



O DIREITO ADMINISTRATIVO DO PÓS-CRISE

MAURÍCIO ZOCKUN
EMERSON GABARDO
Coords.



© 2021 Editora Íthala

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Godoy Dotta – Doutor e mestre em Educação. Especialista em Administração, Metodologia do Ensino Superior e em Metodologia do Conhecimento e do Trabalho Científico. Licenciado em Sociologia e Pedagogia. Bacharel em Tecnologia.

Ana Cláudia Santano – 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 PUC-PR. 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 graduado 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

D598

O direito administrativo do pós-crise [recurso eletrônico] /
coordenação de Maurício Zockun, Emerson Gabardo -
Curitiba: Íthala, 2021.

574p.; 22,5cm

Vários colaboradores

ISBN: 978-65-5765-073-8

1. Direito administrativo. 2. Pandemia COVID-19 – Aspectos
jurídicos. 3. Administração pública. I. Zockun, Maurício (coord.).
II. Gabardo, Emerson (coord.)

CDD 351 (22.ed)

CDU 35

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

Coordenação editorial: Eliane Peçanha
Capa: Raro de Oliveira
Revisão: Karla Leite
Diagramação: Eduarda Reolon

abdr
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITOS
RESPIRACIONAIS
Respeite o direito autoral

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.

O DIREITO ADMINISTRATIVO DO PÓS-CRISE

MAURÍCIO ZOCKUN
EMERSON GABARDO
Coords.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	8
<i>Maurício Zockun</i>	

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

A CONTROLABILIDADE DOS ATOS DE FOMENTO.....	10
<i>Adriana da Costa Ricardo Schier Clayton Gomes de Medeiros</i>	
REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS: ATUALIZAÇÕES À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	37
<i>Alexandre Santos de Aragão</i>	
AUTORREGULAÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS COMO SISTEMA DE ORDENAÇÃO E CONTROLE.....	57
<i>André Saddy</i>	
REFORMA ADMINISTRATIVA E SEUS RETROCESSOS: REFLEXÕES SOBRE A PEC N. 32/2020.....	80
<i>Angela Cassia Costaldello</i>	
REFORMA ADMINISTRATIVA: CRÍTICAS E CAMINHOS.....	104
<i>Carlos Ari Sundfeld</i>	
AS PROPOSTAS DA REFORMA ADMINISTRATIVA – PEC 32: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE OS POSSÍVEIS FLERTES COM O PATRIMONIALISMO.....	114
<i>Caroline Müller Bitencourt Jonas Faviero Trindade</i>	
O PAGAMENTO ANTECIPADO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	137
<i>Christianne de Carvalho Stroppa</i>	
REFORMA ADMINISTRATIVA DA PEC 23/2020 E O (ETERNO) RETORNO DO PATRIMONIALISMO.....	151
<i>Cynara Monteiro Mariano</i>	
(RE)INSERÇÃO SOCIAL E ACESSO AO TRABALHO DIGNO POR MEIO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL PÓS-PANDÊMICO.....	163
<i>Daniel Ferreira Luciano Elias Reis</i>	
AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.....	179
<i>Dinorá Adelaide Musetti Grottl</i>	

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, ÂMBITO DE INCIDÊNCIA, VIGÊNCIA E IMPACTO EM LEIS DE OUTRAS PESSOAS POLÍTICAS.....	194
<i>Edgar Guimarães</i>	
AGRAVAMENTO DA CRISE DA COVID-19 PELA INIQUIDADE E FRAGILIDADE DAS REGRAS FISCAIS BRASILEIRAS.....	210
<i>Élida Graziane Pinto</i>	
INTERESSE PÚBLICO E PUBLIC CHOICES: APORTES DA TEORIA NO PROCESSO DE TOMADA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA.....	222
<i>Emerson Affonso da Costa Moura</i>	
GOVERNO ELETRÔNICO, BUROCRACIA E CONTROLE: O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PREDITIVA NA APLICAÇÃO DA LEI N. 13.655, DE 2018.....	235
<i>Fábio de Sousa Santos</i>	
REFORMA ADMINISTRATIVA: A PEC 32/20 E O RISCO DE RETROCESSOS NO REGIME JURÍDICO DOS CARGOS EM COMISSÃO E DA ESTABILIDADE.....	252
<i>Fabício Motta</i>	
TRATAMENTO NORMATIVO DA PANDEMIA: POLÍCIA ADMINISTRATIVA E RESPONSABILIDADE FISCAL.....	261
<i>Fernando Menezes de Almeida</i>	
LIMITES À TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	273
<i>Florivaldo Dutra de Araújo</i>	
A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (LAI) E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) COMO VETORES DE TRANSPARÊNCIA E EFICIÊNCIA: UM ENSAIO HUMANISTA SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	291
<i>José Renato Nalini Vera Lucia Angrisani Fernando Antonio Tasso</i>	
POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE: UM CAMINHO CIVILIZATÓRIO EM ÁTIMOS DE CRISE.....	307
<i>José Sérgio da Silva Cristóvam Thanderson Pereira de Sousa</i>	
MUTABILIDADE E REEQUILIBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM RAZÃO DA PANDEMIA.....	320
<i>Karina Houat Harb</i>	
EMPRESAS ESTATAIS E OPORTUNIDADES DE NEGÓCIOS.....	334
<i>Luciano Ferraz</i>	
A CONSENSUALIDADE POSSÍVEL EM LITÍGIOS JUDICIAIS QUE ENVOLVEM O PODER PÚBLICO.....	344
<i>Marcos de Lima Porta</i>	

AS COMPETÊNCIAS NORMATIVAS DA AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA) EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL 14.026, DE 2020, MODIFICATIVA DO “MARCO LEGAL” DO SANEAMENTO.....	351
<i>Maurício Zockun</i>	
COMO DEVERÁ SER CALCULADA A INDENIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS FEITOS PELAS ATUAIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO CASO O MUNICÍPIO DECIDA ROMPER O CONTRATO?.....	367
<i>Paulo Roberto Ferreira Motta Raquel Dias da Silveira</i>	
A OBRIGATORIEDADE DE COMPLIANCE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES	377
<i>Rodrigo Pironti Aguirre de Castro Mirela Miró Ziliotto</i>	
TRANSVERSALIDADES NECESSÁRIAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO HORIZONTAL E INTERINSTITUCIONAL ENTRE OS AGENTES DE CONTROLADORES.....	392
<i>Rogério Gesta Leal</i>	
CRISE PANDÊMICA, DIREITO EXCEPCIONAL E CONFLITO INTRAFEDERATIVO	423
<i>Sergio de Andréa Ferreira</i>	
CONSULTAS PÚBLICAS: O QUE MUDOU COM A LINDB?	444
<i>Thiago Marrara</i>	
INTERNALIZAÇÃO DO RISCO COMO COMPONENTE INDISSOCIÁVEL DA AÇÃO ESTATAL: UM NOVÍSSIMO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO	461
<i>Vanice Regina Lírio do Valle</i>	
POLÍTICAS PÚBLICAS E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	475
<i>Vladimir da Rocha França</i>	
PERSPECTIVAS DA PLURALIDADE DE INSTRUMENTOS DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	494
<i>Wallace Paiva Martins Junior</i>	

PARTE II

TEXTOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS

PRIMEIRO LUGAR

O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NA PANDEMIA: ESTADO DE NECESSIDADE, PODER DE POLÍCIA E (UM REDIVIVO) INTERESSE PÚBLICO	509
<i>Leandro Caletti Joana Stelzer</i>	

SEGUNDO LUGAR

SE O “PRINCÍPIO” DA INOVAÇÃO É UM PRINCÍPIO E OS RISCOS À AUTONOMIA DO DIREITO.....	528
<i>Maicon Crestani Jonas Faviero Trindade</i>	

TERCEIRO LUGAR

A URGÊNCIA DA REGULAÇÃO E DO FOMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	544
<i>Cristina Borges Ribas Maksym</i>	
COORDENAÇÃO DO XXXIV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO....	564
PROGRAMA DO XXXIV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO.....	566

APRESENTAÇÃO

A pandemia submeteu nossa sociedade a um conjunto de provações e limitações que até então estavam restritas às obras e aos roteiros de ficção de uma sociedade em ruínas ou a beira do colapso. O epílogo antevisto na obra “Ensaio sobre a cegueira”, de José Saramago, parecia querer emergir das páginas do romance e tomar de assalto o mundo real. Somado à cegueira deliberada que se abatia (e ainda abate) tantos, germinava-se um cenário de grande desalento e desesperança.

A Diretoria do IBDA animou-se a promover o XXXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo com um especial propósito: verter as dificuldades experimentadas em ferramentas capazes de edificar um futuro melhor. Era imperioso, entretanto, que elaborássemos propostas e soluções para o “Direito Administrativo Pós-Crise”.

Essa obra reúne, precisamente, as reflexões hauridas daquele singular momento. É nosso maior desejo que as virtuosas reflexões contidas nessa obra ganhem corpo, saindo das páginas e tomando de assalto o mundo real. Seja um contribuinte desse nosso desejo!

Maurício Zockun

*Presidente do Instituto Brasileiro de
Direito Administrativo*

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

A CONTROLABILIDADE DOS ATOS DE FOMENTO

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Professora de Direito Administrativo do
Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil)
Presidente da Comissão de Serviços Públicos do
Instituto Brasileiro de Direito Administrativo
Vice-Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS

Doutorando e mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo
Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil)
Membro do grupo de pesquisa em Direito Constitucional do
UniBrasil (NUPECONST), linha de pesquisa Direito
Administrativo e Estado Sustentável (DAES)
Bolsista CAPES/PROSUP

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O fomento no sistema normativo brasileiro. 3 A controlabilidade dos atos de fomento a partir do regime jurídico administrativo. 4 O fomento fiscal e sua matriz de controle. 5 Mecanismos de controle dos atos de fomento: controle jurisdicional e controle direcionado para verificação de resultados. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com a Pandemia da Covid-19, uma verdadeira guerra sanitária mundial, observa-se que problemas que já vinham sendo enfrentados pelos Estados se intensificaram. A fome, o desemprego, a insegurança, a desigualdade social que já eram graves fatores de exclusão social no Brasil e em diversas partes do mundo pré-pandêmico se intensificaram ainda mais. Escancarou-se a desigualdade e evidenciou-se a necessidade da atuação estatal em prol da garantia dos direitos fundamentais para todas e todos.

A foto do atual momento pandêmico demonstra que os Estados mais presentes estão tendo melhores condições de superação da crise. Desde medidas preventivas e de controle da expansão da Covid-19, até mesmo na obtenção de recursos humanos e materiais para atender aos infectados que demandam os sistemas de saúde aos montes, o protagonismo

estatal é o fator que assegura maior eficiência na superação do caos.¹ Estados mais estruturados, com gestores mais capazes e habituados com melhores técnicas de gestão pública oportunizaram o apoio aos cidadãos e empresas durante a maior crise mundial dos últimos tempos. Certamente, estes serão os primeiros a mostrar os sinais de sua recuperação.²

Diante desse cenário confirma-se a tese já tantas vezes anunciada de que a atuação Estado é essencial, especialmente em momentos de crise. Especificamente no cenário de enfrentamento da Covid-19, são diversas atuações no âmbito legislativo, tanto nas esferas municipais quanto estaduais, no anseio de limitar, ou reduzir as transmissões restringindo-se a circulação das pessoas, limitando operação de atividades não essenciais durante as fases mais agudas de circulação do vírus, ou mesmo a determinação do uso de máscaras com aplicação de penalidades pecuniárias pelo não uso da proteção individual em lugares públicos. Viu-se nestas ocasiões, o relevante e expressivo uso do poder de polícia estatal na busca por minimizar os impactos negativos da pandemia.

No âmbito dos serviços públicos, então, foi a expressiva e necessária atuação do Estado. No caso brasileiro, a garantia do serviço público de saúde, através do Sistema Único de Saúde (SUS), permitiu que muitas vidas fossem salvas. Mesmo diante de inúmeras dificuldades impostas ao SUS, comprovou-se que o investimento em um sistema de saúde universal pode ser a verdadeira salvação, confirmando a fundamentalidade do direito ao Serviço Público.³

Ao lado do poder de polícia e dos serviços públicos, o fomento estatal apresentou relevada importância, como mecanismo à disposição do poder público para o enfrentamento da crise. Nessa modalidade de atuação estatal, os particulares deverão atuar em prol dos anseios coletivos e sociais, estimulados pela Administração Pública. Essa modalidade tem sido amplamente utilizada durante a pandemia, no cenário nacional, como forma de assegurar o desenvolvimento na perspectiva economia. Os bancos públicos abriram inúmeras linhas de crédito em condições bastante facilitadas de maneira a atender pequenos e grandes empre-

¹ O Brasil e muitos outros países, ainda, lutam pela obtenção de imunizantes, porém, tal batalha pela vida está sendo mais rapidamente superada por Estados que desenvolveram suas capacidades de gestão de crise e gestão pública, o que não se observa no Brasil, que soma mais de 500.000 mortes por Coronavírus, oficialmente notificadas.

² No caso dos Estados Unidos, editou-se o *Coronavirus Aid, Relief and Economic Security Act*, pacote de US\$ 2.4 trilhões de estímulo à economia, consolidando medidas que abrangem estímulos financeiros ao mercado, dentre eles a prorrogação de empréstimos hipotecários; a redefinição de regras de direito fiscal e bancário; a assistência financeira a companhias aéreas; o seguro-desemprego para trabalhadores dispensados durante a pandemia, dentre outros. Ainda, sobre o tema, Em 2021 foi editado, ainda, o *American Rescue Plan – Biden*, transferindo mais 1,9 trilhão de dólares. In: CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; LIMA, Tiago Asfor Rocha. Projeto de Lei 1.179 ou de como tempos inusitados requerem medida atípicas. *Consultor Jurídico*, 03 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/direito-civil-atual-pl-117920-tempos-requerem-medidas-atipicas>. Acesso em: 02 jul. 2021.

³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento: Administração Pública, direitos fundamentais e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2019.

sários, produtores rurais e cooperativas agrícolas, por exemplo, com juros subsidiados pelos entes estatais.⁴ Através de tais programas estão sendo repassados bilhões de reais para a sociedade civil, com o intuito de permitir a salvação e o reaquecimento do setor econômico produtivo, mediante manutenção e geração de empregos.

É justamente essa circunstância que circunscreve o problema de pesquisa que dá ensejo ao presente artigo, que pode ser resumido na seguinte indagação: qual é o aparato de controle que se pode impor às atividades de fomento de maneira a assegurar que os benefícios concedidos pelo poder público se revertam no atendimento dos interesses sociais?

Parte-se da premissa de que o instituto do fomento deve ser revisitado, delimitando-se sua matriz de controle de maneira a conformar tal atuação com os objetivos de desenvolvimento sustentável buscados pelo Estado.⁵

2 O FOMENTO NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

O fomento estatal ou fomento público pode ser compreendido como o conjunto de instrumentos através dos quais o Estado estimula e premia condutas dos particulares, de modo a induzir a atuação privada ao atendimento de finalidades de interesse público, traduzindo-se como modalidade de atuação indutiva, como assevera Eros Grau.⁶

As atividades de fomento se implementam mediante parcerias entre o poder público e entes privados, através das quais se estimula a atuação prestacional da sociedade civil em prol dos objetivos do desenvolvimento.⁷ Não se trata de defender, por certo, a prioridade

⁴ Podem ser mencionados como exemplos os seguintes mecanismos: o banco de fomento interestadual da região sul (BRD), dentre as medidas para fazer frente aos desafios decorrentes da pandemia da Covid-19 foi criado o Programa Recupera Sul, com juros subsidiados. A estratégia foi disponibilizar uma linha emergencial de capital de giro de longo prazo para os três estados do Sul, base das operações do banco. Cerca de R\$ 317 milhões foram destinados ao Paraná. A Fomento Paraná contratou 30.227 operações em 2020, totalizando mais de R\$ 328,2 milhões em recursos para empreendimentos privados de micro e pequeno porte. Desse montante, R\$ 301 milhões entraram diretamente na conta da Covid-19 para abastecer o mercado com juros subsidiados pelo Estado. A linha Paraná Recupera é uma das estratégias de enfrentamento econômico à Covid-19, a Fomento Paraná alinhou 23.283 operações que somam R\$ 120 milhões – os recursos foram disponibilizados pelo Fundo de Desenvolvimento Econômico (FDE). Outros R\$ 9 milhões partiram de contratações por meio da linha Paraná Recupera – Transportes, para donos de vans do transporte escolar e do segmento de turismo. PARANÁ. Com crédito novo, Paraná atenua crise econômica durante a pandemia. *Fomento Paraná*, Notícias, 12 mar. 2021. Disponível em: <http://www.fomento.pr.gov.br/Noticia/Com-credito-novo-Parana-atenua-crise-economica-durante-pandemia>. Acesso em: 1º jul. 2021.

⁵ Trata-se, aqui, de desenvolvimento em sua perspectiva multidimensional, que abrange a dimensão ética, jurídica, social, econômica e ambiental, conforme ensina Juarez Freitas. Ver, nesse sentido: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 134.

⁷ Nessa perspectiva: SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

da atuação dos particulares em face do poder público, mas admitir que a Constituição da República permite, em determinados setores, a colaboração do Estado com os particulares em prol dos compromissos firmados na Agenda 2030. É daí que decorre a noção de tal atividade, que encontra seu fundamento no art. 174, da Constituição da República.⁸

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a intervenção do Estado no domínio social, “tanto se faz pela prestação dos serviços públicos desta natureza (educação, saúde, previdência e assistência social) como pelo fomento da atividade privada mediante trespasse a particulares de recursos a serem aplicados em fins sociais.”⁹

Maria Sylvania Zanella Di Pietro ensina que o fomento pode ser visto de acordo com os meios disponibilizados pelo Estado para o incentivo das atividades dos particulares, e que estes meios seriam basicamente de quatro modalidades: a) os auxílios financeiros ou subvenções, b) o financiamento, c) os favores fiscais, e d) as desapropriações.^{10,11}

Segundo Irene Nohara o fomento no Brasil, “trata-se de uma atividade do Estado, voltada ao incentivo das atividades da iniciativa privada que provocam utilidades públicas.”¹²

Luis Jordana de Pozas,¹³ autor que deu início à tratativa do tema no Direito Espanhol, descreveu o fomento como uma ação que representa “*una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante lá influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate*”. Assevera, ainda, que tal noção poderia ser descrita como “*la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos*.”¹⁴

⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento*: Op. cit., p. 141.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 800-804.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 78. A “atividade de fomento se traduz em uma grande quantidade de mecanismos, e cada qual reflete um modo específico de execução do fomento, variando conforme os meios a atingir os resultados, quanto à intensidade dos benefícios indutores entre outros aspectos”.

