públicos - Lei 13.460/2017. Assim, pretende-se continuar a alcançar melhorias no atendimento ao munícipe, na prestação dos serviços públicos e na transformação do modelo de ouvidoria, resultando em um formato mais eficiente, ativo e democrático.

Palavras-chave: Ouvidoria. Ranking. Eficiência. Indicadores. Transparência.

Plano Mineiro de Promoção da Integridade – PMPI

Nicolle Ferreira Bleme

Subcontroladora de Transparência e Integridade na
Controladoria Geral do Estado de Minas Gerais

Juliana Aschar

Superintendente Central de Integridade e Controle Social na
Controladoria Geral do Estado de Minas Gerais



Visando contribuir para o desenvolvimento sustentável, crescimento econômico, preservação do meio ambiente e progresso social, a Controladoria Geral do Estado de Minas Gerais (CGE) lançou o Plano Mineiro de Promoção da Integridade (PMPI), por meio do Decreto n. 47.185/2017. Essa iniciativa é pertinente às práticas e arranjos institucionais para prevenção à corrupção, incremento à transparência e gestão de licitações e contratos. Objetivo: Apresentar um conjunto de ações que tem como finalidade criar um ambiente íntegro – de conduta ética, honestidade e conformidade – no Estado de Minas Gerais, no âmbito da administração pública, iniciativa privada e sociedade, bem como apoiar a instituição de ambiente de integridade nas licitações e contratações públicas e ainda, disseminar metodologias e boas práticas em ações de integridade para os municípios de Minas Gerais. Procedimento metodológico: Atendendo ao objetivo do PMPI de fomentar a cultura de integridade, a CGE desenvolveu a seguinte metodologia, para implementação dos programas de integridade: instituição de grupos de trabalho multidisciplinares; avaliação dos eixos temáticos de integridade; elaboração do Programa de Integridade; consulta pública interna (servidores e gestores); plano de comunicação e treinamento; publicação e monitoramento do Programa. Resultados: O PMPI propõe a criação de planos de integridade específicos para cada órgão ou entidade e de maneira inovadora, a CGE sugere a implementação estruturada, com metodologias e ferramentas adaptadas à realidade da instituição. Até o mês de setembro de 2019 foram publicados 06 Planos de Integridade (Saúde, CGE, Funed, Hemominas, Planejamento e Fazenda) e há outros 06 em fase de elaboração. Em relação a ações implementadas, citamos: Publicação da agenda dos gestores, divulgação dos voos governador, criação do Conselho de Transparência e Combate à Corrupção, melhoria do canal de denúncias, publicação de guias de integridade pública, seleção de cargos comissionados de gestão por processo seletivo (Transforma Minas) e criação do sistema (plataforma eletrônica) de monitoramento do PMPI. Conclusões: A promoção da integridade é um tema atual que vem sendo debatido e articulado em organizações públicas e privadas. Legislações internacionais

e nacionais antifraude, antissuborno, entre outras – em especial a Lei Anticorrupção Brasileira (12.846/2013) – estimulam as organizações a criar programas de integridade. Nesse sentido o PMPI é um instrumento importante para a administração pública, pois a sociedade demanda eficiência e qualidade na prestação de serviços e atendimento a suas inúmeras necessidades, sem abrir mão do respeito e conformidade às leis, prestação de contas e responsabilidade com a boa gestão dos recursos públicos.

Palavras-chave: *Compliance*. Integridade. Transparência. Fomento. Prevenção.

Eficiência na gestão educacional municipal: projeto “Situação nas Escolas” e os 100 indicadores para uma escola de qualidade em Ribeirão Preto – SP

Celso de Almeida Afonso Neto

Mestrando em Direito (USP)

Fábio Wendel de Souza Silva

Graduando em Direito (USP)



O presente trabalho informa sobre a criação de um método para a fiscalização da Secretaria Municipal de Educação (SME) no tocante às ações de manutenção e melhoria do espaço físico e pedagógico das instituições municipais de ensino, bem como no amparo aos servidores e estudantes vinculados. Tudo isso alicerçado no art. 37 da Constituição Federal, que prega por uma administração pública eficiente e transparente, embasando-se, então, na análise de diversas leis federais, estaduais e municipais sobre o tema, bem como leitura de especialistas em gestão escolar. Assim, após um ano de estudos e reuniões com especialistas e profissionais da educação, criou-se 100 indicadores para avaliar a qualidade das escolas administradas pela Prefeitura de Ribeirão Preto, disponibilizados para consulta no site “www.situacaodasescolas.com.br”. A inovação dessa ferramenta é a democratização do controle social, pois qualquer pessoa nutrida de conexão com a internet poderá saber a qualidade da escola em que seu filho estuda, de maneira simplificada e de fácil acesso, além de compreender quais ações a SME adota para desenvolver a qualidade do ensino na cidade. Tais indicadores estão agrupados em 10 supraindicadores, os quais estão descritos numa Cartilha Técnica disponível no site “<http://fabianoguimaraes.com/wp-content/uploads/2019/08/CARTILHA-TECNICA-SITUACAO-DAS-ESCOLAS.pdf>”, e são, especificamente, condições gerais de: 1) Segurança predial e prevenção a incêndio, 2) Gestão, manutenção e estrutura, 3) Segurança do trabalho e ergonomia, 4) Entorno da escola. 5) Acessibilidade, 6) Segurança patrimonial, 7) Adequação do quadro de professores e funcionários, 8) Atenção Psicológica e à Saúde, 9) Capacitação do Quadro de Servidores das unidades escolares, e 10) Pedagógicas. A plataforma tem suas informações atualizadas trimestralmente por meio de requerimento protocolado pelo gabinete do Vereador Fabiano Guimarães e direcionado à SME, que repassa o formulário com as perguntas e opções de resposta (“Sim”, “Não” e “Não se Aplica”) para as 107 escolas municipais. Portanto, os dados que

chegam ao site possuem presunção de veracidade. Contudo, qualquer munícipe pode discordar dessas respostas e realizar denúncias no site; a partir disso, a equipe do Vereador supracitado averigua o ocorrido. Oportuno contextualizar que a qualidade do ensino público municipal em Ribeirão Preto pouco avança nos últimos anos, *vide* os resultados do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) entre 2011 e 2017 (ano da última medição). Não obstante, mesmo o IDEB, importante mecanismo de avaliação, não é suficiente em um cenário de dificuldades também estruturais nas escolas municipais. Diante disso, o Projeto “Situação nas Escolas” e seus 100 indicadores para uma escola de qualidade surgem como uma ferramenta que concentra diversas informações em todos os âmbitos da gestão escolar, simplificando, dessa forma, a fiscalização social dos munícipes. Por fim, cabe informar que a referida plataforma recebe aprimoramento constante sobre o objeto das perguntas e na forma como estão dispostos. Desta feita, sugestões e críticas da comunidade escolar são recebidas e aplicadas para o pleno desenvolvimento de uma ferramenta eficiente, inovadora e moderna para uma boa prática da administração pública.

Palavras-chave: Gestão educacional. Controle social. Transparência. Indicadores. Inovação.

Integração na análise automatizada de risco em licitações e contratos

Henriques Moreira Turíbio

Bacharel em Ciência da Computação (IUESO)
Acadêmico de Direito (UFG)
Auditor de Controle Externo no Tribunal de Contas dos
Municípios do Estado de Goiás

Cézar Augusto Ferreira

Engenheiro de software (UFG)
Assessor Técnico no Tribunal de Contas dos
Municípios do Estado de Goiás



Com o objetivo de aumentar a eficiência das atividades de controle externo exercidas pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCMGO), foi desenvolvido uma nova plataforma para recepção e análise de dados de jurisdicionados. A plataforma contém diversas novas funcionalidades, sendo uma delas a integração de serviços para a análise automatizada de risco em licitações e contratos. A integração de serviços consiste na utilização de outras soluções desenvolvidas pelo próprio TCMGO ou por agentes externos (outros órgãos ou entidades da administração pública) para buscar evidências que possam identificar o índice de risco presente na licitação ou contrato, com isso, a análise de risco é potencializada por aproveitar serviços já implementados, não exigindo que sejam implementados exclusivamente com a finalidade de análise de risco na plataforma. A integração dos serviços é realizada no momento da inclusão de pontos de verificação a serem aplicados nos dados dos jurisdicionados. Sobre os pontos de verificação, estes são construídos de forma dinâmica, permitindo que sejam continuamente criados e evoluídos, assim, o ganho de eficiência na atividade de controle é considerável, tendo em vista que esse processo de criação e evolução passa a ser realizado com menor custo ao Tribunal, em razão do baixo nível de esforço necessário quando comparado aos métodos tradicionais de inclusão de novas verificações em sistemas de informação, além de se aproveitar serviços externos integrando-os ao serviço do TCMGO. Cabe destacar que as verificações são realizadas no momento do recebimento, sobre todos os dados recebidos, permitindo que seja calculado um índice de risco para seleção de casos em que o Tribunal atuará diretamente. Esse modelo permite que a seleção de casos não se baseie estritamente em critérios probabilísticos, permitindo que critérios não probabilísticos sejam aplicados sem prejudicar a objetividade com a qual os casos são selecionados para fiscalização. Os resultados obtidos até o momento

são satisfatórios, em vista das estimativas iniciais. Entre os mais de 100 mil envios de dados recepcionados (licitações, atos de dispensa de licitação e contratos), mais de 1 milhão de verificações foram realizadas, a partir de 25 pontos de verificação únicos, sendo 163 mil consultas a serviços externos, possibilitadas pelo modelo de integração. Essas verificações incluem: verificações junto ao cadastro da pessoa na Receita Federal do Brasil; verificação de existência de sanção administrativa aplicada por outros órgãos da Administração Pública; verificação de risco de conflitos de interesse; entre outros. Atualmente, o projeto encontra-se em fase de prospecção de serviços externos para serem integrados e consultados no momento da análise de dados. A Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527/11, em seu art. 8º, § 3º, III, prevê disponibilização de dados em formatos abertos para serem consultados por sistemas externos de forma automatizada. Assim, com a ampliação gradual de serviços disponibilizados, novos pontos de verificação serão incorporados, ampliando a capacidade da solução identificar o adequado nível de risco presente no objeto sob análise.

Palavras-chave: Análise de risco. Tribunal de contas. Controle externo. Fiscalização. Integração de sistemas.

O controle interno no Poder Legislativo – um estudo de caso da Câmara Municipal de Campinas

Bruno Barbosa de Souza Santos

Pós-graduando em Gestão Pública Municipal (Unifesp)
Controlador Geral adjunto na Câmara Municipal de Campinas-SP

Heloisa Candia Hollnagel

Doutora em Ciências (USP)
Professora do Departamento de Ciências Contábeis (Unifesp)



A implantação do sistema de controle interno de cada Poder, em todas as esferas de governo, é um mandamento constitucional e o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem firmado posicionamento em fazer cumprir essa determinação da Carta Magna, seja por meio de seus comunicados emitidos, seja nas fiscalizações realizadas aos órgãos sob sua guarda, afinal após mais de três décadas da promulgação da constituição federal de 1988, ainda há órgãos públicos que não contam com um sistema de controle interno. Em 2014 o TCE-SP apontou que dos 644 municípios fiscalizados, 193 não dispunham, ao menos, de um servidor formalmente designado para tal atividade. Com uma pesquisa descritiva e qualitativa, na modalidade estudo de caso o objetivo desse trabalho foi descrever a implementação e o funcionamento do sistema de controle interno no âmbito do Poder Legislativo de Campinas abordando a concepção teórica e normas regulamentadoras, bem como analisar sua contribuição para o aprimoramento da gestão. Os resultados encontrados nesse estudo indicam que além do atendimento a legislação e normas aplicáveis ao órgão de controle interno do Poder, é nítida sua contribuição em tornar a Administração Pública mais eficiente e transparente como demanda a sociedade. No exercício de 2018 foram propostas diversas recomendações pela Controladoria Geral, que geraram 59 planos de ação, sendo 47 melhorias implementadas no decorrer do próprio exercício, as 12 remanescentes passaram para acompanhamento no exercício de 2019. Essas atividades já culminaram em supressões de contratos, implementação de controles, identificação de não conformidade de registros nas áreas de gestão de contratos, gestão de pessoas, gestão de patrimônio, gestão de almoxarifado, com a posterior correção das inconsistências identificadas. O acompanhamento citado é realizado por meio de *software* livre (*redmine*), não gerando assim, custos para a Administração e permitindo o monitoramento on-line dos planos de ação em vigor (que contam com prazos fixados para implementação). O órgão central do sistema de controle

interno do Poder Legislativo Campineiro é formado por servidores efetivos com requisitos para ingresso graduação em ciências contábeis e pós-graduação em auditoria, a área conta com um plano anual de atividades desenhado de acordo com a força de trabalho disponível, atividades estas que são desenvolvidas e os relatórios gerados são direcionados conforme fluxograma normatizado. As recomendações para aprimoramento dos processos contidas em seus relatórios geram planos de ação para mitigar os riscos identificados, planos esses que são monitorados pelo órgão central do sistema de controle interno e periodicamente levados ao conhecimento da alta administração da Casa. Por fim, ao final de cada exercício é gerado o relatório anual da área para demonstração de todas as atividades desenvolvidas e conquistas atingidas. Nesse contexto, é possível verificar o atendimento do órgão a normatização vigente e principalmente aos anseios da sociedade, que tem o direito de contar com entidades públicas com linhas de defesas internas para zelar e contribuir com o emprego dos recursos públicos de forma transparente e eficiente.

Palavras-chave: Controle interno. Gestão pública. Poder Legislativo. Transparência. Gasto público.

Eixo 3 da ETR-Probidade (PGF/AGU): da repressão à prevenção

Bruno Félix de Almeida

Mestrando em Direito (UFC)
Procurador federal



A Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão da AGU, criou em 2016 a Equipe de Trabalho Remoto em ações de improbidade administrativa (ETR-Probidade), com a atribuição principal de análise de procedimentos de instrução prévia ao ajuizamento de ações civis públicas por improbidade administrativa, nos casos em que o ente lesado pelo ato ímprobo seja uma autarquia ou fundação pública federal representada pela PGF (159 entes). A atuação concentrada permitiu uma ampla coleção de dados capazes de identificar padrões dos atos de improbidade na administração federal indireta, possibilitando o retorno das informações como forma de prevenir futuros atos, fornecendo subsídios para gestão de risco das entidades e aprimoramento de rotinas administrativas, como também sugestões para atualizações na legislação. Tal atuação, denominada de eixo 3 se expandiu por meio de duas vertentes que corporificam uma atuação concertada da advocacia pública e dos órgãos assessorados e representados. A primeira se deu com a alteração recente da Portaria PGF n. 156/16, que passou a prever (art. 6º, XII) como atribuição expressa do integrante da equipe: “alertar a coordenação da ETR sobre identificação reiterada de vulnerabilidades em rotinas administrativas dos entes representados, sugerindo” e ao coordenador da equipe “analisar e encaminhar os alertas de vulnerabilidade e sugestões de aprimoramento de rotinas administrativas, formalizados pelos integrantes da ETR-Probidade às procuradorias federais juntos às autarquias e fundações públicas federais representadas pela PGF”. Tais mudanças incluem na rotina da atuação repressiva da improbidade, o dever de subsidiar a estratégia preventiva de promoção da probidade. A segunda vertente se corporificou por meio de atuação direta da equipe em temas revelados nos procedimentos de investigação prévia, em especial, o problema da improbidade administrativa decorrente de atos de assédio sexual. Foi criado o Grupo Estratégico de Prevenção e Combate ao assédio integrado por membros da ETR-Probidade e procuradores em exercício nas consultorias jurídicas de Instituições Federais de Ensino-IFES. Juntando a expertise do contencioso repressivo e da consultoria preventiva para desenvolver material informativo multidisciplinar, contando com a colaboração de psicólogos servidores de IFES, destinados desde o corpo discente, passando pelo pessoal técnico-administrativo e corpo docente das IFES. A iniciativa gerou projeto aprovado pela PGF/AGU sob o título: PROJETO DA AGU DE ENFRENTAMENTO DO ASSÉDIO SEXUAL

NAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR. Por meio da criação de cursos EAD, com confecção de e-books, palestras presenciais e material de divulgação multimídia para a comunidade das IFES. Tais cursos, multidisciplinares, tem o foco na prevenção dos atos, como também a identificação e tratamento de casos de assédio no interior dessas instituições, tanto na perspectiva de proteção das vítimas, como na apuração adequada da responsabilidade dos agentes públicos envolvidos. Assim, também se subsidia comissões disciplinares e consultorias jurídicas na condução de apurações disciplinares quando envolvam fatos desta natureza. Na segunda fase, será lançado um programa de fomento de tais práticas antiassédio, por meio da concessão do selo de reconhecimento das entidades que adotem um conjunto mínimo de medidas contra atos de assédio.

Palavras-chave: Defesa da probidade. Atuação preventiva. Combate ao assédio. Concertação administrativa. Advocacia pública.

PARTE IV



RESUMOS DE
COMUNICADOS
CIENTÍFICOS

Programas de integridade no Projeto de Lei 1292/95 – nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Philippe Magalhães Bezerra

Mestre em Planejamento e Políticas Públicas (UECE)



O presente resumo, fruto de uma pesquisa documental, objetiva verificar de que forma os programas de integridade ou programas de *compliance* figuraram no texto do PL 1292/95 cujo texto-base foi aprovado em junho de 2019 na Câmara dos Deputados, objetivando criar um novo marco legal no âmbito das contratações públicas nacionais, revogando a Lei 8.666/93, bem com as leis do pregão e RDC. No âmbito do direito administrativo e das contratações públicas, os programas de integridade têm aparecido cada vez mais. Podemos citar, por exemplo, a Lei 12.846/13, Lei Anticorrupção, que no artigo 7º menciona os programas de integridade como fator que deve ser levado em consideração na aplicação das sanções daquela norma. Como condição da existência dos referidos programas para que o Estado possa contratar o particular, temos as Leis 6.112/18 (Distrito Federal), 7.753/17 (Rio de Janeiro), 15.228/18 (Rio Grande do Sul) e 16.717/18 (Ceará). Como já era de se esperar, o Projeto de Lei 1292/95, que trará nossa nova Lei de Licitações, também fez referência aos programas de integridade, porém ampliou significativamente a importância dos referidos programas para quem deseja contratar com o poder público. Primeiramente a norma, para contratações de grande vulto (acima de 200 milhões), estabeleceu a obrigatoriedade de o contratado implementar um programa de integridade em 6 meses nos termos do parágrafo 4º do artigo 24. Já o artigo 58 do PL traz o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade como um dos critérios de desempate do certame licitatório. O artigo 154, por sua vez, trouxe regra muito parecida com aquela prevista na Lei 12.846/13 e estabeleceu que na aplicação das sanções da nova Lei de Licitações serão levados em consideração a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade. E, para finalizar, o parágrafo único do artigo 161, tratando da reabilitação de pessoa jurídica punida pela lei, condicionou a possibilidade de reabilitação também à implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade para alguns tipos de infrações que o próprio dispositivo menciona. Dessa maneira, percebe-se, de forma clara, que a existência de uma política interna de integridade no seio das pessoas jurídicas que pretendem manter relações com o poder público vem cada vez mais se tornando uma tônica que vai impactar consideravelmente em vários aspectos da contratação pública, desde uma condicionante à própria contratação, até o impacto em

eventuais penalidades administrativas aplicadas na execução contratual. Assim, a política de governança pública, claramente influenciada pelas premissas da governança corporativa, trouxe ao Estado a necessidade de ter um novo olhar sobre os agentes privados que com ele deseja manter relação, criando um novo paradigma nas relações do público com o privado.

Palavras-chave: Integridade. Licitações. Governança. Contratos administrativos. Compliance.

Repercussão da sustentabilidade nas contratações públicas na manutenção e custeio de serviços públicos

Antônio Flávio de Oliveira

Mestre em Direito e Políticas Públicas (UFG)



Em pesquisa no mestrado profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás, na qual se tratou da sustentabilidade nas contratações administrativas, o trabalho realizado teve como tema a sustentabilidade nas contratações administrativa, tendo hipótese norteadora que a ausência de planejamento consistente poderia levar à insustentabilidade econômica e financeira, seja em razão da ausência dotações orçamentárias suficientes para o custeio da obra ou serviço, ou por não tendo sido estimado o ingresso de recursos públicos, levando-se em conta dados históricos, faltarem recursos em caixa para os pagamentos das parcelas executadas. O resultado obtido da análise de dados empíricos foi a confirmação da hipótese aventada. Na ocasião, todavia, já se apontou, ainda que apenas de passagem, que a sustentabilidade também seria comprometida pela falta de planejamento quanto a outros aspectos na implantação de políticas públicas, que levassem em consideração a necessidade pública que se buscava atender, como a percepção social a respeito da prioridade eleita como aquela a ser realizada em primeiro lugar e, ainda, quanto ao comportamento dos dados estatísticos populacionais e econômicos relacionados com a manutenção e uso do equipamento urbano construído ou serviço implantado. O que se percebe ao analisar processos que tramitam pelas diversas esferas da Administração Pública no Brasil é que, na maioria dos casos, não são realizados estudos adequados de planejamento que visem responder acerca da necessidade e adequação da obra ou serviço público em um horizonte razoável de tempo. Tal situação tanto pode acarretar formulação de resposta à determinada necessidade pública que seja insuficiente para a solução do problema, ou demasiadamente onerosa, frente às possibilidades econômicas do ente público que deverá se responsabilizar pelo seu custeio e manutenção. Tratamento de políticas públicas, oferecendo-lhes respostas aos problemas diagnosticados, espera-se, não devem constituir em novo problema. É fundamental, antes, portanto, que sejam pensadas as ações públicas em todas as suas dimensões, de maneira que uma vez implementada, apesar de necessitarem de adequações constantes, em função da dinâmica social, não constituam, em sua essência, um novo problema. Desta maneira, é que a proposição neste trabalho se dá no sentido de que políticas públicas complexas devem ser compreendidas na inteireza de sua complexidade antes de se lhes

oferecer uma resposta definitiva, a fim de que sejam estas sustentáveis, ou seja, do mesmo modo que as contratações demandam planejamento para sua concretização sustentável, as obras e serviços delas resultantes necessitam de planejamento em nível mais elevado para que se apresentem sustentáveis frente às disponibilidades econômicas da Administração e pela evolução da percepção social quanto ao objetivo pretendido com a ação desenvolvida.

Palavras-chave: Planejamento. Dinâmica social. Sustentabilidade. Orçamento. Política pública.

O *dispute boards* e a arbitragem como novas perspectivas no procedimento licitatório

Henrique Nonato Quaresma dos Santos

Estudante de Direito (Unicap)



Dentre todos os meios extrajudiciais para a resolução de conflitos, tendo em vista a morosidade muitas vezes fatal do Poder Judiciário, o *dispute boards* e o procedimento arbitral, são, sem dúvidas, uns dos mais escolhidos como meio alternativo para a resolução de contendas, razão pela qual estão ganhando grande visibilidade e importância no cenário atual. Prova disso, pode ser encontrada na nova Lei de Licitações que está em tramite no Congresso Nacional, prevendo, expressamente, que serão cabíveis a formação de um Comitê de Resolução de Disputas para acompanhamento da execução do contrato administrativo celebrado, e a escolha pelo procedimento arbitral. Diante disso, utilizando-se do método indutivo, o artigo elaborado possui como finalidade compreender o cabimento da utilização dos meios supramencionados pela Administração Pública, compreendendo desde suas vantagens até suas desvantagens. Ao contrário do que uma leitura rápida acerca do tema pode transparecer, está consolidada a legalidade da utilização da arbitragem pela Administração Pública, fato que, frise-se, não fere o princípio da supremacia do interesse público, pelo contrário, reforça e resguarda, pois, além de uma solução célere, tempestiva e qualificada, pode também evitar um deságio social. Em suma, no presente trabalho, compreende-se que a junção da utilização desses meios só se faz recomendável e mais econômica diante de grandes empreendimentos, contratos complexos e aqueles em que o interesse social seja a principal finalidade, pois demandam um elevado custo financeiro. Nesse diapasão, ainda, é demonstrado que apesar de serem meios diversos, essas formas de resolução de conflitos não se excluem, podendo serem utilizados de forma complementar para garantir, de fato, o alcance ao interesse público, pois, repise-se, possibilitam uma resolução não só qualificada, mas tempestiva do conflito instaurado, evitando deságios econômicos e financeiros para o Estado. Em tempo, corroborando a autonomia desses meios extrajudiciais, a nova Lei de Licitações prevê ainda que poderão versar, inclusive, acerca do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, mas, conforme abordado no artigo elaborado, não poderá ser realizado com base na simples autonomia das vontades, motivo pelo qual faz-se imprescindível o respeito aos requisitos já existentes na atual Lei de Licitações que ainda está vigente, qual seja, a Lei n. 8.666/96. Por fim, conclui-se que a nova lei vem com a finalidade de desafogar o Poder Judiciário acerca das ações que versam sobre conflitos decorrentes de contratos

administrativos realizados pela Administração Pública, bem como possibilitar a resolução célere dessas intempéries.

Palavras-chave: Licitações. *Dispute boards*. Arbitragem. Administração.

Concurso público para Polícia Militar do Estado da Bahia: desdobramentos da anulação de questões por ação judicial individual

Adhemar Santos Xavier

Mestrando em Direito Justiça e Desenvolvimento (EBD)
Especialista em Direito Público com ênfase em
Direito Administrativo (Uniritter)
Advogado



Este artigo tem como objetivo analisar as consequências da interferência do Poder Judiciário na anulação de questões do concurso público para o Curso de Formação de Soldados da Polícia Militar da Bahia do ano de 2012 e suas repercussões em candidatos já incorporados à força policial, bem como a atribuição de efeito *erga omnis* de ação declaratória interposta por alguns candidatos visando a anulação de questões que exigiam conteúdo em dissonância com o edital, inclusive desprezando dispositivo previsto no edital que demandava a repercussão para todos os candidatos, sendo necessário a emissão de novo ato homologatório, com nova classificação, em virtude da aplicação de transcendência dos motivos determinantes. O estudo de natureza bibliográfica, seguiu o caminho metodológico dos procedimentos de uma pesquisa documental sobre o concurso público do Estado da Bahia, o edital, a perícia e a sentença. A prova objetiva exigiu conhecimentos divergentes do nível de escolarização exigido e não disposto no edital. Os resultados apontaram que a administração pública deveria reconhecer a nulidade após decisão judicial com trânsito em julgado e repercutir nos resultados de todos os candidatos, eis que, a homologação do resultado final estaria eivada de nulidade, no entanto ficou-se inerte diante da ilegalidade reconhecida pela justiça, inclusive fundamentada em perícia técnica, desprezando princípios constitucionais e da melhor administração pública, propiciando inúmeras ações individuais pleiteando tal anulação e reclassificação que foi feita sem as devidas correções na lista geral. Observou-se que divergências existem no entendimento de que a decisão judicial transitou em julgado após o termo final da validade do certame, não mais se poderia reverter o ato homologatório, mesmo sendo nulo.

Palavras-chave: Concurso. Questões. Legalidade. Anulação. Isonomia.