¹¹ POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Controle de resultados da atividade de fomento pelo Tribunal de Contas da União. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 18, n. 203, p. 49-59, jan. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/F%3%B3rum-Adm_n.203.06.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

¹² NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 661.

¹³ JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de estudios políticos*, n. 48, 1949. p. 46. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127752>. Acesso em: 29 jan. 2020.

¹⁴ Outra relevante contribuição quanto ao conceito de fomento: “[...] atividade da Administração Pública que pretende a satisfação de necessidades coletivas e que atendam aos fins do Estado de maneira indireta e mediata, mediante a participação voluntária dos particulares, que desenvolvem por si mesmos atividades tendentes a

No presente artigo, dado o limite da pesquisa, faz-se o recorte para tratar-se apenas do fomento estatal (ou público), e, dentre os vários mecanismos de fomento pretende-se tomar por foco os atos de fomento que transferem recursos aos particulares, especialmente os atos de fomento financeiro e de fomento fiscal, categoria que será abaixo mais bem tratada.¹⁵

Só a título de ilustração, veja-se que as atividades de fomento podem se dar através da proteção do mercado interno, garantia estatal, benefícios especiais, selos e qualificações, desenvolvimento do mercado de títulos, subvenções, subsídios, empréstimos em condições favorecidas, prêmios,¹⁶ incentivos e benefícios fiscais,¹⁷ créditos presumidos, alíquota zero, parcelamento, diferimento, imunidades tributárias, exclusão da hipótese de incidência tributária/não incidência, anistia e remissão, dentre outras formas.¹⁸

Como se disse, no presente artigo busca-se delinear uma sistemática de controle especialmente sobre a atuação de fomento de repasse de recursos à iniciativa privada. Assim, importante estabelecer, desde logo, que as normas e os atos administrativos que concedem incentivos aos particulares traduzem o dirigismo do Estado sobre o âmbito incentivado que se quer ver desenvolvido. Conduz-se, com isso, os interesses da iniciativa privada ao lhe conceder subsídios públicos para o desenvolvimento de suas atividades econômicas, incluindo as de fins lucrativos.

Desde logo, percebe-se que a noção de fomento se legitima pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, exigindo-se uma especial finalidade da atuação do particular beneficiado: o desempenho de atividades que assegurem o interesse público almejado. Esse é o nódulo central da discussão sobre o controle dos atos de fomento.

3 A CONTROLABILIDADE DOS ATOS DE FOMENTO A PARTIR DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

No cenário da ciência política o Estado Social e Democrático de Direito tem como um de seus pilares a necessidade de controle da atuação do poder público. Jorge Reis Novais, nesse sentido, assevera que um Estado racionalizado é aquele “cuja actuação é previsível,

esse objeto, as quais são, por isso, protegidas e estimuladas pela Administração por diversos meios, dos quais está excluída toda a forma de coação. ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. v. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990. p. 859.

¹⁵ Em que pese a existência de outra espécie distinta: o Fomento Legislativo, este não será desdobrado por questões de delimitação teórica, mas tão relevante quanto às demais espécies, tem função que justifica pesquisa específica.

¹⁶ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 75-76.

¹⁷ Vide art. 14, da Lei n. 101, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e ressalta uma série de benefícios fiscais.

¹⁸ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Op. cit., p. 86-131.

em que a Administração está limitada por regras gerais e abstractas” e, ainda, “em que as esferas de autonomia dos cidadãos e a vida econômica não estão à mercê de ingerências arbitrárias, mas antes protegidas e salvaguardadas pelas decisões racionais da sociedade esclarecida, representada pelo órgão da vontade geral.”¹⁹

A Constituição de 88, sob o aporte das premissas acima elencadas, construiu um sistema amplo de mecanismos de controle da atuação do poder público.²⁰ Especialmente na seara da Administração Pública, tal controle deverá estar fundada nos princípios que integram o regime jurídico administrativo, os quais decorrem do texto constitucional de 1988 e que norteiam toda a atuação do poder público, fornecendo-lhe suporte axiológico.²¹ Assim, para além de um exame da legalidade de toda a atuação administrativa exige-se um controle baseado na teologia da Constituição, pautado na verificação “se os resultados de performance administrativa são compatíveis com o desenvolvimento sustentável, consoante índices seguros que medem mais do que longevidade, educação e renda.”²²

Sem adentrar nos importantes debates em torno da temática do controle dos atos administrativos, no que se refere aos atos de fomento uma importante premissa para o exercício da atuação controladora²³ é a afirmação, singela, porém muito olvidada, de que tais atos também deverão ser sempre informados pelo regime jurídico administrativo.²⁴

Tomando-se como premissa o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁵ referido regime jurídico está estruturado sob dois princípios basilares: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público, princípios dos quais decorrem os demais.

Sobre o princípio da supremacia, no recorte aqui traçado importa tão somente compreender que, em face dele, as medidas de fomento deverão ser implementadas pelo poder

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 33.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

²² FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 25.

²³ Na presente pesquisa, quando se refere a “controle” toma-se o termo em sentido amplo, para denominar o controle jurídico aplicável aos atos de fomento estatal no direito brasileiro, tanto no que se refere à sua concessão por ato legislativo, quanto à sua execução, mediante atos administrativos. CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 216.

²⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 30. No mesmo sentido: FREIRE, André Luiz. Responsabilidade patrimonial na atividade administrativa de fomento. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coords.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.168.

²⁵ A ideia do regime jurídico administrativo no Brasil, na perspectiva aqui adotada, consagrou-se no Brasil a partir da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, que define o regime jurídico administrativo como o conjunto de princípios peculiares ao Direito Administrativo, “que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema [...]” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 53.

público visando o conjunto de interesses da coletividade, interesses esses protegidos pelo Direito²⁶ e traduzidos pelos direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República.

Em relação à incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público em face das medidas de fomento tem-se que desse vetor axiológico decorre a ideia de que a Administração Pública não pode dispor da cura dos interesses da coletividade e, por isso, as competências que lhe são outorgadas pelo ordenamento jurídico constituem-se como dever inalienável.²⁷ No que se refere ao fomento, a concretização desse princípio impõe, portanto, reconhecer um dever ao poder público de implementar as medidas de incentivo e promoção dos particulares, voltadas à efetivação do desenvolvimento sustentável.²⁸

Os demais princípios que integram o regime jurídico administrativo, sejam aqueles previstos expressamente no artigo 37, caput, da Constituição – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, sejam os princípios implícitos – finalidade, segurança jurídica, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade –, decorrem dos dois macroprincípios supracitados, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.²⁹ Todos esses fundamentos deverão informar a atuação da Administração Pública na edição dos atos de fomento.

Em face dos limites do presente artigo, não se investigará quais seriam as decorrências específicas da aplicação de cada um dos referidos princípios às diversas modalidades de fomento.³⁰ Essa análise dependerá da verificação, em concreto, de cada um dos atos que integra esse gênero de atividade.

Ainda assim, justifica-se a referência ao regime jurídico administrativo porque o fomento, inclusive as medidas de fomento fiscal, são exteriorizados mediante atos administrativos que, por força de lei, são, em sua extensa maioria, atos administrativos discricionários. Essa é a característica que faz com que, tradicionalmente, o fomento seja considerado como um espaço de ampla liberdade para o administrador, espaço no qual benefícios podem ser

²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-116. p. 111.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 76 e ss.

²⁸ Adota-se o posicionamento de que o desenvolvimento sustentável, previsto no art. 3º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, como um dos objetivos fundamentais, assume a natureza jurídica de direito fundamental, cujo conteúdo é delimitado pelos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, previstos na Agenda 2030. Ver, sobre o tema, os documentos constantes em: PLATAFORMA AGENDA 2030. *A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. PNUD, IPEA, s.d. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20C3%A9%20um,dentro%20dos%20limites%20do%20planeta>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 70.

³⁰ Para o estudo da incidência de cada um dos princípios do regime jurídico administrativo sob a atuação do Estado no fomento público ver a obra de referência de: VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Contra Corrente, 2015. p. 102-125. Também trata do tema: ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. Op. cit., p. 30-32.

concedidos a partir de um juízo de oportunidade e conveniência, muitas vezes pautados em critérios subjetivos.³¹ Vale ressaltar que a natureza discricionária desses atos afasta, por muitas vezes, o controle sobre tal atividade, notadamente o controle judicial.

Por isso, parece ser essencial, ao tratar dos atos de fomento, evocar a diretriz de que toda atuação da Administração Pública deverá estar subordinada aos princípios do regime jurídico administrativo,³² inclusive quando se estiver no campo da discricionariedade.

Sabe-se que os atos administrativos discricionários são aqueles em que o legislador deixou uma margem de liberdade para o administrador público escolher, no caso concreto, mediante juízo de oportunidade e conveniência, a melhor resposta a ser adotada, dentre as opções autorizadas pela lei³³. Ao contrário dos atos vinculados, em que o administrador está limitado a uma tarefa de subsunção, no caso dos atos discricionários a solução para a expedição do ato, na hipótese específica, encontra duas ou mais opções previstas em lei.

O mérito do ato administrativo discricionário, desse modo, traduz-se como esse juízo de conveniência e oportunidade que assiste ao administrador e justifica a decisão adotada para o caso.³⁴

Note-se que em um ambiente pós-positivista do Direito, em face da incidência de normas abertas na resolução de casos concretos e da ponderação de princípios no caso concreto a informar o juízo de oportunidade e conveniência do administrador, deve-se reconhecer que serão “múltiplas as possibilidades de aplicação” da norma.³⁵ Nessa perspectiva,

³¹ “Ressalva à parte, certo é que o Direito, de há muito, vem admitindo, em circunstâncias várias, tal escolha ou avaliação mediante o uso de critérios exclusivamente políticos do administrador (sem fundamento no Direito), quando tudo indicar devam ser evitados atos deste jaez, dada a natureza jurídica de todos os atos emanados legitimamente pela autoridade, donde não merece prosperar a exclusividade política, em homenagem a uma absurda separação de poderes, dado que estes somente serão democráticos se mutuamente controlados”. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Op. cit., p. 132.

³² Mais uma vez cabe a referência à obra de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que adverte: “a atividade de fomento, como regra, não obedece a esses princípios. A justificativa para isso, até certo ponto, é o desprezo dado a esta atividade administrativa, relegada a um segundo plano e considerada de menor importância se comparada à prestação de serviços públicos. Ocorre que, no momento em que o Estado pretende deixar um pouco de lado a atividade eminentemente prestadora de serviços públicos, há, naturalmente, uma redescoberta da atividade de fomento, sem que se dê a devida conta de que esta também deve obedecer aos princípios que regem toda a atividade administrativa”. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. Op. cit., p. 32.

³³ “discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 436.

³⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 38.

³⁵ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Op. cit., p. 107.

a solução adequada para o caso será aquela que melhor alcançar o interesse público, mediante juízo de ponderação dos princípios integrantes do regime jurídico administrativo, no caso concreto.³⁶

Essa ideia de atos administrativos discricionários vinculados aos princípios não é inovadora no cenário nacional. Juarez Freitas, em texto publicado em 1995, já defendia que, diante do regime jurídico administrativo constitucionalizado em 1988, e, a partir de uma teoria do direito que admite a força normativa dos princípios, o administrador jamais poderia atuar em contrariedade a tais comandos normativos. Para o autor, “a discricionariedade é invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema jurídico”.³⁷ Afirma ainda de modo mais direto: “discricionariedade não vinculada aos princípios é, por si mesma, arbitrariedade”.³⁸

É preciso revisitar essas ideias para reforçar uma premissa central na compreensão do instituto do fomento: mesmo exteriorizando-se na maior parte dos casos mediante atos discricionários, os atos de fomento deverão estar vinculados aos princípios que integram o regime jurídico administrativo. Conclusão bastante óbvia, mas que não raras vezes é olvidada pelos gestores públicos ao implementarem as medidas de fomento, notadamente no que se refere ao respeito aos princípios da finalidade e da isonomia.

Quanto à finalidade que deverá ser buscada pela Administração Pública ao implementar as medidas de fomento sustenta-se que tal atividade deverá ser instrumentalizada para incentivar o particular a atuar em favor do desenvolvimento nacional, em suas múltiplas acepções, num ambiente de parceria.³⁹

Portanto, através do fomento o poder público deverá buscar a criação de condições para que os parceiros particulares possam estender aos cidadãos o acesso aos direitos fundamentais, na dimensão do desenvolvimento social. De igual modo, mediante o fomento, o Estado poderá incentivar ou promover a iniciativa privada, criando condições mais favoráveis para o desempenho de suas atividades lucrativas, colaborando com o desenvolvimento econômico. Tais promoções ou incentivos à sociedade sempre deverão ser efetivados em condições que promovam e preservem a sustentabilidade.

A finalidade buscada pelas medidas de fomento, portanto, se confunde com os objetivos de desenvolvimento nacional sustentável: impõe ao Estado o dever de criar condições

³⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187.

³⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Op. cit., p. 135.

³⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Op. cit., p. 140. O autor atualiza e aprofunda tais ideias em: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*: Op. cit., p. 220 e ss.

³⁹ “Essa atividade visa promover ou estimular atividades dos particulares que tendem a favorecer o bem-estar geral. Se a finalidade do bem-estar geral não é detectável com clareza, a atividade de fomento apresenta-se como ilegítima, injustificável e discriminatória”. HIGA, Alberto Shinji. A construção do conceito da atividade administrativa de fomento. *Revista de Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 26, 2011.

para que todos possam escolher a vida que gostariam de viver, de forma digna.⁴⁰ Com isso, os atos de fomento também deverão ser direcionados para assegurar os direitos civis e políticos, permitindo o acesso aos direitos sociais, incrementando o crescimento econômico, pautando-se no respeito e na preservação do meio ambiente para esta e para as futuras gerações.⁴¹

Assim, as medidas administrativas que criam benefícios fiscais, por exemplo, somente serão legítimas se viabilizarem avanço no desenvolvimento econômico, ou ainda, se puderem promover o desenvolvimento regional.

De igual forma, a outorga de financiamentos em condições diferenciadas, com juros e prazos diferenciados, somente se justifica se tais beneficiários assumirem compromissos para realizar atividades relevantes para a coletividade.⁴² Conforme ressalta Marçal Justen Filho, os instrumentos do fomento deverão se apresentar como manifestações concretas da função promocional do Estado,⁴³ sob pena de verificar-se inequívoco desvio de finalidade ou abuso de poder.

Sabe-se que o desvio de finalidade implica em reconhecer que é nulo o ato administrativo praticado em dissonância da finalidade buscada pela lei.⁴⁴ Isso porque, pelo princípio da finalidade, cumpre ao administrador “atender a finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução”.⁴⁵ Por isso, há desvio de poder, ou desvio de finalidade, quando “a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública” ou, ainda, quando o fim alcançado “não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato”.⁴⁶

No fomento, a atuação do particular voltada a efetivar o interesse público buscado pelo Estado, no caso concreto, integra a própria finalidade do ato que concedeu a medida. Ou seja: a finalidade do ato administrativo de fomento somente será alcançada pela devida e correta atuação do particular – e daí a necessidade de controle.

⁴⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento*: Op. cit., p. 36.

⁴¹ Mais uma vez, recorre-se às ideias de Amartya Sen que justificam a atuação fomentadora do Estado como uma alternativa à superação das graves desigualdades sociais presentes no mundo. Ressalta, na obra aqui tomada como referência, que “vale a pena considerar simultaneamente a eficiência por meio da liberdade do mecanismo de mercado, de um lado, e a gravidade dos problemas de desigualdade de liberdade, de outro. É preciso lidar com os problemas de equidade, especialmente ao se tratar de graves privações e pobreza; nesse contexto, a intervenção social, incluindo o custeio governamental, pode ter um papel importante”. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 160.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 719.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 718.

⁴⁴ “No desvio de finalidade [...] verifica-se que o administrador, mesmo nos limites de sua competência, pratica o ato com fins distintos daqueles para os quais a lei se volta – o administrador age em dissonância com a lei, afastando-se de suas finalidades e buscando outras que diferem das que o interesse público almeja”. OMMATI, Ricardo Emília Medauar. *Controle da discricionariedade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 46.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 110.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 110.

Assim, é bem verdade que a atuação do parceiro privado, no âmbito do fomento, é de cunho eminentemente voluntário, já que “ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada”.⁴⁷ Contudo, “se adesão a ela manifestar resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão”.⁴⁸

Não se quer, com isso, impor ao particular a submissão ao regime jurídico administrativo, quando do exercício das atividades vinculadas à parceria firmada com o poder público mediante ajustes de fomento. Com efeito, o particular desempenhará suas atividades subordinado ao regime de direito privado. Porém, a adesão – voluntária – aos estímulos concedidos pelo poder público, implica submeter-se a determinadas prescrições que têm, por desiderato, assegurar o cumprimento do interesse coletivo que legitimou a concessão do benefício. Em síntese: ainda que subordinado ao regime privado, a atuação do particular está vinculada à finalidade pública que validou o ato de fomento.

Por certo, não se pode olvidar que há pontos sensíveis na implementação das medidas de fomento, são adversidades como para escolher o setor, segmento, região merecedora do fomento, selecionar os sujeitos que receberão o estímulo, estimar de modo adequado e suficiente os benefícios públicos indutores das atividades eleitas como relevantes.⁴⁹ Somam-se a estas preocupações, a continuidade da atividade de fomento, reincentivar situações e sujeitos já fomentados, verificar se os resultados esperados foram atingidos, reflexos das políticas públicas incentivadas, dentre outras circunstâncias que dificultam a atividade controladora.

Ademais, no texto constitucional existem diversas normas que implicam na atuação fomentadoras,⁵⁰ porém inúmeros outros mecanismos podem ser estruturados, e toda essa multiplicidade de ferramentas instala a dificuldade em uniformizar uma sistemática de controle.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. Op. cit., p. 145.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. Op. cit., p. 145.

⁴⁹ POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. *Controle de resultados da atividade de fomento...* Op. cit.