PEC 287: os impactos antes de sua aprovação

Ana Luiza da Cunha Menezes Almeida

Pós-graduada em Processo Civil (Unifor)
Bacharel em Direito (Unifor)
Assessora Jurídica na Controladoria e
Ouvidoria Geral do Estado do Ceará

Lara de Oliveira Osório Ayres

Mestre em Administração (Universidad Americana)
Especialista em Comércio Exterior (Unifor)
Auditora de Controle Interna da Controladoria e
Ouvidoria Geral do Estado do Ceará



Pretende-se analisar as proposições sobre a seguridade social brasileira através da exposição da conjuntura da Previdência Social pós-Constituição 1988; e as projeções na qual se baseia a PEC 287/16, que prevê alterações na CF, através de pesquisas bibliográficas. Apresentando os principais fatores causais dessa reforma, apontando características, estratégias e alterações. A celeuma da reforma que assombra hoje o Brasil passou outrora por algumas transformações. Talvez de forma mais discreta, por não se tratar de um pacote tão robusto que não impactaram beneficiários de várias categorias de uma única vez. Pode-se dizer que alguns direitos de outrora já não existem mais e quiçá após a aprovação da proposta da PEC 287/2016. O futuro da Previdência clama por estudos pormenorizados e atentos à interdisciplinaridade dos direitos sociais, consagrando a proteção social como fonte propulsora do desenvolvimento econômico. Não se pode simplesmente aceitar os argumentos superficiais para justificar a PEC 287/2016. Isto porque, a ausência de critérios objetivos para avaliação do impacto financeiro de propostas de reforma para tornar suas conclusões efetivamente fidedignas, afasta a legitimidade das mesmas, maculando sua presunção de veracidade, trazendo incertezas ao cerne do debate. É incontroverso que temos uma demografia que está envelhecendo e insistindo em um regime de coparticipação. Oportuno repisar que a reforma não afetará os direitos adquiridos dos beneficiários da ativa que já tenham atendidos aos critérios para aposentadoria ou pensão, todavia, aqueles beneficiários ativos que não atenderem aos requisitos mínimos e também não se enquadrarem nas regras de transição até a data da promulgação da proposta de reforma, terão que se adequar às alterações da legislação vigente, a qual afetará de forma significativa a expectativa de direito dos beneficiários ativos. Os trabalhadores rurais passarão por medidas que comprometerão a aposentadoria da maioria desses beneficiários que trabalham informalmente no campo, pois esses trabalhadores dificilmente poderão contar com uma renda fixa mensal para con-

tribuir conforme mencionado na proposta atualmente. Outro impacto significativo para os beneficiários, é que após a promulgação da PEC 287 não será mais possível o acúmulo de aposentadorias ou de aposentadoria com pensão deixada por cônjuge. A reforma também terá as regras de transição para os beneficiários ativos de ambos os regimes previdenciários, que deverão atender a dois requisitos: possuir tempo mínimo de contribuição de 35 anos para homens e 30 anos para mulheres e idade igual ou superior a 50 anos se homem e 45 anos se mulher. No Regime Próprio de Previdência Social, o beneficiário deverá ter também no mínimo 20 anos de serviço público e 5 anos no cargo para poder aderir à aposentadoria. Diante disso, a previdência, tendo em vista sua magnitude e importância social, é tema a ser acompanhado, debatido e atualizado por toda a sociedade, uma vez que implicará na supressão de garantias consolidadas. Sua dívida ativa deve ser constantemente combatida, e sua reforma deve pautar-se por rigorosos critérios que permitam o melhor regramento e justiça social. Por hora, temos que a reforma se encontra em tramitação.

Palavras-chave: Previdência Social. Reforma. PEC 287/2016. Previsão. Impactos.

Do compromisso previsto no artigo 26 da LINDB como instrumento de negociação de dívidas e a ordem cronológica dos pagamentos na Administração Pública: propostas para a eficiência na gestão dos recursos públicos

Gustavo Silva Gusmão dos Santos

Pós-graduado em Ciências Jurídicas
(Universidade Cândido Mendes/Instituto a Vez do Mestre)
Especialista em Gestão Pública Municipal (ECG)
Advogado na Prefeitura Municipal de Macaé-RJ



O presente trabalho tem como objetivo analisar o compromisso previsto no artigo 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro como instrumento de composição aplicável à negociação de dívidas da Administração Pública junto a fornecedores de bens e prestadores de obras e serviços. Trata-se de novel instrumento jurídico hábil ao gestor público que busca corrigir irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa relacionada à aplicação do direito público junto a terceiros, prestigiando-se a autocomposição no âmbito da Administração Pública, na medida em que permite às partes interessadas (de um lado, a Administração e, de outro lado, o particular) promover, em comum acordo, a solução do conflito de interesses. Trata-se de instrumento jurídico que vai ao encontro da Administração Pública contemporânea, na qual a burocracia e a atuação por meio de atos administrativos unilaterais dão lugar à eficiência, cuja participação do administrado no desenvolvimento das atividades administrativas pode resultar na satisfação do interesse público de forma mais célere e mais vantajosa. De outro lado, a lei condiciona o pagamento de obrigações contraídas pela Administração Pública decorrentes do fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços à ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo relevantes razões de interesse público, de forma prévia e motivada pelo gestor. Nesse sentido, o compromisso se apresenta como instrumento adequado para tanto, na medida em que as suas características e requisitos se coadunam com as exigências da Lei de Licitações no tocante à excepcionalidade à ordem cronológica de pagamentos, permitindo ao gestor público se valer da nova figura jurídica para negociar dívidas da Administração Pública com seus fornecedores, de forma eficiente e revestido de segurança jurídica para ambas as partes. Em um cenário em que se vislumbra de um lado uma crise fiscal sem precedentes, e de outro lado a existência de dívidas decorrentes de fornecimento de bens ou da prestação de obras

e serviços à Administração Pública, a formulação de proposta de desconto para pagamento se apresenta como proposta plausível a justificar a excepcionalidade à ordem cronológica de pagamentos, podendo ser perfeitamente formalizado por intermédio da celebração do compromisso previsto no artigo 26 da LINDB. Através de pesquisa bibliográfica, notadamente da legislação de regência e do estudo comparado da doutrina de direito administrativo, além da jurisprudência dos tribunais sobre o tema, conclui-se que o compromisso se revela como ferramenta de eficiência na gestão dos recursos públicos, permitindo a negociação de dívidas da Administração Pública, sem prejuízo à ordem cronológica dos pagamentos da Administração Pública.

Palavras-chave: LINDB. Compromisso. Negociação. Dívidas. Pagamento.

A reforma trabalhista de 2017 como fato do princípio ensejador de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo

Bruno Dourado Bertotto Martins

Pós-graduando lato sensu em MBA em
Gestão Pública (Universidade Cruzeiro do Sul)
Bacharel em Direito (UFGD)

Antônio Zeferino da Silva Júnior

Mestrado em Direito Processual e Cidadania (Unipar)
Pós-Graduação em Direito Público
(Faculdade Professor Damásio de Jesus)
Professor (UFGD)



O presente estudo busca firmar tese identificando a reforma trabalhista de 2017, nomeadamente a Lei 13.467/2017, como fato do princípio criado pelo poder público federal ensejador de revisão de contrato administrativo em consecução do reequilíbrio econômico-financeiro. Essa mudança legislativa incluiu, por meio do artigo 611-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, a prevalência do acordo coletivo, bem como da convenção coletiva, sobre a lei em determinadas pautas remuneratórias, possibilitando majoração ou minoração acentuada dos gastos salariais e outros despendidos por empresa contratada pela administração para execução de determinada avença administrativa. Para além do fato do princípio intimamente ligado a entrada em vigência de referida norma, a redação do dispositivo incluído possibilita a criação de outros fatos do princípio equiparados, os quais sejam novos acordos coletivos e convenções coletivas, ou até mesmo dissídios coletivos, diante do poder normativo daquela justiça especializada. Tal concepção rompe com a jurisprudência, até aqui prevalente, de somente autorizar o instituto do reajuste contratual, não de reequilíbrio econômico-financeiro por meio da revisão de contratos administrativos para correções salariais advindas de normas coletivas do trabalho. Impondo-se perceber que o posicionamento jurisprudencial aplicado foi inicialmente tomado em momento anterior a edição e entrada em vigor da lei ora escrutinada. Para o alcance da conclusão esculpida, desde o título da corrente pesquisa, realizou-se uma abordagem doutrinária ampla, bem como multidisciplinar, analisando, ainda, as razões determinantes para que os tribunais pátrios viessem concebendo ser devido apenas reajustes, que não revisionais, dos contratos administrativos quando a oneração posterior fosse determinada por correções salariais da mão-de-obra arcada pelo contratado pela administração. O olhar adotado busca ser bastante crítico. Avançando sobre

a matéria, o obrado traz uma solução propositiva, para uma evolução jurisprudencial que entenda pela permissividade da recomposição contratual em casos de mudanças remuneratórias advindas de normas convencionais do trabalho, que impactem os preços contratados, em resguardo da administração pública, bem como do particular.

Palavras-chave: Reforma. Trabalhista. Reequilíbrio. Contratos. Administrativos.

Os programas de integridade como instrumento de combate à corrupção

Dalila Martins Viol

Mestranda em Administração Pública (FJP-MG)

Marcus Vinicius Gonçalves da Cruz

Pós-doutor em Sociologia (Universidade do Porto)

Professor no Programa de Mestrado (FJP-MG)



A corrupção é fenômeno multifacetado, de incidência mundial, cujos efeitos mobilizam estratégias para seu controle e prevenção. Este trabalho tem como pressuposto que os programas de integridade são tidos como a forma contemporânea mais eficaz de enfrentamento à corrupção, conforme defendem organismos mundialmente relevantes como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Recentemente, no Brasil, esses têm se multiplicado tanto nas organizações privadas como nas públicas, sendo mais conhecidos como *compliance* nas primeiras. O objetivo do presente trabalho é refletir em qual perspectiva de enfrentamento à corrupção se inserem os programas de integridade, seus conceitos e a sua institucionalização. O trabalho se justifica, pois, em investigação da produção acadêmica nacional constatou-se que há lacunas relacionadas aos estudos sobre controle interno, corrupção e programas de integridade. Ademais, o tema é contemporâneo e relevante, especialmente porque as organizações têm investido recursos na implantação dos mesmos, em um contexto de contingência, sendo, portanto, essencial que a academia se dedique ao estudo técnico desse instrumento a fim de desvendá-lo. Metodologicamente realizou-se a opção pela pesquisa qualitativa, por meio de estudo de casos, com suporte na legislação, no levantamento sistemático da literatura e de fontes secundárias. Em relação às perspectivas sobre a corrupção conclui-se que há duas dominantes: a primeira, prevalecte até os anos 1990, baseada na noção de modernização e centrada no conceito weberiano de patrimonialismo; a segunda, hoje hegemônica, que se relaciona a teoria da escolha pública, advinda da nova economia institucional e que tem o *rent-seeking* como o principal conceito. Porém, uma terceira vertente teórica vem ganhando força no debate público recente, a republicana, que apresenta como resposta à corrupção o reforço das condutas em conformidade e, subsidiariamente, a punição das irregularidades. Os achados da pesquisa revelam que os programas de integridades estão inseridos na perspectiva republicana; que o conceito de programa de integridade privado adotado pelos entes federativos repete o do Decreto federal n. 8.420/2015 e que o conceito de programa de integridade público ainda é fluido; que os

fluxos de difusão, além da busca pelo cumprimento da legislação, nas organizações privadas se mostram relacionados com o proveito econômico e nas públicas com a busca por legitimidade; derradeiramente, que esses estão em estágio de pré-institucionalização no país, ou seja, estão em fase de habitualização nas organizações. Conforme a Teoria do Novo Institucionalismo esse estágio é caracterizado pela a geração de novos arranjos estruturais em resposta a problemas organizacionais específicos, bem como a conversão de tais arranjos em formalização de políticas. Conclui-se que para alcançar resultados positivos em relação à corrupção é necessário que os programas de integridade avancem para além do estágio atual, superando a formalização por meio da implementação de práticas e mecanismos que promovam a assimilação da cultura de integridade pelos membros da organização. Os achados da pesquisa colaboram com a discussão técnica e propositiva relacionada à corrupção no país. Por fim, sugere-se que novos estudos continuem analisando a institucionalização dos programas de integridade a fim de verificar a evolução e efetividade do instrumento no Brasil.

Palavras-chave: Corrupção. Programas de integridade. Programas de *compliance*. Administração Pública. Institucionalismo.

A aplicação da teoria dos precedentes pelo Tribunal de Contas da União e as alterações da LINDB

Fernanda de Moura Ribeiro Nunes

Mestre em Direito e Políticas Públicas (UFG)



A pesquisa realizada avaliou se o Tribunal de Contas da União (TCU) utiliza suas decisões como precedentes em matéria de licitações e contratos para o julgamento de casos análogos, utilizando-se como parâmetro exemplos de cláusulas restritivas ao caráter competitivo de licitações de obras públicas. As decisões do TCU podem conferir ao gestor público uma fonte importante de conhecimento para a tomada de decisões, funcionando como instrumento de indução de boas práticas, evitando a ocorrência de irregularidades. Entretanto, o TCU emite um amplo volume de orientações sobre licitações e contratos administrativos, o que pode gerar dificuldades interpretativas aos seus jurisdicionados. A Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica) que modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) chancelou a necessidade de proteção à segurança jurídica em sede de pronunciamentos administrativos, com o objetivo de aprimorar a qualidade decisória dos órgãos administrativos, inclusive os de controle, definindo balizas de interpretação e aplicação de normas sobre a gestão pública. A investigação foi realizada com suporte em pesquisa bibliográfica e documental, com o levantamento qualitativo e quantitativo de decisões emanadas do TCU, com coleta e análise via *internet*. Partiu-se do pressuposto de que precedente para o TCU refere-se a uma decisão anterior citada pelo órgão em uma de suas próprias decisões. O estudo não é exaustivo, uma vez que o manejo de precedentes pelo TCU envolve variáveis que não foram consideradas, como as características dos Ministros, seu papel e a origem política de alguns deles, a forma de deliberação e argumentação. Também foi dispensada a análise da estrutura institucional do TCU e o desenvolvimento da instrução de seus processos, pois são dados facilmente encontrados em seu *site*. A base de acórdãos do TCU é disponibilizada de forma completa e em seu inteiro teor desde 1992. Entretanto, a mera análise das ementas das decisões não permitiu a verificação das cláusulas restritivas escolhidas, de maneira que a pesquisa precisou ser complementada com a consulta e leitura do inteiro teor da decisão. Após análise de 132 decisões, verificou-se que o TCU ainda não incorporou o sistema de precedentes em suas decisões. Apenas pela verificação das remissões a outros julgados, é que se chegou à totalidade das decisões buscadas. O precedente é citado pelo órgão sem analogia fática com o caso anterior, bastando-lhe uma semelhança

teórica no que tange a um parágrafo. Isso pode ensejar a aplicação de reprimendas que desatendam aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Tendo em vista que a jurisprudência do TCU ainda encontra-se dispersa, foi feita análise crítico-propositiva no sentido de que o TCU tenha duas agendas: uma visando à superação de fragilidades históricas, como a necessidade de consolidação de jurisprudência e aprimoramento e harmonização de processualística à luz da LINDB (que deve ser típica e autônoma), e, outra focada na incorporação de novas tecnologias à rotina de trabalho, com possível convênio com o Superior Tribunal de Justiça (STJ) para o aprimoramento de seu serviço de jurisprudência e indexação de seus acórdãos, a bem da segurança jurídica.

Palavras-chave: Precedentes. Administração Pública. LINDB. Tribunal de Contas da União. Segurança jurídica.

A economia comportamental como mecanismo de aprimoramento da gestão das empresas estatais

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves

Doutor e mestre em Direito (UFPR)



A economia comportamental vem se estabelecendo desde os anos 1980 como uma vertente econômica que incorpora elementos da psicologia para melhor compreender a atuação das pessoas. A compreensão que o ser humano adota atalhos para tomar decisões (heurísticas) e que comete erros sistematicamente (vieses) contribui para o melhoramento da previsão dos comportamentos. No mesmo sentido, a noção de *nudge*, trazida por Cass Sunstein e Richard Thaler, pode ser utilizada para o aperfeiçoamento da gestão das sociedades estatais. Compreender a atuação dos agentes que atuam em referidas sociedades, elaborar programas que estimulem o comportamento adequado por tais agentes e que desestimulem desvios de conduta se torna mais factível com o auxílio das ferramentas trazidas pela economia comportamental. O método utilizado foi o dedutivo, a partir da leitura de obras nacionais e estrangeiras que dizem respeito à economia comportamental, à atuação dos agentes e às estruturas de governança em sociedades que contam com o controle estatal. A conclusão foi de que o direito precisa da contribuição da economia comportamental, não como substituta da ordem jurídica, mas como uma via complementar para o aperfeiçoamento da gestão das sociedades estatais.

Palavras-chave: Heurísticas. Vieses. Economia comportamental. Sociedades estatais. Eficiência.

O direito administrativo sanitário e os desafios da assistência farmacêutica no Brasil

Jordão Horácio da Silva Lima

Doutor em Saúde Global e Sustentabilidade (USP)
Mestre em Saúde Global e Diplomacia da Saúde (Fiocruz)
Professor assistente (Faculdade Evangélica Raízes de Direito)
Professor da Pós-Graduação de Direito Médico e
Proteção Jurídica Aplicada à Saúde (Ipog)

Daniel dos Santos Rodrigues

Doutorando em Direito (UFMG)
Mestre em Direitos Humanos (UFG)
Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Minas Gerais



O direito da saúde pública apresenta-se peremptoriamente imbricado ao direito administrativo, porque se trata de disciplina normativa que se caracteriza pelo preenchimento dos princípios básicos da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público. Diante do fenômeno da judicialização da saúde, que envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, que vão muito além de seu componente jurídico e de gestão de serviços públicos, já há manifestação doutrinária mencionando um novo campo de conhecimento, o direito administrativo sanitário, concentrado na análise dos vínculos entre acesso à justiça e o papel do Estado na efetividade do direito à saúde. Nesse contexto, objetivou-se discutir e refletir acerca dos desafios e das contribuições da legislação e das doutrinas administrativista e constitucionalista na efetivação do direito constitucional à saúde, em especial no que se refere à assistência farmacêutica integral. Metodologia: foram realizadas uma pesquisa exploratória e uma revisão (bibliográfica) de artigos e decisões judiciais mais recentes concernentes ao fornecimento judicial de tecnologias para doenças raras e ultrarraras. Resultados: analisando-se os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, depreende-se ainda certa alienação da corte com relação à estrutura normativa do SUS, o que vem permitindo o uso sistemático do Judiciário como uma porta “paralela” de incorporação de tecnologias. Conclusão: para se contornar tal problema concluiu-se pela necessidade de se aprofundar a compreensão das teorias dos diálogos institucionais por parte dos atores do sistema de justiça, de um lado, e pelo uso dos contratos administrativos de compartilhamento de risco, por outro.

Palavras-chave: Direito administrativo sanitário. Assistência farmacêutica. Judicialização da saúde. Diálogos institucionais.

Concepções e esclarecimentos sobre a revogação parcial do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992 frente ao artigo 28 da Lei n. 13.655/2018

Wellison Muchiutti Hernandez

Professor universitário com Especialidade em Direito Público com ênfase em Gestão Pública (Complexo Damásio de Jesus)
Ex-conselheiro tutelar de Sidrolândia-MS (2010-2013)
Vice-prefeito da cidade de Sidrolândia-MS (2017-2020)



Com a entrada em vigor da Lei n. 13.655/2018 mais especificamente o artigo 28, que traz em seu bojo elementos como “erro grosseiro” e “dolo”, este revoga parcialmente o artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, que traz os elementos “culpa” e “dolo”. Mesmo que aqui defendida a tese da inconstitucionalidade da modalidade culposa no ato de improbidade administrativa, também defendida a revogação do artigo, esboçando o histórico da evolução da matéria no Brasil. A demanda importante referente a dúplici interpretação, podem trazer inúmeros prejuízos para quem sofrer tal imposição em demanda judicial, pelo fato de ser uma interpretação muito subjetiva, deixando um lastro para discricionariedade judicial, gerando prejuízos para uma futura contratação pública ou mesmo candidatura, bem como sua imagem diante a sociedade. A forma mais correta da aplicação da Lei de Improbidade, que desde seu nascedouro já vem sendo questionada, seria o dolo, simplesmente essa conduta que deveria ser feita, ter um fato determinado transcrito em lei, e não por culpa, nem mesmo erro grosseiro. Aplicar a subjetividade desses requisitos, demanda muita cautela, em que processos extensos e complexos, que perpetuam no judiciário, sejam julgados proforma, retirando algo importante da vida das pessoas. O debate cinge-se por essa contradição de aplicações obsoletas do Poder Judiciário, sendo usado no presente artigo, inúmeros autores de grande conhecimento sobre a matéria, para uma futura alteração no artigo 10 da Lei n. 8429/92. Explicação teóricas e práticas sobre o tema principalmente quando se trata da culpa na matéria de improbidade administrativa com a alteração da LINDB.

Palavra-chave: Direito administrativo. Culpa. Erro grosseiro. Dolo. Improbidade administrativa.

A inobservância do dever de acessibilidade como ato de improbidade administrativa

Ana Laura de Freitas Rego

Pós-graduanda em Direito Eleitoral (PUC-MG)
Advogada

Rebeca de Souza Barbalho

Pós-graduanda em Direito Administrativo (UFRN)
Advogada



O presente ensaio tem por objetivo analisar a inclusão feita pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na Lei de Improbidade Administrativa. Nesse âmbito, especificadamente sobre a inobservância do dever de acessibilidade como ato de improbidade administrativa. A Constituição Federal Brasileira preconiza a dignidade da pessoa humana e igualdade, sem distinção de qualquer natureza, sendo o direito à acessibilidade intrínseco a estes. Diante desse direito fundamental que deve ser tutelado pelo Estado, será averiguado o instituto da acessibilidade, sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, no qual se observará a ausência de efetividade dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência; Outrossim, examinará o tratamento jurídico conferido as pessoas com deficiência e em seguida verificar-se-á o ato de improbidade administrativa e a responsabilidade estatal pelo não cumprimento dos deveres constitucionais, ensejando à conduta a tipificação como ato de improbidade administrativa dos agentes públicos que inobservarem dolosamente o direito à acessibilidade. Portanto, chegou-se à conclusão que apesar dos avanços no arcabouço normativo no que tange a pessoa com deficiência, o Brasil ainda precisa evoluir para alcançar os objetivos dispostos no Estatuto da Pessoa com Deficiência e permitir o exercício da cidadania em sua máxima efetividade e o novo dispositivo no artigo 11 da L.I.A, é um instrumento que fortifica o dever de observância do direito à acessibilidade, com punições expressivas ao praticante. Utilizou-se para a persecução dos objetivos delineados a metodologia qualitativa, com método dedutivo, para a obtenção dos objetivos delineados, análise bibliográfica, de disposições normativas atinentes ao tema e documental.

Palavras-chave: Acessibilidade. Igualdade. Dignidade humana. Direito fundamental. Improbidade administrativa.

Parâmetros para aplicação do controle de convencionalidade dos tratados de direitos humanos da OIT no Brasil

Bruna Nubiato Oliveira

Graduanda do curso de Direito (UCDB)

Maucir Pauletti

Doutorando e mestre em Desenvolvimento Local (UCDB)

Professor do curso de Direito (UCDB)



A presente tese científica revela-se na primazia de expor a conjuntura dos direitos sociais dos trabalhadores sob a perspectiva do controle de convencionalidade, no que tange a efetividade dos tratados de direitos humanos da Organização Internacional do Trabalho no Brasil. A totalidade da legislação brasileira é condicionada a passar pelo crivo dos tratados internacionais pelos quais é signatário. O controle de convencionalidade é em sua essência um mecanismo de compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados. Deve-se observar a adequação dos dispositivos infraconstitucionais aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil, possuindo, portanto, uma parametricidade específica. As tratativas do controle de constitucionalidade serão abordadas como forma de proteção aos direitos trabalhistas, verificando-se, especialmente, a supressão de direitos a que revela a reforma trabalhista de 2017. Concerne na vedação de retrocessos analisando o chamado “pendulo democrático”, tendo como parâmetro as convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho, que completa seu centenário no ano de 2019. O presente trabalho foi desenvolvido por uma metodologia dedutivo-analítica sendo que a exposição científica em tela, será explanada em uma conjuntura fundada na primazia humana, digna e democrática. Ao explanar cada uma das tratativas, propõe-se instruir a sociedade acerca da efetividade e relevância no que tange os parâmetros internacionais, para que se fortaleça os direitos adquiridos e garantidos em âmbito nacional e internacional.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Organização Internacional do Trabalho. Direitos fundamentais. Efeito pêndulo. Reforma trabalhista.

Contratação temporária de professores substitutos – a problemática da “sucessividade” e o dilema das pequenas unidades administrativas

Eduardo dos Santos Dionizio

Especialista em Direito Processual Civil (Unisc)
Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
Advogado



O provimento de cargos e empregos públicos está sujeito, em regra, ao princípio do concurso público. Tal mandamento, albergado no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal não deixa margem para interpretações diversas, porquanto corolário com os princípios insculpidos no caput do mesmo dispositivo e com a intenção do constituinte em assegurar a universalização do acesso a cargos públicos. Exceção à regra guarda lugar no IX do mesmo artigo da Magna Carta ao permitir que, de acordo com o estabelecido em lei, poderão ocorrer contratações por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Tal instituto tem sido muito utilizado por todos os entes federados como forma de suprir necessidades temporárias de excepcional interesse público em vagas que não podem ser supridas por meio do concurso público. Com base na doutrina administrativista, pretende-se no presente trabalho demonstrar que referida norma constitucional remete à lei o estabelecimento dos casos em que se autorizem os contratos por tempo determinado, o quantitativo de pessoal e o prazo do vínculo de natureza precária. Dar-se-á ênfase à problemática das contratações sucessivas, para tanto, buscou-se além do amparo doutrinário, o entendimento de alguns Tribunais de Contas brasileiros e dos Tribunais Superiores, em que as jurisprudências caminham no sentido de obstar a renovação de contratos temporários com a mesma pessoa, ainda que o vínculo tenha se estabelecido mediante a realização de processo seletivo simplificado. Não está a se propor a relativização da regra do concurso para fins de acesso a cargos públicos, muito pelo contrário, é também objetivo do presente estudo trazer à baila o dilema vivenciado pelos pequenos Municípios brasileiros – quando adotam a contratação temporária de professores – em que a escassez de mão de obra qualificada tem dificultado a oferta de um ensino público de qualidade, haja vista que, mesmo que melhor qualificado, o profissional anteriormente contratado tem sido excluído da eventual futura contratação. Sem intenção de esgotar o tema, pretende-se demonstrar que, independentemente de quem seja a pessoa a ser contratada temporariamente, oriunda ou não de vínculos anteriores, concluir-se-á que, respeitada a regra do concurso público para provimento de cargos vagos, para as necessidades temporárias e excepcionais, a realização de seleção

simplificada, contempla os princípios da impessoalidade e da moralidade, bem como é capaz de assegurar o ingresso de profissionais melhor qualificados para o atendimento do interesse público, independentemente se oriundas de contratações anteriores. Dada a complexidade que envolve o tema, o que se espera é que o presente estudo sirva de reflexão no sentido de ampliar o debate em torno da problemática das contratações sucessivas do mesmo agente e a realidade enfrentada pelos pequenos Municípios brasileiros.

Palavras-chaves: Concurso público. Contratação temporária de professores. Processo seletivo. Impessoalidade. Moralidade.

Administração Pública e o novo regime fiscal: eficiência ou morte

Paulo Tadeu Moreira Saldanha

Especialista em Direito Administrativo (IDP)
Secretário de Administração, Orçamento e Finanças do TRE-DF



Um cenário fiscal falimentar, uma máquina inchada e ineficiente somados a uma revolução tecnológica de proporção igual ou maior à revolução industrial convidam a Administração Pública a sair de seu estado de letargia em busca de um redesenho que lhe conduza à eficiência. O presente artigo intenta analisar o novo regime fiscal e seus impactos numa Administração Pública impregnada de práticas patrimonialistas e burocráticas. Objetiva, ademais, demonstrar que, dadas as seguidas reduções na capacidade de custeio da administração, a eficiência deverá sair da gélida retórica legal e se concretizar em cada agir dos administradores como forma de evitar a completa paralisia da máquina administrativa. Para tanto, dissecam-se o novo regime fiscal, detalha-se o elevado peso da folha de pessoal no orçamento dos órgãos da administração, são analisados os estágios da Administração Pública e apontadas rotinas ainda hoje vigentes que precisam ser melhoradas, porquanto ainda marcadas pelo patrimonialismo. Destarte, verifica-se que, se de um lado o teto dos gastos necessita ser revisto por possuir potencial de passar de antídoto a veneno, de outro lado, há vasto campo de melhorias que precisam ser implementadas na gestão pública como medida necessária a torná-la eficiente e racional. Por fim, constata-se que a inércia do gestor público em adotar medidas capazes de fazer brotar a eficiência, aproveitando-se das oportunidades que os períodos de crises criam e da enormidade de avanços tecnológicos disponíveis aos administradores mais proficientes, tende a conduzir a administração à paralisia de seus serviços e a redução da máquina pública sem o necessário planejamento o que, por consequência, levará ainda mais sofrimento às classes menos favorecidas e, por isso, mais dependentes dos serviços públicos.

Palavras-chave: Orçamento. Novo regime fiscal. Eficiência. Administração Pública. Avanços tecnológicos.