⁵⁰ A exemplo, podem ser observados: o Tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte previsto no Art. 146, d) da CF/88: “definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.”. Tem-se ainda normas previstas no Art. 150, VI alíneas b), c), d) e e) da CF/88, onde veda-se a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto; sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, e dos fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Imagine-se a hipótese de uma política pública de educação, que, dentre tantos instrumentos, adote mecanismos de fomento, tanto legislativo – como a criação de isenções tributárias para entidades de ensino sem fins lucrativos, por exemplo –, como administrativo – como a concessão de crédito facilitado a estudantes de baixa renda (FIES).⁵¹

Nas hipóteses supracitadas observa-se que para uma mesma política fomentadora, pode-se estar diante de necessidade de ferramentas de controle distintas, especialmente em razão da natureza dos atos emanados (atos legislativos ou atos administrativos); sujeitos fomentados ou, ainda, do regime específico dos diversos institutos.

Verticalizando-se a análise do presente artigo para o fomento administrativo tem-se que é dever, então, da Administração Pública, estimular o particular na realização de atividades que irão contribuir para a consecução do desenvolvimento nacional, exigindo-se a verificação, em todos os casos, uma contrapartida do parceiro privado. Ou seja, “o sujeito privado é beneficiário de uma atuação favorável do Estado, que está condicionada a uma série de contrapartidas”.⁵²

Afinal, “caso seja infringida a finalidade legal, direta ou indiretamente - como o atendimento de um fim particular em detrimento do interesse público” configura-se “desvio de finalidade, uma incompatibilidade objetiva, ainda que possa ser disfarçada, entre a finalidade legal que deveria ser atendida e a intenção particular de finalidade do ato praticado pela autoridade administrativa”.⁵³

Além das implicações que o princípio da finalidade impõe no âmbito da atuação administrativa de fomento, faz-se importante referir ainda, as sujeições impostas pela observância ao princípio da isonomia nesse ramo de atuação estatal.⁵⁴

Com efeito, característica comumente apontada em relação ao instituto do fomento é a de que, dada a discricionariedade conferida à Administração Pública na escolha de seus mecanismos, também haveria certa liberdade em eleger os cidadãos que seriam beneficiados por tais programas. Assim, há quem entenda que, ao contrário do serviço público, não há fundamento para se exigir a universalidade dos benefícios concedidos.⁵⁵ Como refere Mendonça, são atividades marcadas pela seletividade.⁵⁶ Por isso, Luis Jordana de Pozas

⁵¹ Ver, sobre o FIES enquanto um programa de fomento: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento*: Op. cit., p. 153.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 719.

⁵³ BERCOVICI, Gilberto. A atuação do estado brasileiro no domínio econômico. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Orgs.). *República, democracia e desenvolvimento*. Contribuições ao estado brasileiro. Brasília: Ipea, 2013. p. 617-646. p. 629.

⁵⁴ Sobre o tema, ver: MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coords.). *Intervenção do estado no domínio econômico e no domínio social*. Homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 279.

⁵⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 115-176, 2010.

⁵⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: Op. cit.

indica que mediante a atividade de fomento, notadamente através daqueles atos que concedem benefícios aos particulares, tem-se “*verdaderos privilegios, en cuanto suponen una excepción ventajosa de la norma general a favor de personas o clases determinadas*”.⁵⁷

Entende-se que tal posicionamento exige temperamentos. É certo que não se pode reconhecer a todos os cidadãos o direito subjetivo de exigir do Estado o gozo individual das medidas de fomento, nem afirmar que o poder público deverá atingir, com cada uma das medidas, a universalidade dos cidadãos. Entretanto, sustenta-se que tais benefícios deverão ser concedidos em um ambiente de isonomia.⁵⁸

Nesse sentido, a definição dos programas de fomento deverá designar quais serão os seus beneficiários, respeitado o dever de fundamentar as razões de discriminação.⁵⁹ A escolha dos indivíduos ou dos grupos que serão favorecidos com tais programas deverá justificar-se por argumentos que comprovem a necessidade efetiva de tal distinção, demonstrando-se que tal alternativa atende, em concreto, razões de interesse público.⁶⁰

Daí a importância da motivação dos atos administrativos de fomento, que impõe ao Administrador Público o dever de expor as razões que autorizaram sua edição, nos termos do artigo 50, da Lei n. 9.784/99,⁶¹ com os aperfeiçoamentos do art. 20, da LINDB.

⁵⁷ JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. Op. cit., p. 46. No mesmo sentido: PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I* – parte geral. 15. ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2004. p. 52.

⁵⁸ Sílvio Luís Ferreira da Rocha, pretendendo a salvaguarda do princípio da isonomia, na concessão das medidas de fomento, assevera que “quando for impossível adotar a todos os possíveis beneficiários, por escassez de recursos, melhor estabelecer entre eles procedimento licitatório que privilegie uma solução definidora extremamente objetiva, como o sorteio, se restar demonstrado que os particulares estão em situações idênticas”. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. Op. cit., p. 31. Em sentido contrário decidiu o STF, entretanto, ao julgar constitucional o artigo 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93, que permite ao poder público escolher, por dispensa de licitação, Organização Social, para firmar Contrato de Gestão.

⁵⁹ Por brevidade, reporta-se às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador escolhido, atribuir o específico tratamento construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impendem analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 267. No que se refere à aplicação do princípio da igualdade, no âmbito da atividade de fomento, na doutrina estrangeira, afirma Libardo que “*la primera expresión de la igualdad se concreta en el deber de la administración pública de no hacer tratos discriminatorios en el otorgamiento de las ayudas públicas y, por el contrario, propiciar que todos los beneficiarios potenciales participen en las mismas condiciones.*” RODRÍGUEZ, Libardo Rodríguez. La actividad administrativa de fomento. In: ARANA MUNOZ, Jaime Rodríguez; RODRÍGUEZ, Libardo Rodríguez (Directores). *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Inap, 2015. p. 385-400. p. 392.

⁶⁰ “Impende desde logo reconhecer que o fomento, ao ensejar a ampliação da esfera jurídica de determinadas classes de sujeitos, apresenta caráter essencialmente discriminatório e, nessa medida, tem sua legitimidade condicionada [...] à avaliação do fundamento lógico da desequiparação e da correlação deste com os valores prestigiados na ordem constitucional vigente”. VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 107.

⁶¹ Afinal, “em país no qual a Administração frequentemente pratica favoritismos ou liberalidades com recursos públicos a motivação é extremamente necessária em atos ampliativos de direito” MELLO, Celso Antônio Bandeira

Nessa medida, percebe-se que o respeito ao princípio da isonomia prescreve a atuação administrativa voltada, novamente, ao atendimento da finalidade que autoriza a prática dos programas de fomento.

Assim, as premissas até agora desenvolvidas permitem concluir que, apesar das atividades de fomento serem implementadas em sua maioria mediante atos administrativos discricionários, faz-se necessária a realização de controle sobre esses atos.⁶² Seja pela própria Administração Pública,⁶³ seja pelos Tribunais de Contas, ou seja, pelo Poder Judiciário, em face dos critérios axiológicos fornecidos pelos princípios que integram o regime jurídico administrativo,⁶⁴ em especial em face do exame de finalidade antes referido.

4 O FOMENTO FISCAL E SUA MATRIZ DE CONTROLE

As considerações feitas até aqui, no presente artigo, representam não mais do que a releitura do instituto do fomento a partir das premissas do Direito Administrativo Social, que impõe a compreensão de que toda atuação da Administração Pública deverá ser norteada pelas escolhas constitucionais, voltada à realização do desenvolvimento em suas múltiplas matizes. E, consequência desses postulados, impõe-se a controlabilidade ampla de toda a atuação do poder público.

de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 522. E observar tal caráter é fundamental no que se refere aos atos de fomento porque, conforme assevera André Luiz Freire, a isonomia é um princípio bastante esquecido na atividade de fomento que, "por vezes, tem servido de instrumento para beneficiar ilegitimamente determinadas pessoas, em razão de seu contato com os governantes." FREIRE, André Luiz. Responsabilidade patrimonial na atividade administrativa de fomento. *Op. cit.*, p.168.

⁶² Apenas para ilustrar como é deficitário, no Brasil, o controle dos recursos dispendidos pela atividade de fomento, tem-se a recente tragédia de Mariana. Não bastasse a ineficiência da Administração Pública no exercício de fiscalização das obras das barragens, é inaceitável que a empresa responsável tenha recebido importantes somas de recursos advindos do BNDES, mediante técnicas de fomento. Certamente, não se poderia permitir, com financiamento público, a realização de obras que não primam pela segurança e acabam por causar danos ambientais das proporções que se assistiu em Minas Gerais. Assim, percebe-se que um tema não aprofundado no texto se refere à possibilidade de responsabilidade patrimonial do poder público na atividade de fomento. Neste recorte, o trabalho de referência a ser consultado é o de: FREIRE, André Luiz. Responsabilidade patrimonial na atividade administrativa de fomento. *Op. cit.*, p.177 e ss. Em resumo, o autor defende a responsabilidade do Estado por danos causados em face de atos de fomento. Já em relação ao parceiro privado, em geral, admite a responsabilização num regime de responsabilidade civil. Tal posicionamento é confirmado por: ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 235. Cristiana Fortini, entretanto, estabelece uma exceção no tema, quando se tratar de atividade exercida por organizações sociais. Segundo ela, nestes casos a responsabilidade será objetiva. Ver: FORTINI, Cristiana. *Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face de danos causados a terceiros*. *Interesse público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 113-121, jul./ago. 2006. p. 118.

⁶³ Garrido Falla reconhece que "la Administración conserva siempre un poder de fiscalización de la actividad subvencionada." GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo II*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966. p. 285.

⁶⁴ Sobre a imprescindibilidade do controle judiciário sobre as atividades de fomento ver: DE LA RIVA, Ignacio M. La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual. In: AA. VV. *Jornadas sobre Servicio Público, Policía y Fomento*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2004. p. 421.

Sabe-se que em consequência do destaque na atuação do Estado Social e Democrático de Direito no desenvolvimento socioeconômico, demanda-se do poder público uma complexidade de processos e técnicas de intervenção, dentre os quais os *incentivos fiscais*.⁶⁵ Tal temática oferece especial complexidade em especial quando se analisa a redução da carga tributária e, simultaneamente, a necessária manutenção do equilíbrio orçamentário, diante de tantas demandas atribuídas ao Estado.

Nesse cenário, despontam medidas que visam compatibilizar tais vetores, por vezes dicotômicos: de um lado o fomento ao desenvolvimento econômico e de outro a necessária observância à neutralidade concorrencial tributária ou ainda, de um lado a abertura de mercados e, de outro, a proteção à produção nacional.⁶⁶ E, para os termos do presente artigo, a dicotomia que releva importância e que demanda compatibilização é aquela que se dá entre a capacidade orçamentária a partir da concessão de estímulos fiscais e a consequente concretização de direitos fundamentais.

Nesse campo, da concessão de estímulos fiscais, despontam as medidas de fomento – aqui chamadas genericamente de fomento fiscal. Quanto a essas medidas, o seu controle deverá verificar se tais benefícios dirigem-se à concretização dos direitos fundamentais, notadamente os de cunho social prometidos pelo Estado. Com efeito, constata-se que o desregramento no uso dos recursos públicos implica em grave desvio de finalidade, impedindo a realização do objetivo do desenvolvimento, nos moldes antes tratados. Se por um lado o uso adequado dos atos de fomento é capaz de gerar melhorias substanciais na vida das pessoas, por outro, seu uso inadequado pode aprofundar o abismo já existente.

Com efeito, pode-se identificar diversas normas tributárias utilizadas como modalidades de fomento público. Luís Eduardo Schoueri divide as normas tributárias em indutoras e não indutoras. As indutoras seriam aquelas que possuem alguma característica que permite que o intérprete as diferencie enquanto categoria de norma diversa das outras normas tributárias. Já as normas tributárias não indutoras seriam normas de arrecadação ou simplificação.⁶⁷

Com essa distinção entre normas tributárias indutoras e não indutoras, as indutoras intentam intervir na economia e dessa forma estimular ou desestimular condutas, operando como verdadeiro mecanismos de fomento através da tributação.

Nas normas tributárias indutoras, o “Estado abre mão do seu poder de dar ordens, substituindo-o por seu poder econômico, com efeito equivalente.”⁶⁸

⁶⁵ BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. (Série Doutrina Tributária, v. IX). p. 43.

⁶⁶ BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional*. Op. cit., p. 44.

⁶⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 44.

⁶⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Op. cit., p. 158.

Tais normas, junto com os atos de execução dos programas de benefícios fiscais, integram o âmbito do fomento fiscal, que vai se exteriorizar por uma série de mecanismos distintos. Nota-se que tais mecanismos deverão contribuir com o Estado na consecução de seus objetivos, devendo ser implementados como legítimas fermentas das quais se pode valer o poder público para estimular os particulares a agirem em conformidade com os objetivos firmados no texto constitucional. Porém, sem a devida conformação, resultados adversos podem ser observados.

Com efeito, não são raros os exemplos em que se verifica a utilização inadequada e genérica do argumento de conveniência e oportunidade para conceder benefícios fiscais que não irão contribuir para resultados voltados à realização de direitos fundamentais.

Embora tal problemática possa ser debatida no campo da ciência política e do sistema político de representatividade, não se vislumbra uma autorização imediata através do voto, para que o legislador ou o chefe do executivo possam sobrepor sua vontade diante do texto constitucional.

No campo do fomento fiscal de natureza administrativa tem-se exatamente essa situação quando se permite que tal escolha por mecanismos de fomento fiscal seja feita mediante uso indiscriminado da discricionariedade, sem a devida motivação. Considerando que a concessão de benefícios dessa natureza implica em redução na arrecadação direta, é imperioso que se analisem os impactos da decisão, sob risco de comprometimento de direitos fundamentais a cargo do Estado.⁶⁹

Neste tópico, novamente faz-se referência à teoria do controle dos atos discricionários, referidos no item 2, do presente artigo. Mas, ainda é possível verticalizar a análise para o campo da devida motivação de tais atos.

Como antes asseverou-se, os atos discricionários demandam ampla fundamentação, inclusive quanto às suas consequências. Sabe-se que o referido art. 20, da LINDB, impõe o afastamento das decisões lastreadas em opiniões ou anseios dos julgadores, na medida em que determina a atenção não só aos pressupostos do julgamento – adequação jurídica dos fundamentos –, como na efetivação do resultado, com vistas à exequibilidade.⁷⁰

De acordo com Marçal Justen Filho, o principal objetivo de tal dispositivo é reduzir a indeterminação das decisões estatais, fundadas, por vezes, em princípios abstratos,⁷¹ como

⁶⁹ A análise de impacto é tema que vem trazendo asseverada importância, notadamente após a edição da LINDB, como antes anotado. Ver, sobre o tema, FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*: Op. cit., p. 220 e ss.

⁷⁰ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

ocorre diuturnamente no ambiente dos atos administrativos discricionários. Para Carlos Ari Sundfeld, o referido dispositivo visa conferir um ônus argumentativo aos agentes públicos impedindo a decisão com base em retórica. De acordo com o mesmo autor, a norma pretende reduzir o âmbito de interpretações casuísticas que negam coerência na aplicação do Direito. Já Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas sustentam que com a edição de tal preceito espera-se “interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições”⁷². Marçal Justen Filho afirma que a competência do agente público “não compreende o poder jurídico para promover uma solução qualquer, não compatível nem autorizada pelas normas objeto de aplicação”.⁷³

Assim, a análise das circunstâncias fáticas e dos efeitos das decisões deverá ser relevante para justificar o ato.⁷⁴ Partindo dessa premissa, por exemplo, jamais seria legítima uma decisão que conceda um benefício fiscal sem a justificativa concreta de quais resultados legítimos seriam auferidos com tal benefício.

A LINDB exige, ainda, que a medida adotada seja justificada inclusive em face de outras opções possíveis. Ou seja: é ônus do gestor público justificar de que maneira a concessão do benefício fiscal é mais benéfica do que a adoção de outras medidas.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho conclui que a justificativa que autoriza a concessão do benefício é o dever que se impõe aos particulares de “realizar investimentos em montantes mínimos, em locais específicos, desenvolver certo tipo de benefício para sociedade, produzir riqueza e assegurar vantagens a população carente e assim por diante”.⁷⁵ Em outras palavras, apenas “os ganhos sociais, econômicos e culturais inerentes ao fomento compensam a redução da arrecadação ou a transferência de benefícios promovida pelo Estado.” Trata-se de aprimorar, sobre os atos de fomento, um controle efetivo de resultados, tema que será abaixo abordado.

⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. *Consultor Jurídico*, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniaao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 17 jun. 2020.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 716.

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit. Para o autor, “os ganhos sociais, econômicos e culturais inerentes ao fomento compensam a redução da arrecadação ou a transferência de benefícios promovida pelo Estado”. Poder-se-ia argumentar, em sentido diverso, que haverá casos em que o sujeito fomentado será beneficiado sem que lhe seja exigida qualquer contraprestação, como refere: VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 58. Seriam meios gratuitos, em que “a Administração reduz o seu patrimônio sem que lhe corresponda uma contraprestação do particular” (p. 65). Exemplifica como medidas de fomento que se enquadram nessa tipologia “a subvenção, o subsídio, o prêmio e a alienação ou utilização privativa de bens públicos a título gratuito” (p. 65). Contudo, a análise sistemática da obra do autor permite concluir que ele estabelece tal designação pautando-se na existência, ou não, de uma contraprestação direta do particular à Administração Pública. Ou seja, classifica como meios gratuitos de fomento os casos em que não há um preço, uma remuneração a ser paga pelo particular ao poder público. Apesar dessa definição, Rafael Valim afirma, categoricamente, que somente poderão ser considerados mecanismos de fomento aqueles dirigidos à satisfação de interesses públicos (p. 67).

Outro efeito adverso da má utilização das medidas de fomento fiscal é a possibilidade de servirem como moeda de troca e barganhas políticas. Como bem ensinou Pontes de Miranda, “as isenções sem interesse público, essas, são doações dissimuladas”.⁷⁶ O que prejudica ainda mais o erário e a redução das desigualdades.

Por essas e outras razões, é salutar que o fomento, qualquer que seja sua modalidade, esteja submetido a robustos mecanismos de controle.

Não se pode perder de vista, como mencionado anteriormente, que o controle, dentre tantas finalidades, objetiva proteger os recursos públicos e evitar seu desperdício, coibir tratamento desigual entre cidadãos e empresas, evitar privilégios injustificados e as mazelas reflexas decorrentes da inadequada utilização de recursos públicos, como a sua escassez que pode gerar prejuízos sociais severos.