Evolução do planejamento no macroprocesso de contratações públicas

Leandro de Souza Alcântara

Pós-graduado em Direito (ESMA-DF)
Profissional Nível Médio Suporte (Eletronorte)



O objetivo deste trabalho é apresentar a evolução do planejamento como vetor da atuação da administração pública, trazendo dados estatísticos, informações do momento e contexto histórico da sociedade brasileira dos períodos desde a instituição do *planejamento* como princípio geral da administração pública pelo Decreto-Lei 200/1967 até como fase propriamente dita do *macroprocesso de contratação pública* em Instruções Normativas da Administração Pública Federal e jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Faz-se um apanhado das principais reformas administrativas brasileiras ocorridas durante o período republicano, em que o planejamento tenha sido previsto direta ou indiretamente, para fundamentar e distinguir os períodos, bem como a comparação das normas, jurisprudências (tanto provenientes de estudos e levantamentos quanto de julgamento propriamente ditos) e doutrina, vigentes até os dias de hoje e aplicáveis a diferentes setores (órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos diferentes níveis da federação) ou natureza do objeto da contratação (obras públicas ou serviços de engenharia de alta complexidade, equipamentos de informática, aquisição de bens, materiais ou serviços comuns) para ampliar o escopo de observação e da experimentação para robustecer a conclusão deste artigo. Sendo assim, o presente trabalho científico, realizado à luz do método dedutivo, sugere olhar crítico sobre a importância do planejamento sobre a contratação pública desde a verificação da necessidade até o encerramento da vigência contratual, como um fim em si mesmo, como forma de contornar a cultura muitas vezes fisiologista do gestor público que precisa caminhar no sentido de satisfazer dos projetos e interesses públicos.

Palavras-chave: Contratação pública. Planejamento. Reforma do aparelho do Estado. Modelo gerencial. Gestor público.

O marco regulatório do saneamento no Brasil e o impacto nas políticas de saneamento dos municípios da região norte de Santa Catarina

Daniel Wagner Heinig

Mestrando em Planejamento e Governança Pública (UTFPR)

Ana Paula Myszczyk

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental (PUC-PR)



A Lei Federal 11.445/2007, conhecida como o Marco Regulatório do Saneamento Básico, trouxe importantes avanços na política de saneamento nacional. Além de definir normas gerais, conferiu atribuições pontuais aos municípios, titulares dos serviços, dentre elas a necessidade de instituição de políticas e planos municipais de saneamento, e a obrigatoriedade de criação de órgãos colegiados que permitissem a participação e o controle sociais. Não obstante, também estabeleceu diversos princípios norteadores às políticas do setor, com destaque ao princípio da universalização dos serviços de saneamento. A presente pesquisa, tida como descritiva, bibliográfica e documental, buscou verificar que impactos a norma federal trouxe às políticas de saneamento dos nove municípios do norte de Santa Catarina. O objetivo foi averiguar se os municípios instituíram suas políticas e planos de saneamento, bem como se criaram os respectivos conselhos municipais. Ainda, buscou avaliar, através de dados disponíveis no Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), os avanços na universalização dos serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto nos respectivos municípios. Os resultados apontaram que os municípios instituíram as políticas e planos municipais dentro do prazo estabelecido, e criaram os respectivos conselhos municipais, muito embora em alguns deles a participação e controle social das políticas de saneamento ainda não se tornaram realidades. Por outro lado, os indicadores analisados apontaram que na década seguinte à norma foram registrados importantes avanços na universalização do abastecimento de água. Entretanto, no que se refere aos serviços de coleta e tratamento de esgoto, os percentuais de atendimento permanecem abaixo da média nacional.

Palavras-chave: Políticas de saneamento. Lei Federal 11.445/07. Plano municipal de saneamento. Controle social. Universalização dos serviços.

Ação popular e o controle social exercido pelos Tribunais de Contas

Luiz Gustavo de Oliveira Vieira

Mestrando em Direito (Universidade Nove de Julho)
Agente de Fiscalização do Tribunal de Contas do Município de São Paulo



O presente artigo tem por objetivo propor um estudo comparativo entre a ação popular e a representação perante os tribunais de contas brasileiros, ambos mecanismos de controle social da Administração Pública. São apresentadas as principais características dos institutos, com destaque para o fato de a ação popular ser um procedimento judicial. Diante do afogamento do Poder Judiciário, mormente em virtude do elevado número de processos pendentes de julgamento, a representação que pode ser feita perante os tribunais de contas é uma alternativa viável para que os integrantes da sociedade exerçam o controle do patrimônio público. Esta última via de controle se opera no âmbito administrativo que, além de colaborar no sentido de desafogar a instância judicial, é amplamente acessível. Ademais, os tribunais de contas são instituições especializadas, com corpo técnico capacitado na realização de auditorias e que realiza procedimentos específicos para enfrentar as questões relacionadas à gestão do patrimônio público e dos interesses da coletividade. É diferente do que ocorre no âmbito do processo judicial, no qual o julgador não é especialista em uma área do conhecimento específica. Para este estudo, empregaram-se os métodos comparativo e indutivo. Primeiramente, foram confrontadas as peculiaridades da ação popular e da representação junto aos tribunais de contas. Destacadas e delineadas as características de cada um dos procedimentos, chegou-se à conclusão genérica de que a via dos tribunais de contas é uma via de ação que deve ser levada em consideração por aqueles que almejam exercer o controle da Administração. Como resultado da pesquisa, foi possível identificar na atuação dos tribunais de contas uma via de controle potencialmente mais técnica, barata e adequada para a fiscalização dos atos do poder público que pode produzir resultados satisfatórios à coletividade. Além de poder trazer resultados para a gestão pública, pode colaborar para solucionar a questão do paradigma da eficiência do Poder Judiciário, reduzindo o número de processos e dando soluções que efetivamente podem modificar uma realidade.

Palavras-chave: Fiscalização. Controle social. Ação popular. Tribunais de Contas. Eficiência.

O lobby como facilitador da decisão pública satisfatória

Gustavo Martinelli

Mestrando em Direito (PUC-PR)
Membro do Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas e
Desenvolvimento Humano (PUC-PR)
Advogado



O trabalho investiga a participação dos lobbies enquanto fornecedores de informação valiosa para o gestor público. Valendo-se da teoria da “racionalidade limitada dos agentes econômicos”, elaborada por Herbert Simon, parte-se do pressuposto de que os *policy makers* não possuem dados suficientemente completos e verdadeiros para fazer a escolha mais satisfatória ao interesse público. Por esse motivo, estariam dispostos a serem influenciados por especialistas interessados na decisão pública a ser tomada. Nesse contexto de lacuna informacional, emergem-se grupos de pressão com intuito de promover uma comunicação estratégica para influenciar os poderes públicos constituídos e legitimados para tomar decisões. Tem-se aí o *lobbying*. Em que pese o estigma social que a ideia carrega, usualmente associada ao crime de tráfico de influência e à corrupção ativa, fazer lobby não passa de um procedimento planejado de colheita e distribuição de informações, a fim de melhor instruir os tomadores de decisões. Com efeito, dentre as principais técnicas lícitas para influenciar os agentes públicos estão (i) o financiamento de *surveys* e pesquisas públicas, a fim de colher dados anteriormente ignorados; (ii) a criação de *think tanks*, destinados a elaborar e promover argumentos científicos que reforcem a tese defendida; bem como (iii) a publicação de *white papers*, documentos redigidos com o intuito de formalizar os resultados e dados encontrados. Embora haja uma tendência pressuposta em produzir resultados de pesquisas parciais e maculados pelo conflito de interesses, em ambientes de decisão incerta e variável – como é o caso das decisões políticas – é natural o surgimento de grupos concorrentes. Esses, por sua vez, geram dados mais qualificados que os anteriormente produzidos, na tentativa de obter a atenção do gestor público em detrimento dos demais. Nesse cenário de intensa competitividade entre lobbies, somado ao conjunto de ferramentas de comunicação que auxiliam e informam o decisor político, o maior beneficiário é o interesse público, agraciado pela cacofonia democrática de interesses que em muito contribui para a escolha administrativa. Lastreado pelo método dedutivo e facilitado pela revisão de literatura, conclui-se que a abertura do diálogo entre decisores públicos e entes privados propicia um espaço para que lobbies de interesses antagônicos disputem pelo fornecimento de informações mais completas e bem tratadas. Tendo em vista a racionalidade limitada dos agentes

econômicos, lobbies devem ser bem-vindos enquanto auxiliares da formação de escolhas públicas mais satisfatória, capacitando os decisores a considerarem os custos, benefícios e externalidades das decisões tomadas.

Palavras-chave: Lobby. Gestor público. Escolha pública. Racionalidade limitada. Direito administrativo.

O termo de compromisso do art. 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente

Luiz Antônio Freitas de Almeida

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas (Universidade de Lisboa)
Mestre e especialista em Direitos Fundamentais (Universidade de Lisboa)
Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso do Sul.



O art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) trouxe a possibilidade de celebração do termo de compromisso para resolver irregularidade, incerteza jurídica e solucionar questão administrativamente contenciosa. Consagra-se um espaço de consensualidade em conformidade com várias ondas de alteração de paradigmas no Direito Administrativo, em decorrência de um mercado globalizado e a fragmentação da soberania trazida pela submissão estatal a agendas ditadas por instituições supranacionais, em um cenário em que jogam inúmeros interesses em conflito. O artigo apresentado, a par de situar sua introdução dentro desse contexto de multipolaridade de interesses, pretende examinar as possibilidades de celebração do compromisso, as formalidades exigidas na lei e no seu regulamento, inclusive com a apresentação de ideias para interpretar o conceito jurídico indeterminado que condiciona o compromisso – a satisfação de interesse geral relevante. Depois, objetiva-se examinar a possibilidade jurídica de, ao formalizar o compromisso, deixar de paralisar atividades potencialmente poluidoras sem licença ambiental dentro do contexto de proteção constitucional ao meio ambiente. Nesse compasso, há alguma comparação ao termo de ajustamento de conduta, previsto no art. 5º, §6º, da Lei n. 7.347/85, e ao termo de compromisso ambiental, tratado no art. 79-A da Lei n. 9.605/98. O método utilizado é o dogmático ou técnico-jurídico, com recurso aos textos e diálogo com a doutrina. As conclusões principais são as seguintes: a) O art. 26 da LINDB confere um novo regime jurídico geral permissivo à realização de acordos administrativos, com o intuito de acabar com a incerteza jurídica dessa via por parte dos agentes públicos; b) a competência para a celebração do compromisso é da autoridade administrativa, sendo viável construir um paralelo com o conceito de autoridade coatora para impetração de mandado de segurança; c) interesses gerais relevantes não se confundem necessariamente com o interesse público, mas o compromisso não pode ser banalizado, de sorte que se exige uma repercussão além da esfera meramente individual do administrado. A relevância do interesse deve ser objeto de uma ponderação do comprometente com o norte de maior atendimento ao interesse público, guiada por equanimidade, proporcionalidade, eficiência administrativa e demais princípios que regem a

Administração Pública; d) Deve-se dar mesma interpretação conforme à constituição ao art. 26 da LINDB, no sentido de proibir acordos substitutivos para empreendimentos potencialmente poluidores que permitam a prossecução da atividade sem licença ambiental, em função da desproporcionalidade da proteção oferecida ao direito fundamental ao meio ambiente decorrente do entendimento reverso. Há um conflito entre os direitos ao meio ambiente e à livre iniciativa. Superados os testes de idoneidade e necessidade, adentra-se no exame de proporcionalidade em sentido estrito, que favorece o direito ao meio ambiente. Isso porque há maiores pesos abstratos e concretos do direito ao meio ambiente afetado. Afinal, não se tolhe o exercício da atividade econômica indefinidamente e essa forma de “regularização” já foi realizada com os compromissos do art. 79-A da Lei n. 9.605/98. Levam-se em conta os princípios de prevenção e precaução e o custo de reparar o bem ambiental degradado.

Palavras-chave: Direito ao meio ambiente. Direito administrativo. Consensualidade. Termo de compromisso. Licenciamento ambiental.

Sanções e penas: entre a coerência punitiva estatal e a independência das instâncias administrativa e jurisdicional penal

Antonio Rodrigo Machado

Mestre em Direito (UniCEUB)

Professor de Direito Administrativo da Graduação e Pós-Graduação (IDP)



A presente pesquisa tem por objeto a análise da independência entre as instâncias penal e administrativa no julgamento dos mesmos fatos tipificados como crime e infração disciplinar contra servidor público. O estudo investigou as razões da vinculação da decisão administrativa sancionadora à jurisdição penal nas hipóteses de sentença criminal que absolve o réu por negativa de autoria e de materialidade e em caso de absolvição por insuficiência de provas, no qual prevalece o isolacionismo entre as instâncias. A partir do reconhecimento da unidade punitiva do Estado, buscou-se argumentos jurídicos com o escopo de estabelecer harmonia entre os julgados na jurisdição penal e no processo administrativo sancionador. Por meio do método dialético, a pesquisa foi empreendida no sentido de alcançar os significados e os limites da regra de independência entre as instâncias com base na análise das diferentes modalidades de responsabilidade do servidor público e na caracterização da supremacia da instância criminal sobre a administrativa. Foram discutidas as espécies de sentenças absolutórias que formam a coisa julgada penal, as razões de existência do princípio *ne bis in idem*, os efeitos da coisa julgada e os elementos que definem a similitude dos objetos litigiosos dos processos penais e administrativos disciplinares. Para a resolução do conflito com o princípio da separação de poderes e sua regra de independência entre as instâncias, propusemos utilizar os princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência, do respeito à coisa julgada, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da proporcionalidade, além da regra de vinculação entre instâncias em duas hipóteses de absolvição penal. A utilização do princípio da proporcionalidade, por meio de sua lei da ponderação, foi a ferramenta de afastamento do isolacionismo entre as instâncias punitivas. Propôs-se, ainda, uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da 1ª região e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o que nos permitiu constatar que, apesar do posicionamento majoritário de independência entre as instâncias penal e administrativa, diversos precedentes já vêm aplicando o princípio da proporcionalidade como limitador da arbitrariedade na aplicações de sanções administrativas.

Palavras-chave: Independência entre instâncias. Coisa julgada penal. Sanção administrativa. Absolvição por insuficiência de provas. Princípio da proporcionalidade.

A importância dos cartórios extrajudiciais para o combate à corrupção: realidade e expectativa

Mariângela de Fatima Ariosi

Mestre em Direito (UERJ)

Tabeliã e registradora em Flórida Paulista-SP



Este trabalho defende a tese na qual os cartórios são as únicas entidades capazes de gerar e transmitir dados aos órgãos públicos de forma segura e eficiente e, através desse compartilhamento, auxiliar a prevenir e combater a corrupção. Atualmente, os cartórios vão além da sua função registral e notarial atuando como alimentadores de dados para órgãos públicos. Forma-se no Brasil uma rede complexa de sistema informatizado, pelo desenvolvimento de plataformas institucionais dentro das quais os cartórios atuam como alimentadores de dados. O compartilhamento de dados entre cartórios e poder público segue normas rígidas de exigência, principalmente com relação aos prazos de cumprimento para transmissão dos dados e instalação de ambiente tecnológico sofisticado pelos cartórios. Apresentam-se os principais portais utilizados pelos cartórios nesse compartilhamento de dados e sua importância para o combate às fraudes. Porém, mesmo diante de um cenário de alta interdependência entre Estado e cartórios, surgem fortes críticas defendendo sua extinção, todas pautadas em argumentos midiáticos risíveis, como fundamentar a sua extinção pelo fato de os cartórios serem muito rentáveis. Nesse contexto, apontam-se algumas deficiências, já identificadas, no compartilhamento de dados; sugerem-se alternativas para melhorar o desempenho; e, se conclui que somente por um compartilhamento de dados eficiente o poder público conseguirá debelar as fraudes e a corrupção e os cartórios se apresentam neste cenário como entidades indispensáveis. Enfim, se questiona os reais motivos de figuras públicas defenderem a extinção dos cartórios, sendo estes os únicos capazes de gerar e compartilhar informações necessárias para combater a corrupção.

Palavras-chave: Cartórios. Serventias extrajudiciais. Corrupção. Tecnologia. Improbidade administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa: a busca por uma maior intensidade nas penas

Guilherme Gabriel Tiago Gomes Gonçalves

Acadêmico do curso de Direito (Unigran)



A Lei de Improbidade Administrativa inovou o sistema jurídico brasileiro ao trazer a previsão da tríplice responsabilidade jurídica ao sujeito que comete um ato ímprobo dentro de um único dispositivo legal, devendo ser salientado um aspecto importante, pois a lei não trouxe em seu texto nenhuma conduta tipificada como crime, a lei não tem caráter penal, ela apenas não exclui da apreciação do Código Penal, um possível ato ímprobo que também seja considerado um ilícito penal. A lei trata de três espécies de atos de improbidade administrativa, sendo: Atos que causam enriquecimento ilícito, Atos que causam danos ao erário; Atos que atentam contra os princípios da administração pública. Nesse meio a LIA traz diversas previsões dentro de seu texto de ações e omissões que podem ser consideradas como atos ímprobos, não obstante tais previsões são meramente exemplificativas. Tal diploma legal, busca punir em seu conceito mais abrangente o sujeito ativo do ato de improbidade, o agente público, não se atendo a apenas ele, e alcançando também os particulares que concorrem para a prática do ato ou se beneficiaram. É mister considerar o quão importante é esse dispositivo legal de proteção da probidade, apesar da baixa majoração do capítulo que trata das penas, salienta-se que o dispositivo em geral traz grandes benefícios para a proteção do dever da honestidade e probidade na Administração Pública. O presente trabalho propõe analisar a Lei de Improbidade Administrativa, e despertar por meio dessa pesquisa a ideia de uma necessidade de alteração legal no que tange a aplicação das penas. Para a elaboração do texto em tela, fez-se amplo estudo em doutrinas majoritárias, legislações, julgados e juízos de diferentes alçadas. O rol de penas que a LIA traz em seu texto e suas previsões se mostram de suma importância e seu cabimento se encontra em perfeito sincronismo. O legislador ao trazer a previsão de ressarcimento do dano, suspensão dos direitos políticos do autor do ato, perda da função pública, pagamento de multa civil, proibição de contratar com a administração pública ou receber benefícios fiscais, são previsões essenciais para punição de tais agentes. O que o presente trabalho pretende demonstrar é a baixa intensidade de tais penas, na qual suspensão dos direitos políticos do sujeito praticante do ato se restringe no máximo a 10 anos, nesse liame é necessária uma majoração. Pelo estudo realizado chega-se à consideração de que é preciso majorar as penas para realmente ter maior eficácia na aplicação da LIA isto é, aumentar sua intensidade para tais atos, exemplificando um ato penalizado com 10 anos elevar para 20 anos.

Palavras-chave: Improbidade. Público. Agente. Penas. Majoração.

Competência suplementar dos estados como medida para agilizar a implementação de arbitragem tributária em âmbito regional: uma análise pela perspectiva da Administração Pública dialógica

Érika A. Rosa

Mestranda em Estudos Fronteiriços (UFMS)



O presente trabalho teve como objetivo suscitar o debate sobre a possibilidade da implementação da arbitragem tributária por meio de legislação ordinária editada pelos próprios estados-membros através da competência suplementar, frente a carência de legislação federal que autorize tal medida. Em relação ao procedimento metodológico, foi realizada pesquisa bibliográfica exploratória, tendo a coleta de dados ocorrida por meio de fichamento, após a escolha de obras consideradas relevantes para a interpretação do tema. Essa reflexão se fez necessária devido ao fato de as execuções fiscais serem notoriamente as maiores responsáveis pelo congestionamento processual que atravanca o judiciário, à vista disso, o instituto da arbitragem em matéria tributária pode se transformar num instrumento para a administração judiciária tentar mitigar o referido problema. Todavia, a adoção do citado método heterocompositivo de resolução de conflitos em matéria fiscal foi obstado por alguns doutrinadores mais conservadores do direito administrativo ao principal argumento da indisponibilidade da receita tributária, contudo os resultados mostraram que os argumentos jurídicos contrários à efetivação da arbitragem tributária restaram superados, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, ambas alinhadas ao novo paradigma da administração pública, mais democrática e dialógica. Não obstante, o que se observou foi uma grande resistência política por ser um instrumento nunca utilizado no Brasil e como toda novidade induz sentimento de medo e desconfiança. Concluiu que a possibilidade de regulamentação desse método alternativo de resolução de conflitos no âmbito fiscal por meio de legislação suplementar como alternativa à inércia legislativa federal representaria um avanço para a administração pública, sobretudo no que tange a gestão judiciária posto que se mostra como uma via alternativa ao congestionamento processual fiscal ao mesmo tempo em que vislumbra um alargamento no diálogo e a promoção da democracia participativa, uma vez que possibilita a densificação do resultado útil do processo através de um mecanismo mais especializado, além de representar importante instrumento de notável impacto no sistema de arrecadação tributária.

Palavras-chave: Arbitragem tributária. Gestão judiciária. Administração dialógica. Democracia. Competência suplementar.

Políticas públicas para o alcance do desenvolvimento nacional: a proposição e inclusão do terceiro setor na educação básica por meio das medidas de fomento

Carla Regina Bortolaz de Figueiredo

Pós-graduanda em Direito
Administrativo (Instituto de Direito Romeu Bacellar)
Graduada em Direito (UniBrasil)



O estudo sobre a formulação de políticas públicas para o alcance dos direitos constitucionais – principalmente direitos fundamentais sociais – se faz de suma importância para o avanço social, uma vez que é a partir dessas escolhas públicas que reside a possibilidade de construção de uma sociedade mais justa, solidária, plural e com atendimento às necessidades básicas dos cidadãos que a integram. Sob esta perspectiva é que o presente resumo pretende trazer à baila a discussão de como tais políticas interferem no desenvolvimento nacional, tendo como pano de fundo a avaliação da sua efetividade. O objetivo é colocar em discussão a possibilidade de prestação do serviço de educação pelo Estado em conjunto com os particulares, como forma de cooperação, utilizando-se de instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro. A partir dessa premissa, sugere-se o debate das atividades prestadas pelo terceiro setor por meio das medidas alternativas de fomento, na área da educação, como tentativa de incrementar a qualidade de ensino prestada à sociedade brasileira. Sob este viés, destaca-se a importância da realização e execução de políticas públicas, simulando a aplicação da escolha pública educacional através das medidas de fomento como estímulo ao terceiro setor para a prestação de atividades na área da educação, em complementariedade ao serviço já prestado pelo Estado, ressaltando os meios de avaliação dos efeitos desta política pública na sociedade. Assim, tendo as políticas públicas como ponto de partida para a concretização de direitos fundamentais sociais, juntamente com as parcerias da administração pública com o particular na cooperação de esforços para alcance do desenvolvimento nacional, enseja-se a discussão da viabilidade da execução das atividades de educação por meio das Organizações Sociais, a fim de proporcionar o aumento da qualidade na prestação de ensino por meio das medidas de fomento, forçando a sociedade a repensar sobre os atuais modelos praticados e a reflexão sobre a inserção dos novos modelos para a contribuição de uma sociedade mais plural e democrática que, por meio da colaboração e união de esforços do Estado com o particular, possam contribuir para o desenvolvimento nacional idealizado pelo constituinte originário. Assim, pode-se

concluir que se o gestor público unir esforços desde a formulação de uma política pública educacional, estudando as possíveis vias de ação e eleger a via mais eficaz, eficiente e que efetivamente possa trazer bons resultados, a educação pública já terá um grande avanço. Soma-se a isso, a execução desta escolha pública por meio de parcerias firmadas com o terceiro setor, como já vem ocorrendo na área da saúde, vislumbrando a possibilidade de, a longo prazo, modificar o cenário educacional atual e colher bons frutos para galgar ao desenvolvimento nacional.

Palavras-chave: Políticas públicas. Fomento. Terceiro setor. Direito fundamental social à educação. Educação.

O Código de Defesa do Usuário de Serviço Público: concretizando uma agenda inclusiva para os cidadãos?

Cynthia Gruending Juruena

Doutoranda em Direito (PUC-PR)

Mestre em Direito (Unisc)

Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e
Desenvolvimento Humano (PUC-PR)

Clayton Santos do Couto

Doutorando e mestre em Direito (PUC-PR)

Professor dos cursos de Graduação em Direito (PUC-PR)

Professor (Universidade Positivo)



Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Usuário de Serviço Público (Lei 13.460/17) em junho de 2018, para União, estados, Distrito Federal e municípios com população superior a 500 mil habitantes, o presente trabalho teve por objeto verificar, para além das modificações introduzidas, se – e como – ele vem sendo utilizado pela jurisprudência. Os julgados foram pesquisados nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça do Paraná e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com o lapso temporal a partir da data de entrada em vigor até fevereiro de 2019. A metodologia de pesquisa adotada foi o método hipotético-dedutivo, pois este concilia a racionalização do método dedutivo e a experimentação do método indutivo, sendo essa experimentação as análises quantitativa e qualitativa da jurisprudência do TJ-PR e análise quantitativa no TRF-4. Nesta senda, o problema de pesquisa que foi enfrentado no trabalho é, a partir da análise quantitativa e qualitativa dos julgados envolvendo o código de defesa do usuário de serviço público, se houve modificações nas decisões, e quais estão sendo essas alterações. No entanto, o resultado foi de que o TJ-PR e o TRF-4, neste lapso temporal selecionado, não se utilizaram da Lei 13.460/17. Com isso, partiu-se de uma nova hipótese: no lapso temporal selecionado, não houve falhas na prestação de serviços públicos nos municípios com população superior a 500 mil habitantes, não sendo necessária a aplicação do Código de Defesa do Usuário de Serviço Público. Para confirmar ou refutar essa hipótese, realizou-se uma nova pesquisa jurisprudencial, com as palavras-chave “serviço público” adequado. Com essa busca, obtiveram-se resultados no TJ-PR e no TRF-4, onde, analisando-se qualitativamente os acórdãos, verificou-se que o Código de Defesa do Consumidor continua sendo utilizado quando da falha na prestação de serviço público, mesmo havendo legislação específica. Além disso, realizou-se uma análise

nos portais da transparência nos mesmos municípios que possuem população superior a 500 mil habitantes, quais sejam, Curitiba e Londrina, além do sítio eletrônico do estado do Paraná. Os aspectos analisados foram se há publicização de Carta de Serviços ao Usuário, disponibilização na internet de relatório de gestão, desenvolvimento de mecanismos reativos para responder as manifestações dos usuários – através das ouvidorias, e publicação de classificação das entidades com maior incidência de reclamação dos usuários. Verificou-se que, também no Poder Executivo, a legislação não vem sendo muito observada.

Palavras-chave: Código de Defesa do Usuário de Serviço Público. Jurisprudência. Portais da transparência. Serviço público adequado. Código de Defesa do Consumidor.

A utilização de inteligência artificial na atividade regulatória: uma proposição de regulação inteligente em favor do desenvolvimento nacional

William Ivan Gallo Aponte

Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento (PUC-PR)

Rafaella Nátaly Fácio

Graduanda em Direito (UFPR)



O objetivo do presente trabalho é analisar a função regulatória a partir da perspectiva do desenvolvimento nacional, atrelando-a a noção de qualidade regulatória, ou “*smart regulation*”, e seus instrumentos, especificamente a Análise de Impacto Regulatório (AIR) realizado com o apoio de inteligência artificial (IA). Para tanto, discorreu-se sobre: (1) o papel da função regulatória para o desenvolvimento nacional; (2) o conceito de “*Smart regulation*” ou regulação inteligente, suas transformações, instrumentos e experiência brasileira e internacional; (3) a utilização de inteligência artificial no âmbito da Análise de Impacto Regulatório, quanto à sua compatibilidade e pressupostos. A metodologia adotada foi a dedutiva, descritiva e comparativa, conjugada com a técnica de pesquisa documentação indireta das referências bibliográficas e normativas. Ao final, concluiu-se que a utilização de inteligência artificial no âmbito da Análise de Impacto Regulatório é viável e desejável para incrementar a melhora regulatória e contribuir para o desenvolvimento nacional, considerando a compatibilidade entre ambas e sua aptidão para proporcionar uma decisão regulatória mais técnica e efetiva. Tal prática, entretanto, deve ser efetivada de acordo com pressupostos de duas ordens: (1) em primeiro lugar, em relação à extensão da possibilidade de utilização de inteligência artificial, (1.1) jamais deve-se permitir que a IA substitua a decisão do agente público; (2) em segundo lugar, em relação ao modo da implantação da inteligência artificial, (2.1) deve-se dar publicidade à sequência dos passos lógicos da decisão algorítmica; (2.2.) e deve-se observar as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados, especialmente no que tange ao tratamento de dados pessoais pelo poder público.

Palavras-chave: Função regulatória. Qualidade regulatória. Desenvolvimento. Análise de Impacto Regulatório (AIR). Inteligência artificial (IA).

Terceirização na administração pública após a reforma trabalhista

Luciana da Silva Vilela

Pós-graduada em Direito
Público (Rede de Ensinos Luiz Flávio Gomes)
Pós-graduada em Gestão Previdenciária e
Regime Próprio de Previdência (Faculdade Unyleya)
Aluna especial do Mestrado em Direito (UFMS)

Roberta Seben

Pós-graduanda em Direito Processual
Civil (PUC-SP em parceria com a ESAMS)
Aluna especial do Mestrado em Direito (UFMS)
Servidora pública federal do Tribunal Regional
do Trabalho da 24^a Região



O presente artigo objetiva abordar sobre os contratos de prestação de serviços públicos mantidos pela Administração Pública com os particulares prestadores de serviços, configurando a terceirização trabalhista. Trata-se de intermediação de serviços de mão de obra por interposta pessoa para redução de custos dos cofres públicos, possibilitando maior enfoque do Órgão Público à prestação de seus serviços principais. A regulamentação da terceirização no Brasil iniciou em 1967 com a emissão do Decreto 200/67, que permitia à Administração Pública recorrer à execução indireta para prestação de serviços que não constituíam suas atividades primordiais. No decorrer dos anos a matéria foi sendo regulamentada pela Constituição Federal, entendimentos do TST (Súmulas 256 – já cancelada – e Súmula 331), Lei 8.666/93, Decreto 2.271/97 revogado pelo Decreto 9.507/2018, permitindo, primeiramente, a contratação da iniciativa privada para realização das atividades-meio prestadas pelo poder público, ampliando, posteriormente, também para as atividades-fim. Inicialmente, desde que os serviços prestados não fossem essenciais, não era estabelecido vínculo direto entre o prestador dos serviços e o tomador, sendo a responsabilidade subsidiária da administração pelo inadimplemento de encargos trabalhistas. Com o advento da Lei 13.426/2017 e 13.467/2017 ampliaram-se as possibilidades de terceirização do Estado, possibilitando a prestação de atividades principais e acessórias. Após, foram proferidos entendimentos pelo Supremo Tribunal Federal (RE 760.931, RE 958.252 e ADPF 324/DF), legalizando a terceirização na Administração Pública e nas empresas privadas, mantendo, contudo, a responsabilidade subsidiária caso comprovadas a culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*. Nas recentes decisões, o STF afirmou que a distinção feita entre atividade-fim e

atividade-meio encontra-se superada e desconsidera a dinâmica da economia moderna, não revelando, por si só, instituto fraudulento, afirmando ser permitida pela Constituição Federal (artigo 1º, IV, 37, caput, e 170 da CF/88). Após proferidos os referidos entendimentos, foi editado o Decreto 9.507/2018, que regulamentou permissivos de contratação de prestação de serviços para com a Administração, extinguindo os limites até então impostos pelo Decreto 2.271/97. As modificações da legislação podem ser tidas como inconstitucionais, pois, além do Decreto 9.507/2018 conter vício de forma, afrontam valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, IV da CF/88), a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF/88), e ainda aos princípios intrínsecos da Administração Pública, como a prevalência do interesse público, impessoalidade, moralidade e até mesmo a eficiência dos serviços prestados. Trata-se de pesquisa exploratória, com exposições de leis, entendimentos e exibição da progressão da terceirização no âmbito público, além de apresentações críticas sobre a possibilidade de terceirização liberada e desenfreada, que coloca em risco os interesses e imparcialidade da administração pública.

Palavras-chave: Reforma. Impacto. Terceirização. Contratos. Administração Pública.

A necessidade de se pensar as reformas sob a ótica da sustentabilidade

Guilherme Cortez dos Santos

Pós-graduando em Direito Administrativo (PUC-MG)
Servidor público municipal da Prefeitura de Santa Maria-RS



A necessidade de reforma nas legislações das mais diversas áreas que envolvem a administração pública brasileira tem sido pauta recorrente nos últimos tempos, especialmente desde as últimas eleições presidenciais, em 2018. A tão propagada reforma da previdência já está em análise pelo Poder Legislativo, além da reforma trabalhista, já aprovada no final do ano de 2017, e alterações que também configuram como reformistas, como a tributária e da Lei de Licitações demonstram esse movimento legislativo importante. Nesse contexto, é comum se perceber uma parcela significativa da sociedade defender a realização dessas reformas pelo fato de, em tese, elas representarem uma forma quase que única de mudança e transformação do Brasil, como se a corrupção e a precariedade na prestação dos serviços públicos fossem melhorar tão somente por consequência da aprovação das referidas legislações. Não há como se negar que a legislação brasileira, em especial no que se refere ao Direito Público, assim como em qualquer outro país que tenha se desenvolvido nas últimas duas décadas de forma mais significativa, precisa de avanços e carece de atualização e que hoje, a administração pública padece em um limbo entre as necessidades de inovações e, de outro lado, legislações que impedem algumas práticas mais proativas. No entanto, é preciso que haja um equilíbrio no que se busca debater, especialmente para que o aprimoramento proposto se dê de forma mais sustentável. Neste sentido, este estudo apresenta a proposta de leitura dos projetos de lei da Reforma da Previdência (PEC 6/2019) e da Reforma Tributária, a fim de analisá-los sob a perspectiva da sustentabilidade, compreendida nos aspectos econômicos, sociais, administrativos e éticos. O que se busca compreender é em que medida esses textos propõem mudanças que possibilitem que o Estado funcione de forma a cotejar todos estes vieses, assegurando o desenvolvimento que contemple e equilibre avanços sociais e econômicos. Parte-se do pressuposto que é insuficiente qualquer reforma que contemple as eventuais metas fiscais, mas não estimule o planejamento que leve em conta uma análise de resultados advindo de cada medida, para além do que se mostra como imediatamente posto, aos olhos de alguns, como sendo a desburocratização ou a diminuição das cargas tributárias. Pelo que se pode analisar dos referidos projetos de alteração, em muitas propostas é flagrante a ausência de propostas sustentáveis, pela ausência de análise de riscos das medidas e, de outra parte, pela falta de avaliação de resultados das políticas

que se pretende mudar e/ou estabelecer. Desde já se pode afirmar que há legitimidade ao se propor reformas, contudo, tais propostas não podem se dar, sob pena de comprometimento das futuras gerações, inclusive, sem se mobilizar a noção de sustentabilidade.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Reforma da previdência. Reforma tributária. Análise de risco. Administração Pública.

Comunidades terapêuticas e políticas públicas: um estudo de caso em Campo Grande

Hudson Marcos Alves Dias

Mestrado profissional em Administração
Pública em Rede Nacional (UFMS)



A temática do uso de drogas envolve áreas como segurança, saúde, educação e economia. Estando diretamente relacionada a problemas sociais como a superlotação carcerária e a criminalidade. No intuito de enfrentamento dessa realidade social brasileira, foi editada a Lei de Drogas 11.343/2006 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas (Sisnad), o qual “prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”. A lei possibilita a cooperação entre o Estado e a sociedade e entre as entidades civis que atuam na política de drogas estão as Comunidades Terapêuticas apoiando o dependente químico. Além disso, através de entrevistas semiestruturadas e da pesquisa documental e legislativa, verificar o estado da arte dessas entidades em Campo Grande. Quantas são, as suas necessidades, a organização do trabalho, a relevância destas e a relação com o Estado, no que tange a visibilidade e o apoio recebido. Assim são os objetivos dessa pesquisa: analisar a atual política pública de drogas de Campo Grande, como um estudo de caso, do tipo exploratório e descritivo, das entidades (públicas e privadas) e das políticas públicas atuais em Campo Grande. Além de subsidiar a elaboração de uma proposta de nova política pública, integrando as já existentes, com foco na atuação das comunidades terapêuticas, bem como a elaboração de uma agenda de pesquisa no sentido de desenvolvê-la e acompanhá-la. Para tal, foi realizado um estudo bibliográfico na busca de expor conceitos do campo psicossocial e validar métodos que atuam na redução da demanda por drogas, como as comunidades terapêuticas. Além disso, para esta pesquisa, foi utilizado o método benchmarking, a fim de buscar as melhores práticas.

Palavras-chave: Políticas públicas. Comunidades terapêuticas. Efetividade. Política de drogas. Trabalho em rede.

Políticas públicas em relação ao uso de drogas: estudo de caso considerando uma análise de efetividade administrativa

Ricardo Luiz Alves

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito e Políticas Públicas (UFG)
Professor (Centro Universitário de Mineiros)

Franciele Silva Cardoso

Doutora em Direito (USP)
Professora adjunta (UFG)
Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em
Direito e Políticas Públicas (UFG)



Este estudo compõe uma pesquisa que será apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas, Universidade Federal de Goiás. Seu objetivo é analisar a efetividade da política pública de tratamento e reinserção de pessoas que usam drogas, considerando o programa implantado no Estado de Goiás, qual seja, o Centro Estadual de Referência e Excelência em Dependência Química de Aparecida de Goiânia Prof. Jamil Issy (CREDEQ Prof. Jamil Issy). Considera-se o consumo de drogas um problema que pode advir de questões sociais, biológicas e psicológicas, conforme o meio social em que o indivíduo se insere. Além de um fator social, o uso de drogas também é um problema de saúde pública, que prepondera sobre os problemas de segurança pública. O texto constitucional define a saúde como um direito fundamental, tornando essa prestação um encargo do Estado, logo, a disponibilidade de políticas públicas vinculadas às questões de drogas não são discricionárias, o meio pode ser relativizado, mas a prestação de serviços públicos de saúde, não. Nesse sentido, mostra-se relevante explorar como o Estado de Goiás está implementando políticas de redução de danos em relação às pessoas dependentes do uso de drogas. Pretende-se com este estudo de caso, verificar se a inserção de uma política pública de saúde de tratamento diretamente nos casos de pessoas que tem problemas com o uso de drogas pode ter influência positiva e eficiente na política de redução de riscos e danos do uso de drogas, bem como, a reinserção de pessoas que usam ou usaram drogas, considerando as determinações feitas pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas. Optou-se por metodologia dedutiva, haja vista que a política pública deve ser considerada como um processo que busca a escolha racional e coletiva de prioridades, a fim de se perseguir um resultado em consonância com o interesse público, fundamento do Estado de Direito. Será

descrito um recorte epistemológico sobre o referencial teórico dos critérios adotados para aferir a efetividade da referida política pública. De início, eficiência relaciona-se à boa gestão de recursos públicos, na razão de que a atividade seja desempenhada de modo mais adequado e coeso aos fins determinados, considerando também a escolha dos meios e o momento oportuno para utilizá-los. De outra forma, sua relação está ligada à ideia de ação, ou seja, preocupa-se com a delimitação temporal na prestação de serviços públicos, contrapondo à ideia de lentidão e descaso no desenvolvimento de políticas públicas. Contudo, a definição de efetividade necessita de interpretação axiológica, considerando a adequação entre as necessidades e resultados esperados, a justa repartição de recursos e, o atendimento das reivindicações sociais. Outra característica que não poderá ausentar-se da prestação de serviço público é a sua relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a respectiva política pública. Conclui-se que a análise de efetividade de políticas públicas deve guardar relação com valores axiológicos do princípio da eficiência, além da garantia do princípio da dignidade da pessoa humana no cumprimento de objetivos técnicos, resultados rápidos e precisos e obediência à boa administração.

Palavras-chave: Direito administrativo. Políticas públicas. Dependência química. Efetividade. Eficiência.

A eliminação da relativização da propriedade privada como proposta de governo que prejudica o desenvolvimento nacional

Maria Luiza Miranda da Costa

Estudante de Graduação do Curso de Direito (UFC)



O presente estudo se propôs a combater a proposta de governo do então candidato à presidência de 2019, Jair Bolsonaro, que sugere a retirada da Constituição qualquer relativização da propriedade privada, tornando-a absoluta. Com a eleição do candidato e, conseqüentemente, do plano de governo, fez-se necessária uma análise minuciosa da proposta, para avaliar o impacto gerado por ela no desenvolvimento nacional, se concretizada. Para isso, foi utilizado o método descritivo-analítico em pesquisa bibliográfica, analisando-se primeiro a possibilidade jurídica de se tornar o direito à propriedade absoluto, a partir de duas interpretações do objetivo da proposta: tornar a propriedade absoluta como um direito hierarquicamente superior aos demais, dando a ele maior relevância, e tornar a propriedade absoluta como um direito ilimitado, inviolável sob qualquer hipótese. A discussão teve como base as lições de Ronald Dworkin, em especial as referências ao modelo da dimensão do peso dos princípios e da aplicação tudo-ou-nada das regras e os ensinamentos de Norberto Bobbio, especialmente sua teoria juspositivista que buscava combater os argumentos de fundamentação absoluta dos direitos. Posteriormente, foram analisadas as conseqüências materiais de se concretizar a proposta, a partir dos objetivos fundamentais da República estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e seus princípios jurídicos correlatos, em especial a função social da propriedade e a supremacia do interesse público. A proposta, por entrar em conflito com as normas do Direito brasileiro, incluindo normas constitucionais, também prejudica o desenvolvimento nacional, tendo em vista que a absolutização da propriedade privada implica o afastamento de princípios intrínsecos ao ordenamento jurídico vigente, que possuem como objetivo a garantia do desenvolvimento nacional, explícito no artigo 3º, II, da Constituição Federal, motivo pelo qual a proposta deve ser completamente afastada.

Palavras-chave: Jair Bolsonaro. Propriedade privada. Inconstitucionalidade. Intervenção estatal. Interesse público.

Negociação processual atípica nos processos administrativos disciplinares: desafios e perspectivas

Roberta Cruz da Silva

Doutoranda em Direito (Unicap)

Professora (Asces/Unita)

Professora (Unicap)

Shayenne Ladislau Silva

Graduanda em Direito (Asces/Unita)



Aborda-se a possibilidade de se construir uma relação dialógica entre Administração Pública e servidor na condução dos processos administrativos disciplinares. Partiu-se do seguinte problema de estudo: é possível adotar a negociação processual atípica, prevista no CPC/2015, nos processos administrativos disciplinares sem ferir o Princípio da Supremacia do Interesse Público? O tema é interdisciplinar, atual e controverso. Analisa a possibilidade de adoção da cláusula de negociação processual atípica, prevista no artigo 190 do CPC/2015, nos processos administrativos disciplinares (PAD's). Inicialmente acreditou-se que a abertura para negociação na esfera pública poderia ferir o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Assim, adotou-se o método hipotético-dedutivo. Ademais, realizou-se vasta pesquisa bibliográfica, que foi a base para um estudo explicativo, com a finalidade de buscar informações relativas ao estado da arte da gestão pública consensual no Brasil, especificamente, no concernente aos PAD's. O estudo evoluiu da pesquisa explicativa para exploratória, com o intuito de avaliar se a adoção do consensualismo tem sido responsável pela possível desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Analisou-se a possibilidade de confluência entre os dispositivos legais que regem os PAD's e o processo civil, com a análise do artigo 15 do CPC. O poder público brasileiro passou e passa por mudanças em busca de mais eficiência, princípio esse inserido como propulsor para que essas mudanças garantam os direitos constitucionais. Embora sejam necessárias algumas transformações, institutos clássicos como a Supremacia do poder público seguem inalteráveis, haja vista sua relevante capacidade de manutenção da ordem pública. Não obstante, o CPC/2015 fomenta soluções concertadas, adequadas ao caso concreto, através da possibilidade de negociações atípicas, criando, a partir da autorização prevista no artigo 15, a possibilidade de adoção da cláusula de negociação processual atípica nos PAD's, sem dispor de interesse público. Assim, conclui-se que, ainda que seja um processo caracterizado

pelo “*jus puniende*”, é possível adotar a negociação, mantendo a supremacia do interesse público. Desse modo, quando se tratar de direito disponível, as partes forem capazes e o litígio admitir a autocomposição, será possível e legítima a conformação na seara pública, com base no artigo 15 do CPC/2015 e no artigo 26 da LINDB. Podendo, por exemplo, negociar os prazos e despesas processuais, ou ainda, a dispensa de assistente técnico.

Palavras-chave: Administração Pública. Processo administrativo disciplinar. Negociação processual atípica. Consensualidade. Supremacia do interesse público.

Entre pontes e muralhas, o “soberano” cidadão: a interpretação jurídica do investimento estrangeiro na infraestrutura brasileira na perspectiva do direito administrativo neoconstitucional

Carolina Reis Jatobá Coêlho

Doutoranda em Direito Administrativo (PUC-SP)



Trata-se de pesquisa sobre as implicações jurídicas dos investimentos estrangeiros na infraestrutura brasileira à luz da Constituição Federal, na interpretação da perspectiva neoconstitucional, abordagem na qual os princípios ganham densidade normativa com direcionamento constitucional que fundamenta e orienta as interpretações sobre o tema. É cediço que a infraestrutura ocupa relevância no nível de desenvolvimento social e também econômico do Estado, seja por possibilitar a prestação de serviços públicos aos seus cidadãos, seja por ofertar insumo essencial para crescimento da Economia em amplos setores. Na formação clássica do Estado Nacional, temas como soberania, independência e desenvolvimento nacional tradicionalmente justificariam sua exploração exclusiva em áreas indispensáveis à segurança territorial, autonomia e independência econômica, sendo comum apontar a necessidade de que tais bens ou serviços permanecessem fora do mercado. Porém, no cenário contemporâneo, observa-se a emergência cada vez maior dos influxos de investimento advindos de fontes externas – sejam públicas, sejam privadas – na prestação de serviços relacionados à infraestrutura, sem que tenha havido um verdadeiro e profundo debate científico acerca de suas consequências jurídicas, com indicação de regime jurídico adequado que imprima a segurança jurídica esperada, fatos que por si só já justificariam a existência do aprofundamento de estudos. Não se ignora sua multiplicidade temática, já que o assunto é rico de proposições que vão além das meras interseções entre sistema econômico, político e jurídico, interdependentes e nenhum deles puramente autorreferente. Delimitada a pesquisa jurídica, as contribuições da teoria econômica, ciência política e administração são apenas elementos para compreensão dos fenômenos ocorridos no contexto fático, que serão interpretados à luz do Direito, com enfoque dogmático e método analítico, realizado a partir de estudos doutrinários e jurisprudências, nacionais e estrangeiras. Considerar-se-á o princípio da soberania nacional como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, I, da CRFB) e da Ordem Econômica (art. 170, I, CRFB) e o desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República (art. 3º, II, CRFB). Esse núcleo de dispositivos também será utilizado como parâmetro interpretativo para análise do que se compõe o conceito de sobe-

rania nacional em conjunto com circunstanciais reformas que convém ser analisadas quanto sua constitucionalidade. São elas: Emenda Constitucional n. 05/95, que alterou o parágrafo 2º do art. 25 para permitir empresa estrangeira prestar serviço de gás canalizado; Emenda Constitucional n. 06/95, que revogou o art. 171 e o conceito constitucionalizado de empresa brasileira; Emenda Constitucional 08/95 alterou o inciso XI do art. 21 para permitir a abertura de prestação de serviços de telecomunicações aos estrangeiros; Emenda n. 09/95 alterou a redação do parágrafo 1º do art. 177 para permitir a exploração do monopólio federal do petróleo e gás natural por empresa estrangeira. Considerar-se-ão, na pesquisa, o marco teórico de *Robert Alexy*, quanto à teoria dos princípios, especialmente, diante de sua otimização na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas dos setores de infraestrutura, diante do exame de proporcionalidade que será verificado casuisticamente, em cada tipo de investimento, delineando-se contornos verificáveis em tese, a partir de segmentos econômicos e de serviços públicos predeterminados.

Palavras-chave: Infraestrutura. Serviços públicos. Investimentos estrangeiros. Princípio da soberania. Teoria dos princípios.

Meios consensuais para solução de conflitos em matéria de improbidade administrativa e a derrogação do art. 17, §1º, da Lei n. 9.249/1992

Mateus Domingues Graner

Mestrando em Direito (PUC-PR)

Pós-graduado em Direito

Administrativo (Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar)



O artigo propõe-se a analisar se a vedação de transação, acordo e conciliação em matéria de improbidade (art. 17, §1º, da Lei n. 9.249/1992) foi derogada por incompatibilidade pelas normas posteriores, especialmente pelo art. 24 da LINDB. Para tanto, escolheu-se enfrentar essa problemática à luz de dois aspectos: primeiro, diante do fenômeno da consensualidade na Administração Pública, retratado nas diversas alterações legislativas desde 1992, especialmente: Lei n. 8.078/1990 e Lei n. 13.004/2014 que alteraram a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública); Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção); Lei n. 13.140/15 (Lei Mediação Administração Pública); Lei n. 13.655/2018 que alterou o Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB) e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto n. 5.687/2006); e, segundo, em cotejo com o marco teórico adotado para os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, já que frequentemente são invocados como óbices para o consensualismo em matéria de improbidade. Assim, conclui-se que houve derrogação por incompatibilidade do art. 17, §1º, da Lei n. 9.249/1992. Também, que ambos os princípios citados acima não vedam tais compromissos, pois o princípio da supremacia do interesse público não traz em si um critério de solucionamento de conflitos entre interesses viáveis, e os compromissos podem propiciar efeitos positivos (efetividade, economia de tempo etc.), sem implicar renúncia do interesse público; e o princípio da indisponibilidade do interesse público (seja quanto à finalidade legal, do interesse do dever de agir ou das competências administrativas) não impede soluções consensuais, como meio alternativo à judicialização.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Meios consensuais. Compromisso de ajuste de conduta. Derrogação. Incompatibilidade.

Análise e possibilidade de implementação do instituto do *dispute board* em obras de grande vulto no âmbito nacional

Henrique Furtado Tavares

Mestrando em Direito (UFMS)

Pós-graduado em Direito e Processo

Civil (Complexo Educacional Damásio de Jesus)



No Brasil, em especial, a título exemplificativo, à época de grandes eventos como a Copa do Mundo de Futebol e Olimpíadas, algumas obras emblemáticas foram bastante questionadas devido ao custo de recursos públicos empregados, tanto em sua construção, em sua manutenção e principalmente na devida expectativa da população em sua conclusão. O presente estudo traz uma abordagem dogmática acerca da norma vigente da Lei de Licitações e do princípio constitucional da eficiência em correlato com o instituto do *dispute board* como forma garantidora da devida conclusão das obras licitadas em âmbito nacional, e parte através da utilização do método de pesquisa explicativa, com fonte primária de pesquisa em artigos e projetos de estudo em curso, com caráter qualitativo e ênfase no estudo documental assim como revisões bibliográficas. O *dispute board* ou comitê de resolução de disputas nada mais é do que um instrumento de solução de divergências entre as partes de um contrato. Nasce antes mesmo da assinatura do contrato, onde as partes, no caso em tela, licitante e licitado, definem previamente um comitê formado por profissionais especialistas (advogados, auditores, engenheiros, arquitetos, árbitros), em número ímpar para que, em caso de controvérsias acerca da execução do contrato e da obra propriamente dita, auditem, estudem, recomendem e principalmente formulem meios de resolução do conflito instaurado ou a ser verificado, mediante delimitação de poderes estipulados pelas partes, com o objetivo fim de se ver concluída a obra licitada. Não somente isso, os membros do *dispute board* entendemos, podem até mesmo produzir provas periciais que serviriam em litígios judiciais no sentido em que, durante a fiscalização e execução da obra, uma de suas devidas competências é a elaboração de relatório preciso e minucioso de cada aspecto e atualização do projeto licitado. Nesse sentido verifica-se que o trabalho do comitê de resolução de disputas instituído por ambas as partes, em momento anterior à assinatura do contrato de obras, se faz extremamente valioso e quase que imprescindível em casos de obras de grande vulto tanto no quesito da transparência como também no estrito cumprimento ao princípio constitucional da eficiência. Apesar de não haver lei federal que regule tal instituto (ressalta-se que existe Projeto de Lei em trâmite no Senado Federal) o *dispu-*

te board já figurou como pressuposto necessário em obras cujo financiamento advêm de Bancos Internacionais, como Banco Interamericano de desenvolvimento e Banco Mundial, um exemplo fora a presença do instituto supramencionado para os contratos de expansão do metrô de São Paulo em 2003. Com fundamento nos princípios constitucionais da eficiência e transparência, assim como no dispositivo do art. 42 §5º e art. 67 da Lei de Licitações pátria, verifica-se a utilidade do presente instituto como mantenedor das garantias do interesse público, em especial no objetivo fim, de conclusão de obras e prevenção de obras paradas. Acredita o autor que o *dispute board* seria de imensa valia para obras, em especial de grande vulto, para o desenvolvimento nacional.

Palavras-chave: *Dispute board*. Comitê de resolução de disputas. Contratos de obras. Obras de grande vulto. Desenvolvimento nacional.

A necessidade de um Estado menos engessado e mais tecnológico

Renata Carvalho Kobus

Doutoranda e mestre em Direito do Estado (UFPR)
Professora da Pós-Graduação (PUC-PR)
Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais (UFPR)
Advogada



O presente trabalho possui como objetivo demonstrar que a sociedade precisa de um Estado forte e eficiente, principalmente em tempos em que a democracia e os fundamentos republicanos estão sob ameaça. Diante do crescimento exponencial das novas tecnologias, as quais impactam drasticamente nas relações individuais e sociais, vivenciamos uma nova Revolução Industrial, intitulada de Revolução 4.0 ou de Quarta Revolução Industrial, marcada pela expansão digital e por tecnologias disruptivas como o *Blockchain*. Contratações públicas autoexecutáveis celebradas por *Smart Contracts*, cidadãos com todo o seu histórico de saúde e informações relevantes cadastradas em uma plataforma digital, a possibilidade de imigrantes e estrangeiros serem cidadãos brasileiros digitais, a desburocratização dos serviços cartorários por meio da utilização da tecnologia *Blockchain*, a possibilidade de controle da atuação da atividade pública em tempo real pela sociedade e o controle dos gastos públicos realizado por máquinas que não são suscetíveis à corrupção, são exemplos da importância da tecnologia como grande aliada de um Estado que zele por uma atuação de excelência. A Administração Pública, por possuir como um de seus pilares o princípio da eficiência, deve se adaptar às novas tecnologias sob pena de oferecer uma atuação arcaica, obsoleta e até mesmo impraticável. A pesquisa se valeu de levantamento bibliográfico, buscando incorporar mecanismos de aperfeiçoamento na atuação da Administração Pública por meio da utilização da tecnologia. O método utilizado foi o dedutivo. Como resultado, observa-se que o poder público tem que ser um protagonista digital, devendo acompanhar as inovações tecnológicas, caso contrário pode ser substituído involuntariamente por instituições tecnológicas e influentes socialmente. Isso porque a utilização da tecnologia faz com que o poder público não fique sufocado na coleira burocrática e passe a atuar de forma muito mais célere e eficaz. Sendo assim, conclui-se que o futuro já chegou e que compete ao Estado se desvencilhar das vetustas amarras de sua atuação rumo à prestação de um serviço público tecnológico que o leve ao pedestal da excelência.

Palavras-chave: Quarta Revolução Industrial. Tecnologia. Eficiência. *Blockchain*. Administração Pública.