Nesse compasso, o descontrole nas atividades de fomento estatal, principalmente naquelas modalidades de fomento que desoneram atividades privadas aos custos do erário e receitas tributárias que ingressariam nos cofres públicos, são mazelas inaceitáveis no ambiente do Estado Social e Democrático de Direito. Com efeito, dentre as consequências mais perversas de fomentos fiscais que não se justificam em prol do atendimento dos objetivos da República estão aquelas decorrentes de incapacidades financeiro-orçamentárias que se intensificam com a utilização inadequada, irrefletida ou mal planejada dos atos de concessão de benefícios, fragilizando ainda mais o já sucateado sistema de proteção estatal.⁷⁷

Recorda-se que no Estado Constitucional, os Direitos Fundamentais representam resistência jurídica às ações dos poderes públicos, inclusive do Legislativo e nas relações entre particulares. Essa resistência se traduz numa exigência de justificação de toda interferência na esfera desses direitos de acordo com o juízo de ponderação.⁷⁸

5 MECANISMOS DE CONTROLE DOS ATOS DE FOMENTO: CONTROLE JURISDICIONAL E CONTROLE DIRECIONADO PARA VERIFICAÇÃO DE RESULTADOS

As diversas modalidades de fomento podem ensejar diversas estruturas de controle. Nem mesmo nos casos em que o fomento é de natureza legislativa, no campo do direito tributário, por exemplo, em que o incentivo se dá por simples subsunção do fato à norma tributária indutora, não é legítimo admitir que se está diante de uma carta branca aos Poderes Legislativo ou Executivo para disporem dos recursos públicos aos seu bel prazer.

⁷⁶ MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo II, (art. 8 -31). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

⁷⁷ Ainda que não nos limites do presente artigo, é possível analisar a questão a partir da verificação do problema ventilado como uma situação de Restrição Heterônoma de Direitos Fundamentais. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 250.

⁷⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

Por certo, nos limites do presente artigo, como antes já noticiado, o recorte da pesquisa abrange apenas os atos de natureza administrativa. A construção de arsenal teórico, dogmático e até mesmo jurisprudencial, que postula maior controle sobre as atividades de fomento a partir da premissa de que tais funções estão subordinadas às sujeições decorrentes do regime jurídico administrativo, permitirá uma sensível transformação no modo de relacionamento do poder público com a iniciativa privada nos ajustes e termos de fomento.⁷⁹

Assim, na tipologia do controle, tem-se que em relação ao seu titular pode-se falar de controle interno ou externo.⁸⁰ Já em face do momento em que tal atuação é exercida, fala-se de controles prévios, concomitantes ou posteriores.⁸¹

Já quanto “à natureza da atividade, alude-se ao controle de legalidade ou de mérito”.

Especificamente em relação à atividade de fomento, entende-se que “Haverá controle de legalidade ou de mérito na medida em que estiverem presentes os pressupostos respectivos, o que deverá ser analisado em cada caso concreto.”⁸²

Dados os limites do presente trabalho, opta-se por abordar, dentre os mecanismos de controle, o jurisdicional e o controle de resultados.

Quanto ao primeiro, tem-se que a matéria oferece maior dificuldade ao se defender a possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos discricionários.⁸³ Ainda que não caiba o estudo aprofundado dessa temática, é importante lembrar que o controle judicial sobre todos os atos administrativos é imposição constitucional.⁸⁴ Com efeito, o artigo 5º, XXXV, da Constituição, assegurou a ampla sindicabilidade do controle de tais atos, consagrando como direito fundamental o acesso à Justiça.⁸⁵

⁷⁹ Nesse sentido, no âmbito da doutrina estrangeira: CORVALÁN, Juan Gustavo. *Derecho administrativo en transición*. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 270 e ss.

⁸⁰ POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Controle de resultados da atividade de fomento... Op. cit.

⁸¹ POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Controle de resultados da atividade de fomento... Op. cit.

⁸² POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Controle de resultados da atividade de fomento... Op. cit., p. 53.

⁸³ Sobre o tema ver a obra de: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Teoria geral do processo administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo. Ato administrativo e procedimento administrativo*. v. 5. São Paulo: RT, 2014. p. 431-506. p. 475.

⁸⁴ A complexidade do tema, neste aspecto, ocorre porque haverá necessidade de conciliar o direito constitucionalmente assegurado de inafastabilidade da tutela jurisdicional com o princípio da separação de poderes. Ricardo Emílio Medauar Ommati enfrenta a matéria para afirmar que “controlar um ato discricionário não é invadir a liberdade da Administração. Até mesmo porque o administrador não tem liberdade para agir discricionariamente, uma vez que não pode tomar qualquer caminho presente nas brechas da lei, ou em seus conceitos indeterminados: deve seguir apenas aquele que conduzir ao interesse público”. OMMATI, Ricardo Emília Medauar. *Controle da discricionariedade*. Op. cit., p. 67.

⁸⁵ Afirma Juarez Freitas: “inexiste relação administrativa que tenha o condão de fugir, ao menos mediatamente, da apreciação do Poder Judiciário, até para que este possa cumprir a tarefa de guardião constitucional, pronunciando a derradeira palavra em matéria de controle dos atos, contratos e procedimentos administrativos [...]” FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Op. cit., p. 105.

Portanto, é certo afirmar que todos os atos administrativos se submetem ao controle judicial, inclusive os de natureza discricionária. No que se refere ao controle de mérito desses atos, vale salientar, mais uma vez, que não se está a defender a possibilidade de que o juiz substitua o administrador para escolher, no caso concreto, qual seria a melhor providência a ser adotada.⁸⁶ Mas parece evidente que, se o legislador concedeu certa liberdade para que o administrador realize um juízo de oportunidade e conveniência, tal poder deverá “ser exercido em consonância com o interesse geral e nessa medida a Administração não deve agir segundo o seu bel-prazer”.⁸⁷

Assim, impõe-se reconhecer o mandamento constitucional de que o Poder Judiciário tem o dever de, quando provocado, refutar “escolher francamente erradas e até desonestas”, como adverte Juarez Freitas.⁸⁸

Destarte, no que se refere ao controle judicial sobre os atos de fomento, tem-se que, ainda que não se admita que o Judiciário poderá substituir o administrador público e, em seu lugar, escolher qual seria a melhor solução para o caso concreto, deverá “emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter julgado ou agido, ao emitir juízos guiados por aquela discricção, sempre vinculada aos princípios superiores da Administração Pública”.⁸⁹ Deverão ser anulados, dessa maneira, atos administrativos que concedam medidas de fomento quando elas não sejam adequadas para atingir o interesse público, vinculado diretamente ao alcance do desenvolvimento nacional sustentável.⁹⁰

Desse modo, ainda que sejam escassos os precedentes judiciais que enfrentaram o tema do controle de atos de fomento, cite-se a paradigmática decisão proferida pela 1.^a Turma Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 33340, em que foi Relator o Ministro Luiz Fux.⁹¹ Em suas razões, o BNDES afirmou ser uma empresa pública federal exploradora de atividade econômica e que, enquanto tal, está sujeita às regras do mercado financeiro e à Lei Complementar n.º 105/2001, que dispõe sobre o sigilo bancá-

⁸⁶ Vale sempre a referência ao magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello: “perante inúmeros casos concretos (a maioria, possivelmente) caberão dúvidas sobre a decisão ideal e opiniões divergentes poderão irromper, apresentando-se como razoáveis e perfeitamente admissíveis. Nestas hipóteses, a decisão do administrador haverá de ser tida como inatacável, pois corresponderá a uma opção de mérito;” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 40.

⁸⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Op. cit., p. 106.

⁸⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Op. cit., p. 107.

⁸⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Op. cit., p. 138.

⁹⁰ É preciso superar o paradigma no qual os atos de fomento traduziam-se como doações públicas, favores oficiais, “quase sempre sem controle posterior detalhado da aplicação efetiva dos recursos concedidos”, conforme adverte Paulo Modesto. MODESTO, Paulo. Parcerias público-sociais (PPs): categoria jurídica, sustentabilidade e controle em questões práticas. In: FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. *Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1923/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 97-127. p. 103.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 33340*. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26 de maio de 2015, publicado em 03 de agosto de 2015. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 21 mar. 2019.

rio. O Tribunal de Contas, por sua vez, aduziu que as informações requisitadas não estariam acobertadas pelo sigilo bancário e empresarial, pois tratam de recursos de origem pública. Em seu voto, o Ministro Relator discorreu sobre a importância da missão constitucional do Tribunal de Contas, bem como do sigilo bancário e empresarial e sua possível harmonização com o princípio da publicidade insculpido no artigo 37, *caput* da Constituição. Concluiu que o controle, pelo TCU, das operações financeiras realizadas pelo BNDES e pelo BNDESPAR é amparado pelo artigo 71 da Constituição, e que a hipótese era de controle legislativo financeiro de entidades federais, e não de requisição de informação de terceiros, portanto sequer estaria configurada a quebra de sigilo bancário e empresarial. Para fundamentar seu posicionamento, destacou que o BNDES é um ente da Administração Indireta que sofre uma intensa influência do regime de Direito Público, e como atua como banco de fomento, os seus recursos devem ter uma destinação específica. Vê-se, portanto, que a *ratio decidendi* do voto vencedor foi a possibilidade de realizar controle sobre o emprego de verbas públicas repassadas a título de fomento.

Finalmente, um último tema a ser tratado se refere justamente à necessidade de que seja parâmetro de controle a verificação dos resultados alcançados com a atividade de fomento, que deverão estar vinculados à realização dos objetivos do desenvolvimento sustentável.⁹²

Para tanto, a formulação das medidas de fomento deve fornecer os parâmetros para o controle de resultados, fixando as metas a serem atingidas, os resultados específicos esperados. Tais fatores são elementos essenciais, “inclusive para evitar o problema consistente em o controlador pretender definir quais seriam os resultados adequados ou inadequados em cada caso, capturando as competências alheias.”⁹³

Benjamin Zymler, nesse sentido, orienta que o controle deverá ser desenvolvido em quatro etapas: “estabelecimento de metas, observação de desempenho, comparação do desempenho com as metas estabelecidas e ação corretiva.”⁹⁴

Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza indicam os postulados que deverão ser observados na edição dos atos de fomento e que permitirão o controle de resultados aqui preconizado. Indicam que inicialmente deverá haver a precisa definição das metas a serem atingidas; a definição dos meios a empregar ou ações a realizar para alcançá-las; a exigência de estudos ou estimativas de impacto das ações planejadas; o estabelecimento dos processos a seguir para elaboração das metas; a definição de formas de monitoramento

⁹² Já há exemplos na legislação brasileira que adotam, expressamente, tal metodologia no campo do fomento público. Veja-se, por exemplo, o art. 1º, inc. XII, da Lei n. 10.973/2004, incluído pela Lei n. 13.243/2016 (fomento à inovação).

⁹³ POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Controle de resultados da atividade de fomento... Op. cit., p. 55.

⁹⁴ ZIMLER, Benjamin. Controle das finanças públicas no Brasil: visão atual e prospectiva. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 29, n. 76, p. 17, abr./jun. 1998.

de sua execução e de avaliação dos resultados efetivamente alcançados; a identificação prévia das consequências do descumprimento das metas (sancionatórias ou não, a depender do caso) e, finalmente, a fixação das competências para realizar cada uma dessas etapas.⁹⁵

Há interessantes precedentes do Tribunal de Contas da União que adotam a sistemática do controle de resultados na seara do fomento.

Cite-se, por exemplo, a Decisão n. 2/1999, da Primeira Câmara, em que foi Relator o Min. Benjamin Zymler. Nesse caso, foi realizada Auditoria em face de incentivos fiscais concedidos no âmbito do Programa de Desenvolvimento Tecnológico Industrial e Agropecuário. Ressaltou-se a importância de se adotar o controle de resultados, afirmando-se que a “avaliação da efetividade das políticas públicas de fomento à capacitação tecnológica industrial e agropecuária exige a avaliação da relação custo/ benefício do programa de incentivo fiscal e dos mecanismos de controle adotados.” E, ainda, restou consignado na decisão que a edição de atos de fomento deverá permitir a avaliação de tais resultados, afirmando-se que “É preciso estabelecer critérios e meios de mensuração, de forma a garantir a boa alocação dos recursos públicos renunciados e, por via de consequência, o atingimento das metas estabelecidas. Entretanto [...] não se pode garantir a eficácia e efetividade dos Programas, uma vez que a equipe de auditoria dá conta da precariedade dos sistemas de controle.”.

Já no Acórdão n. 1.352/2011, Plenário, em que foi Relator o Min. Ubiratan Aguiar, determinou-se a obrigatoriedade de implementação de controle de resultados, em razão de possível desvirtuamento na avaliação do desempenho operacional de entidades responsáveis por gerir o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte (FNO), que tem por objetivo financiar as ações da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) (Lei n. 7.827/1989). Destarte, restou consignado no Acórdão que o responsável deverá incluir “nas prestações de contas apresentadas ao Conselho Deliberativo da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia análises que evidenciem a eficácia e efetividade do Fundo Constitucional de Financiamento do Norte como instrumento de redução das desigualdades intrarregionais, na forma preconizada pela Política Nacional de Desenvolvimento Regional, em especial, quanto a efeitos multiplicadores do investimento sobre a geração de empregos, renda e tributos nas microrregiões prioritárias mapeadas pela Política.”.

Tais precedentes indicam a adoção dos postulados voltados à verificação dos resultados dos atos administrativos. Entende-se que esta diretriz, associada à exigência de motivação adequada dos atos administrativos bem como à obrigatoriedade de análise de seus impactos (consequências) certamente permitirá a condução das políticas públicas de fomento à consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil.

⁹⁵ PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 40.

6 CONCLUSÃO

O panorama traçado permite concluir que os instrumentos de fomento deverão submeter-se a rigoroso sistema de controle. Tal sistema, que abrange o controle interno, o controle pelo Tribunal de Contas, o controle judicial e o controle popular, deverá se pautar na verificação da legalidade e da legitimidade de tais atos e ajustes, impondo-se a submissão de toda atividade ao regime jurídico administrativo. O perfil do controle, portanto, deverá alcançar a dimensão finalística da atividade de fomento, verificando-se em cada medida a realização do interesse público, com o alcance dos direitos fundamentais e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A inquietação que orienta o presente estudo pauta-se na inadequada utilização e escassez de recursos públicos, focando especialmente no distanciamento dos atos de fomento público de suas finalidades constitucionais.

Nessa perspectiva, tratou-se da categoria que se denominou fomento fiscal, de suma importância porque permite a análise crítica de um dos âmbitos de atuação mais sensíveis do estado: o estabelecimento de benefícios fiscais que, não raro, não se justificam em face dos compromissos imputados ao poder público.

Assim, a hipótese adotada foi a de que a adoção de uma sistemática ampla de controle permite direcionar tal prática à realização dos objetivos da República, plasmados na Constituição de 88. Assim, defende-se a submissão dos mecanismos de fomento administrativo ao regime jurídico administrativo.

Nesse sentido, sustentou-se a aplicação de todos os instrumentos de controle aos atos de fomento. Deu-se, no artigo, especial enfoque ao controle judicial e ao controle de resultados de tal atividade, sustentando-se a obrigatoriedade de motivação/justificação adequada e a necessidade de análise de impacto.

Destarte, a superação dos desafios que decorrem do cenário mundial, especialmente em face da pandemia instaurada pela Covid-19, impõe aos Estados soluções criativas e eficazes para minimizar as mazelas daqueles que já vinham sendo deixados para trás no processo de desenvolvimento e daqueles que foram alijados das conquistas de dignidade pela crise generalizada.

Pretende-se que a utilização dos mecanismos de fomento, conformados à sistemática de controle amplo dos atos administrativos possa oferecer alternativa para a formulação de políticas públicas orientadas à realização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ARANA MUNOZ, Jaime Rodriguez; RODRÍGUEZ, Libardo Rodríguez (Directores). *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Inap, 2015.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Teoria geral do processo administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo*. Ato administrativo e procedimento administrativo. v. 5. São Paulo: RT, 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. A atuação do estado brasileiro no domínio econômico. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Orgs.). *República, democracia e desenvolvimento*. Contribuições ao estado brasileiro. Brasília: Ipea, 2013.
- BEVLACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. (Série Doutrina Tributária, v. IX).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 33340*. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26 de maio de 2015, publicado em 03 de agosto de 2015. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 21 mar. 2019.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Orgs.). *República, democracia e desenvolvimento*. Contribuições ao estado brasileiro. Brasília: Ipea, 2013.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; LIMA, Tiago Asfor Rocha. Projeto de Lei 1.179 ou de como tempos inusitados requerem medida atípicas. *Consultor Jurídico*, 03 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/direito-civil-atual-pl-117920-tempos-requerem-medidas-atipicas>. Acesso em: 02 jul. 2021.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. *Derecho administrativo em transición*. Buenos Aires: Astrea, 2016.
- DE LA RIVA, Ignacio M. La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual. In: AA. VV. *Jornadas sobre Servicio Público, Policía y Fomento*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo*. Ato administrativo e procedimento administrativo. v. 5. São Paulo: RT, 2014.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. v. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

FREIRE, André Luiz. Responsabilidade patrimonial na atividade administrativa de fomento. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coords.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2013.

FORTINI, Cristiana. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face de danos causados a terceiros. *Interesse público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 113-121, jul./ago. 2006.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. *Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1923/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo II*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HIGA, Alberto Shinji. A construção do conceito da atividade administrativa de fomento. *Revista de Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 26, 2011.

JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de estudios políticos*, n. 48, 1949. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127752>. Acesso em: 29 jan. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 34, p. 47-72, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. *Consultor Jurídico*, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 17 jun. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coords.). *Intervenção do estado no domínio econômico e no domínio social*. Homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 115-176, 2010.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo II, (art. 8 -31). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- MODESTO, Paulo. Parcerias público-sociais (PPs): categoria jurídica, sustentabilidade e controle em questões práticas. In: FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. *Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1923/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- OMMATI, Ricardo Emília Medauar. *Controle da discricionariedade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.
- PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I – parte geral*. 15. ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2004.
- PARANÁ. Com crédito novo, Paraná atenua crise econômica durante a pandemia. *Fomento Paraná*, Notícias, 12 mar. 2021. Disponível em: <http://www.fomento.pr.gov.br/Noticia/Com-credito-novo-Parana-atenua-crise-economica-durante-pandemia>. Acesso em: 1º jul. 2021.
- PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- PLATAFORMA AGENDA 2030. *A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. PNUD, IPEA, s.d. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20%C3%A9%20um,dentro%20dos%20limites%20do%20planeta>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Controle de resultados da atividade de fomento pelo Tribunal de Contas da União. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 18, n. 203, p. 49-59, jan. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/F%C3%B3rum-Adm_n.203.06.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

RODRÍGUEZ, Libardo Rodríguez. La actividade administrativa de fomento. In: ARANA MUNOZ, Jaime Rodriguez; RODRÍGUEZ, Libardo Rodríguez (Directores). *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Inap, 2015.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

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

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

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coords.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Contra Corrente, 2015.