Autocomposição na administração federal: uma avaliação de eficiência administrativa e eficácia

Carolina Lemos de Faria

Mestre em Direito e Políticas Públicas (UFG)



A pesquisa realizada avaliou a autocomposição na Administração Federal com foco na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão da Advocacia-Geral da União, a fim de verificar a eficiência administrativa e eficácia da implementação da política pública consensual realizada no âmbito da referida instituição (avaliação *ex post*). A investigação foi realizada tendo como referencial metodológico a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, de Niklas Luhmann, a qual se mostrou adequada para a abordagem do problema, pois pôde ser observada a redução da complexidade quanto ao tratamento dos conflitos na Administração Pública Federal, considerando o procedimento autocompositivo realizado pela CCAF. A pesquisa examina a política pública consensual da Administração Federal, erigida com fundamento no direito fundamental à boa administração pública, além princípio democrático, do direito fundamental de acesso à justiça, do princípio da eficiência (cf. art. 1º, 5º, XXXV, e art. 37 da CF), que exigem a cooperação estatal e tem como objetivo aproximar não só a administração e o cidadão, mas a própria administração, que é chamada a compatibilizar interesses, que devem ser interpretados em consonância com os fins constitucionais, que incluem tempo razoável, com decisão justa e efetiva, também no âmbito administrativo (art. 5º, LXXVIII, da CF). Considerando a constitucionalidade e legitimidade da condução do procedimento autocompositivo pela Advocacia-Geral da União, que é função essencial à justiça, foi desenvolvido protocolo metodológico de análise dos dados obtidos. A partir do método indutivo, com realização de pesquisa empírica, além do método auxiliar estatístico, com uso de análises qualitativas e quantitativas, foram examinados os procedimentos autocompositivos que ingressaram na CCAF em 2014 – ano em que os autos se tornaram virtuais – até 2017, com exame de seu trâmite até 2018. A eficiência administrativa do procedimento foi constatada, considerando os critérios pré-estabelecidos, tendo se mostrado adequada ao tratamento de 82,61% dos conflitos entre as pessoas jurídicas de direito público da Administração Federal. A eficácia da conciliação e mediação no âmbito da Advocacia-Geral da União também foi demonstrada, tendo englobado toda a atuação da CCAF, e não apenas os casos em que o conflito era entre entes e órgãos federais, já que se observou uma total aderência a todas as categorias de conflitos e políticas públicas envolvidas, bem como houve a provocação por diversos interessados, sem notícia de descumprimento dos acordos entabulados e receptividade desses pelo Poder Judiciário, quando essas são levadas a seu conhecimento,

no período de observação. A fim de aprimorar o desempenho da implementação da política pública consensual realizada pela Advocacia-Geral da União foi feita análise crítico-propositiva, que pode colaborar, inclusive, na replicação do modelo às demais Advocacias Públicas, que, por força da Lei n. 13.140/2015, podem criar, em seu seio, Câmara com o propósito de realizar a autocomposição de conflitos.

Palavras-chave: Autocomposição. Administração federal. Avaliação. Eficiência administrativa. Eficácia.

Governança corporativa nas sociedades de economia mista: o que faltou à Petrobras?

Ludmyla Rocha Lavinsky

Graduada em Direito (UFBA)

Advogada



O trabalho acadêmico a que se refere este resumo propõe a análise da efetividade da governança corporativa aplicadas ao caso da Petrobras que, mesmo possuindo normas nesse sentido desde 1997, não conseguiu impedir a ocorrência de escândalos de corrupção investigados pela Operação Lava-Jato. Assim, para discutir o que faltou para a concretização e eficácia das normas de governança na gestão da estatal, foi tratada da importância deste instituto para as sociedades de economia mista, bem como os instrumentos de combate à corrupção decorrentes desta forma de gestão (independência política e comprometimento do conselho de administração, existência de conselho fiscal, sistema de gestão de *compliance*) e desde quando eles vêm sendo aplicados à Petrobras, para, ao final, discutir, utilizando referências políticas, filosóficas e sociológicas, além de dados quantitativos, o porquê de não ter conseguido a estatal evitar os desvios éticos e a desconformidade evidenciada. A hipótese, que restou confirmada, era a de que a existência de normas, por si só, não é capaz de efetivar o combate à corrupção. Para tanto, foi feita a análise bibliográfica, incluindo artigos acadêmicos, notícias e dados sobre o tema, o que levou à conclusão de que, apesar dos avanços no combate à corrupção (mais normas sobre o tema, maior conscientização da população, fortalecimento da cultura de *compliance*), o óbice principal existente na Petrobras à época dos escândalos foi a ausência de “cultura institucional ética” e de sistemas de gestão de *compliance* eficientes, resultado de contexto social de desvalorização da educação, da cultura e da arte. Ademais, como promessa de avanço, tem-se a observância das condutas previstas na ISO 37001 (2017), norma que trata de condutas específicas a serem adotadas para evitar o “suborno”, possibilitando, desta forma, a concretização da transparência e da integridade na gestão da “coisa pública”, princípios da governança corporativa.

Palavras-chave: Governança corporativa. *Compliance*. Petrobras. Corrupção. Ética.

Novas matizes do jogo democrático no cenário nacional: reflexões sobre judicialização da política, ativismo judicial e combate à corrupção

Romano Deluque Júnior

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Psicologia (UCDB)

Graduando em Direito (Uniderp)

Pesquisador de temas como Preconceito e Democracia



Em um Estado Democrático livre, e de Direito, não raro, o fenômeno da corrupção emerge como um agente corrosivo do elo política-sociedade. Age pois, como uma ameaça ao Estado e à sociedade. Possui portanto, natureza que transcende o agente que a comete, e sabota assim, os próprios fundamentos da democracia. O intuito do presente artigo é o de propor um debate a respeito do tema da judicialização da política, do ativismo judicial, bem como suas interrelações com a temática da corrupção. Portanto, discutir-se-á o papel do juiz proativo e seus limites de julgar, bem como as novas matizes do jogo político que se instauraram no atual momento da democracia brasileira. Trata-se aqui de uma uma revisão narrativa da literatura, que busca discutir questões ligadas à função do Judiciário enquanto poder institucional, às nuances do entorno do fenômeno da corrupção, bem como as alteridades trazidas pelos últimos acontecimentos jurídico-sociais que ganharam grande repercussão no cenário nacional no que tange à uma reformulação do entendimento sobre política e suas respectivas atribuições, por parte do cidadão brasileiro. Cabe dizer, que no cenário nacional, a corrupção tem feito emergir um estado de desconfiança por parte da sociedade em relação à toda uma classe: a política. E da descrença de um povo junto à seus representantes eleitos ascende o protagonismo do poder judiciário. Com a fragilização das instituições políticas, a tendência à judicialização da vida é amplificada, e é nesse momento de ascensão do poder judiciário que reside um importante ponto que demanda por reflexão. A julgar pelas manifestações sociais mais recentes, hoje no Brasil, já se concebe que a ordem política deva visar o bem do povo, e o político eleito, tal como instrumento dessa ordem, existe a serviço desse povo. Iniciaram-se as cobranças. Mais do que discutir o problema da corrupção para fins acadêmicos e conceituais, a relevância à que merece o tema traduz necessidades bem pragmáticas. Por conta dela faltam recursos para que se invista em ações e em políticas de assistência aos menos favorecidos e hipossuficientes, pois no final da ordem do dia, são os que pagam a conta mais cara e os que possuem a voz mais baixa. Nesse contexto, o judiciário emerge pois, como o guardião da constituição e das normas jurídicas, e por elas deve prezar mesmo que para isso tenha que proferir decisões impopulares e contramajoritárias.

Trata-se de atitude em favor da democracia e da sociedade, e pautada em um sentimento moral que, supõe-se, se baseie em princípios éticos preocupados com o proveito comum. Porém, a postura ativista deve vir imbuída de, com o perdão pelo truísmo, nobreza e dignidade. Portanto, a importância de um comportamento pautado pela ética deve ser ensinado desde a tenra infância e também nos cursos de graduação. A cultura do *gift-gift* ou do toma lá da cá deve ser desencorajada e, se possível, varrida da realidade jurídica, social e política brasileira, tal ideal porém, ainda parece demasiado distante e abstrato.

Palavras-chave: Judicialização. Ativismo judicial. Corrupção. Democracia. Sociedade.

O mito da autonomia no modelo brasileiro de agências reguladoras

Ana Luíza Fernandes Calil

Mestre em Direito Público (UERJ)
Professora de Direito Administrativo (UFRJ)
Advogada

Leonardo Parizotto Gomes

Graduando em Direito (UFRJ)
Membro do Instituto de Direito Administrativo
do Estado do Rio de Janeiro



O presente trabalho tem como objetivo aplicar a teoria do domínio presidencial frente ao novo marco legal das agências reguladoras (Lei n. 13.848 de 2019) e à postura política dos governos Dilma, Temer e Bolsonaro (2015-2019). Foram utilizados como metodologia de pesquisa a análise doutrinária do tema e a coleta de dados normativos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, no recorte temporal de 2015 a 2019, que trataram de alterações organizacionais e de competências das agências reguladoras. O modelo brasileiro de agências reguladoras tem suas bases no modelo norte-americano, com poucas aproximações e muitos distanciamentos. No momento do transplante para o ordenamento nacional, as agências se desenvolveram de forma diversa do pretendido. De um lado, as *agencies* americanas representavam um núcleo de rompimento com a ideia de Estado mínimo e de normatização, voltada para o legislativo, dotadas de ampla autonomia e independência. De outro, as agências reguladoras brasileiras, apesar do discurso em prol da autonomia, têm forte submissão ao governo central e aos ministérios. Isso reflete na chamada teoria do domínio presidencial. Os graus de aplicação da teoria variam conforme o perfil de governo, conferindo as agências eixos de poder distintos a depender do cenário político. No Brasil, o presidente possui forte controle sobre as agências, o que é justificado por meio da teoria do domínio presidencial, marcada pela ingerência política. A postura atual, apesar da edição do marco das agências, é de esvaziamento ao perfil técnico da competência das agências. À luz da teoria do domínio presidencial, a prática política atual tende para centralização político-administrativa, pautada na redução do comprometimento com o caráter técnico das agências. Conforme se comprova pelos dados levantados neste trabalho, há uma progressiva dominação presidencial no funcionamento das agências, que deve ser reajustada para que o modelo de autonomia permaneça vigente. O trabalho aponta pelas seguintes conclusões: (i) por meio dos vetos presidenciais, principalmente dos dispositivos que instituíam a pré-seleção de uma lista tripli-

ce anterior à nomeação do presidente, se garantiu a perpetuação da falta de barreiras legais acerca do aparelhamento político das agências; (ii) a centralização de poderes encontra seu ápice no atual governo, por conta de medidas de reorganização administrativa e controle de poderes em ministérios, comparado com os governos anteriores no recorte temporal. A título de exemplo, a equipe de transição analisou a viabilidade de reduzir as competências das agências, via decreto, com o objetivo de transferi-las aos Ministérios. Ademais, a Portaria n. 121 reduziu o nível de importância dos cargos de diretores das agências, rebaixando o seu *status* na organização hierárquica. Em vez de fortalecer as agências jurídica e institucionalmente, até o momento, a prática brasileira vem trilhando o caminho oposto da noção de autonomia. Passados mais de vinte anos da implementação do modelo de agências no Brasil, é preciso repensar em suas características e olhar para prática, no intuito de buscar a sua adequação para os anos que virão.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Poder Executivo. Direito administrativo. Competência técnica. Controle ministerial.

O exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo enquanto Administração Pública

Arthur Gabriel Marcon Vasques

Graduando do curso de Direito (UCDB)

Lamartine Santos Ribeiro

Doutorando e mestre em Desenvolvimento Local no

Contexto de Territorialidades (UCDB)

Professor titular de Direito do Consumidor e

Direito Administrativo (UCDB)



No presente estudo propôs-se uma análise da atuação do Poder Legislativo, em sua função atípica de Administração Pública, frente às normas inconstitucionais e decretos regulamentadores do Executivo. Imperioso o entendimento de que o dever de zelar pela eficácia da Lei Maior não é atribuição privativa destinada apenas ao Poder Judiciário, mas, pelo contrário, deve estar ao alcance de todos os Poderes do Estado. O presente trabalho objetivou verificar a possibilidade do controle extraordinário de legalidade e constitucionalidade desempenhado pelo Poder Legislativo, em sua função atípica de Administração Pública, buscando-se expor também as vantagens advindas dessa sistemática de controle e os cuidados necessários para seu exercício. A justificativa da pesquisa se dá, portanto, em razão de o controle de constitucionalidade, em sua essência, repousar sobre o princípio da supremacia do Estado de Direito Constitucional – norteando todos os atos e normas às suas ordenanças –, atuando como mecanismo para efetividade da segurança jurídica e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim sendo, como hipótese inicial, concebeu-se que exercer o controle de constitucionalidade não acarreta, por pura consequência, em decretar a inconstitucionalidade de uma norma, razão pela qual seria possível e permitido o exame de constitucionalidade da norma – e de legalidade do decreto regulamentar –, e, sendo o caso, a rejeição de aplicação pelo Administrador Público, vez que essa organização se desenvolve como corolário de justiça e segurança do ordenamento. Na consecução do estudo, a pesquisa utilizou-se dos métodos de abordagem hipotético-dedutivo e de procedimentos histórico e tipológico, baseando-se em pesquisas bibliográficas e documentais. Como resultado da pesquisa, infere-se que é necessária uma participação conjunta dos poderes na efetivação dos preceitos constitucionais, sempre ressaltando a não banalização da rigidez da Constituição Federal. Concluiu-se, portanto, que a necessidade de observância do interesse público,

bem como a observância à supremacia do Estado Constitucional de Direito são fundamentos aptos a sustentar a possibilidade da tese defendida.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Legalidade. Poder Legislativo. Estado constitucional. Interesse público.

O direito à boa Administração Pública: um direito fundamental?

Dafne Reichel Cabral

Mestre em Direitos Fundamentais (UFMS)
Auditora de Controle Externo



Esta pesquisa, de método dedutivo, possui natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica quanto aos meios. Aborda o direito à boa administração pública com foco no atendimento à população. A problemática reside em compreender se e como é possível entender o direito à boa administração pública como um direito fundamental. Pretende-se, de maneira mais específica, compreender qual o conteúdo jurídico do direito à boa administração pública; quais os fundamentos desse direito; verificar se se trata de um direito fundamental; e quais os efeitos gerados a partir desta conclusão. Desta feita, entre os variados princípios expressos, implícitos ou decorrentes optou-se por tratar dos dois grandes princípios que embasam o direito público e as atividades de controle do Estado: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Desta feita, percebe-se que o direito de boa administração pública figura como um plexo de direitos, um princípio síntese que congrega e reúne diversos outros direitos e princípios (oriundos dos dois supraprincípios mencionados), servindo como uma verdadeira exigência da Administração atuar com transparência, eficiência, seguindo os trâmites legais, submetida ao controle, demandando maior participação social, ou seja, inúmeros princípios e direitos voltados para a administração pública formam esse direito fundamental à boa administração pública. Finalmente, trabalhou-se o conteúdo jurídico de boa administração pública e sua qualificação como direito fundamental, trazendo sua origem da Constituição italiana, interpretada por doutrinadores italianos como Guido Falzone, que se traduz na real necessidade da administração pública realizar uma boa administração. Ao final da pesquisa, compreendido o conceito de direito à boa administração pública, conseguimos enxergar que ele pode se enquadrar como direito fundamental seja na perspectiva formal seja na perspectiva material. Na perspectiva formal, ao se entender que o direito fundamental à boa administração decorre desta série coordenada de princípios e outros direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, embora não tenhamos de maneira expressa em algum artigo da Constituição brasileira afirmando o direito à boa administração pública, igual ocorre, por vezes, em algumas Constituições europeias, temos no direito brasileiro esta série coordenada de princípios e direitos aplicados à administração pública. Então este conjunto está positivado no texto constitucional, o que demonstra o aspecto formal da fundamenta-

lidade. Por outro lado, focando na perspectiva material, do respeito à dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que alcançando uma boa administração pública garante-se essa dignidade, que é o núcleo dos direitos fundamentais sob esta perspectiva, porque sem a Administração Pública gerindo bem os recursos disponíveis, atendendo devidamente aos direitos prestacionais dos quais necessitam o administrado, resta inalcançável a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Boa administração pública. Princípios. Dignidade da pessoa humana. Interesse público.

Administração Pública e a absorção de inovações tecnológicas: violência simbólica do mercado e autonomia administrativa

Luasses Gonçalves dos Santos

Doutor e mestre (UFPR)

Especialista em Direito Administrativo

(Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar)

Professor de Direito Administrativo (Universidade Positivo)



Administração Pública e mercado possuem formas distintas de se relacionar com a absorção e utilização de inovações e novas tecnologias. O mercado visa, sobretudo, lucro, expansão e monopólio, objetivos esses que, obviamente, não são admissíveis ao poder público em relação às suas tarefas essenciais, definidas principalmente na Constituição Federal. Ao cindir as lógicas estruturais de condução e administração do mercado e do poder público, importa definir um método próprio para a Administração Pública construir, absorver, adotar e desenvolver as inovações e avanços tecnológicos que lhe interessam e que, por consequência, importam à coletividade. A Administração Pública brasileira deve ser capaz de criar e desenvolver boa parte das inovações e das soluções tecnológicas de que precise, baseada justamente nas demandas que lhe são próprias e nas peculiaridades da sua atuação em relação à coletividade. Tais soluções e inovações precisam ter como foco na diminuição da desigualdade social, sustentado em uma sólida base ética, no sentido de impedir que a nova tecnologia seja implementada como um “fim em si mesmo”, sem que se determine de antemão qual a função desse instrumento tecnológico em relação à grande massa de pessoas que de forma efetiva depende do poder público para sua sobrevivência. As novas tecnologias, expandindo as possibilidades de negócios e de novas fontes de lucro, precisam ser compreendidas sob o aspecto da dominação e da sobreposição de interesses do mercado. Essas tecnologias e inovações, em que pese o caráter instrumental, não são dotadas de neutralidade, pois carregam de forma sutil e velada os princípios e objetivos de dominação do mercado. É admitir que as inovações tecnológicas e os discursos dominantes da intensa renovação e implementação desses novos aparatos se constituem como formas de *violência simbólica*, no sentido sociológico desenvolvido por Pierre Bourdieu, em que o mercado insere e impõe sua maneira de dominação cultural e política à Administração Pública e, por consequência à sociedade. Na forma de *violência simbólica*, a dominação do mercado se faz de forma “naturalizada”, na medida em que a inovação e as novas tecnologias são impostas ao Estado como elementos que necessariamente precisam ser introduzi-

dos e reintroduzidos, produzindo constantemente discursos e práticas que enfatizam que as soluções adotadas anteriormente estão defasadas, prevalecendo a ideia que a Administração Pública está constantemente atrasada. O poder público não pode ficar refém do mercado, sobretudo em relação às imprescindíveis atualizações tecnológicas. Significa concluir que o Estado brasileiro precisa afirmar sua autonomia administrativa, especialmente para definir suas prioridades tecnológicas a partir das suas peculiares demandas e atividades. Faz-se necessário estimular a produção de inovações e de novos aparatos tecnológicos por meio das entidades vinculadas ao poder público, as quais são responsáveis pela maior parte da pesquisa e da produção tecnológica no Brasil: universidades públicas e entidades estatais de desenvolvimento tecnológico. A parceria ativa e pujante entre a Administração Pública e essas entidades pode permitir a atuação realmente eficiente frente às necessidades reais que a burocracia demanda, aliado às concretas necessidades da população, com o objetivo principal de redução das desigualdades sociais.

Palavras-chave: Administração Pública. Novas tecnologias. Lógica de absorção e desenvolvimento. Mercado e violência simbólica. Autonomia administrativa.

Condições e limites objetivos à celebração de compromissos do art. 26 da LINDB no exercício de competências vinculadas da Administração Pública

Murilo Cesar Taborda Ribas

Bacharel em Direito (UFPR)
Advogado



Recentemente, a Lei n. 13.655/2018 inseriu importantes alterações sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com o objetivo de dar maior segurança jurídica à atuação administrativa e de estabelecer parâmetros e contenções às instâncias de controle. Uma dessas inovações está no art. 26, que permite a celebração de compromissos pela Administração Pública para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”, consistindo, na visão da doutrina mais recente, num permissivo genérico à realização de acordos. Ocorre que a concepção do dispositivo foi pensada para a realização de acordos substitutivos ou integrativos de decisões predominantemente discricionárias – como a aplicação de sanções ou o exercício de poder de polícia –, muito embora também seja possível a celebração do compromisso “no caso de expedição de licença”, tradicionalmente caracterizada como ato de caráter vinculado. Desse modo, o objetivo do presente trabalho consiste em desenvolver uma análise crítica sobre as possibilidades e os limites à celebração desses compromissos para substituir, integrar ou complementar o exercício de competências estritamente vinculadas da Administração Pública, especialmente nas hipóteses em que se geram efeitos positivos aos particulares interessados. A importância da investigação está no fato de a Administração não possuir margem de escolha no exercício de competências vinculadas, cabendo a ela tão somente concretizar as consequências previstas em lei caso os pressupostos tenham se materializado – o que, em tese, reduziria a atratividade na celebração de compromissos. Para identificar as condições e os limites objetivos aplicáveis, o trabalho partiu de uma metodologia dedutiva da legislação, avaliando as condicionantes gerais estabelecidas pelo próprio art. 26 da LINDB, em seu *caput* e § 1º, e as relacionando a casos hipotéticos de exercício de competência vinculada pela Administração Pública. Em sequência, também foram levantadas observações doutrinárias sobre limites e técnicas contemporâneas para o controle da discricionariedade administrativa, a fim de identificar quais cautelas gerais devem ser assumidas pelo compromisso – que, por essência, será construído discricionariamente – para que sua celebração

não seja caracterizada como um indevido *by-pass* de competências da Administração Pública. O resultado da pesquisa demonstra que não há uma vedação à celebração de acordos em integração, substituição ou complementação ao exercício de competências estritamente vinculadas. Porém, sua realização deve observar: (i) os limites funcionais impostos pelo caput do art. 26 da LINDB – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa de direito público –; (ii) a impossibilidade de desoneração permanente de dever ou condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral e relacionados à competência vinculada; (iii) a bilateralidade das obrigações assumidas pelas partes pública e privada, não podendo consistir em mera desoneração do particular sem qualquer contrapartida; e (iv) a existência de fundamentação sólida e coerente pela celebração do compromisso, com tratamento isonômico a outro(s) particular(es) interessado(s) na realização de acordos com circunstâncias e configurações semelhantes.

Palavras-chave: Consensualidade administrativa. Acordos administrativos. Competência vinculada. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Controle da Administração Pública.

A corrupção como fenômeno político e econômico: uma abordagem teórica e um estudo de caso no Brasil

Fernanda Maria Afonso Carneiro

Doutora em Teoria Jurídico-Política e
Relações Internacionais (Uninta)
Coordenadora do curso de Direito (Uninta)



O estudo teve como objetivo principal compreender a corrupção em todos os seus aspectos, a partir de uma análise histórica do fenômeno, desde o período da antiguidade até os dias atuais que permitisse investigar se as políticas públicas implantadas no Brasil, para a eliminação da extrema pobreza e do analfabetismo, contribuem para o combate à corrupção, e avaliar as principais ações, medidas e decisões que têm, como objetivo, combater a corrupção; os impactos e efeitos da corrupção na política, na economia e na vida das pessoas, tendo como foco a Região Nordeste; e se a corrupção que ocorre no restante do país assemelha-se à praticada no Nordeste, considerando as características da região e os baixos níveis de indicadores econômicos e sociais verificados na região. Objetivou-se, ainda, avaliar a eficácia dos esforços governamentais, através da adoção de incentivos fiscais e aplicação de investimentos públicos, com o intuito de diminuir as desigualdades regionais, bem como da adoção de políticas de combate à corrupção e de eliminação da pobreza e do analfabetismo, como instrumentos capazes de promover o desenvolvimento regional. A investigação desenvolvida fundou-se numa análise e tratamento de dados realizados a partir de um questionamento proposto aos parlamentares nordestinos, cuja pretensão foi a de colher subsídios que permitissem avaliar e analisar o fenômeno da corrupção, sobretudo em relação aos impactos político-econômico-social que produzem enormes desigualdades entre a Região Nordeste e as regiões mais desenvolvidas do país. Abordagem foi fundamentalmente qualitativa e constou do emprego de categorias que permitiram a recolha de dados através de entrevistas estruturadas obtidas com a aplicação de questionários. A aplicação dos questionários permitiu observar que, apesar de todos os esforços, a corrupção, mesmo com todos os reveses sofridos em todo o mundo, e de modo particular no Brasil, ainda, encontra meios para corroer a dinâmica da vida brasileira, ou seja, as medidas já adotadas, ou em discussão, embora importantes, ainda são insuficientes e muito é preciso fazer, para que o país possa sair da incômoda posição em que se encontra no ranking dos índices de percepção da corrupção. Em relação ao Nordeste, o que se observou é que, o controle político exercido pela minoria dominante e elitista associa-se a sequelas sociais na região que remontam aos

tempos do período colonial brasileiro, como os alarmantes níveis de pobreza e a alta taxa de analfabetismo, cuja lógica perversa mantém a população empobrecida e analfabeta, como garantidor do controle das estruturas de poder. Os estudos apontaram conclusivamente que: a) não há uma fórmula mágica a ser aplicada no combate à corrupção e cada proposta que se apresente, pode ser menos ou mais eficiente e sua eficácia dependerá basicamente de quem a propõe; b) combater a corrupção exige esforços concentrados da sociedade civil organizada; dos três níveis dos poderes (executivo, legislativo e judiciário) da mídia, como indutor da investigação e da divulgação dos casos de corrupção.

Palavras-chaves: Corrupção. Desenvolvimento regional. Extrema pobreza. Políticas públicas. Região Nordeste.

Política pública de combate a obesidade: o uso de uma tributação seletiva e seu impacto no orçamento público

Gabriel Buissa Ribeiro de Freitas

Mestrando Profissional em Direito e Políticas Públicas (UFG)
Especialista em Direito Civil (UFG)

Lucas Bevilacqua

Doutor e mestre em Direito Econômico,
Financeiro e Tributário (USP)
Professor no Mestrado Profissional em Direito e
Políticas Públicas (UFG)



A pesquisa investiga a possibilidade do uso do princípio da seletividade conforme a essencialidade do produto como instrumento de uma política pública de saúde no combate preventivo a obesidade. Conforme demonstram recentes dados FAO e do Ministério da Saúde, o número de obesos, no mundo e no Brasil, cresceu exponencialmente nos últimos anos. A bibliografia médica nos demonstra que uma população com número elevado de pessoas obesas será também uma população que aumentará os gastos com a saúde. Portanto, buscar uma política pública que previna esse efeito cascata, prevenirá também o futuro financeiro da saúde pública. Inicialmente, o estudo vale-se de pesquisa bibliográfica sobre os conceitos de saúde pública, os gastos no Brasil com esse direito fundamental, seu desenvolvimento ao longo dos anos e os efeitos de uma norma tributária indutora ou condutora sobre a alimentação. Na sequência, buscará se compreender a evolução do termo “saúde”, passando de um “não estar doente”, para um estado de bem-estar total, entendendo como o Estado será seu promotor. Dessa maneira, adentrará ao tema a função reguladora do Estado Pós-Moderno. Além disso, seguindo as ponderações de Leifert e Lucinda, uma tributação sobre alimentação não pode somente sobretaxar o que é prejudicial, como também incentivar aquele que é saudável, para não encarecer ainda mais a alimentação da população. Isto recairá nas Finanças Públicas. O país já não se encontra em situação confortável. O tema de incentivos também voltou a ser discutido, em especial quanto a seus limites. Logo, trata-se de um trabalho de equilíbrio, para gerar ganhos com a sobretaxação, como feito em lugares no mundo com as chamadas *Junk Food Taxes*, e gastos com as formas de incentivos fiscais sobre produtos com projeção mais saudáveis. A importância do tema proposto se revela no fato de que são notórios os impactos do gasto da saúde nacional com os tratamentos para essa doença, assim como serão ainda maiores os futuros. O reconhecimento do direito

fundamental à saúde pública hoje se ramifica para a saúde alimentar de uma população, buscando a contemplação do artigo 6º da Constituição Federal. Como as políticas públicas são direitos assegurados na Constituição, pode-se afirmar uma política pública para uma saúde alimentar deve fazer parte de um conjunto de ação do poder público na efetivação dos direitos. Propõe-se como sugestão, portanto, uma política pública de combate a obesidade com base em uma indução tributária, com impacto positivo sobre o orçamento público, de diminuição a longo prazo nos gastos a saúde e aumento de receitas provenientes a entrada de novas fontes.

Palavras-chave: Políticas públicas. Saúde. Seletividade. Orçamento. Regulação.