ZIMLER, Benjamin. Controle das finanças públicas no Brasil: visão atual e prospectiva. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 29, n. 76, p. 17, abr./jun. 1998.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2008.

REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS: ATUALIZAÇÕES À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP)
Mestre em Direito Público pela Universidade do
Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Professor Titular de Direito Administrativo da
Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO: 1 Modalidade de intervenção do Estado na propriedade e na economia. 2 Conceito e consequências das requisições administrativas. 3 Direito comparado. 4 Leis a respeito das requisições administrativas e competência legislativa privativa da União. 5 Competências materiais para efetuar as requisições. 6 Direitos dos titulares dos bens ou serviços requisitados. 6.1 Proporcionalidade da medida. 6.2 Devido processo legal e contraditório. 6.3 Direito a indenização. 6.4 Princípio da igualdade e da impessoalidade. 6.5 Dignidade da pessoa humana. 7 Conclusão. Referências.

1 MODALIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E NA ECONOMIA

Grande parte das regras de direito público fixa os limites dentro dos quais as pessoas podem exercer o seu direito de propriedade e as liberdades asseguradas pela Constituição (de locomoção, de expressão, de reunião, de contratar etc.). A ordem constitucional garante essas liberdades e as propriedades, mas também dá a base para que elas não possam ser exercidas de qualquer maneira.

Quando se fala de limitações administrativas não se quer dizer que elas sejam necessariamente criadas pela Administração Pública, mas sim que a aplicação delas cabe à Administração. Muitas dessas limitações podem ser criadas por regulamento administrativo (com base em lei, naturalmente), mas grande parte é estabelecida na própria lei ou decorre diretamente da ponderação de interesses constitucionalmente tutelados.

As limitações administrativas apenas conformam o conteúdo do direito em função dos demais direitos – individuais, coletivos e difusos – envolvidos, sem extingui-lo no todo ou em parte. Já as restrições ou ablações administrativas extinguem o direito, ou lhe retiram realmente parte de suas faculdades, ainda que temporariamente, indo além do que pode ser feito pelas limitações administrativas, que são simplesmente as limitações que ordinariamente todos devemos sofrer para viabilizar a vida conjunta em sociedade.

Ambos os institutos são expressões da ponderação entre direitos e valores constitucionais. Mas, nesses casos, a ponderação leva a uma ablação de faculdades do proprietário mais grave e extraordinária que as ponderações que levam a meras limitações administrativas, que já podem ser esperadas como uma normal redução das esferas de liberdades individuais para que todos possam viver harmonicamente, razão pela qual nem chegam a gerar indenização.¹

Como um dos clássicos modelos de intervenção do estado na propriedade e na ordem econômica, aparece a requisição administrativa.

As primeiras notícias de modalidade ablatória similar à requisição datam ainda do antigo Egito, onde o estado, representado pelo Faraó, utilizava estruturas particulares (como, por exemplo, os dutos de irrigação) com o objetivo de servir à coletividade, para além dos limites da propriedade do titular dos bens.²

Costuma-se aduzir doutrinariamente, contudo, que o instituto, tal como conhecemos hoje, teve efetiva origem normativa posteriormente, em âmbito bélico. Afirma a literatura que “a gênese do instituto da requisição administrativa está ligada diretamente à atuação das forças armadas, tendo por objetivo a defesa do território, a manutenção da soberania e o resguardo da segurança”.³

Prova disso é que algumas das primeiras previsões do instituto da requisição no direito brasileiro admitiam a utilização da ferramenta somente em cenários de guerra ou

¹ Ex.: se tenho um terreno, devo esperar que não poderei construir nele o que quiser, a meu bel-prazer (uma indústria em zona residencial, um prédio na praia que impeça o sol na areia etc.). Mas não espero normalmente que o Estado vá retirar a minha propriedade para construir uma escola pública no terreno.

² Acácio Vaz Lima Filho ensina que “O Egito, na época menfita, é um vasto domínio privado. Isto não impede, no entanto, que, na prática, a regulamentação das terras seja variada. [...] Particulares também possuem terras. O Faraó tem sobre elas um ‘domínio iminente’, que não impede ao particular o direito à livre exploração, ou mesmo a alienação das terras. O domínio superior do Faraó, contudo, faz-se sentir por meio de requisições pesadas e frequentes” (LIMA FILHO, Acácio Vaz. Organização política, jurídica e social do Egito no antigo império. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 53-54, jan./dez. 2009).

³ MORAES FILHO, Marco Antônio de Praxedes. Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva. *Rev. Controle*, v. 16, n. 1, p. 117, jan./jun. 2018.

comoção interna grave, conforme se verifica do Código Civil de 1916⁴ e das Constituições Federais de 1934⁵ e 1946⁶.

Com a evolução da sociedade e a consolidação da concepção de que a propriedade é “um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade”,⁷ passou-se a admitir também a chamada requisição civil, que, embora seja espécie de um mesmo gênero, difere da requisição militar pois, enquanto aquela “visa a evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade; a requisição militar objetiva o resguardo da segurança interna e a manutenção da Soberania Nacional”.⁸

Assim, a partir da Constituição de 1967,⁹ as requisições administrativas passaram a ser admitidas no direito brasileiro também quando diante apenas de “perigo iminente”, ainda que em períodos de paz.¹⁰ Esse é o tratamento conferido a matéria até hoje, conforme consagrado no texto constitucional de 1988.¹¹⁻

Nada obstante, é certo que o instituto se reveste de maior relevância em momentos de grande comoção pública, como durante a pandemia ocasionada pela Covid-19. A escassez de insumos e até mesmo a ausência de recursos públicos atuais no orçamento para o combate doença trazem a disciplina da requisição novamente aos holofotes.

⁴ Art. 591. Em caso de perigo iminente, como guerra, ou comoção intestina (Constituição Federal, art. 80), poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, garantido ao proprietário o direito à indenização posterior.

⁵ Art. 113, n. 17. “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”.

⁶ Art. 141, § 16 – É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 725.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 759.

⁹ Art. 150, §2 [...] em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

¹⁰ A despeito da previsão constitucional, alguns autores, como Bandeira de Mello, consideram exemplos de requisição hipóteses comuns no dia-a-dia, como “a requisição de serviços para prestação de serviço militar a que se sujeitam todos os jovens do sexo masculino que completarem 18 anos (art. 5Q da Lei 4.375 (17.8.1964) ou para prestação de serviço eleitoral nas mesas receptoras de votos (art. 120 e § 4Q, do Código Eleitoral, Lei 4.737 de 15.7.1965) - e os de requisição de bens - para instalação de mesas receptoras de votos (art. 135, §§ 2a e 3S e 137 do mesmo Código)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 922).

¹¹ Art. 5º. [...] XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano

Buscaremos, neste trabalho, revisitar o instituto, conformando-o aos pilares do Estado Democrático de Direito, a exemplo do que já ocorreu em outras modalidades de intervenção estatal no domínio privado.

Durante a evolução histórica do direito administrativo, temas como as cláusulas exorbitantes e o próprio poder de polícia da administração pública foram atualizados à luz dos direitos fundamentais, eficiência e demais diretrizes constitucionais.¹² O mesmo tratamento se impõe ao tema da requisição administrativa, fundamental não apenas para momento de pandemia, mas também para os possíveis cenários futuros de necessidade e urgência.

2 CONCEITO E CONSEQUÊNCIAS DAS REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS

A requisição pode ser definida como o ato administrativo autoexecutável que determina a utilização de bens, móveis ou imóveis, ou serviços particulares pelo Poder Público, com indenização posterior (art. 5º, XXV, Constituição Federal), para atender a necessidades coletivas urgentes e transitórias.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello,

a requisição é o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e autoexecutório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa *in natura*, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado.¹³

O seu fundamento axiológico é o estado de necessidade pública, que não poderia esperar nem mesmo a imissão provisória na posse em uma ação de desapropriação, em se tratando de requisição de bens.

Quando se tratar de bens móveis fungíveis ou de consumo (ex.: gêneros alimentícios), terá semelhanças com a desapropriação pela impossibilidade de devolução posterior do bem, dela diferenciando-se, no entanto, (i) por ser autoexecutável, isto é, independer de qualquer imissão na posse por ato judicial,¹⁴ e (ii) em razão de a indenização ser posterior.

¹² Sobre o tema, já afirmamos doutrinariamente que “Se o Estado e a sociedade mudaram, nada mais natural que o poder de polícia acompanhe essa mudança, mantendo os seus traços característicos de limitação da liberdade e da propriedade em prol dos interesses da sociedade, mas impondo obrigações aos particulares afinadas com o novo contexto social e jurídico” (ARAGÃO, Alexandre. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 377).

¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 921.

¹⁴ Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “a requisição não depende de intervenção prévia do Poder Judiciário para sua execução, porque, como ato de urgência, não se compatibiliza com o controle judicial a priori. É sempre um ato de império do Poder Público, discricionário quanto ao objeto e oportunidade da medida, mas condicionado à existência de perigo público iminente” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 759).

Se o bem for infungível (por exemplo, um terreno particular onde foram montadas tendas para atendimento médico emergencial), passada a situação emergencial, o bem é devolvido ao particular e a indenização se limita ao tempo em que o particular tiver sido suprimido da posse do bem pelo Poder Público. O mesmo raciocínio se aplica *mutatis mutandis* à requisição de serviços.

Sob o ponto de vista da indenização ser apenas *a posteriori*, a requisição pode ser considerada como uma modalidade interventiva ainda mais intensa que a desapropriação e, nesta senda, cumpre realizar a primeira das nossas ressalvas à utilização do instituto.

O art. 20 da LINDB, na redação dada pela Lei n. 13.655/2018 prevê 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 dispositivo legal positivou a chamada atuação consequencialista da Administração Pública, há muito consagrada no âmbito do Direito Econômico. Essa previsão geral, que busca orientar a conduta administrativa em um sentido responsável, atento aos desdobramentos fáticos de suas decisões, reveste-se de especial relevância também no estudo do instituto da requisição.

Para o bom funcionamento do mercado e a manutenção das atividades de fornecimento, é preciso que haja capital de giro disponível para as empresas. A roda da produção, distribuição e revenda de insumos se mantém girando regularmente apenas se, na última fase da cadeia, entrarem recursos suficientes para manter o resto da estrutura operante.

Tomando em conta que a requisição, em regra, gera indenização somente *a posteriori*, é possível que, se utilizada em larga escala, a ferramenta venha a desestabilizar todo um setor produtivo, que, sem ter os recursos para produzir à sua disposição, pode não ser capaz de continuar a prover os produtos requisitados à longo prazo.

Nesse contexto, há quem alerte que, “caso haja requisição administrativa sem pagamento imediato, a melhor decisão do comerciante é sair do mercado, para não aumentar seu prejuízo”.¹⁵ Portanto, para que não se esvazie o setor econômico, é preciso que haja bom-senso por parte da Administração Pública. Deve-se, em linha com o que estabelece a LINDB, antever as possíveis consequências deletérias virtualmente decorrentes da requisição e utilizá-la somente na exata medida do necessário.

Poderia não ser proveitoso, por exemplo, que todos os respiradores médicos disponíveis fossem de uma só vez requisitados, uma vez que, sem a manutenção de uma parcela mínima das mercadorias no mercado, talvez não restassem disponíveis a médio ou longo prazo outros aparelhos, pelo simples fato de não haver quem os fornecesse, pelo menos em um preço razoável, no mercado interno.

¹⁵ CAMELO, Bradson; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Aspectos econômicos da requisição administrativa. *Jota*, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/aspectos-economicos-da-requisicao-administrativa-12042020>. Acesso em: 18 ago. 2021.

3 DIREITO COMPARADO

Nas diversas constituições e legislações ao redor do mundo existem manifestações análogas de uma Administração vertical e coativa, necessária para que o Estado logre suas finalidades sociais, econômicas e políticas.¹⁶

No ordenamento jurídico francês, berço do direito administrativo, a requisição é conceituada como a “limitação de direito de liberdade individual e de propriedade que se impõe em razão do interesse geral, criada para atender necessidades urgentes e excepcionais e cobrir a insuficiência dos meios legais usuais”.¹⁷

Nas palavras de Eloïse Beauvironnet, “a abertura do direito de requisição está condicionada à ocorrência de circunstâncias particulares, como a emergência e a incapacidade correspondente da Administração de remediá-la por seus próprios meios”.¹⁸

No direito espanhol, a literatura também reconhece que “o normal é que, em tempo de paz, o contrato bilateral seja usado, embora, em tempos de calamidade, o uso de meios unilaterais de cumprimento forçado não sejam incomuns”.¹⁹

Conforme aduz David Blanquer, exemplos de requisição no ordenamento jurídico ibérico podem ser verificados pelo menos desde as guerras carlistas do século XIX. De acordo com o autor

a Ordem Real de 4 de outubro de 1838 estabeleceu a requisição ‘em todas as províncias da monarquia de quantos cavalos domesticados ou guardiões fossem úteis para suprir o corpo de cavaleiros’. Essa medida de emergência justificava-se diante da necessidade urgente de transporte, da escassez de recursos do Tesouro Público e da lentidão burocrática na celebração de contratos.²⁰

¹⁶ NEGRETE, Nava *et al.* La Requisición Administrativa. *Revista de Estudios de Derecho Público: Justicia Administrativa en México e Iberoamérica*, n. 1, dez. 2001. p. 436.

¹⁷ No original, “*La Limitation des droits de liberté individuelle et de propriété [...] qu’impose l’intérêt general*” (DUCOS-ADER, R. *Le droit de réquisition. Théorie générale et régime juridique*. T. 4. Paris: LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1957. p. 83).

¹⁸ No original, “*Crée pour répondre à des besoins urgents et exceptionnels et parer à l’insuffisance des moyens juridiques habituels, l’ouverture du droit de réquisition est conditionnée à l’occurrence de circonstances particulières. Celles-ci se rapportent au constat d’une situation d’urgence et de l’incapacité corrélative de l’Administration d’y remédier par ses propres moyen*” (BEAUVIRONNET, Eloïse. *La réquisition en droit administratif français*. *Cronique du JDA. Journal de Droit Administratif*, abr. 2020).

¹⁹ BLANQUER, David. *Derecho administrativo*. v. 1. Valência: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 557.

²⁰ No original, “*la Real Orden de 4 de octubre de 1838 estableció la requisita “en todas las provincias de la monarquía de cuantos caballos domados o cerreros haya útiles para remontar los cuerpos de caballería”. Esa medida de emergencia se justifica ante la perentoria necesidad de transporte, la escasez de recursos de la Hacienda Pública y la lentitud burocrática en la celebración de contratos*” (BLANQUER, David. *Derecho administrativo*. Op. cit., p. 557).

No direito italiano, a requisição, modalidade clássica das chamadas *ablazioni* ao direito de propriedade, é conceituada como

uma disposição administrativa que tem como suposição a necessidade urgente: diz respeito a bens móveis e imóveis e implica, tendo em vista o atendimento de uma necessidade premente da comunidade que não pode ser satisfeita de outro modo, a possibilidade de poder usar o bem (que assumem a propriedade do proprietário) pelo tempo necessário, mediante o pagamento de uma indenização.²¹

Já no direito norte-americano a disciplina requisitória em muito se assemelha aos “*property takings*”, modalidades de intervenção estatal na propriedade que podem recair sobre “todos os tipos de propriedade, tangível ou intangível, incluindo, mas não se limitando, à propriedade pessoal, aos direitos contratuais e aos segredos comerciais”,²² sempre com o objetivo de servirem ao uso público.

Esse poder, cuja expressão mais proeminente é a desapropriação, foi previsto no ordenamento estadunidense pela primeira vez na última cláusula da quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos. Eles podem ser definitivos ou temporários, como no caso da requisição, podendo servir ainda aos objetivos regulatórios da Administração Pública (*regulatory takings*). Assim como no ordenamento brasileiro, a Constituição norte-americana também prevê uma justa indenização no caso dos *takings*.²³

Verifica-se, dessarte, que o uso temporário da propriedade privada pela administração é amplamente recepcionado não apenas pelo direito brasileiro, mas também por diversos outros ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

4 LEIS A RESPEITO DAS REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO

No sistema brasileiro, tanto a requisição civil (para garantir a vida, a saúde ou os bens da coletividade) como as militares (para resguardo da segurança interna e da soberania nacional) podem ser, em tese, nos casos de extrema necessidade pública, efetuadas

²¹ No original, “la requisizione in uso è un provvedimento che ha come presupposto l’urgente necessità: essa riguarda beni sia mobili sia immobili e comporta, in vista della cura di un’ezigenza pressante della collettività insuscettibile di essere soddisfatta altrimenti, la possibilità di poter utilizzare il bene (che rimane in proprietà del titolare) per il tempo necessario e pagando un’indennità.” (CASSETTA, Elio. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 353).

²² LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Takings*. S.d. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/takings>. Acesso em: 26 maio 2020.

²³ “A propriedade privada não pode ser tomada por uso público sem justa compensação”. No original, “*private property [shall not] be taken for public use, without just compensation*”.

independentemente de norma legal regulamentadora, com empa diretamente na Constituição Federal, mas sempre atendendo à ponderação dos interesses públicos e privados que estiverem em jogo (ex.: requisição verbal de um veículo particular para que policial possa perseguir um criminoso).

Ainda assim, editando-se legislação sobre o tema, a competência legislativa recairá exclusivamente sobre a União, nos termos do art. 22, III da Constituição Federal.²⁴

Nesse contexto, há algumas leis, sempre federais (art. 22, III, CF), que versam sobre situações específicas, como as que estabelecem requisições de leitos e serviços hospitalares (art. 15, XIII, Lei n. 8.080/90) e requisições em caso de acidente aéreo (art. 53, Lei n. 7.565/86) etc.

Em tempo de guerra, tanto as requisições civis como as militares devem atender ao Decreto-lei n. 4.812/42. Na matéria, outra relevante disciplina se extrai do art. 4º da Lei n. 11.631/07, que dispõe sobre a mobilização nacional e cria o Sistema Nacional de Mobilização (SINAMOB).