Controle social na elaboração e execução das políticas urbanas: compatibilidade da legislação federal com a gestão democrática da cidade

Carolina Barbosa Rios

Mestranda em Direito (USP)



Atualmente, a lógica patrimonialista histórica das políticas urbanas ainda se verifica na prática, apesar de vertente já superada no ordenamento jurídico. Tal lógica patrimonialista diz respeito a uma miscelânea entre interesses públicos e privados e também à grande capacidade de influência direta de grandes empreiteiras no processo decisório das políticas urbanas. Em virtude da conseqüente falta de representatividade pelos tomadores de tais decisões, que acabam por não privilegiar integralmente o interesse público e coletivo, vislumbra-se a importância do fortalecimento da democracia participativa e do controle social no âmbito das políticas urbanas. Diante desse quadro, o objetivo geral deste trabalho é verificar se, na legislação federal que versa sobre as fases de elaboração e execução de políticas urbanas, as previsões acerca do controle social são compatíveis com o princípio da gestão democrática da cidade. Para alcançar tal objetivo geral, delimitam-se os seguintes objetivos específicos: i) Estabelecer, a partir de exame doutrinário, o parâmetro acerca da definição do princípio da gestão democrática da cidade e suas finalidades, além dos requisitos para que o controle social seja condizente com este princípio; ii) Realizar mapeamento das condições e mecanismos de controle social nas normas federais das políticas urbanas de parcelamento do solo, habitação, acessibilidade, saneamento básico, resíduos sólidos, mobilidade urbana e regularização fundiária; iii) Elaborar categorização das condições e mecanismos de controle social por fases da política urbana, ou seja, se na sua elaboração ou na sua execução; iv) Realizar a crítica final deste trabalho, verificando se as condições e os mecanismos de controle social encontrados nas fases das diferentes políticas urbanas estão de acordo com o parâmetro estabelecido para a consecução da gestão democrática da cidade. A metodologia traçada para este trabalho consiste, primeiramente, em levantamento bibliográfico, aprofundado a partir de doutrina e artigos científicos, e realização de mapeamento das condições e mecanismos de controle social nas leis federais das políticas urbanas a serem estudadas neste trabalho. Aplicando-se o método dedutivo e o dialético a partir do material coletado, será possível a consecução de cada um dos objetivos específicos enumerados e, assim, atingir o objetivo geral desta pesquisa. Pelo fato de este estudo encontrar-se em fase de

projeto, não há resultados parciais ou finais a serem apresentados, assim como também não se verificam conclusões a serem demonstradas.

Palavras-chave: Controle social. Política urbana. Gestão democrática da cidade. Análise legislativa. Legislação urbanística federal

O fundo de combate e erradicação da pobreza como mecanismo de alcance do desenvolvimento nacional e sustentável – da Resolução 41/128 - ONU à Emenda Constitucional 31/2000

Saúl Hercán Kritski Báez

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia (UniBrasil)

Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial (PUC-PR)

Bacharel em Direito (PUC-PR)



O presente artigo visa promover estudo a respeito do desenvolvimento e sua aplicabilidade na seara brasileira. Visa avaliar a conceituação doutrinária e normativa quanto ao direito ao desenvolvimento, principalmente no que concerne à interpretação de que o direito ao desenvolvimento se encontra vinculado ao direito da dignidade humana. Também, sem o intento de esgotar o tema, busca-se citar e considerar os mecanismos adotados pelo Brasil para a aplicação do desenvolvimento e a erradicação da pobreza. A Organização das Nações Unidas mediante sua Assembleia Geral já no ano de 1986 promoveu a Resolução n. 41/128 e estabeleceu como direito humano o desenvolvimento. Contudo, o processo que levou a emissão ocorrida em 1986 e que estabeleceu o desenvolvimento como direito humano remonta período ainda anterior, pois é quando da ocorrência da Conferência das Nações Unidas datada de 26 de junho de 1945 e com a emissão da Carta das Nações Unidas, que entrou em vigor em 24 de outubro de 1945, promovida pelo fim do conflito bélico, é que surge a necessidade de registro da cooperação internacional para a busca do bem-estar social das nações. A previsão legislativa para a criação de mecanismos no intuito da composição de condições de existência humana digna consta eclipsada na Constituição da República Federativa do Brasil quando o Estado, social intervencionista, propõe garantias fundamentais e os direitos sociais concernentes ao bem-estar, ao desenvolvimento e a igualdade de sua população. A executabilidade social da dignidade da pessoa humana está estritamente vinculada ao condicionamento eficiente da criação e garantia de condições de existência humana digna, sendo supedâneo para o direito subjetivo. As discussões a respeito do financiamento de projetos e programas sociais de erradicação da pobreza sofreram estruturação com o advento da Emenda Constitucional n. 31/2000, a qual, em seu bojo, preceitua a criação de fundos junto aos entes públicos abastecidos com percentuais da arrecadação tributária do ICMS de produtos considerados supérfluos.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Pobreza. Constituição. Direitos fundamentais.

As “orientações gerais da época” do art. 24 da LINDB: (in)segurança jurídica e desafios à governança pelos precedentes administrativos

Fernanda Alves Andrade Guarido

Pós-doutoranda em Direito (PUC-PR)
Doutora e mestre em Administração (Universidade Positivo)
Professora de Instituições de Direito, Direito Empresarial e
Metodologia do Trabalho Científico (FAE)

Daniel Castanha de Freitas

Doutorando e mestre em Direito (PUC-PR)
Professor de Direito Administrativo e de
Fundamentos de Direito Público (FAE)
Membro pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas
Públicas e Desenvolvimento Humano (PUC-PR)



O Decreto-Lei n. 4.657/42, atualmente intitulado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), experimentou considerável incremento com a edição da Lei n. 13.655/2018. Dentre a sucessão de prescrições normativas inseridas, o artigo 24 trouxe expressão com elevada carga valorativa: as “orientações gerais da época”, entendimentos do ente público consolidados em certo lapso temporal e que passam a vincular eventual revisão ulterior levada a efeito nos âmbitos administrativo, de controle e do Judiciário. Não há dúvidas de que o preceito legal em questão representa certo avanço hermenêutico das normas constitucionais, eis que vinculado diretamente ao princípio da segurança jurídica, além de transformar a compreensão sobre as funções estatais. Afinal, as noções de governança atualmente em voga fizeram com que a relação entre Administração e sociedade fosse alterada, permitindo-se afirmar a existência de um *ethos* público no ambiente governamental e nas pessoas que o compõem. O administrado aproxima-se da Administração, passando a ser participante efetivo da gestão pública, em contrapartida à noção de cliente do Estado. Assim, normas voltadas ao aprimoramento da gestão e do controle são estruturadas, bem como regras e orientações voltadas ao Judiciário e aos órgãos de controle são formuladas com base nas razões de governança, materializando-se em ações, ritos e procedimentos, o que possibilita a concreção dos princípios da eficiência e da transparência, entre outros. O art. 24 da LINDB, portanto, dá pistas da influência desses elementos, sem olvidar das premissas que regem a estrutura e a aplicação do ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, deve-se contextualizar os comandos normativos e harmonizar as decisões no âmbito administrativo,

através do aprimoramento das estruturas, ritos, processos e ações dos agentes públicos no espectro administrativo. A partir do panorama apresentado, o escopo da pesquisa, desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo a partir de revisão bibliográfica e coleta de dados oficiais, busca compreender o alcance e o conteúdo do conceito jurídico indeterminado “orientações gerais da época” e dos demais termos que compõem o *caput* do artigo 24 e seu parágrafo único, além dos seus reflexos para as relações jurídico-administrativas, tudo para construir a legitimidade da escolha de precedentes administrativos para maior estabilidade das decisões administrativas e as implicações na efetivação da segurança jurídica para os administrados que se encontrem em uma mesma conjuntura fático-jurídica. Entretanto, dado o arquétipo estatal hodierno, é preciso cautela na utilização despreocupada destes precedentes. Isso porque a boa governança – pautada nos princípios da eficiência e da produtividade –, demanda a estruturação de critérios de aferição da qualidade e validade das tais orientações gerais da época, o que ainda não se tem notícia. Logo, sumarizados os pontos aventados na pesquisa, pode-se sugerir, a título conclusivo, que este cenário, somado à falta de técnica jurídica dos quadros de servidores e gestores responsáveis pela construção, compilação e uso de seus precedentes administrativos, sem olvidar do conhecimento deficiente do próprio regime jurídico-administrativo – com suas prerrogativas e sujeições –, traduz-se em óbice ainda não superado, encerrando a possibilidade de se consolidar precedentes inválidos e, assim, inaplicáveis aos litígios constituídos, prevalecendo a insegurança jurídica.

Palavras-chaves: LINDB. Orientações gerais da época. Precedentes administrativos. Governança. Segurança jurídica.

Acesso à justiça e seu diálogo com o direito à boa Administração Pública: uma possibilidade?

Raphaela Rodrigues Costa

Mestranda em Justiça Administrativa (UFF)

Advogada



Informações apuradas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) indicam que mais de 50% das demandas que chegam ao Judiciário envolvem autoridades públicas. Há que se considerar que essas demandas em geral versam sobre tributos, ou seja, são execuções fiscais, ou são sobre a (não)aplicação de normas que garantem a concretização de direitos fundamentais. Desses dados, é possível ponderar que o abarrotamento sofrido pelo Judiciário conta fortemente com a contribuição de uma gestão de processos débil dentro da própria Administração Pública. Por óbvio, a cultura litigante associada a gestão processual inadequada que incentiva o administrado a buscar resposta no Judiciário, embaraça ainda mais a já dificultosa fluidez do acesso à justiça. É importante verificar que o fortalecimento do processo administrativo, sob a orientação de todos os princípios constitucionais expressos ou implícitos e a utilização devida da Lei n. 9784/1999, é uma boa ferramenta para a solução de conflitos na esfera administrativa. Do mesmo modo, servidores públicos que possuam formação jurídica, que gozem de garantias e prerrogativas e que, assim, possam instruir e decidir em procedimentos, garantiriam transparência, confiança legítima e segurança jurídica aos administrados. Nesse sentir, pode ser invocado o direito a uma boa administração pública, que foi instituído na União Europeia, por meio da Carta de Nice, em dezembro de 2000. Após sua consagração no bloco europeu, verificou-se que se trata de um direito fundamental implícito no texto constitucional brasileiro. A boa Administração Pública perfaz-se com o agir do gestor de modo a materializar a cogência das normas pertinentes a atuação do Estado; cessando a irresponsabilidade e a conduta vacilante, reconhecendo a força principiológica que reveste as diretrizes sob as quais está o mister público. Para a satisfação do acesso à justiça no âmbito da justiça administrativa, sob a ótica da boa administração, são imprescindíveis as orientações orgânicas desse direito. Em outras palavras, é defender uma administração eficiente, eficaz, que cumpre cabalmente seus deveres, operando de modo transparente e sustentável, que motiva suas decisões de modo imparcial, ostentando a moralidade, a participação social e a responsabilidade por suas condutas, sejam elas omissivas ou comissivas. Assim, os objetivos aqui avençados são: (I) indicar os últimos dados reunidos pelo CNJ que se refiram às causas que envolvam o poder público; (II) discutir como os gestores públicos podem concretizar os direitos fundamentais, por meio dos procedimentos, a fim de viabilizar

o acesso à justiça; (III) verificar a aplicação do direito a uma boa administração pública e sua relação com o acesso à justiça. A principal metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica nas fontes doutrinárias, além de fontes documentais. Os resultados obtidos demonstram que a utilização desse princípio guarda-chuva que é a boa administração pública, favorece uma melhor instrução processual, atendendo de modo muito mais satisfatório ao administrado, que, ao ter seu pleito atendido, ou ao menos devidamente conduzido, não precisará recorrer ao Judiciário. É indubitável a urgência do fortalecimento da esfera administrativa para que, segundo o que o direito a boa administração inspira, o acesso à justiça goze de maior concretude.

Palavras-chave: Direito à boa Administração Pública. Acesso à justiça. Direitos fundamentais. Direito administrativo. Gestão pública.

A razão pública no liberalismo político de Jhon Rawls: mecanismo de racionalidade para orientar a tomada de decisão na esfera pública?

Clayton Gomes de Medeiros

Doutorando e mestre em Direitos Fundamentais e
Democracia (UniBrasil)
Bolsista do Programa Prosup (Capes)



O presente trabalho se concentra, valendo-se do método dedutivo a partir da revisão bibliográfica, debater as ideias de “consenso sobreposto” e “razão pública” contida na obra *O liberalismo político* (1993) do filósofo americano John Rawls. Tais ideias são apresentadas como a superação, a complementariedade ou resposta no que se refere à sua teoria da justiça equitativa, que se baseava na produção de normas justas a partir de uma construção pautada na posição original. Inobstante o brilhantismo em sua construção, na obra “Uma Teoria da Justiça” (1971), o filósofo apresenta nova roupagem para sua teoria, tentando atingir o que seria o ideal de justiça, para tanto constrói novos argumentos, sobre os quais se debruçará o presente trabalho, com a finalidade de validar a sua utilização como argumento decisório das escolhas políticas. Tais questões se colocam diante dos direitos políticos fundamentais relacionados à representatividade e a ideia de justiça que norteia a tomada de decisão na esfera pública. Tal problematização representa um dos maiores desafios democráticos a medida em que limita a liberdade dos cidadãos diante de imposições desarrazoadas, quando não pautadas em uma racionalidade decisória que prestigie os anseios sociais de maior grandeza, ou seja, a efetivação dos direitos fundamentais. Ao longo do trabalho, observou-se que o referencial teórico indicado, a delimitação imposta pelo autor quanto a sua ideia de “razão pública”, ou seja, os limites e racionalidade que a razão pública estabelece, tal conceito não se aplicaria a todas as questões políticas, mas apenas às questões que o autor chama de “elementos constitucionais essenciais” ou questões de justiça básica. Logo, para atingir o objetivo proposto, o referencial teórico alçado, não é suficiente para embasar a proposta de trabalho, qual seja: a construção de “razão pública de John Rawls, pois sua abrangência limita-se e grupos de tomada de decisão mais restritos dos que os almejados por este trabalho. A presente pesquisa buscará referenciais diversos, que possam embasar a racionalidade na tomada de decisão na esfera pública.

Palavras-chave: Razão pública. Consenso sobreposto. Escolhas políticas. Poder do povo. Direitos fundamentais. Democracia.

Levando o combate ao desmatamento à sério: o PPCDAm e o princípio da proibição de retrocesso ambiental

Diego Emanuel Arruda Sanchez

Doutorando em Direito (PUC-PR)



O combate ao desmatamento da Amazônia no Brasil, até muito recentemente, constituía-se em uma bastante bem sucedida política pública nacional. Apesar disto, temos observado uma certa deterioração das bases estruturantes do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm). Diante deste cenário, este trabalho tem por objetivo examinar os efeitos das recentes mudanças sofridas por este programa integrado à luz do princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental. Cenário este em que verificou-se, primeiramente, que o plano possui enorme valor para o desenvolvimento regional e nacional brasileiro por diversos fatores, em especial conta da sua importância para os nossos compromissos de redução de emissão de gases de efeito estufa, pela sua importância para a preservação da sócio e biodiversidade nacionais e dos inúmeros serviços florestais fornecidos pela floresta Amazônica. E que, desde a sua implementação observamos foi responsável por uma significativa queda do desmatamento anual da região (aprox. 60%). Tendência de queda essa, contudo, que nos últimos meses tem indicado claros sinais de uma abrupta reversão e que, neste ano – apesar dos claros alertas do sistema de monitoramento DETER – não vem sendo acompanhado de uma política de proporcional aumento da fiscalização por parte dos órgãos de fiscalização ambiental federais. Muito pelo contrário, vem sendo acompanhada da radicalização do discurso antiambiental e da ingerência política sobre os estes e órgãos de controle e monitoramento por parte do governo federal. Aspecto em que, desde maio deste ano, ao contrário de uma pronta resposta aos alertas do DETER por parte do governo federal, o que se observou foi apenas a manutenção do drástico corte orçamentário do Ibama e ICMBio e uma grande redução do número de operações de fiscalização destes órgãos na região. Um conjunto de inércias, ingerências e cortes orçamentários sobre o PPCDAm e seus órgãos que compromete vários dos pilares do plano de ação e que já se materializa na redução de 42% do número de autos de infração lavrados na região pelo Ibama. E que, desta forma, configura-se um modelo de gestão radicalmente desalinhado aos objetivos e comandos de desenvolvimento contido na Carta Magna de 1988, gravemente danoso à biodiversidade nacional e que, por razões óbvias, não assegura o cumprimento de muitos dos compromissos internacionais de desenvolvimento pactuados pelo Brasil na

Declaração Rio 92 e no Acordo de Paris. Uma gestão tão danosa que tem levado o atual governo federal a alcançar o feito inédito de – em menos de nove meses – sofrer duras críticas conjunta de oito ex-ministros do Meio Ambiente, enfrentar uma grave crise diplomática internacional, um pedido de impeachment do Ministro de Meio Ambiente e um pedido de CPI no Senado. Um conjunto de ingerências, portanto, que vem afetando seriamente o objetivo social do PPCDAm; ameaça o direito de todos – presentes e futuras gerações – ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado; e que, por isto, constitui-se também em um conjunto de reformas e modelo de gestão que afronta de maneira grave ao princípio do não-retrocesso em matéria ambiental.

Palavras-chave: PPDCAm. Desmatamento. Amazônia. Mínimo existencial ecológico. Proibição ao retrocesso.

Políticas regulatórias de mobilidade urbana: reflexões acerca da utilização das patinetes elétricas

Lucas Bossoni Saikali

Mestre em Direito (PUC-PR)



Comunicado: As inovações tecnológicas cada vez estão presentes no cotidiano das cidades brasileiras. Recentemente, passou-se a observar a presença constante de patinetes elétricas nos maiores centros urbanos do país. Dessa forma, o presente comunicado tem como enfoque a análise da utilização patinetes elétricas como meios de transporte (principalmente no que se refere aos serviços de aluguel desse modais) a partir da lógica da regulação estatal frente às novas tecnologias. Inicialmente, estuda-se o cenário brasileiro do Estado Regulador. Será estudada a ascensão do Estado Regulador brasileiro, com enfoque na liberalização da economia na década de 1990 e na subsequente criação das agências reguladoras. Após o estudo refletir sobre a intervenção estatal na economia, será estudada com maior ênfase a mobilidade urbana dentro do ambiente legislativo brasileiro, entre seus aspectos constitucionais e inconstitucionais, buscando demonstrar a importância da gestão do ambiente da mobilidade urbana, especialmente dentro de um contexto em que as inovações tecnológicas são cada vez mais presentes. Seguindo, serão apresentados os projetos de regulamentação do serviço do aluguel e utilização das patinetes elétricas nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro para, então, analisar as possíveis melhorias regulatórias para o setor, visando congregar o interesse público com a inovação tecnológica. Como conclusão preliminar, tem-se que que é necessária a existência de uma regulamentação que, ao ser planejada com a participação dos atores econômicos envolvidos, dê incentivos de utilização prudente dos modais tanto para os usuários e às empresas. Buscando-se, assim, solucionar os problemas envolvendo as patinetes elétricas de forma menos burocrática, mais eficiente e rápida. De toda forma, ainda que evidente a necessidade de se integrar as patinetes às políticas locais de mobilidade urbana, é preciso planejar a integração desse modal no modelo de *smart cities*, buscando garantir segurança jurídica para os agentes econômicos envolvidos através da participação conjunta entre Estado e sociedade civil. A metodologia de pesquisa empregada é a hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa é a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Tecnologia. Inovação disruptiva. Regulação. Patinetes elétricas. Mobilidade urbana.

A ideia de serviço público como meio essencial de desenvolvimento e da condição de agente

Amanda Luiza Oliveira Pinto Tomazini

Mestre em Direito (PUC-PR)



Baseando-se nas compreensões trazidas por Amartya Sen, o estudo busca analisar uma nova finalidade ao serviço público além da tradicional concepção de promoção da igualdade e existência humana digna, qual seja: o fomento ao desenvolvimento da capacidade de agência dos indivíduos, tornando-os capazes de prosperar e se autopromoverem em suas vidas. Tal releitura é aplicável atualmente, uma vez que a sociedade desconsidera no contexto atual o verdadeiro sentido do serviço público: o desenvolvimento social. A metodologia utilizada é a descritiva, utilizando a seleção dos conceitos dos autores para analisar e correlacionar fatos sociais. Entende-se que o Serviço Público não pode ser encarado apenas como uma atividade estatal, que oferece aos cidadãos utilidades materiais para atender conveniências básicas da sociedade, mas sim como uma atividade que permite ao ser humano se desenvolver sem a necessidade de depender de qualquer pessoa ou entidade para “sobreviver” ou ter acesso ao mínimo existencial. Sobre a óptica de Amartya Sen, é por meio do fortalecimento das liberdades individuais a maneira ideal de se alcançar o desenvolvimento e a melhora da vida dos indivíduos, ideais somente possíveis com a industrialização, o progresso tecnológico, modernização social e, principalmente, com as disposições sociais e econômicas, a exemplo dos serviços de educação e saúde, bem como direitos civis (liberdade política). Parte-se do pressuposto de que a pobreza é uma imposição artificial nos seres humanos, ou seja, não é de sua natureza, sendo necessário mudar o pensamento de cada indivíduo, inclusive daqueles que se intitulam como desfavorecidos, para que saiam da inércia e busquem nos serviços públicos uma oportunidade de se emanciparem. Sen constrói a definição de condição de agente dos indivíduos, capaz de propiciar oportunidades para que desenvolvam e expressem suas capacidades e, assim, fomentar o desenvolvimento social. No mesmo sentido, Muhammed Yunus compreende que a capacidade de empreendimento é habilidade inata de todos os seres humanos, possibilitando a emancipação do indivíduo, com o trabalho e independentemente do Estado. A união dos marcos teóricos permite idealizar o objetivo maior do serviço público: dar condições aos indivíduos para que se tornem agentes, proporcionando oportunidades de emancipação, trabalho e desenvolvimento, juntamente com a sociedade. Entretanto, há problemas a enfrentar. A universalidade é princípio basal para que essa releitura do instituto do serviço público se materialize. Não há aumento de oportunidades, capacidades, liberdade, condição de agente e empreendedo-

rismo sem que todos os cidadãos tenham facilidade de acesso aos serviços básicos como saneamento básico, água limpa e energia elétrica. Entretanto, universalidade de acesso aos serviços públicos no Brasil não é realidade e assim, para implementar essa nova noção, será necessário “reeducar” a mente da maior parte dos brasileiros, demonstrando o caminho da emancipação, da condição de agente e liberdade individual. Essa “reeducação” deve ser feita à indivíduos que sequer tem acesso nem ao mínimo para a sua saúde, como ao serviço público de saneamento básico. Assim, a releitura do instituto do serviço público deve ser feita juntamente com uma releitura da atuação do poder público.

Palavras-chave: Serviço público. Desenvolvimento. Liberdade. Amartya Sen. Universalidade.

Entre o intervencionismo e a subsidiariedade do Estado: a demonização do Estado no caso das privatizações

Giulia De Rossi Andrade

Mestranda em Direito (PUC-PR)
Advogada

Tailaine Cristina Costa

Mestranda em Direito (PUC-PR)



Dentro da ótica do Estado contemporâneo, no que tange à sua função administrativa, o Estado sofreu diversas modificações, passando de Estado Absolutista a Estado Liberal que, por sua vez, viu-se substituído pelo Estado Social, este buscando a realização concreta das necessidades materiais da sociedade. A partir da ideia de Estado Social, a figura estatal ficou atrelada ao papel de prestador de serviços públicos essenciais, como aqueles relativos à defesa da pátria, à segurança pública, à administração da justiça, dentre outros. As constantes mudanças sofridas pelo Direito Público, através das feições assumidas pelos Estados, resultaram em um processo de transformação contínuo, e no Brasil não foi diferente. Nas últimas décadas, dando-se destaque para o momento atual, diversos confrontos político-ideológicos tomaram a frente da reforma do Estado, sendo a Administração Pública um dos setores que mais sofreu alterações. Assim, o objetivo do presente comunicado é fazer uma análise do intervencionismo e da subsidiariedade do Estado a partir da insurgência à tendência neoliberal no sistema constitucional brasileiro, inaugurada por Celso Antônio Bandeira de Mello. Para ilustrar o objetivo pretendido, foi escolhida a discussão do fenômeno das privatizações, notadamente por conta do anúncio feito pelo governo de que 17 empresas estatais serão privatizadas a partir de 2019, incluindo os Correios. Este tema das privatizações revela intensa perplexidade, especialmente porque o seu procedimento não segue os mandamentos constitucionais preconizados, e deve-se ter em mente que é a segurança constitucional que mantém a estabilidade das relações e a segurança jurídica. Em um segundo momento, trata-se da demonização do Estado e dos moralismos impregnados na sociedade brasileira, que o veem como o responsável por todos os males existentes no país. No contexto atual, não seria exagero afirmar que o que se está vendo é a mais pura modernização do golpe de Estado brasileiro, passando ao largo da ideia de democracia. O que se vê é que o Brasil, nas atuais condições, vive em um constante Estado de exceção em que a ordem constitucional é muito facilmente deixada de lado, dando vez a medidas excepcionais

que não se coadunam com a ordem jurídica estabelecida. É inadmissível a flexibilização do Estado Democrático de Direito sob a justificativa de “combate a um mal maior”. O mal é o Estado de exceção, é a quebra da Constituição, é a relativização da democracia. Não há uma exceção que justifique o abandono dos princípios republicanos fundamentais. Mesmo a crise vivenciada pelo Brasil nesta segunda década do século XX não é motivo para a violação do Estado de Direito. Destaca-se, ao fim, a respeito da função social das empresas estatais e o perigo de retrocesso social em caso de privatização. A partir das leituras realizadas, dentre os entraves encontrados para a privatização situa-se a possível precarização da prestação de serviços públicos, deficiência que será sentida por aqueles que mais necessitam e que não serão vistos como consumidores em potencial pelas empresas privadas, pois não possuem recursos para adquirirem este status, rompendo com o compromisso constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária.

Palavras-chave: Intervencionismo. Subsidiariedade. Privatização. Serviço público. Estado social.

A necessidade de comprovação da má-fé para caracterização de um ato ímprobo que importe em enriquecimento ilícito

Rodrigo de Oliveira Ferreira

Pós-graduando em Direito Processual
Civil (PUC-SP em parceria com a ESAMS)
Advogado



Este trabalho de pesquisa visa estudar a Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, enfocando os atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito, modalidade prevista no artigo 9º da lei mencionada. Por meio de um estudo detalhado e pragmático, pretende-se demonstrar que não raramente as ações de improbidade administrativa não demonstram a má-fé do agente público em seu agir, ignorando o fato de que a lei aplica-se somente quando o ato tido como ilícito puder ser rotulado como improbidade qualificada, como desonestidade perversa e abjeta, e não quando se tratar de mera irregularidade. Tem como escopo enfatizar que para a caracterização do ato ímprobo que importe em enriquecimento ilícito é necessária a comprovação da má-fé do agente público. O objetivo é demonstrar que a Lei n. 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da desonestidade funcional considerada grave, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares. É apresentada a má-fé como elemento fundamental para o delineamento da ilicitude ou do juízo de reprovabilidade de determinada conduta. A relevância de se fazer menção ao tipo enriquecimento ilícito decorre da necessidade legal de demonstrar que o agente público concorreu com dolo, isto é, que teve a intenção deliberada de auferir ou de ajudar alguém a auferir, indevidamente, dinheiro público. A metodologia a ser utilizada é o método dedutivo, partindo do conceito geral de má-fé e de improbidade administrativa, ponderando-se e correlacionando-se ambos os institutos à luz da legislação aplicada ao tema. Além disso, a presente pesquisa tem caráter exploratório, descritivo e bibliográfico, recorrendo a obras jurídicas, periódicos e doutrinas, além de análise jurisprudencial, tendo o método indutivo como forma de análise. Como resultado, espera-se demonstrar que o ato ímprobo que importe em enriquecimento ilícito precisa ser consciente e deliberadamente praticado pelo agente público com o objetivo evidente de afrontar a norma proibitiva implícita no tipo sancionador previsto no artigo 9º da Lei 8.429/92, indicando que a má-fé contribuirá para a aferição da reprovabilidade, ou não, de sua conduta, justificando, ou não, a incidência

do sistema sancionador veiculado pela lei. Concluindo-se, assim, que esta lei apresenta um caráter subsidiário, somente tendo cabimento quando a irregularidade não puder ser coibida por outras esferas, como a administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Enriquecimento ilícito. Má-fé. Agente público. Erário.