Para os fins do presente trabalho, no entanto, destacamos a previsão contida Lei 13.979/2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da pandemia decorrente do novo coronavírus. Nos termos do diploma, foi estabelecido que:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas: [...] VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;

O §1º do artigo iniciado pelo trecho acima transcrito traz requisitos de aplicabilidade da medida:

§1º as medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

A competência legislativa exclusiva da União, contudo, não elide a possibilidade de regulamentação interno-administrativa da requisição em âmbito Estadual ou Municipal, uma vez se tratar de mecanismo utilizável por qualquer ente federativo.

Assim, é possível termos, sobre o assunto, desde decretos regulamentares, que são regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, tradicionalmente considerados os mais importantes entre as espécies normativas administrativas, e, por isso, situados no

²⁴ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra”.

“ápice” dessa “pirâmide regulamentar”, até portarias, expedidas por Ministros, Secretários de Estado e dirigentes de entidades da Administração Indireta, e resoluções, fruto de deliberações tomadas por órgãos colegiados.

O Estado de Pernambuco, por exemplo, dispôs, no art. 2º do Decreto Estadual n. 48809/2020, que:

§ 2º A requisição administrativa, a que se refere o inciso VI, deverá garantir ao particular o pagamento de justa indenização e observará o seguinte:

I - terá suas condições e requisitos definidos em portaria do Secretário de Saúde e envolverá, se for o caso:

a) hospitais, clínicas e laboratórios privados, independentemente da celebração de contratos administrativos; e

b) profissionais da saúde, hipótese que não acarretará a formação de vínculo estatutário ou empregatício com a administração pública.

II - a vigência não poderá exceder duração da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.

Em sentido semelhante, verifica-se, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, as seguintes disposições regulamentares no Decreto n. 47006/2020:

Art. 2º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus-Covid-19, consideram-se insumos essenciais, passíveis de requisição administrativa, aqueles que envolvam bens ou serviços das seguintes atividades:

I - assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares;

II - assistência social e atendimento à população em estado de vulnerabilidade.

Art. 3º A requisição administrativa somente poderá ser efetuada nos casos de:

I - prática de preços abusivos;

II - negativa injustificada de fornecimento para o Município.

Todas as essas disposições regulamentares, contudo, devem representar atos normativos bastante secundários em relação à lei federal, limitados a organizar internamente o cumprimento da lei federal, dentro do objeto por ela tratado.

5 COMPETÊNCIAS MATERIAIS PARA EFETUAR AS REQUISIÇÕES

Em que pese a competência legislativa exclusiva da União para legislar sobre a requisição, verifica-se que, materialmente, como já adiantamos, o instituto pode ser utilizado por qualquer ente da federação, desde que para os serviços e objetivos de sua competência constitucional.

O próprio §7º do artigo 3º da mencionada Lei n. 13.979/2020 estabeleceu que as medidas previstas nesta lei poderão ser adotadas pelo Ministério da Saúde e pelos gestores locais de saúde, respeitadas as condições e hipóteses lá estabelecidas, independentemente de autorização do Ministério da Saúde.²⁵

Essa competência, comum para proceder à requisição vem suscitando interessantes debates. É certo que quando o cenário de necessidade e urgência se restringe ao âmbito local, os entes públicos podem proceder, sem maiores problemas, à utilização temporária do bem ou serviço necessário. Em cenários de calamidade nacional como aquele verificado por ocasião do novo coronavírus, contudo, a questão não se mostra assim tão simples.

O possível conflito de interesses entre diferentes entes da federação decorrente da necessidade de utilizar o mesmo bem ou serviço pode gerar o que chamamos de requisição sobre requisição, onde dois entes federativos distintos buscam se apropriar temporariamente do mesmo bem.

A Constituição Federal e as leis que disciplinam a questão acima mencionadas não tratam da questão, mais provável ainda em cenário pandêmico. Embora não se pretenda propor tratamento definitivo ao tema, acreditamos ser cogitável uma solução com base na interpretação sistemática da disciplina conferida a institutos semelhantes na legislação brasileira.

No caso da expropriação,

a despeito de não ser reconhecido qualquer nível de hierarquia entre os entes federativos, dotados todos de competências próprias alinhadas no texto constitucional, a doutrina admite a possibilidade de desapropriação pelos entes maiores ante o fundamento da preponderância do interesse, no qual está no grau mais elevado o interesse nacional, protegido pela União, depois o regional, atribuído aos Estados e Distrito Federal, e por fim o interesse local, próprio dos Municípios.²⁶

Em sentido semelhante decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que, “concorrendo projetos da União Federal e do Estado-membro visando à instituição, em determinada área, de reserva extrativista, o conflito de atribuições será suscetível de resolução, caso inviável a colaboração entre tais pessoas políticas, pela aplicação do critério da preponderância do interesse, valendo referir – como já assinalado – que, ordinariamente, os interesses da União revestem-se de maior abrangência”.²⁷

²⁵ § 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: I - pelo Ministério da Saúde; II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo; ou III - pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do caput deste artigo.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 888.

²⁷ STF. Ag. Reg. na Medida Cautelar na AC 1.255, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 27.06.2007.

O raciocínio acima exposto pode ser uma possível solução também na definição de prioridades em âmbito requisitório, na ocasião em que o mesmo bem ou serviço for perseguido por dois ou mais entes federativos distintos.

Seria possível argumentar, por outro lado, que a requisição deveria priorizar o ente federativo mais próximo do problema que se busca solucionar com a medida. Nesse sentido, caso União e Estado disputassem a requisição de insumos médicos que, de uma forma ou de outra, seriam incorporados ao sistema de saúde local, mostrar-se-ia de todo razoável que a preferência recaísse sobre o ente federativo menor, que, pelo menos em tese, teria mais informação e ingerência sobre as suas necessidades sanitárias.

Além da hipótese de requisição sobre requisição, é possível observar litígios envolvendo a requisição de bens ou serviços de um ente federativo por outro. Pode um ente federativo requisitar bem ou serviço de outro ente?

Exemplo desse tipo de conflito ocorreu entre União e o Estado do Maranhão, em que o Governo Federal requisitou 107 respiradores recém-adquiridos pelo Estado, antes mesmo que os equipamentos chegassem em terras maranhenses. Muito embora ainda não houvesse ocorrido a tradição, meio tradicional de aquisição da propriedade mobiliária, o Supremo Tribunal Federal entendeu se tratar de hipótese de requisição administrativa sobre bens de outro ente federativo.

Nos termos da decisão liminar proferida pelo Ministro Celso de Mello, a requisição de bens e/ou serviços somente poderia incidir sobre a propriedade particular, salvo em casos de decretação do estado de defesa e do estado de sítio:

Os bens integrantes do patrimônio público estadual e municipal acham-se excluídos, porque a ele imunes, do alcance desse extraordinário poder que a Lei Fundamental, tratando-se, unicamente, “de propriedade particular”, outorgou à União Federal (art. 5º, XXV), ressalvadas as situações que, fundadas no estado de defesa (CF, art. 136, § 1º, II) e no estado de sítio (CF, art. 139, VII), outorgam, ao Presidente da República, os denominados ‘poderes de crise’, cujo exercício está sujeito à rígida observância, pelo Chefe do Executivo da União, dos limites formais e materiais definidos pelo modelo jurídico que regula, em nosso ordenamento positivo, o sistema constitucional de crises ou de legalidade extraordinária, conforme ressaltam eminentes doutrinadores.²⁸

Também recentemente, a mesma Suprema Corte decidiu, em outra oportunidade, novamente em sede liminar, pela impossibilidade de requisição de bens públicos. Conforme o voto do Min. Roberto Barroso,

²⁸ STF. Tutela Provisória na ACO 3.385, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 20.04.2020.

plausível a tese de que os ventiladores pulmonares adquiridos pelo Estado constituem bens públicos, os quais não podem ser objeto de requisição administrativa. Nos termos do art. 5º, XXV, da Constituição, “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. Assim, o uso desse instituto pressupõe, em regra, a propriedade privada dos bens requisitados. Apenas em situações excepcionalíssimas que não se fazem presentes neste momento – a vigência de estado de defesa ou de estado de sítio – a ordem constitucional autoriza o uso compulsório, pela União, de bens e serviços pertencentes a outros entes federativos (arts. 136, § 1º, II, e 139, VII, da Constituição).²⁹

Decisões nesse sentido não são novidade no âmbito do STF. Conforme se verifica da ementa do Mandado de Segurança n. 25.295-2, julgado em 20.04.2005, “a requisição de bens e serviços do município já afetados à prestação de serviços de saúde não tem amparo no inciso XIII do art. 15 da Lei 8.080/1990”.³⁰

Ainda nos termos dessa decisão, “as determinações impugnadas do decreto presidencial configuram-se efetiva intervenção da União no município, vedada pela Constituição”, concluindo o Supremo Tribunal pela “inadmissibilidade da requisição de bens municipais pela União em situação de normalidade institucional, sem a decretação de Estado de Defesa ou Estado de Sítio”.

Seja na forma de requisição sobre requisição ou de requisição de bens e serviços públicos, fato é que as crescentes disputas envolvendo o instituto evidenciam uma clara desorganização na formulação das políticas públicas emergenciais a nível nacional, o que afeta não somente a atividade privada, com a ausência de calculabilidade em cenários já muito pouco previsíveis, mas também os próprios entes públicos, que passam a enfrentar entraves burocráticos e judiciais que não precisariam existir.

6 DIREITOS DOS TITULARES DOS BENS OU SERVIÇOS REQUISITADOS

Tratando-se de medida restritiva de direitos, o instituto da requisição se submete a condicionamentos explícitos e implícitos, que decorrem tanto das normas específicas que disciplinam o instituto como do próprio sistema jurídico-constitucional.

Analisaremos nos subtópicos a seguir alguns dos pontos que devem ser observados pela Administração ao proceder à requisição, de modo a preservar a juridicidade da medida e conferir validade e higidez ao ato.

²⁹ STF. Medida Cautelar na ACO 3.393, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. 01.05.2020

³⁰ STF. MS 25.295/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. 20.04.2005.

6.1 Proporcionalidade da medida

Hoje pouco se discute a incorporação do Princípio da Proporcionalidade ao nosso Direito. Debate-se apenas quanto ao seu fundamento: se é um princípio implícito, ou um preceito de direito natural; se integra o cânone do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF); se advém do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) ou se é um dos “outros direitos constitucionais” previstos no § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Nada obstante as discussões em torno de sua natureza, há muito tornou-se intuitiva a necessidade de as restrições à autonomia negocial e aos direitos de propriedade e liberdade, todos virtualmente afetados pela requisição, serem balizadas pelo Princípio da Proporcionalidade, que se apresenta sob a forma de seus três elementos clássicos, quais sejam:

(i) adequação: a restrição aos direitos de propriedade e liberdade só pode ser admitida se for meio idôneo para alcançar os objetivos constitucionais de prover os recursos necessários, no tempo razoável, às situações de efetiva emergência. Assim, deve se ter redobrado cuidado para que a requisição não se afaste de seu escopo fundamental e sirva como medida extraordinária aquisição temporária de bens ou serviços, à burla do sistema público de contratação.

(ii) necessidade: entre os meios idôneos para alcançar os objetivos emergenciais de qualquer natureza, o Estado deve optar por aqueles que menos restrinjam a liberdade negocial das empresas fornecedoras, de forma alcançar a máxima promoção do interesse público com a menor mácula aos legítimos interesses econômicos dos agentes do mercado.

Assim, antes de se proceder à requisição, deve-se procurar recorrer, sempre que possível, à aquisição do bem ou serviço pretendido pelas vias contratuais ordinárias. É claro que, muitas vezes, em face dos cenários de urgência próprios da requisição, a realização de procedimento licitatório, por sua própria natureza bastante burocrático, não se mostraria sequer possível.

Havendo, contudo, a possibilidade de contratação direta de bens e serviços (art. 24, IV, Lei 8.666/1993), nos moldes do que ocorre, por exemplo, de maneira até mais agilizada, na Lei 13.979/2020,³¹ o ônus argumentativo capaz de fundamentar a requisição se mostra maior, embora virtualmente plausível em determinadas circunstâncias.

Isso porque a contratação, ainda que realizada de maneira direta, permitiria o conhecimento e ingerência do particular sobre os termos do contrato, especialmente aqueles concernentes ao quanto, ao como e ao quando; ao passo que, na requisição, o valor indenizatório, o modo de utilização do bem ou serviço e o prazo de duração restariam a cargo do juízo discricionário da Administração Pública, possivelmente constatáveis apenas posteriormente.

³¹ “Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei”.

Evidente, contudo, que essa preferência pela contratação direta não é de forma alguma peremptória. É possível que haja efetiva necessidade de se proceder à requisição ainda que a Administração esteja diante da eventual dispensa ou inexigibilidade de licitação. Há diversas empresas que, pelos mais variados motivos, não querem fazer negócio com o Estado. Em verdade, se considerarmos um cenário em que há, por exemplo, uma demanda quase infinita e uma oferta bastante finita de insumos médicos, haveria para o particular muito poucas razões para negociar com o Poder Público e não com outro particular, uma vez que os riscos seriam menores e as limitações próprias do direito público não teriam lugar.

Em cenário tal de escassez, portanto, é possível que a requisição se mostre como meio necessário à utilização transitória de bens ou serviços particulares, mesmo diante da possibilidade de contratação direta.

(iii) proporcionalidade em sentido estrito: ainda que a requisição seja o meio mais adequado e menos restritivo de direitos capaz de preencher as necessidades emergenciais da coletividade, a Administração que desejar se valer do instituto deverá aferir, em um cálculo de custo-benefício razoável, se a limitação “vale a pena” diante dos resultados sociais a serem obtidos com a restrição.

Em outras palavras, no exercício de ponderação deve ser considerado se a requisição compensaria para próprio Estado, considerando os eventuais custos que, direta ou indiretamente, dela decorreriam e os efetivos benefícios esperados.

Estes três elementos do Princípio da Proporcionalidade devem, por certo, inspirar a aplicação do instituto da requisição, conformando-o à razoabilidade que se espera da atuação administrativa.

6.2 Devido processo legal e contraditório

A despeito da natureza emergencial do instituto e da sua prerrogativa de autoexecutoriedade, a requisição também não pode prescindir de um processo administrativo prévio, ainda que com prazos bastante abreviados, inclusive para que se possibilite eventual acordo e conhecimento de virtuais externalidades negativas (*i.e.*, leitos requisitados já ocupados, equipamentos em mau funcionamento etc.).

Nas palavras de Odete Medauar,

no âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído.³²

³² MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993. p. 65.

É o que se extrai inclusive do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Com efeito, o interesse público não é uma variável que se encerra na palavra do administrador. Para que se possa chegar ao interesse tutelável, é preciso que haja ponderação dos vários cenários possíveis e que, nesse processo, seja dado aos agentes privados a oportunidade de contestar a medida restritiva proposta.

Se assim não fosse, a decisão ablatória representaria verdadeiro abuso de autoridade e, por óbvio, não poderia subsistir em um Estado Democrático de Direito.

Busca-se evitar, com a exigência, episódios similares ao que recentemente ocorreu no município de Cotia, onde autoridades do Município, com o apoio da Guarda Municipal, se dirigiram a determinada fábrica de respiradores pulmonares e se apropriaram, sumariamente, de 35 aparelhos de ventilação, com fundamento em uma decisão judicial que permitia à municipalidade comprar os aparelhos, mas não deles se apropriar.³³

Muito embora, em decisão acertada, tenha a juíza plantonista da 2ª Vara Federal de Osasco determinado a restituição imediata de todos os aparelhos, absurdos legais como esse não deveriam sequer ocupar os nossos tribunais.

Ainda que os argumentos virtualmente apresentados pelo proprietário no âmbito do contraditório não fossem acolhidos pelo Poder Público, o processo acima analisado serviria para, pelo menos, dar ciência do ato administrativo vindouro.

Sendo realmente impossível a realização de contraditório prévio em face da extrema urgência da medida, o procedimento deverá ser instaurado *a posteriori*, imediatamente após o transpasse provisório do bem pela Administração, como já ocorre pacificamente em relação a medidas de polícia administrativa.³⁴

6.3 Direito a indenização

A indenização, quando devida, é inerente à requisição. Prevista pela Constituição Federal e por todas as demais leis que cuidam do tema, seu valor deve ser definido, preferencialmente, no âmbito do próprio processo administrativo (prévio, quando possível) que se impõe nos casos de requisição.

³³ VALENTE, Fernanda; BOSELLI, André. Administração de Cotia tenta se apropriar indevidamente de respiradores artificiais. *Consultor Jurídico*, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/cotia-sp-tenta-apropriar-indevidamente-ventiladores-pulmonares>. Acesso em: 25 maio 2020.

³⁴ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. AUTO-EXECUTORIEDADE. INTERDIÇÃO CAUTELAR DE ESTABELECIMENTO. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. POSSIBILIDADE. A auto-executoriedade é atributo do ato administrativo praticado com base no poder de polícia. Os agentes públicos estão autorizados a praticar atos urgentes para evitar danos irreparáveis ou a manutenção de situações prejudiciais à coletividade, postergando o contraditório para momento posterior” (TJRS, AI 70077335891, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, julg. 12.07.2018).

Essa exigência procedimental mostra-se relevante à medida que a definição do montante ressarcitório razoável serve inclusive para avaliar o juízo de proporcionalidade examinado anteriormente, analisando se vale mesmo a pena realizar a requisição.

Uma vez definido o valor devido à título de indenização e constatada a proporcionalidade da medida, autoriza-se a requisição, que será amplamente indenizada inclusive, se for o caso, por lucros cessantes, após a concreta utilização do bem ou serviço pela Administração Pública. Nesse contexto, fundamental que, diante da ausência de acordo entre as partes, o valor incontroverso definido no âmbito administrativo seja depositado o mais rápido possível, após a ulatimação da requisição, ainda que eventual saldo remanescente esteja sendo discutido no judiciário.

A aferição do *quantum* indenizatório realizada no processo administrativo é importante não somente para o particular, mas também para a própria Administração Pública, que poderá, desde já, especificar as dotações orçamentárias a serem necessariamente realizadas (inclusive, se for o caso, por meio da abertura de créditos extraordinários, por sua natureza destinados ao atendimento de despesas urgentes e imprevisíveis).³⁵

Na quantificação desse montante, a estimativa do valor deve ser ampla, abrangendo, como já adiantamos, para além dos danos emergentes, também eventuais lucros cessantes. Entra na conta, portanto, o valor que o proprietário do bem ou fornecedor do serviço efetivamente perdeu e razoavelmente deixou de lucrar durante o tempo em que o produto restou à disposição da Administração.