Compreendendo os riscos da Administração Pública

Tiago Beckert Isfer

Mestre em Direito Internacional Privado e do
Comércio Internacional (Université Paris 2, Panthéon-Assas)
Professor de Direito (UnB)
Advogado



O objetivo deste trabalho é compreender como os riscos da Administração Pública interferem na sua atuação. Apoiar-se em estudos da psicologia sobre como o ser humano reage quando confrontado com incertezas, a fim de integrá-los com o Direito Administrativo. Observou-se que raramente o Direito regulamenta o risco em si, como um fenômeno futuro e incerto, pois comumente reparte ônus por eventos já concretizados. Fez-se um apanhado geral sobre o estado atual da teoria de fato jurídico e identificou-se a necessidade de alterá-la para compreender o risco, que não é evento nem acontecimento. Assim, riscos podem ser fatos jurídicos, pois estes são qualquer fenômeno que o Direito ateste existência e dispense tratamento. Em seguida, verificou-se que o risco está presente em toda ação administrativa. Na teoria do ato administrativo, entendeu-se ser ele um elemento indissociável, até mesmo do ato vinculado. O mérito da análise de riscos dos atos administrativos pode ser controlado, inclusive judicialmente. Para atos administrativos de natureza decisória, o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro exige a análise de riscos, sob pena de nulidade do ato, ainda que em determinados casos seja possível mitigar essa exigência. Verificou-se que riscos causam falhas cognitivas na tomada de decisão, sendo necessário que a responsabilidade do agente público seja apurada pela adequação de sua conduta a fim de proteger erros honestos. Nesse sentido, pode-se emprestar, para todos os gestores públicos, o requisito da teoria americana *business judgment rule* de conduta desinteressada, informada e refletida, já admitida no Brasil com relação às empresas estatais. Por fim, a gestão de riscos é ferramenta que permite mitigar vieses e heurísticas, podendo ser utilizada como orientações gerais de conduta.

Palavras-chave: Risco. Administração Pública. Fato jurídico. Ato administrativo. Erro honesto.

O reconhecimento de dívidas na Administração Pública: excepcionalidades e considerações normativas com fulcro em casos concretos

Débora Walter dos Reis

Pós-Graduação stricto sensu em Engenharia de Minas (UFOP)

Bacharel em Direito Minas (UFOP)

Servidora pública federal



O estudo foi realizado no âmbito da Administração Pública, na Universidade Federal de Ouro Preto – Ufop –, com vistas a regulamentar os pagamentos devidos a fornecedor particular, em casos onde a mesma, diante da invalidade na contratação pública, deverá pagar / ressarcir a prestação de serviço ou realizar o pagamento do produto, com a justificativa de evitar danos aos cofres públicos, almejando que os recursos da Administração não sejam utilizados de forma arbitrária pelo gestor, ou ainda a fim de evitar que o fornecedor de boa-fé seja prejudicado pelo Estado. Para o desenvolvimento da normativa para a Universidade, realizou-se estudo dos esparsos textos acerca do tema, os que fazem referência aos requisitos mínimos para o correto uso do procedimento, alicerçados pelos princípios gerais do direito. Assim, com base no regramento legal aplicável aos contratos administrativos nulos – art. 59, parágrafo único da Lei de Licitações e na Instrução Normativa n. 04 de 1º de abril de 2009 da Advocacia Geral da União, o procedimento contempla a fase de reconhecimento, pagamento e de apuração de responsabilidade do servidor com fluxograma reconhecido pela Advocacia Geral da União. Assim, como o reconhecimento de dívidas na administração só ocorrerá motivado por vícios nos atos administrativos, para a normatização discutiu-se, também, os efeitos deles nas contratações públicas e as possibilidades de convalidação, caracterizando os atos inválidos e ponderando pelo pagamento daqueles classificados e justificados como nulos. Em sede de responsabilização foram analisadas as possíveis formas de responsabilização do agente que produziu os vícios na contratação e as consequências dos mesmos na esfera administrativa. Para tal, a normativa determina a abertura de um procedimento apartado ao reconhecimento da dívida, com nomeação de comissão sindicante nos moldes da Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. A normativa Ufop, portanto, é o resultado de um estudo realizado, basicamente, em institutos regulatórios esparsos sobre o tema, tendo em vista que não há lei específica para o tal, e em julgados do Tribunal de Contas da União com vistas a transparência pública e coibição as fraudes na Administração.

Palavras-chave: Administração Pública federal. Reconhecimento de dívidas. Contratação pública. Responsabilidade administrativa. Gestão.

A retroatividade na instituição do ato administrativo: atos declaratórios e constitutivos

Flávio Garcia Cabral

Doutor em Direito Administrativo (PUCSP)
Professor (Unigran)

Jorge Felipe Fernandes dos Santos

Acadêmico de Direito (Centro Universitário Anhanguera)



O presente trabalho procura explorar a retroatividade na instituição do ato administrativo declaratório e constitutivo, tema este pouco debatido em nosso ordenamento jurídico. A maior parte das obras que trataram do assunto são estrangeiras ou, quando brasileiras, publicadas entre os anos 50 e 80, todos pré Constituição Federal de 1988. Quando muito, foca-se na retroatividade relacionada à extinção dos atos, mas não na sua instituição. Assim, este estudo, de cunho bibliográfico, procura enriquecer a discussão sobre o tópico por meio de uma pesquisa nas orientações doutrinárias do passado, traçando um paralelo com as ideias e conceitos contemporâneos sobre a retroatividade do ato administrativo. Na rotina da Administração Pública, diversos atos administrativos são emitidos constantemente, de modo que alguns deles possuem natureza meramente declaratória, isto é, seus efeitos se restringem a confirmar uma situação de fato ou de direito preexistentes. Sobre os atos declaratórios, é certo que seus efeitos são retroativos, pois os fatos ali regidos já foram realizados anteriormente. Discussão maior é a que permeia a retroatividade dos atos administrativos constitutivos. No passado, autores afirmavam a possibilidade da retroeficácia dos atos administrativos constitutivos desde que estes gerassem benefícios aos administrados, a exemplo de uma nomeação com efeitos retroativos; noutra giro, não seria admissível a retroatividade de um ato que limitasse direitos ou gerasse deveres ao administrado. Neste ínterim, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal, possuem orientação que prega a impossibilidade de nomeação (ou posse) com efeito retroativo; além disso, alguns diplomas normativos recentes têm positivado a mesma ideia, citando-se o exemplo da Lei Complementar 840/2011 do Distrito Federal, que veda a edição de atos de nomeação, posse ou exercício com efeito retroativo. Deveras, parece-nos claro que a orientação genérica da possibilidade de retroatividade de atos administrativos ampliativos ou benéficos resta superada, seja devido à existência de certos proibitivos legais (a exemplo da lei mencionada), seja porque a retroatividade de tal ato ofende o princípio da isonomia e publicidade dos atos, visto que um ato administrativo constitutivo, em regra, só pode produzir efeitos após sua devida

publicação. Sobre a impossibilidade da retroatividade atos administrativos que prejudiquem, limitem direitos dos administrados, concordamos. Nesse sentido, destaca-se que o princípio da confiança legítima (ou proteção à confiança) representa a ótica subjetiva da segurança jurídica, assim, o cidadão não espera ser lesado pelo poder público, presumindo a legitimidade e licitude dos atos pretéritos emitidos pelo Estado. Portanto, pode-se observar que a retroatividade dos atos administrativos comporta alguns requisitos mínimos, quais sejam: a) o respeito ao princípio da segurança jurídica, destarte, o ato administrativo retroativo não poderá atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, bem como não será possível a retroeficácia de ato que prejudique o indivíduo; b) o respeito aos normativos superiores e aos princípios do regime jurídico administrativo, assim, na elaboração de um ato administrativo retroativo deverão ser observados os normativos primários e os princípios fundantes do regime jurídico administrativo.

Palavras-chave: Retroatividade. Ato administrativo. Declaratório. Constitutivo. Requisitos.

Consensualismo e Estado: uma solução ao baixo índice de pagamento de multas ambientais?

Mirela Miró Ziliotto

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento (PUC-PR)



O presente estudo voltou-se à análise da abertura ao consensualismo administrativo no âmbito de processos administrativos sancionadores para aplicabilidade de multas ambientais simples, a partir de uma descrição analítica dos dados do Relatório de Gestão do Ibama de 2017 (atualizado) em relação ao índice de pagamento de multas administrativas. Assim, pelo método hipotético-dedutivo, constatou-se a existência de dois problemas em relação ao pagamento das multas ambientais: ineficiência da gestão processual do Ibama e perda massiva de adesão ao texto normativo. Diante desse contexto, analisou-se a possibilidade de a atividade consensual, dialógica e negociada sobrepor-se à atividade imperativa e unilateral, quando aquela se mostrar mais eficiente ao atingimento do interesse público abarcado nos casos de infrações ambientais, sem, contudo, desobrigar o interessado da reparação do dano ambiental. A temática abordada decorre da crescente utilização de acordos para solução de conflitos entre as entidades ambientais e infratores de normas que regulam a defesa do meio ambiente, conforme disciplina dos artigos 139 e seguintes do Decreto Federal n. 6.514/2008. Assim, após análise dos principais contornos dogmáticos da abertura ao consensualismo administrativo, especialmente a sua viabilidade jurídica e a sua utilização como instrumento de democratização e dialogicidade, bem como do estudo dos reflexos da atividade imperativa comparada à atividade consensual, e a sua implicação no caso concreto das infrações ambientais, concluiu-se que políticas públicas voltadas à resolução consensual de conflitos podem ser mais eficientes ao alcance do interesse público da preservação ambiental, porque convidativas à cooperação pelo infrator, permitindo-se maior adesão ao texto normativo e a conservação do meio ambiente.

Palavras-chave: Administração Pública. Multas ambientais. Consensualismo. Política pública. Eficiência.

Responsabilidade civil do Estado legislador: leis de efeitos concretos

Larissa Pereira Eiras

Mestranda em Direito e Desenvolvimento (USP)



A presente pesquisa tem como objeto a análise da responsabilidade civil do Estado Legislador com enfoque nas leis de efeitos concretos, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Como é sabido, a responsabilidade civil do Estado é um tema clássico no Direito Administrativo, havendo uma profusão de escritos, livros, artigos e pesquisas sobre o assunto, o que poderia conduzir-nos à fácil conclusão de que se trata de uma teoria acabada. Ocorre que, apesar de todo esse emaranhado de estudos sobre o tema e da consequente evolução alcançada nessa matéria, ainda remanescem muitos aspectos controvertidos, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado pelo desempenho da função legislativa. Essa preocupação não é recente; existem vários estudos dedicados ao tema, razão pela qual se faz necessário recorte mais restrito do assunto para que se explore de forma mais aprofundada os impactos advindos desse tipo específico de ato normativo danoso. Desta forma, o estudo tem como objetivo examinar se o Estado deve indenizar os particulares pelos atos normativos de efeitos concretos danosos, ainda que conforme as regras constitucionais. Ao perscrutar o assunto, através de pesquisa exploratória, percebeu-se que há na doutrina e jurisprudência existência de grande divergência a respeito desse tema. Há corrente doutrinária que entende que a responsabilidade civil do Estado por ato legislativo não seria possível em razão de suas características de generalidade e abstração. Os adeptos dessa corrente posicionam-se no sentido de que o ato legislativo não pode causar a responsabilidade civil do Estado, nos casos em que a lei é produzida em estrita observância aos mandamentos constitucionais. Em contrapartida, tem havido um reconhecimento crescente na jurisprudência e doutrina que em situações excepcionais poderá exsurgir a obrigação do Estado de indenizar nos casos de a lei atingir direitos de determinados grupos de indivíduos à custa de benefícios a um universo maior de destinatários. Trata-se da chamada “lei de efeitos concretos”, identificada, neste primeiro momento, como autêntico problema da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. Como método de abordagem, será utilizado o raciocínio dedutivo em quase todos os capítulos, cujo conteúdo está relacionado aos aspectos teóricos da responsabilidade geral do Estado e da responsabilidade específica por atividade legiferante, com vistas a organizar e especificar o conhecimento que já se tem sobre o tema. Todavia, no último capítulo, o raciocínio se pautará no método indutivo, no qual serão analisadas as peculiaridades das leis de efeitos concretos através da jurisprudên-

cia extraída de casos paradigmáticos sobre o assunto. Será utilizado, outrossim, o método dialético, expondo ao longo do trabalho as diversas correntes doutrinárias e teorias sobre a matéria, desenvolvendo-se proposições teóricas a partir das contradições expostas e dos contrários internos inerentes ao problema de pesquisa, mas sem perder de vista que estes se apresentam como uma unidade indissolúvel.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Estado. Atividade legislativa. Leis de efeitos concretos. Direito administrativo.

Sanção administrativa concorrencial: balizas e parâmetros

Paulo Victor Barbosa Recchia

Mestrando em Direito e Desenvolvimento (USP)



O estudo da sanção no direito administrativo é tema complexo. Sanções de trânsito, disciplinares ou advindas de descumprimento de contrato administrativo são apenas exemplos de quão amplo e diverso o tema aparece no cotidiano da Administração Pública. As sanções concorrenciais, quer sejam as respostas ao cometimento das infrações à ordem econômica previstas na Lei 12.529/2011, são objeto do presente estudo, fruto de dissertação de mestrado em fase intermediária de execução. O objetivo que guia a pesquisa é investigar se as sanções concorrenciais previstas na Lei de Defesa da Concorrência se compatibilizam com os limites e parâmetros do Direito Administrativo Sancionador. Assim, sanções administrativas em conformidade com o Estado Democrático de Direito são fundamentais ao processo de desenvolvimento, vez que, nessa seara, são elementos fundamentais na compreensão das relações entre Estado e mercado, de modo a conferir, ao mesmo tempo, segurança jurídica aos administrados e eficácia na aplicação das sanções que inibam os ilícitos antitruste. O trabalho justifica-se pela necessidade do diálogo entre o direito administrativo geral e direito administrativo específico aplicado ao microsistema do direito concorrencial, ainda muito insipiente na doutrina, bem como pela análise da extensão e limites do poder de polícia aplicado à regulação em um contexto democrático. Ressalte-se também que o estudo permite a reflexão sobre as fronteiras entre direito administrativo e penal e suas respectivas sanções. Para o estabelecimento das bases do Direito Administrativo Sancionador, entende-se que seus limites são extraídos do rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal, dentre os quais citamos a legalidade, a tipicidade, a irretroatividade, a razoabilidade, a pessoalidade, a individualização e a vedação ao *bis in idem*. Outrossim, o ordenamento jurídico apresenta outros parâmetros a serem considerados pelo órgão sancionador antitruste, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (TACADE), dentre as quais as recentes alterações da LINDB, que traz uma lógica consequencialista à imposição de sanções, bem como a Lei de Processo Administrativo Federal e a recentíssima Lei Geral de Agências Reguladoras, a qual traz dispositivos que tratam da relação entre regulação setorial e concorrencial, impactando o tema das sanções. Ressalte-se que os ilícitos concorrenciais também são sancionados na esfera civil e criminal, o que também deve ser considerado no momento da imposição da sanção administrativa, além da eventual aplicação das sanções trazidas pela Lei Anticorrupção, no caso, por exemplo, de carteis licitatórios, de modo que

não haja sobreposição. Compreendido o sistema sancionatório antitruste, por meio de seus limites, parâmetros e demais formas de sanção, se fará a análise em espécie das sanções aplicadas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, seja reprimindo as condutas anticompetitivas, seja na construção das estruturas de mercado que não permitam o abuso do poder econômico. Por se tratar de uma pesquisa de cunho essencialmente teórico, a metodologia adequada é a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Sanção concorrencial. Balizas e parâmetros. Direito administrativo sancionador. Relação Estado-mercado. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Os limites da atividade controladora e os novos sistemas de controle interno municipais

Óthon Castrequini Piccini

Graduando em Direito (USP)



Este comunicado científico é fruto de Iniciação Científica com fomento da Fapesp. A partir das discussões doutrinárias sobre os limites da atividade controladora e seus impactos na execução de políticas públicas, nota-se que, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), os julgados recaem sobre as competências do Tribunal de Contas da União (TCU). A seguir, propôs-se investigação sobre a repercussão dessas mesmas controvérsias quanto ao controle interno: a Constituição Federal, no dispositivo que regula a matéria, dota satisfatoriamente o sistema de controle interno de instrumentos a conferirem autonomia para exercer a fiscalização? Como a doutrina contemporânea compreende a dimensão dos poderes do controle interno? O procedimento metodológico baseia-se nos levantamentos bibliográfico e documental, razão pela qual procedeu-se à descrição interpretativa sobre os artigos 31 e 74 da CF. Nesse momento, foram registrados os posicionamentos de autor cético quanto às competências oferecidas pelo Texto Magno ao desempenho do controle interno, mas constatou-se a prevalência de entendimento doutrinário segundo o qual, para o vigor do referido sistema, deve-se exigir do Poder instituidor uma adequada disposição normativa do controle interno. Como exemplo, apurou-se que, no Poder Executivo Federal, houve uma mudança de paradigma com o advento da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da qual o sistema de controle interno do Executivo deste ente federativo expandiu as suas funcionalidades e nichos de atuação. Diante disso, julgou-se oportuno questionar: quais os influxos deste novo conceito de estruturação do controle interno nos demais entes federativos? Os municípios estão revisando a normatização de seus sistemas de controle interno? Para verificar os reflexos dessa conjuntura em âmbito municipal, resolveu-se proceder a um levantamento, nos dez municípios de maior população no Estado de São Paulo, sobre os atos normativos locais de regulamentação dos seus respectivos sistemas de controle interno. Constatou-se que 70% destes revisaram estes regramentos desde 2013, fato a denotar tendência de reestruturação estrutural da fiscalização municipal, à luz do modelo federal. Essa constatação demonstra, para a Academia, a necessidade de acompanhar o fenômeno e, principalmente, de estimular debates sobre a técnica legislativa empregada para a estruturação de sistemas de controle interno, cujos atos normativos regradores são os instrumentos responsáveis pela fixação dos seus limites e pela garantia de efetivas competências, a fim de evitar o estabelecimento de mecanismos inócuos de fiscalização, questionamentos judiciais

semelhantes aos ocorridos no controle externo pelo TCU e o travamento de políticas públicas e obras de infraestrutura. Para futuros trabalhos e teses, sugere-se o estudo das diretrizes internacionais de controle interno, emitidas pelo COSO e pela INTOSAI, como modelos a serem incorporados e positivados pelo ordenamento jurídico brasileiro, lacunoso quanto a critérios e parâmetros gerais de organização do controle interno, e a balizarem a edição de novos atos normativos pertinentes à matéria.

Palavras-chave: Controle interno. Direito municipal. Fiscalização. Controladoria. Sistema integrado.

Contributo das cinco gerações de administrativistas ao tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa

Antonio Rodrigues do Nascimento

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas (Universidade de Lisboa)

Especialista em Direito Administrativo (PUC-SP)

Professor de Direito

Advogado



Mais que os enunciados do direito constitucional positivo que prescrevem a divisão ou separação dos poderes do Estado, a doutrina administrativista nacional tem papel determinante para conformação e operacionalização do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, instituto controvertido, preordenado a servir de instrumento do acoplamento estrutural dos sistemas jurídico e político. Diante dessa constatação, considerando-se que a tarefa doutrinária de definição da extensão e intensidade do controle jurisdicional da Administração Pública é fundamental à segurança jurídica e ao equilíbrio político-institucional, a presente tese propõe demonstrar o protagonismo da atividade teórica na configuração dos diferentes modos de controle vivenciados ao longo da história do país, intentando fazê-lo pela descrição de uma “genealogia” da doutrina nacional e das teses sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa predominantes em cada geração. Assim, Identifica-se *cinco gerações* e *quatro estágios* da doutrina: (i) *1ª geração* - “pais fundadores”, publicistas do 2º Reinado (1840-1889) compiladores dos institutos geneticamente liberais estranhos à administração centralizada no Imperador e insuscetível ao controle; (ii) *2ª geração* - assimilou conceitos herdados do “Estado de Polícia” quanto ao caráter político da discricionariedade, destacando-se por iniciar a sistematização do direito administrativo brasileiro no período entre a República Velha e Estado Novo (1889-1945); (iii) *3ª geração* - perfilhou as teses precedentes quanto à “natureza política” da discricionariedade, contudo, tendo Miguel Seabra Fagundes como precursor, consolidou entre as décadas de 1940/70 a doutrina do *controle restrito* do ato discricionário para coibir desvio ou abuso de poder; (iv) *4ª geração* - integrada por juristas que iniciaram produção acadêmica e/ou profissional na década de 1960/70, tendo como referência Celso Antônio Bandeira de Mello, promoveu o giro teórico-metodológico do tema para o campo linguístico, resultando na doutrina do *controle amplo* de cariz garantístico que predominará nas décadas de 1980/90; (v) *5ª geração* – composta por administrativistas cuja produção de referência é realizada sob vigência da Constituição de 1988, desenvolverá com autores da 4ª geração as teses

do *controle extremo*, de base principiológica, tendo como principal referencial teórico as obras Ronald Dworkin e Robert Alexy. A doutrina contemporânea do controle principiológico da discricionariedade administrativa ressenete-se da falta de consenso mínimo na teoria do direito quanto ao que seja “princípio jurídico”, bem como da identificação destes e de seus respectivos conteúdos jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com relação aos princípios ditos “implícitos” ou “doutrinários”. Estas circunstâncias são agravadas diante da instrumentalização judicial de conceitos fundamentais à doutrina principiológica, como “razoabilidade”, “proporcionalidade” e “ponderação”, frequentemente aplicados como *topois* argumentativos que aludem a determinados pressupostos teóricos, porém não logram demonstrar sua adequada aplicação na atividade de controle dos atos discricionários da Administração Pública.

Palavras-chave: Discricionariedade. Controle. Doutrina. Princípios. Ponderação.

O instituto da requisição administrativa aplicada à área da saúde pública: reflexões a partir da experiência de Palmas-TO

Aline Sueli de Salles Santos

Doutora em Direito (UnB)

Professora adjunta de Direito Administrativo (UFT)



Do estudo de caso das requisições administrativas de medicamentos e consultas médicas especializadas determinadas pela prefeitura de Palmas-TO, busca-se refletir sobre a pertinência e limites do instituto no contexto de crise e judicialização da saúde pública. Para tanto o artigo pautou-se em pesquisa bibliográfica e documental, com uso de fontes primárias legislativas, administrativas e judiciais. A saúde aparece na Constituição como um direito universal a ser garantido integralmente e de forma descentralizada pelo poder público, cuja execução dá-se diretamente ou através de terceiros, no âmbito do SUS. Cabe, ainda, ao Estado, regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde, garantida a liberdade à iniciativa privada nas atividades de assistência à saúde. Também há previsão constitucional de requisição administrativa como modo de restrição à propriedade particular, no caso de iminente perigo público, assegurado ao proprietário indenização ulterior, se houver dano. A Lei do SUS dá às autoridades administrativas de todas as esferas federativas, nos limites de suas competências, a atribuição de requisitar bens e serviços de pessoas naturais ou jurídicas para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias. Em Palmas-TO, as requisições de medicamentos foram instituídas por portarias do Secretário de Saúde, respondendo a uma provocação do Ministério Público estadual. Abarcaram 231 itens que integravam tanto a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais, e que havia processos administrativos de licitação desertos ou fracassados, bem como decorrentes de demandas judiciais. Incidindo sobre 3 diferentes empresas, traziam a quantidade para o atendimento durante 6 meses, tempo indicado como necessário para saneamento administrativo. Exitosas, os medicamentos foram entregues ao município e pagos administrativamente nos termos dos atos, que previam justa indenização com base nos valores da tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Anvisa. Já as requisições de consultas médicas especializadas incidiram sobre 8 profissionais ou empresas de áreas médicas específicas, por 6 meses, e traziam entre suas justificativas a ausência de interessados nos editais de credenciamento, a quantidade da demanda reprimida no sistema de regulação, além da alusão a decisões judiciais por consultas da especialidade. Pautam sua legitimidade também na aprovação por unanimidade pelo Conselho Municipal de Saúde. Estas determinações, no

entanto, não foram levadas a cabo, obstadas por 2 ações judiciais (uma já transitada em julgada, outra ainda com decisão liminar) que levaram à suspensão dos atos, com especial ênfase nos argumentos de ausência de perigo iminente, além de menção ao baixo valor dos procedimentos previstos na Tabela do SUS e o impacto que isso teria no desenvolvimento das atividades privadas, o que configuraria risco para as partes, justificando, inclusive, as decisões interlocutórias. Conclui-se que as requisições administrativas podem ser uma alternativa em situações pontuais de judicialização e de problemas nas prestações de saúde pública que, apesar do Estado agir, persistem, mas seu sucesso parece associado à ausência de choque de interesses com os requisitados, pois quando este emerge, a difícil ponderação entre interesse público e liberdade privada ainda impõe severas limitações ao direito à saúde.

Palavras-chave: Requisição administrativa. Direito à saúde. Saúde pública. Medicamentos. Consultas médicas especializadas.

Judicialização da saúde e a interferência judicial no planejamento orçamentário da Administração Pública

Júlia Maria Tomás dos Santos

Mestranda em Direito e Políticas Públicas (UFG)
Advogada

Platon Teixeira de Azevedo Neto

Doutor em Direito (UFMG)
Mestre em Direitos Humanos (UFG)
Juiz do Trabalho



A saúde foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito social de aplicabilidade imediata, a ser assegurado pelo Estado, por intermédio de políticas econômicas e sociais. Sabe-se, porém, que a previsão constitucional não é suficiente para efetivar a contento a universalização e a integralidade desse direito, como pretendido pelo constituinte. Esse cenário de falta de efetividade deu espaço à judicialização da saúde, que consiste no crescente volume de ações pelas quais se pedem, pela via judicial, tratamentos e medicamentos não disponibilizados pela Administração Pública. Nesse contexto, o poder público enfrenta o desafio de encaixar no Orçamento as políticas públicas de saúde no âmbito do SUS e o cumprimento de ordens judiciais. Essas decisões, cada vez mais frequentes, impõem o custeio de prestações de saúde não abarcadas no planejamento feito previamente e, muitas das vezes, em caráter de urgência. A maioria dessas ações são individuais, o que evidencia um paradoxo na judicialização da saúde. Isso porque essa atuação judicial, sob a pretensão de efetivar esse direito, oferece respostas espasmódicas para um problema amplo, impactando no orçamento público, ao redirecionar dinheiro que financiaria políticas públicas direcionadas à coletividade para atender a indivíduos com capacidade econômica suficiente para pleitear prestações perante o Poder Judiciário. O objetivo da pesquisa é realizar um estudo empírico documental sobre o posicionamento adotado pelo STF e o STJ com relação ao direito à saúde. Isso se dará com a verticalização em casos paradigmas, julgados entre 2004 e 2019, a partir dos quais se analisará a correção do uso da técnica de ponderação de princípios – com base em Dworkin e Alexy – no confronto entre o direito à saúde e a reserva do possível. Além disso, pretende-se verificar se há estabilidade temporal do posicionamento das Cortes referidas. Adotar-se-á o método dialético-argumentativo, juntamente com o procedimento técnico de revisão documental para analisar os casos paradigmáticos.

As hipóteses investigadas são que o Judiciário aplica incorretamente a técnica de ponderação de princípios no caso da saúde, por desconsiderar totalmente a reserva do possível, ao deferir reiteradamente as prestações pretendidas. E, mais, que a tese do mínimo existencial é utilizada como subterfúgio para usurpar a competência do gestor público, implementando e interferindo em políticas públicas já existentes. Enfim, que a judicialização da saúde subverte a ideia de justiça social, por retirar dinheiro de políticas coletivas e direcioná-lo a indivíduos com maior capacidade econômica. Preliminarmente, conforme dados do TCU e do CNJ, constatou-se que o tratamento médico-hospitalar e o fornecimento de medicamentos são os pedidos mais recorrentes; que há predominância da litigância individual em detrimento de ações coletivas, sendo que, no Estado de Goiás, não há registro de ação coletiva referente ao direito à saúde. Além disso, o gasto com o cumprimento de decisões judiciais passou de 70 milhões de reais, em 2008, para 7 bilhões de reais em 2017, em todo o País. Enfim, no Estado de São Paulo, 74% dos beneficiários das decisões judiciais nessa seara são pessoas com melhor situação econômica.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Mínimo existencial. Reserva do possível. Ponderação de princípios.