Na aferição dos danos emergentes acima mencionados, costuma-se dizer que deve ser levado em consideração o valor de mercado do bem ou serviço requisitado. Nada obstante a correção da afirmação, é preciso estabelecer, por razões de justiça, qual seria esse valor de mercado: seria o preço regularmente praticado em situações de normalidade, ou, ao revés, seria o valor usualmente cobrado pelos agentes privados no momento da requisição, ainda que em cenários de crise, onde a demanda é alta e a oferta, baixa?

Não parece razoável considerar, no cálculo da indenização por requisição, os preços praticados em um cenário de normalidade quando o contexto fático é de escassez, uma vez que, se não fosse a requisição, o particular provavelmente venderia ou alugaria o bem pelo preço de venda corrente. Por outro lado, a indenização por requisição não pode ser instrumento de enriquecimento sem causa do particular.³⁶ Certamente teria apelo eventual

³⁵ Art. 41, III, da lei 4320/1964: "Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em: [...] III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública". Art. 167, § 3º da Constituição Federal: "A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62".

³⁶ Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Item 20.4.5

argumento do Estado que o contexto catastrófico não deve ser o momento de maximizar os lucros, especialmente em face do relevante interesse público que envolve bens e serviços requisitados.

Caberia ainda discutir a possibilidade de inclusão de danos extrapatrimoniais na quantificação dessa indenização. Muito embora não se pretenda esgotar o tema nessa análise geral do instituto, nos parece que, à primeira vista, a requisição, principalmente quando incidente sobre serviços de pessoas físicas, poderia, sim, dar ensejo à reparação pelos danos morais efetivamente experimentados pelos particulares.

Essas serão apenas algumas das diversas discussões das quais inclusive as Cortes de Contas, principalmente, deverão se ocupar nos próximos anos, especialmente em face da atual situação calamitosa gerada pela pandemia do novo coronavírus.

6.4 Princípio da igualdade e da impessoalidade

Mencionado expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição da República, o princípio da impessoalidade, que não deixa de ser uma especialização do princípio da igualdade no Direito Administrativo, costuma incidir de forma simultânea com os princípios da moralidade e da finalidade, havendo um fortalecimento recíproco.

Odete Medauar observa a esse respeito que, apesar desses princípios, em muitas situações concretas, acabarem por se confundir, seu tratamento em separado é justificado por uma conveniência didática.³⁷

Há duas acepções para o princípio da impessoalidade, ambas igualmente corretas, apenas destacando ângulos diversos de um mesmo fenômeno. Para os fins do presente trabalho, destacamos a posição de Hely Lopes Meirelles, para quem

o princípio da impessoalidade impõe que o administrador objetive, apenas, a satisfação do interesse público, jamais a obtenção de benefícios pessoais, para si ou para terceiros, ou os prejuízos de quem quer que seja (ex.: a perseguição de um inimigo político).³⁸

Como princípio geral da administração pública, os preceitos se impõem também aos casos de requisição. Nesse sentido, é certo que a requisição deve aproveitar ao interesse social coletivo, não sendo possível admitir, por exemplo, medida ablatória que venha a apropriar bem ou serviço passível de servir à coletividade para aproveitar a apenas um grupo restrito de indivíduos, salvo se for uma forma legítima de apoio social.³⁹

³⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2008. p. 124.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 88.

³⁹ A título ilustrativo, não seria jurídica a requisição da estrutura e dos serviços de um hospital comunitário voltado ao tratamento da Covid-19 para que esse pudesse servir ao uso exclusivo de militares.

De igual maneira, deve sempre haver uma avaliação em relação à escolha do titular dos bens ou serviços a serem requisitados, baseada em critérios legítimos de *discriminem* de porque se escolheu os bens ou serviços de um, e não de outros.

Note-se que, em casos excepcionais, também não se descarta que a requisição seja uma vantagem para o titular dos bens ou serviços, devendo, por mais fortes razões, incidir os preceitos ora expostos. Muito embora, na atual conjuntura, seja difícil imaginar tal cenário, especialmente em face dos procedimentos abreviados de contratação direta previstos pela Lei 13.979/2020, os casos concretos sempre podem ser ricos o suficiente, surpreendendo o aplicador do Direito.

6.5 Dignidade da pessoa humana

Nada obstante sua utilização por vezes desmedida, é fato que a dignidade da pessoa humana possui sede constitucional⁴⁰ e, quando orientada à consolidação de garantias individuais, revela-se como importante fator de ponderação na atuação administrativa.

Ingo Wolfgang Sarlet define o princípio como:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴¹

Embora de difícil precisão, o preceito é, em última análise, uma consagração geral dos direitos fundamentais individuais e, por isso, também deve ser observado nas requisições de bens e serviços, sobretudo de pessoas físicas.

À luz desse preceito, não seria possível cogitar, por exemplo, que a Administração, buscando combater o coronavírus, procedesse à requisição dos serviços de um médico que se encontrasse no grupo de risco, ou mesmo de um enfermeiro que precisasse cuidar dos pais idosos e dependentes durante o isolamento.

Não somente, também não se afiguraria em conformidade ao princípio o cenário hipotético em que a Administração requisitasse equipamentos médicos de um hospital loca-

⁴⁰ "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: [...] III - a dignidade da pessoa humana".

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 60.

lizado em bairro carente para utilizá-los em bairros reconhecidamente mais nobres, retirando dos que mais precisam a assistência sanitária básica – o que mostra a possibilidade de incidência do preceito, ainda que de maneira indireta, sobre a requisição de bens ou serviços de pessoas jurídicas.

7 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, a requisição é um dos mais fortes e típicos poderes de império e de verticalidade do Estado sobre os particulares. Por sua própria natureza e requisitos de estado de necessidade pública, o risco de se desvirtuar o instituto dos limites e das garantias próprias do Estado Democrático de Direito é ainda maior do que em relação a outros mecanismos ablatórios e limitadores do Direito Administrativo.

Não somente, o fato de a maior parte de sua legislação tradicional ter sido editada em fase de guerra ou de ditaduras, torna ainda mais primordial a atualização do instituto à luz da ordem constitucional vigente. Nesse contexto, os princípios gerais do ordenamento podem servir como importante bússola hermenêutica na interpretação e aplicação do instituto, principalmente quando atentos aos aspectos econômicos inevitavelmente dele indissociáveis.

Garantindo-se os direitos individuais e considerando-se as consequências econômicas das intervenções estatais, é possível delimitar uma disciplina apropriada ao instituto, consagrando a ferramenta como um importante mecanismo de solução de necessidades emergenciais da sociedade, sem abandonar as garantias próprias do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BEAUVIRONNET, Eloïse. La réquisition en droit administratif français. *Cronique du JDA. Journal de Droit Administratif*, abr. 2020.
- BLANQUER, David. *Derecho administrativo*. v. 1. Valência: Tirant Lo Blanch, 2018.
- CAMELO, Bradson; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Aspectos econômicos da requisição administrativa. *Jota*, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/aspectos-economicos-da-requisicao-administrativa-12042020>. Acesso em: 18 ago. 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019.
- CASSETTA, Elio. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2011.
- DUCOS-ADER, R. *Le droit de réquisition*. Théorie générale et régime juridique. T. 4. Paris: LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1957.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Takings*. S.d. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/takings>. Acesso em: 26 maio 2020.

LIMA FILHO, Acácio Vaz. Organização política, jurídica e social do Egito no antigo império. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 53-54, jan./dez. 2009.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES FILHO, Marco Antônio de Praxedes. Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva. *Rev. Controle*, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018.

NEGRETE, Nava *et al.* La Requisición Administrativa. *Revista de Estudios de Derecho Público: Justicia Administrativa en México e Iberoamérica*, n. 1, dez. 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

VALENTE, Fernanda; BOSELLI, André. Administração de Cotia tenta se apropriar indevidamente de respiradores artificiais. *Consultor Jurídico*, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/cotia-sp-tenta-apropriar-indevidamente-ventiladores-pulmonares>. Acesso em: 25 maio 2020.

AUTORREGULAÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS COMO SISTEMA DE ORDENAÇÃO E CONTROLE

ANDRÉ SADDY

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da
Faculty of Law da University of Oxford
Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense (UFF)
Professor do Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)
Vice-Presidente do Instituto de Direito
Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Origem do termo regulação. 3 Regulação como forma de intervenção do Estado. 4 Conceito técnico-jurídico de regulação. 5 Atividade administrativa regulatória. 6 Autorregulação. 6.1 Estabelecimento de padrões de comportamento. 6.2 Criados por entes extraestatais ou não. 6.3 Estabelecidos por documento escrito. 6.4 Autolimitação da vontade de quem elabora, aprova e subscreve ou adere. 7 Autorregulação pública/estatal realizada por empresas estatais. 8 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A atividade administrativa regulatória é muito conhecida pela função que as autoridades regulatórias independentes (as agências reguladoras) exercem. Essas autarquias especiais realizam heterorregulação de atividades econômicas, mas não são as únicas entidades responsáveis por regular determinado mercado.

Nos últimos anos, observa-se um aumento gradativo de diferentes mecanismos em que os principais responsáveis pelo exercício de atividades prestacionais ou exploratórias de atividades econômicas criam novos e autônomos instrumentos de produção normativa, autolimitando, com isso, suas próprias condutas.

Posto isso e visto que os principais entes administrativos responsáveis pela realização dessas atividades são as empresas estatais, este trabalho tem como objetivo analisar as bases teóricas da autorregulação a fim de demonstrar que ela nada mais é que um sistema de ordenação e controle das atividades destas empresas.

A fim de atingir o objetivo e verificar a hipótese, adotou-se a metodologia pertencente à vertente jurídico-dogmática.

Para tanto, fez-se, a princípio, uma análise da origem do termo regulação e esta como forma de intervenção do Estado na economia para, posteriormente, centrar-se no conceito técnico-jurídico de regulação e, depois na atividade administrativa regulatória. Diferencia-se a hetero da autorregulação, bem como da regulação pública/estatal da privada. Analisa-se os elementos e características do conceito de autorregulação focando na autorregulação pública/estatal.

2 ORIGEM DO TERMO REGULAÇÃO

A expressão regulação tem sua origem em estudos econômicos realizados por profissionais da língua inglesa, com a finalidade de separar a clássica regulamentação jurídica da intervenção regulamentar estatal na atividade econômica¹.

Segundo Odete Medauar²:

[...] o vocábulo inglês *regulation*, ao ser traduzido para línguas latinas, como o francês e o português, pode adquirir conotações diversas, em virtude da diferenciação dos verbos *regler/reglementer*, de um lado, e *regular/regulamentar*, de outro. *Regulation* pode gerar a tradução para o verbo regular ou para o verbo regulamentar. Veja-se que o termo inglês *regulation* não significa, no direito anglo-saxônio, a edição de regulamentos, pois esta se expressa pelo termo *rulemaking*.

Já para Diogo de Figueiredo Moreira Neto³, a ideia mais antiga de função regulatória surge no séc. XVIII, juntamente com a Revolução Industrial. Regulação referia-se a uma bola de ferro que atuava como uma peça reguladora nas primeiras máquinas a vapor. Servia para controlar o *equilíbrio da pressão do vapor aquecido* e evitar que essas máquinas explodissem. Aduz, este autor, que a ideia de *regulação, também conotada a equilíbrio*, volta a aparecer no século seguinte, já no âmbito da Biologia, para designar a função que mantém o balanço vital dos seres vivos.

Nas Ciências Sociais, foi descrita, segundo ele, na Teoria Geral dos Sistemas, como “a função que preserva o equilíbrio de um modelo em que interagem fenômenos complexos”.

¹ BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. *Desregulación: entre el derecho y la economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 60.

² MEDAUAR, Odete. Regulação e auto-regulação. *Interesse público*, Belo Horizonte, v. 4, n. 14, p. 48-53, abr./jun. 2002. p. 49.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 67-68.

3 REGULAÇÃO COMO FORMA DE INTERVENÇÃO DO ESTADO

A ideia de regulação, mais frequentemente utilizado pela doutrina brasileira, afirma ser esta uma forma de intervenção do Estado no comportamento econômico das empresas privadas.

Vital Moreira⁴, apoiado nas lições de Hans D. Jarass, enumera três grandes linhas de concepções sobre o conceito de regulação:

(a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo portanto ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).

Filiado ao segundo sentido, Floriano Azevedo Marques Neto⁵ e a maioria da doutrina brasileira afirmam que a regulação compreende toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo), ou seja, fica de fora a participação direta do Estado no serviço público e na atividade econômica em sentido estrito⁶. Alexandre Santos de Aragão⁷ refere que: “Do conceito de regulação está excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas, que, junto com a regulação, constituem espécies do gênero da intervenção do Estado na economia”. Já Marçal Justen Filho⁸ sustenta que “intervenção estatal indireta não é sinônimo de regulação. Regulação é uma forma de intervenção indireta que se caracteriza somente quando o Estado organiza um conjunto de órgãos especializados para promover a intervenção de modo per-

⁴ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 34.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 4, p. 1-21, nov./dez. 2005, jan. 2006. p. 3. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 dez. 2012.

⁶ Para Floriano de Azevedo Marques Neto, regulação estatal “é a função pública de intervenção, em que da ordem econômica, pela qual o estado restringe, disciplina, promove ou organiza as iniciativas pública e privada no âmbito econômico, com vistas a assegurar seu funcionamento equilibrado e o atingimento de objetivos de interesse público” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011. p. 90).

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de regulação da economia. *Revista de Direito de Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 122, abr./jun. 2001. p. 40.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 465.

manente e especializado”. Por fim, para Carlos Ari Sunfeld⁹, regulação é “característica de certo modelo econômico, aquele que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é propriamente de certa família jurídica, mas sim uma opção de política econômica”¹⁰.

Encontra-se, assim, generalizado, na literatura jurídica brasileira, um conceito de regulação como instituto que compreenderia qualquer forma de atuação do Estado que interfira nas escolhas dos privados, sendo tal função tradicionalmente prosseguida por meio de intervenção do Estado.

Ora, apesar de ser esse o entendimento majoritário não é ele o único existente. Essa concepção majoritária na doutrina nacional evidencia que o termo regulação é amplo, com grande fluidez conceitual, ou, como o próprio Vital Moreira¹¹ esclarece, é um megaconceito, um supraconceito. Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld¹² assevera que “o conceito exato dessa figura é ainda muito incerto e flutuante, inclusive na legislação”. É, inclusive, por isso que, segundo Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais¹³, existe uma considerável controvérsia doutrinária sobre o conceito técnico-jurídico de regulação¹⁴.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

¹⁰ No mesmo sentido, tem-se doutrinadores espanhóis, como Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002. p. 126), que afirmam ser a regulação uma das formas de intervenção pública que restringe, influi ou condiciona as atuações dos agentes privados e autores portugueses como o próprio Vital Moreira (MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Op. cit., p. 35), que assevera que o conceito de regulação designa “toda a intervenção do Estado no comportamento económico das empresas privadas, ficando de fora a participação directa do Estado na própria actividade económica”. Para esse autor, a regulação designa toda e qualquer operação externa pela qual o agente privado se vê obrigado a alterar a sua conduta. É, assim, toda ação estatal que faz com que os particulares adotem determinados e específicos comportamentos.

¹¹ MOREIRA, Vital. *Autoridades e instrumentos de regulação*. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Coimbra, out. de 2006 – jun. de 2007.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 32.

¹³ FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009. p. 21.

¹⁴ Segundo Diogo de Sant’ana: “Do ponto de vista teórico não é fácil definir o que seja regulação. Uma das formas de se entender a regulação é descrevê-la como o instrumento utilizado pelo Estado na ordenação e organização dos mercados (GRAU, 2002, p. 136). Pode-se entender regulação como poderes e ações decorrentes da intervenção do Estado quando este manifesta objetivos declaradamente econômicos (SUNDFELD, 2002, p. 18). Outra possibilidade é entender a regulação como controle legislativo e administrativo exercido por meio de impostos, subsídios, controle sobre ingresso nos mercados (POSNER, 2004, p.50). Pode-se adotar ainda a visão de que existem ao menos três formas de regulação: a econômica, que interfere diretamente nas relações de mercado; a social, que protege os interesses públicos, tais como meio ambiente e segurança; e a administrativa, que são regras por meio das quais os governos coletam informações e intervêm em decisões econômicas individuais (OCDE, 1997).”. SANT’ANA, Diogo de. *Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências*. In: SHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. (Série GVlaw). p.

4 CONCEITO TÉCNICO-JURÍDICO DE REGULAÇÃO

Diante dessa dificuldade conceitual, parece melhor o entendimento que estabelece ser a regulação uma espécie de *interferência pública intencional* que limita as escolhas dos privados e, até mesmo, do próprio poder público.

Para Julia Black, este também seria o melhor conceito de regulação, ao afirmar que¹⁵:

Regulation is the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behavior-modification.

Em outro artigo¹⁶, ela adiciona a esse conceito que: “*regulation is thus understood here to be the intentional, goal-directed, problem-solving attempts at ordering undertaken by both state and non-state actors*”.

Já Barry Barton¹⁷ aduz:

Regulation is a process intended to alter activity or behaviour, or to carry out an ordering, often by restricting behaviour, but at times enabling or facilitating behaviour that would otherwise not be possible. It is systematic and intentional. It is goal-oriented, even if there are multiple goals, and even if the goals get forgotten. It is institutionalized, often in a bureaucracy that brings expertise to bear on its field of work. It involves discretionary judgment, in making rules, in deciding cases individually, and in enforcement. Its target is an area of activity that is valued, or is at least tolerated. The target is often, but not always, economic activity. Regulation, properly understood, is not external to markets; regulation is often necessary to bring markets into existence and to maintain them.

Para esse autor, regulação é empregada porque muitas vezes *comportamentos precisam ser modificados*.

366. Observa-se, portanto, que uma série de esforços para a definição de regulação tem sido feita, além, é claro, dos possíveis significados que tal termo possui: de controle sistemático, em oposição aos mercados; como um instrumento de política; como uma forma de lei; e em oposição à ideia de regulamentação.

¹⁵ BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. London: Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2002. (Discussion Paper 4). p. 20.

¹⁶ BLACK, Julia. Regulatory conversations. *Journal of Law and Society*, Oxford, v. 29, n. 1, p. 163-196, mar. 2002. p. 163-170.

¹⁷ BARTON, Barry. The theoretical context of regulation. In: BARTON, Barry; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K, LUCAS, Alastair R. (Ed.). *Regulating energy and natura resources*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 13-14.