Efetividade do poder de polícia ambiental no Estado de Goiás

Letícia Martins de Araújo Mascarenhas

Mestranda em Direito e Políticas Públicas (UFG)
Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil (Atame)
Advogada

Cleuler Barbosa das Neves

Doutor em Ciências Ambientais (UFG)
Mestre em Direito Agrário (UFG)
Procurador Geral do Estado de Goiás



A administração pública ambiental enfrenta hoje um grande problema que é como tornar efetivo os ditames do art. 225 da CF/1988, o qual nos garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Diante no referido dispositivo, o poder público tem o dever de primeiro defendê-lo ao lado da coletividade. Para tanto, o parágrafo terceiro do mencionado dispositivo, estabelece a responsabilidade daquele que causar dano ao meio ambiente, incluindo, além das esferas civil e penal, a administrativa, que corresponde ao exercício do poder de polícia e aplicação de sanção administrativa. A necessidade de se debruçar sobre o tema se dá em função da morosidade na apreciação dos processos administrativos que tramitam junto ao Ibama e junto à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad), no Estado de Goiás. Ocorre que, em grande parte desses processos, as sanções aplicadas não são efetivas uma vez que, pela demora na apreciação, os autos incorrem em prescrição intercorrente e, por conseguinte, não resultam na apreciação da validade ou não da sanção imposta. Diante desse cenário, busca-se a resolução pacífica dos conflitos na Administração Pública Ambiental, com o fito de finalizar o processo de forma mais célere, buscar a pacificação social e aumentar as chances de cumprimento do acordado pelas partes, evitando a eternização do litígio. O presente estudo visa verticalizar o objeto da pesquisa na prescrição intercorrente que permeia os processos administrativos ambientais, mediante coleta de dados junto à Semad. Em seguida, visa-se verificar, estatisticamente, o número de processos administrativos ambientais dos últimos dez anos que prescreveram ou estão em vias de prescrever, bem como analisar a efetividade da aplicação dos métodos consensuais de solução de conflitos na esfera da Administração Pública Ambiental estadual. A pesquisa vale-se do método hipotético dedutivo para testar hipóteses por meio da análise estatística descritiva e inferencial e estudo de caso, para uma abordagem quantitativa e qualitativa. As hipóteses a serem testadas são que a falta de aparelhamento, de

pessoal e de verba são responsáveis pelo agravamento da lentidão do trâmite dos processos administrativos ambientais junto ao Ibama e Semad; bem como os métodos de solução consensual de conflitos podem contribuir para uma maior efetividade da garantia constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em sede de resultados preliminares, segundo recente estudo produzido pelo Ibama, entre os anos de 2000 e 2018, foram lavradas 1.049 autuações por infrações ambientais no Estado de Goiás, totalizando R\$ 448,08 milhões em multas e deste número, apenas R\$ 19,2 milhões foram pagos pelos infratores, o que corresponde a ínfimos 4,32% de adimplemento. Ainda segundo o referido estudo, por meio de realização de auditoria, entre os anos de 2013 a 2017, foram detectados 9.076 casos de reconhecimento formal de prescrição de processos de apuração dos autos de infração. Por derradeiro, mediante análise de *cases* de sucesso, conclui-se que a solução consensual de conflitos tem potencial para dar efetividade ao exercício do Poder de Polícia.

Palavras-chave: Política pública ambiental. Infração ambiental. Processos administrativos. Prescrição intercorrente. Método consensual de solução de conflitos.

Proteção de dados: uma nova dimensão de direitos fundamentais e impressões iniciais acerca do enfrentamento da corrupção pela administração

Cinthyá Hayashida de Carvalho Zortéa

Especialista em Direito Administrativo e
Administração Pública (Universidade Estácio de Sá-RJ)
Aluna especial do Mestrado em Ciência Política (UFG)
Assessora da Presidência do Tribunal de Contas do Estado de Goiás



O presente trabalho tem como escopo trazer à discussão o tema afeto a proteção de dados enquanto nova dimensão de direito fundamental, bem como as primeiras impressões acerca de um possível novo pacto global. Ao mesmo tempo em que encurtou distâncias, o fenômeno da globalização provocou descompassos em algumas áreas, na medida em que não se mostrou hábil em absorver tensões nem administrar o direito à privacidade. Nesse sentido, considerando o novo regulamento acerca da proteção de dados, revela-se oportuna a reflexão sobre o acesso e tratamento da informação, com ênfase nas questões jurídicas e culturais advindas da evolução tecnológica, considerando a escassez de estudos voltados aos temas. A partir do ano de 2016, com a entrada em vigor do GDPR (Regulamento Geral de Proteção de Dados) na União Europeia, o caráter transnacional da questão que envolve a proteção de dados é suscitado, com destaque para o fato de que inexistente uma visão regulatória comum entre grandes atores de peso, sinalizando, contudo, um marco jurídico de grande relevo no que tange a influência na adoção de padrões comuns, ou seja, a compatibilização entre regimes nacionais de proteção de dados, com o possível estabelecimento de um pacto global. O objetivo específico do estudo é promover um recorte de pesquisa na questão da proteção de dados, enquanto direito fundamental, no que se refere ao Estado brasileiro, a partir da entrada em vigor, em 2020, da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), com destaque para as conexões e repercussões no âmbito do enfrentamento da corrupção pela Administração Pública.

Palavras-chave: Direito fundamental. LGPD. Corrupção. Proteção de dados. Repercussões.

A competência legislativa concorrente estadual da arbitragem na Administração Pública

Guilherme Sampieri Santinho

Doutorando em Direito (Fadusp)
Mestre em Direito (Uenp)
Professor (UCDB)

Tiago Andreotti e Silva

Doutor em Direito (EUI)
LLM (NYU)
Professor (UCDB)



O objetivo do presente artigo é analisar a constitucionalidade das normas legais referentes à arbitragem previstas na Lei Estadual n. 4.303/2012, que instituiu o programa de Parceria Público-Privada do Estado de Mato Grosso do Sul, com base na análise da competência legislativa constitucional dos Estados Membros. Parta tanto com base na doutrina se adotou como premissa que Constituição Federal de 1988 prevê que é de competência privativa da União legislar sobre matéria “processual”, enquanto a competência torna-se concorrente entre União, estados e Distrito Federal para tratar sobre “procedimentos em matéria processual”, conforme os seus arts. 22, I e 24, XI. No âmbito da competência concorrente, a União somente pode legislar sobre normas gerais, enquanto os estados e o Distrito Federal podem legislar principalmente sobre normas específicas, possuindo competência para normas gerais somente quando não existir lei federal. Para a análise, estabelecemos critérios de distinção entre processo e procedimento, especialmente em relação à arbitragem e a normas de licitação e contratos administrativos, bem como para identificar normas de caráter geral e de caráter específico. Com base nesses parâmetros, a metodologia utilizada foi dedutiva bibliográfica analisando a constitucionalidade das normas da Lei Estadual n. 4.303/2012 que tratam sobre arbitragem. Diante do estudo se concluiu que legislação estadual sul-mato-grossense apresenta vícios como inconstitucionalidade e ilegalidade em sua redação quanto a disposição sobre sentença arbitral na referida norma – por inobservância, por parte do árbitro, de regra de decisão – e a remessa do litígio à jurisdição estatal sob argumento de nulidade da sentença.

Palavras-chave: Arbitragem administrativa. Processo. Procedimento. Competência legislativa. Licitação.

A gestão do Fundo Amazônia na visão da teoria da ação comunicativa de Habermas: oportunidade de avanço no Estado Democrático de Direito

Mário Augusto de Araújo Luzzi Júnior

Mestre em Direito em Relações Econômicas e Sociais (Faculdade de Direito Milton Campos-MG)
Bacharel em Ciências Aeronáuticas (AFA-SP)
Bacharel em Direito (UFMG)



Este artigo se propõe a analisar a gestão do “Fundo Amazônia”, uma fonte de recursos financeiros disponível em tempos de crise econômica por que passa o nosso país, mas que se encontra no centro de uma disputa internacional entre o Governo brasileiro e países da União Europeia, notadamente a França, Dinamarca e Alemanha, face ao crescente desmatamento e aumento de queimadas na floresta amazônica. Inicialmente, buscou-se realizar uma pesquisa histórica de análise de vários textos que abordam o atual cenário da região, com as notícias que circularam na imprensa nacional e internacional, provocando uma grande discussão sobre a finalidade do Fundo criado para receber investimentos estrangeiros, visando a proteção da biodiversidade e da floresta amazônica, tudo isso em decorrência da falta de uma política de proteção ambiental do atual Governo para a região. Efetuou-se uma busca sistematizada abrangendo artigos de periódicos, dissertações, teses, comunicações em eventos e legislações, como o Decreto n. 6.527, de 1º de agosto de 2008, que dispõe sobre o estabelecimento do Fundo Amazônia pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. A técnica de análise de conteúdo foi utilizada mediante a organização da construção de uma ideia de plena operacionalização do assunto, através dos objetivos da pesquisa, do conhecimento do campo teórico e prático, fundamentada na análise de da estrutura administrativa existente para a gestão dos recursos financeiros do Fundo Amazônia. Com base na sistematização desse conhecimento, objetivou-se estabelecer uma proposta de um modelo de gestão com base na Teoria da Ação Comunicativa (ou do Agir Comunicativo), expondo a visão do Prof. Jürgen Habermas que no início do século XX buscava fundamentar, para os interessados no processo, um dos pilares do Estado Democrático de Direito: o diálogo democrático. Tais benefícios, que derivam da implantação de modelo gerencial mais adequado, a ser efetivado por iniciativa de projeto de lei, foram analisados no que tange à sua adequabilidade, praticabilidade e aceitabilidade, sendo que o estado do conhecimento atingido a partir deste trabalho pode ser plenamente utilizado pela Administração Pública.

Palavras-chave: Fundo Amazônia. Ação comunicativa. Gestão compartilhada. Diálogo democrático. Modelo gerencial.

Hércules, o gestor

Francisco Arlem de Queiroz Sousa

Mestrando em Direito (UFC)

Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas (IDP)

Advogado da União



O reconhecimento da força normativa das constituições surgiu no conjunto de transformações promovidas pelo pós-positivismo, o qual buscou superar a dicotomia existente entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, reaproximando o direito da moral e reconhecendo que princípios são normas, ao lado das regras. De meros axiomas jurídicos, os princípios passaram a ocupar o topo da pirâmide normativa, espalhando-se por todos os ramos do direito. De solução para o problema da discricionariedade dos juízes, eles se multiplicaram e passaram a ser problema para uma solução, qual seja: a discricionariedade administrativa. O controle jurisdicional por princípios passou a incidir sobre a formulação de políticas públicas e na responsabilização de gestores. Com isso, gerou-se o apagão das canetas e os administradores públicos, com medo de decidir, acreditam que se Hércules pedir exoneração da magistratura e tomar posse como gestor, dias melhores estão por vir. Contudo, não há deuses nem demônios para ajudar no trato com a coisa pública. As soluções serão encontradas com base no respeito mútuo entre os atores estatais e no diálogo constante entre as instituições democráticas para que se consiga cumprir a árdua missão de promover a justiça, diminuir as desigualdades sociais, formar cidadãos e garantir o bem de todos. O presente artigo se propõe, com suporte em ampla pesquisa bibliográfica, a contribuir para o debate jurídico e político nessa matéria, permitindo uma reflexão crítica em torno da problemática que pode existir entre separação de poderes e princípios jurídicos.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Pós-positivismo. Discricionariedade. Única decisão correta. Gestor público.

Educação previdenciária como ação de inclusão social: instrumento de política pública da administração

Suzana Toshimi Furuia Tsukagoshi Gallinati Heim

Especialista em Contabilidade Gerencial (UFMS)
Graduanda em Direito (Unigran)

James Gallinati Heim

Doutor em Direito (PUCSP)
Professor adjunto (UFGD)



Neste trabalho oferecemos uma proposta da universidade pública e privada utilizando os mecanismos do ensino, pesquisa e extensão para realizar a construção dos ideais republicanos fixados na constituição federal brasileira capaz transformar indivíduos em cidadãos, a proposta utiliza o procedimento metodológico de execução de um projeto de extensão que tem como previsão um período para ser executado, que será entre março a novembro de 2020. No texto defende-se a tese de que a relação jurídico-administrativa no campo previdenciário brasileiro exige uma análise das constituições brasileiras, que demonstra que a previdência social baseia-se no binômio evento-proteção e tem como fundamento dar conhecimento à população começando pelos adolescentes que cursam o ensino médio, apresentando nos módulos do curso de extensão a existência de uma estrutura de direito e administração pública como forma de garantir a defesa do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. A partir da construção de um referencial teórico de direito da informação previdenciária, configurado pelo Programa de Educação Previdenciária concebido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS desenvolvido já há quase duas décadas em nível nacional o como meio de aproximação entre os trabalhadores e os princípios fundamentais da seguridade social temos a concepção de um conteúdo programático adequado ao público alvo. Paralelamente, vamos expor a situação vivida pela nossa sociedade de uma realidade política de inadequação da democracia representativa para as necessidades atuais do Estado brasileiro que é evidente nos últimos tempos, com isso faz necessário se aproximar das futuras gerações para despertar nelas uma perspectiva de cidadania através da democracia participativa. Entretanto, evidencia-se cada vez mais a falta de conhecimento das instituições jurídicas por parte dos jovens e adolescentes que em breve estarão nas universidades, porém completamente despreparados para desempenhar seus papéis na sociedade brasileira. Portanto, os resultados almejados pelo processo de interação dos acadêmicos da graduação

de direito através dos conteúdos ministrados para os alunos do ensino médio durante a execução do projeto de extensão é dar um conhecimento sobre a origem e futuras perspectivas da previdência social no Brasil. Exatamente neste momento histórico de debates no Poder Legislativo da proposta da reforma do sistema previdenciário proposta de nosso Poder Executivo federal apontada como essencial para a sobrevivência de nossa estrutura administrativa do Estado. Devemos concluir defendendo a ideia que somente através da educação que iremos impulsionar o desenvolvimento do país e alcançar uma posição marcada pelo progresso que irá gerar a sustentabilidade social e econômica para a sociedade brasileira.

Palavras-chave: Seguridade social. Previdência. Cidadania. Reforma. Inclusão social.

COORDENAÇÃO DO XXXIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO



PRESIDÊNCIA DO CONGRESSO:

- Fabrício Motta (GO)

COMISSÃO ORGANIZADORA:

- Cristiana Fortini (MG)
- Emerson Gabardo (PR)
- Maurício Zockun (SP)
- Rodrigo Valgas dos Santos (SC)

COORDENAÇÃO EXECUTIVA:

- Ana Paula Martins Pereira de Assunção (MS)
- João Paulo Lacerda da Silva (MS)
- Jean Phierre da Silva Vargas (MS)
- José Cláudio Barbosa Silva (MS)
- Isadora Felix Mota (MS)
- Katia Silene Sarturi (MS)
- Robson Souza da Silva (MS)
- Vander José da Silva Jamberci (MS)

PROGRAMA DO XXXIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo

Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva

16 a 18 de outubro de 2019
Centro de Convenções de Campo Grande

● ● ● ● ● ● ● ● **PRIMEIRO DIA – 16 DE OUTUBRO** ● ● ● ● ● ● ● ●

08h00 – CREDENCIAMENTO

09h00 – ABERTURA OFICIAL

- Fabrício Motta (GO)

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA

- João Paulo Lacerda (MS)

Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Mato Grosso do Sul – IDAMS

Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (SP)

- Romeu Felipe Bacellar Filho (PR)

Lançamento do livro “Memórias do IBDA”

- Pedro Paulo de Almeida Dutra (MG)
-

09h30 – MESA ESPECIAL DE ABERTURA:

Presidência de Mesa: Regina Maria Macedo Nery Ferrari (PR)

Palestrantes:

A nova LINDB e o direito administrativo: o que esperar?

- Maria Sylvia Zanella Di Pietro (SP)

Parcerias sociais: dificuldades práticas na implementação da Lei 13.019/14

- Irene Patrícia Nohara (SP)

Contratualização das sanções administrativas

- Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira (MG)

Política urbana e atualidade do “direito à cidade”

- Lígia Maria Silva Melo de Casimiro (CE)
-

12h00 – Intervalo para o Almoço

14h00 – 1º PAINEL DE DEBATES: NOVAS TECNOLOGIAS - IMPACTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Mediador: Bruno da Rocha Vieira Barbirato (AM)

Debatedores:

- Daniel Ferreira (PR)
 - Marcos Nóbrega (PE)
 - Vanice Lírio do Valle (RJ)
-

15h30 – Intervalo para Café e Lançamento de Livros

16h00 – 2º PAINEL DE DEBATES: PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA - EXCESSOS E OMISSÕES NA TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE - DE MARIANA A BRUMADINHO

Mediadora: Maria Cristina Cesar de Oliveira (PA)

Debatedores:

- Flávio Henrique Unes Pereira (DF)
- João Batista Gomes Moreira (DF)
- Raquel Melo Urbano de Carvalho (MG)

● ● ● ● ● ● ● ● **SEGUNDO DIA – 17 DE OUTUBRO** ● ● ● ● ● ● ● ● ● ●

Programação Simultânea (3 salas)

08h30 às 10h00

SALA 1:

Organização e reforma administrativa: a legalidade e os limites dos decretos e atos normativos

Mediador: Georges Louis Hage Humbert (BA)

Debatedores:

- Carolina Muller Bitencourt (RS)
- Juscimar Pinto Ribeiro (GO)
- Sergio de Andréa Ferreira (RJ)

SALA 2:**Novos dilemas da tutela da probidade****Mediador:** Marcelo Harger (SC)**Debatedores:**

- Mateus Bertoncini (PR)
- Rogério Gesta Leal (RS)
- Vladimir da Rocha França (RN)

SALA 3:**Licitações: perspectivas do novo marco regulatório****Mediador:** Jean Phierre da Silva Vargas (MS)**Debatedores:**

- André Luiz Freire (SP)
- Edgar Guimarães (PR)
- Joel de Menezes Niebuhr (SC)

10h00 – Intervalo

10h30 às 12h00**SALA 1:****Terceirização e reforma trabalhista: os impactos na Administração****Mediador:** Fernando Borges Mânica (PR)**Debatedores:**

- Carolina Zancaner Zockun (SP)
- Clovis Beznos (SP)
- Luciani Carvalho (MS)

SALA 2:**Dilemas do regime jurídico das empresas estatais****Mediador:** Bernardo Stroebel Guimarães (PR)

Debatedores:

- Luciano de Araújo Ferraz (MG)
- Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (PR)
- Maurício Zockun (SP)

SALA 3:

Crise fiscal e eficácia do controle da Administração

Mediadora: Heloísa Monteiro Godinho (GO)

Debatedores:

- Cynara Monteiro Mariano (CE)
 - José Sérgio Cristovam (SC)
 - Júlio Marcelo Oliveira (DF)
-

12h00 – Intervalo para Almoço

14h00 – 3º PAINEL DE DEBATES: REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Mediador: Flávio Garcia Cabral (MS)

Debatedores:

- Marcelo Siqueira Freitas (DF)
 - Rodrigo Tenório (PE)
-

15h30 – Intervalo para Café e Lançamento de Livros

16h00 às 18h00 – PALESTRAS

Presidência de Mesa: Alexandre Bastos (MS)

Políticas públicas: novas perspectivas.

- Maria Paula Dallari Bucci (SP)

Direito Administrativo social e a promoção do desenvolvimento.

- Daniel Wunder Hachem (PR)

Reforma da Previdência: transição, lacunas de transição e insegurança jurídica.

- Paulo Modesto (BA)

Reforma da Previdência

- Thiago Marrara (SP)

Legalidade, legalismo e legalistas

- Márcio Cammarosano (SP)
-

12h00 – Intervalo para almoço

14h00 – 4º PAINEL: DIREITO DA INFRAESTRUTURA: CONSTRUINDO VERDADEIRAS PARCERIAS

Mediador: Salomão Ribas Júnior (SC)

Debatedores:

- Ministro Benjamin Zymler (DF)
 - Carlos Ari Sundfeld (SP)
 - Diogo Mac Cord de Faria (DF)
-

15h30 – PAINEL DE ENCERRAMENTO: DESENVOLVIMENTO NACIONAL: DEBATE ATUAL E INTERDISCIPLINAR

Palestrantes:

- Eduardo Moreira (SP)
 - Juarez Freitas (RS)
-

17h00 – ENTREGA DO PRÊMIO “CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO” DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS, BEM COMO DOS PRÊMIOS DE “MENÇÃO HONROSA DO IBDA” PARA OS MELHORES COMUNICADOS CIENTÍFICOS E PARA O MELHOR RESUMO DO FÓRUM DE BOAS PRÁTICAS DE INOVAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA.

17h15 – MESA DE ENCERRAMENTO

COMISSÕES DE AVALIAÇÃO DE TRABALHOS

COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS 01

Presidente da Comissão:

- Adriana da Costa Ricardo Schier (PR)

Membros:

- Lindomar Tiago Rodrigues (MS)
- Fernanda Valentini Fritoli (SP)

COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS 02

Presidente da Comissão:

- Saulo Coelho (GO)

Membros:

- Christianne Stroppa (SP)
- Flávia Cammarosano (SP)

COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS 03

Presidente da Comissão:

- Yara Stroppa (SP)

Membros:

- Márcia Walquíria Santos (SP)
- Roberto da Silva Pinheiro (MS)

COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS 04

Presidente da Comissão:

- Spiridon Anyfantis (GO)

Membros:

- Marcela Oliveira Santos (SP)
- Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo (MS)

COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS 05

Presidente da Comissão:

- Gustavo Santiago Torrecilha Cancio (MS)

Membros:

- Emerson Moura (RJ)
- Rafael Amorim de Amorim (DF)

COMISSÃO DA SESSÃO DE APRESENTAÇÃO DE EXPERIÊNCIAS INOVADORAS EM GESTÃO PÚBLICA – FÓRUM DE BOAS PRÁTICAS

Presidente da Comissão:

- Raquel Dias da Silveira (PR)

Membros:

- Eduardo dos Santos Dionizio (MS)
- Rafael Arruda Oliveira (GO)

COMISSÃO DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS PRÊMIO “CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO”

Presidente da Comissão:

- Dinorá Adelaide Musetti Grotti (SP)

Membros:

- Ana Cláudia Finger (PR)
- Kátia Silene Sarturi (MS)
- Júlio Cesar dos Santos Esteves (MG)
- Luciano Elias Reis (PR)
- Manoel Messias Peixinho (RJ)

PROPOSIÇÕES TEMÁTICAS – COORDENAÇÕES

Coordenador Geral das Proposições:

- Victor Amorim (DF)

Consensualidade, mediação e arbitragem

- César Augusto Guimarães Pereira (SP)

Controle da Administração Pública

- Heloísa Monteiro Godinho (GO)

Licitações e contratos

- José Anacleto Abduch Santos (PR)

Organização administrativa, parcerias sociais e terceiro setor

- Fernando Borges Mânica (PR)

Prevenção e combate à corrupção

- Cristiana Fortini (MG)

Profissionalização da função pública

- Raquel Dias da Silveira (PR)

Reforma da Previdência

- Paulo Modesto (BA)

Tutela da probidade administrativa

- Marcelo Harger (SC)

FABRÍCIO MOTTA

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (2017-2019). Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás). Doutor em Direito do Estado (USP) e mestre em Direito Administrativo (UFMG).

EMERSON GABARDO

Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR. Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com estágio de Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California – UCI (EUA).



XXXIII
CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva

16 A 18 DE OUTUBRO | CAMPO GRANDE - MS

Em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello

Adhemar Santos Xavier
Adriana da Costa Ricardo Schier
Aline Sueli de Salles Santos
Amanda Luiza O. P. Tomazini
Ana Laura de Freitas Rego
Ana Luiza da Cunha M. Almeida
Ana Luíza Fernandes Calil
Ana Paula Myszczyk
Antônio Flávio de Oliveira
Antonio Rodrigo Machado
Antonio R. do Nascimento
Antônio Zeferino da Silva Júnior
Arthur Gabriel Marcon Vasques
Bárbara Dayana Brasil
Benjamin Zymler
Bruna Nubiato Oliveira
Bruno Barbosa de Souza Santos
Bruno Dourado Bertotto Martins
Bruno Félix de Almeida
Carla Regina B. de Figueiredo
Carlos Ari Sundfeld
Carolina Barbosa Rios
Carolina Lemos de Faria
Carolina Reis Jatobá Coêlho
Carolina Salbego Lisowski
Caroline Müller Bitencourt
Celso de Almeida Afonso Neto
César Augusto Ferreira
Cinthya H. de Carvalho Zortéa
Clayton Gomes de Medeiros
Clayton Santos do Couto
Cleuler Barbosa das Neves
Cynthia Gruending Juruena
Dafne Reichel Cabral
Dalila Martins Viol
Daniel Castanha de Freitas
Daniel dos Santos Rodrigues
Daniel Ferreira
Daniel Scheiblich Rodrigues
Daniel Wagner Heinig
Débora Walter dos Reis
Diego Emanuel Arruda Sanchez
Eduardo dos Santos Dionizio
Emerson A. da Costa Moura

Érika A. Rosa
Fábio Wendel de Souza Silva
Fernanda Alves A. Guarido
Fernanda de Moura R. Naves
Fernanda Maria Afonso Carneiro
Flávio Garcia Cabral
Flávio Henrique Unes Pereira
Florivaldo Dutra de Araújo
Franciele Silva Cardoso
Francisco A. de Queiroz Sousa
Gabriel Buissa Ribeiro de Freitas
Georges Louis Hage Humbert
Giovani Ribeiro Rodrigues Alves
Giulia de Rossi Andrade
Guilherme Cortez dos Santos
Guilherme G. T. Gomes Gonçalves
Guilherme Sampieri Santinho
Gustavo Martinelli
Gustavo Silva G. dos Santos
Heloisa Candia Hollnagel
Henrique Furtado Tavares
Henrique Nonato Q. dos Santos
Henriques Moreira Turíbio
Hudson Marcos Alves Dias
Irene Nohara
James Gallinati Heim
Janriê Reck
Jordão Horácio da Silva Lima
Jorge Felipe F. dos Santos
José Roberto Tiozzi Junior
José Sérgio da Silva Cristóvam
Juarez Freitas
Júlia Maria Tomás dos Santos
Juliana Aschar
Lamartine Santos Ribeiro
Lara de Oliveira Osório Ayres
Larissa Pereira Eiras
Leandro de Souza Alcântara
Leonardo Parizotto Gomes
Letícia M. de Araújo Mascarenhas
Lígia Maria S. M. de Casimiro
Luasses Gonçalves dos Santos
Lucas Bevilacqua
Lucas Bossoni Saikali

Luciana da Silva Vilela
Ludmyla Rocha Lavinsky
Luiz Antônio Freitas de Almeida
Luiz Gustavo de Oliveira Vieira
Manoel Messias Peixinho
Marcus Vinicius G. da Cruz
Maria Luiza Miranda da Costa
Maria Sylvia Zanella di Pietro
Mariângela de Fatima Ariosi
Mário A. de Araújo Luzzi Júnior
Mateus Domingues Graner
Maucir Pauletti
Mirela Miró Ziliotto
Murilo Cesar Taborda Ribas
Natália Libório
Nicolle Ferreira Bleme
Óthon Castrequini Piccini
Paulo Tadeu Moreira Saldanha
Paulo Victor Barbosa Recchia
Philippe Magalhães Bezerra
Platon Teixeira de Azevedo Neto
Rafaella Nátaly Fácio
Raphaella Rodrigues Costa
Rebeca de Souza Barbalho
Renata Carvalho Kobus
Ricardo Luiz Alves
Roberta Cruz da Silva
Roberta Seben
Rodrigo de Oliveira Ferreira
Rogério Gesta Leal
Romano Deluque Júnior
Saúl Hercán Kritski Báez
Sergio de Andréa Ferreira
Shayenne Ladislau Silva
Suzana Toshimi F. T. G. Heim
Tailaine Cristina Costa
Thiago Marrara
Tiago Andreotti e Silva
Tiago Beckert Isfer
Victor Aguiar Jardim de Amorim
Vladimir da Rocha França
Weber Dias Oliveira
Wellison Muchiutti Hernandez
William Ivan Gallo Aponte

ISBN 978-65-5765-016-5



9 786557 1650165

 ithala.com.br