Tony Posner¹⁸, por exemplo, coloca que regulação é o conjunto de atos de controle e direção, de acordo com uma regra, princípio ou sistema, que se desenvolve por intermédio de normas legais e outras medidas de comando e controle. Não dita que tais atos devam necessariamente controlar e direcionar somente a iniciativa privada. Afirma que regulação: “*consists of public interventions which affect the operation of markets through command and control, though one should be aware of the fact that command and control may be delegated through use of self-regulation*”. J. C. Strick¹⁹ é outro autor que concebe a regulação como a imposição de regras e controles pelo Estado, com o propósito de dirigir, restringir ou alterar o comportamento das pessoas físicas ou jurídicas, sendo apoiada por sanções em caso de desrespeito. Também não afirma que tais pessoas, necessariamente, devam ser privadas. O importante é que o Estado interfira de forma intencional sobre as escolhas de um determinado agente de mercado, seja ele público ou privado, na busca de maior eficiência da ordem econômica e social por ele gerida.

Segue, assim, o entendimento da doutrina anglo-saxônica, principalmente, de Barry M. Mitnick²⁰, que dita que o elemento central do conceito de regulação é a “*interferência*” pública intencional nas opções abertas ao sujeito (público ou privado) no desenvolvimento de uma atividade. E conceitua a regulação como um processo de restrição intencional da eleição.

É exatamente esse conceito de regulação que interessa quando se afirma existir uma atividade ou função administrativa regulatória.

5 ATIVIDADE ADMINISTRATIVA REGULATÓRIA

A atividade regulatória compreende qualquer forma de atuação administrativa que interfira com as escolhas de terceiros, por isso, tradicionalmente é chamada de atividade interventiva. Essa atividade de intervenção, seja na ordem econômica ou social²¹ tornam, em certa medida, aqueles que sofrem tal interferência, conforme Marçal Justen Filho²², em: “[...] instrumentos de realização dos fins públicos específicos”.

¹⁸ PROSSER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 3-7.

¹⁹ Apud: MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Op. cit., p. 34.

²⁰ MITNICK, Barry M. *La economía política de la regulación*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 22 e 29.

²¹ Ressalta-se que a lógica da intervenção não-prestacional do Estado na economia não se limita aos serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, também tem sido exportada para setores que a regulação não se pauta apenas por uma lógica econômica, é o caso da regulação do ordenamento social, que segue padrões jurídicos comuns aos dos setores abrangidos pela regulação econômica. Isto sucede porque, em si mesmo, o conceito de regulação apresenta uma certa unidade. Nesse sentido, vide: TIMSIT, M. GÉRARD. La régulation: la notion et le phénomène. *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 109, v. 1, p. 5-12, jan. 2004.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 30.

Essa atividade visa orientar o comportamento dos agentes na seara econômica ou social para resultados que possam beneficiar toda a coletividade.

Designa, portanto, toda e qualquer operação externa pela qual o agente econômico se vê obrigado a alterar a sua conduta. É toda ação da Administração pública que faz com que os operadores econômicos e sociais adotem determinados e específicos comportamentos. Trata-se de uma “*interferência*” pública intencional nas opções abertas ao sujeito no desenvolvimento de uma atividade, de um processo de restrição intencional da eleição.

Diante do exposto, pode-se conceituar atividade regulatória com uma *atividade estatal que busca a restrição intencional da eleição de terceiros por meio de atos imperativos, incitativos ou indicativos para realizar finalidades públicas, isto é, resultados que possam beneficiar toda a coletividade.*

Pode-se depreender do conceito acima vários elementos constitutivos da atividade regulatória, mas interessa apenas o seu núcleo central como visto no item anterior, que diz respeito a interferência intencional da eleição de terceiros.

Essa interferência pode ser pública ou privada, logo a regulação pode ser regulação pública ou regulação privada. Quando diante da atividade administrativa regulatória, estar-se-á diante da regulação pública²³. Essa é a que interessa para o presente estudo.

Para que exista regulação pública ou estatal, caso se prefira tal expressão, deve existir uma interferência intencional de fora ou de dentro da categoria à qual ela se dirija, assim, uma conduta é premeditada, deliberada ou realizada de propósito. Caso a conduta seja de dentro, estar-se-á diante de uma autorregulação pública/estatal, em que o próprio Estado criará restrições às suas escolhas, mas, caso venha de fora, o que existirá é uma heterorregulação pública/estatal, e esta pode, como já mencionado, atingir não apenas os privados, mas também entes ou órgãos públicos.

Em ambas, o sujeito deve possuir autoridade para indicar, induzir ou impor determinada conduta. Isso significa que o conceito de regulação se confunde, muitas vezes, com o conceito de autorregulação e de heterorregulação²⁴. É fato que, para realizar tal interferência, fazem-se necessários parâmetros a serem obedecidos e, também, monitoramento quanto aos padrões de comportamento previamente estabelecidos. Por fim, em casos de descumprimento, será preciso a existência de imposições tanto de condutas como de sanções para resolução de problemas. Logo, deverá ter um conjunto de condutas estabelecido, a coleta de informações sobre a prática respeitosa dessas condutas e, por fim, a modificação do comportamento. De qualquer forma, a regulação deve sempre ser vista como o resultado de uma decisão intencional. O foco do presente estudo, a partir deste tópico, será nas sanções estabelecidas pelos diferentes instrumentos de autorregulação pública/estatal.

²³ Sobre a incumbência de dita regulação, vide: SADDY, André. Incumbência da atividade administrativa regulatória. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 12, a. 4, p. 253-275, jan./mar. 2020.

²⁴ Prefere-se aqui utilizar a terminologia interferência, pois intervenção é atuar no domínio de outrem, ou seja, de algo que não é o seu, e, como já observado, pode existir tanto hetero como autorregulação.

Antes, porém, é importante esclarece aspectos em relação ao sujeito. Para que se esteja diante de uma regulação pública estatal, o sujeito deve necessariamente fazer parte da máquina pública. Deve integrar as diferentes funções estatais, desde a função constituinte, estabelecendo as normas essenciais que regem a sociedade e a si mesmo e sua função reformadora caso, em momento posterior, torne-se necessário rever a Constituição de modo a adaptá-la, como, também, as demais funções descritas na Constituição, entre elas a função legislativa, jurisdicional, executiva e, ainda, a política²⁵.

Todas essas funções estatais apresentam um caráter regulador, no entanto, é certo que a função administrativa tem grande importância em relação às demais, haja vista a atribuição gestacional da máquina estatal desempenhada pelos diferentes sujeitos (centralizados, descentralizados, por colaboração e por cooperação) e agentes, que se utilizam dos bens públicos à sua disposição para cumprir as mais diversas atividades administrativas (ordenatória, prestacional e interventiva), respeitando os deveres e poderes que detêm para executar as distintas tomadas de decisões — com ou sem liberdade para exteriorizar ou materializar suas vontades.

Pedro Gonçalves²⁶ entende ser a regulação uma atividade operativa, de execução da função ou atividade administrativa. Logo, “embora reconhecendo as muitas especificidades inovatórias, entende-se que não há razão para não reconduzir a função de regulação à noção material de administração pública e, do mesmo modo, ao conceito tradicional de função administrativa”²⁷.

²⁵ A função política traduz-se na prática de atos relacionados, de modo direto e imediato, ao poder político e às relações deste com outros poderes do Estado.

A função legislativa, por sua vez, consiste essencialmente na atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa. Subordinadas a essas funções, tem-se a função jurisdicional e administrativa.

A função jurisdicional se encontra subordinada no sentido de não poder realizar escolhas essenciais da coletividade política, da necessidade de que as suas decisões se fundamentem nas escolhas políticas previamente taxadas e não as contrariem e, ainda, da necessidade de que suas decisões se reconduzam de forma coerente com o conjunto formado pelas opções constitucionais, políticas e legislativas. A função jurisdicional traduz-se basicamente na aplicação do Direito para dirimir conflitos de interesses.

Por sua vez, a função administrativa, que é, por certo, a mais extensa, é tradicionalmente vista como aquela que retrata atividade de gestão que se espalha em todos os espaços nos quais não se desempenhem as outras funções. Toda atuação remanescente, atualmente, pode ser definida como a atividade pública contínua, realizada como regra por agentes do poder Executivo e, excepcionalmente, pelos dos poderes Legislativo e Judiciário, tendente à satisfação do interesse público presente, selecionada previamente pelas funções constituinte, reformadora, política e legislativa, mediante atos e comportamentos complementares à função Executiva para lhe dar prefeita aplicação, submetida ao controle jurisdicional.

²⁶ GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Marcello Caetano*: no Centenário do seu nascimento. Coimbra: Coimbra, 2006. v. II. p. 535-573.

²⁷ Diferentemente, sobre a função reguladora como uma “nova função”, ver: SILVIA, A.; LUPPI, Frego. *L'amministrazione regolatrice*. Torino: Giappichelli, 1999. p. 135 e ss.

Nada impede que exista, porém, regulação privada, que muitas vezes se confunde com o conceito de autorregulação. Deve-se deixar claro, desde já, que está também poderá ser uma heterorregulação. Sendo assim, do mesmo modo que existe heterorregulação e autorregulação estatal, também existe a heterorregulação e a autorregulação privada²⁸.

Interessa ao presente estudo apenas a autorregulação pública/estatal, ou seja, aquela realizada por meio do Poder Público formalmente instituído devendo sua conduta ser sempre realizada de propósito, ou melhor, com intenção. Haverá, portanto, interferência intencional sobre suas próprias atuações. Passa-se a analisá-la de forma mais detalhada.

6 AUTORREGULAÇÃO

Peter Cane²⁹ afirma que a autorregulação nada mais é que um “*mini legal systems*” ou, como prefere Julia Black³⁰, um “*mini-systems of collective government*”. Nessa mesma linha, Rob Baggot³¹ sustenta que autorregulação é “*an institutional arrangement whereby an organization regulates the standards of behaviour of its members*”.

Para Bruno Werneck³², autorregulação sugere a normatização do próprio agente, aplicável por ele mesmo, quando o que se verifica na realidade é a produção de normas e a aplicação por um ente privado para a orientação da conduta de outros privados. Daí a razão pela qual defende, inclusive, que seria mais coerente falar em regulação privada.

Vital Moreira³³, por sua vez, explica que:

[...] a autorregulação só é auto na medida em que é estabelecida por uma instituição associativa ou representativa dos próprios agentes regulados, sendo de eficácia restringida aos membros da categoria “profissional” em causa. Mas para cada um deles, individualmente considerado, as normas e medidas de regulação são heterônomas, a que eles não podem furtar-se.

²⁸ Rafael Carvalho Rezende Oliveira trata do que denomina “regulação pública não estatal” oriunda de delegação do Poder Público. Dita que essa regulação é aquela exercida por entidades privadas que editam normas que, por chancela legal, se impõem coercitivamente aos seus destinatários e dá como exemplo as normas do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), da Academia Brasileira de Letras e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Discorda-se do autor por entender que nestes casos o que existe é uma heterorregulação privada. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. p. 587)

²⁹ CANE, Peter. Self-regulation and judicial review. *Civil Justice Quarterly*, London, ano V, v. 6, p. 324-347, 1987. p. 324.

³⁰ BLACK, Julia. Constitutionalising self-regulation. *The Modern Law Review*, London, v. 59, n. 1, p. 24-55, jan. 1996. p. 24.

³¹ BAGGOT, Rob. Regulatory reform in Britain: the changing face of self-regulation. *Public Administration*, v. 67, n. 4, p. 435-454, dec. 1989. p. 436.

³² WERNECK, Bruno. A autorregulação da atividade econômica no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 624.

³³ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Op. cit., p. 56.

Já Luciano Portal Santana³⁴ entende que a autorregulação no sentido jurídico consiste “na sujeição a normas impostas por uma entidade organizada e administrada pelos próprios agentes regulados, a qual é dotada de instrumentos regulatórios específicos”.

Leonardo Adriano Ribeiro Dias e Sabrina Maria Fadel Becue³⁵ tentam estabelecer as características da autorregulação, argumentando que:

A autorregulação possui três características marcantes. Em primeiro lugar, por autorregulação devemos entender a imposição de regras desenvolvidas pelos próprios regulados. É importante, aqui, frisar sua natureza obrigatória (daí, porque, se diferencia da denominada *soft law*). Em segundo, é um fenômeno coletivo, fruto de uma organização estabelecida para tal fim, não se confundindo com normas individuais e específicas de autodisciplina. Em terceiro, como já mencionado, seu caráter privado e não estatal.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto³⁶, a autorregulação:

[...] é o mecanismo de regulação que se estabelece pela adesão e observância consensual de normas e padrões de atuação por agentes econômicos, com vistas a preservar as condições ideais de exploração de uma atividade econômica, sujeitando-os a mecanismos de incentivo, sanções premiais, censuras comportamentais ou exclusão associativa.

Segundo o autor, a autorregulação:

[...] é a forma de regulação que surge a partir do interesse dos atores econômicos atuantes num dado subsistema, buscando a preservação das condições de exploração econômica, o fechamento deste sistema a novos entrantes ou a anulação ou absorção das interferências externas, de origem estatal ou não. A autorregulação tem caráter quase exclusivamente de regulação econômica. Seu caráter de regulação social é nulo ou meramente residual. Ela é bastante ineficiente para coibir externalidades ou para implementar políticas públicas.

³⁴ SANTANNA, Luciano Portal. Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de correção para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 183-211, maio/ago. 2011. p. 187.

³⁵ DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: limites da autorregulação. *Revista Direito Empresarial*, Curitiba: Fórum, v. 1, p. 13-35, 2012. p. 23.

³⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Op. cit.*, p. 89 e 90.

Tem-se, ainda, Diego Selhane Pérez³⁷ e Sofia Mentz Albrecht³⁸ que defendem que a autorregulação, ou o que eles preferem chamar regulação privada:

É um conjunto de medidas de normalização, qualificação, monitoramento, aconselhamento, arbitragem, através das quais uma entidade privada, como ou sem fins lucrativos, influencia e/ou controla, de forma não coercitiva, o comportamento de agentes econômicos, tendo em vista a obtenção de valores definidos.

Conclui Otávio Yazbek³⁹ que a autorregulação consiste em um arranjo especial para que as atividades regulatórias se desenvolvam.

Apesar de parecerem exageradas, tais afirmações são corretas. A autorregulação nada mais é que o estabelecimento, por meio de um documento escrito, de normas de conduta e padrões de comportamento criados por entes extraestatais ou não, cujo cumprimento foi fixado previamente como objetivo a ser seguido por aqueles que elaboram, aprovam e subscrevem ou aderem a essa autorregulação (pessoa física ou pessoa(s) jurídica(s)).

Trata-se, portanto, de um documento produtor de direito, à margem do Estado ou não, no qual as partes efetivamente impõem a si mesmas um elenco de comportamentos, em definitivo, de boas práticas para ditar normas que regiam sua própria atividade.

É, resumidamente, a regulação exercida pelos próprios agentes aos quais se destina, realizada, portanto, por pessoas físicas ou jurídicas, ou grupo delas, que autolimitam ou cerceiam suas liberdades de escolhas futuras.

São elementos e características do conceito de autorregulação a fim de distinguir entre diversos fenômenos que habitualmente se qualificam indistintamente como autorreguladores: (i) o estabelecimento de padrões de comportamento; (ii) criado por ente extraestatal ou não; (iii) por meio um documento escrito; e (iv) que autolimite as vontades de quem elabora, aprova e subscreve ou adere.

6.1 Estabelecimento de padrões de comportamento

Toda autorregulação (pública/estatal ou privada) supõe acordo ou disposição prévia para a observância de algumas pautas de conduta, sejam elas princípios ou normas éticas, técnicas, de *regulae artis* ou, até, normas derivadas dos conhecimentos de expertos na matéria de que em cada caso se trate⁴⁰.

³⁷ PÉREZ, Diego Selhane. Auto-regulação: aspectos gerais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 597.

³⁸ ALBRECHT, Sofia Mentz. A auto-regulação: exemplos internacionais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 624.

³⁹ YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Campus Jurídicos, 2007. p. 211.

⁴⁰ CUESTA RUTE, José María de la. La autorregulación como regulación jurídica. In: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. I y II congresos internacionales "códigos

Trata-se, portanto, de um sistema de ordenação (disciplinamento e condicionamento) e controle. Normas elaboradas a partir de realidades experimentadas, ou seja, traduções de experiências adquiridas de situações anteriores (costumes edificadas), ou vivenciadas por quem as elaboram (costumes em construção)⁴¹. Não são, portanto, meras pautas de comportamento ou guias de como atuar aos quais se devem ajustar quem os elaboram, aprovam e subscrevem ou a eles aderem. São, sobretudo, instrumentos de enorme importância no desenvolvimento da atividade dos sujeitos intervenientes. Funciona, assim, como uma imposição de cargas que, sob a aparência de regras, princípios e valores, deseja-se que sirva de guia à conduta, canalizando o correto funcionamento de quem a elabora, aprova e subscreve ou a ela adere⁴². O cumprimento de tal acordo ou predisposição deve ser fixado em forma prévia, além é claro de estabelecer objetivos concretos e viáveis.

Cria, desse modo, compromissos *extra legem*. Seu denominador comum é, portanto, a autoimposição e adoção, voluntária, de determinadas práticas, além das legalmente exigíveis⁴³. Qualquer autorregulação que venha a concretizar apenas obrigações e normas que já estão inclusas nas distintas leis e regulamentos aplicáveis à sua atividade, formando uma espécie de “*texto refundido*” ou, se preferir, manuais, será, sem dúvida, útil e prática para quem a utilize, mas dificilmente catalogáveis como “autênticos” instrumentos de autorregulação. Não constitui, portanto, um conjunto ou recopilação de normas, apesar de tal prática habitualmente existir, se não como uma realidade extralegal.

6.2 Criados por entes extraestatais ou não

A autorregulação é possível em campos nos quais um grupo de pessoas ou uma única pessoa pode se organizar para controlar as condutas de seus membros ou de si mesmo. Essa pessoa pode ser pública/estatal ou privada.

de conducta y mercado”. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 32; TATO PLAZA, Anxo. Los códigos de conducta ante el Derecho de defensa de la competencia. *Anuario de la competencia*, Madrid, n. 1, p. 389-398, 2002. p. 392.

⁴¹ Assim defende Jean Eduardo Aguiar Caristina. Para o autor, em grande parte, as normas de autorregulação são extraídas de congressos, simpósios, reuniões, estudos, estatísticas etc. e dizem respeito às tendências, aos costumes e às práticas daquele mercado. Uma vez inseridas em códigos e regulamentos, além da sedimentação de modelos costumeiros, elas passam a servir de modelos para situações posteriores, isto é, tornam-se forma para ocorrências idênticas ou similares. Apesar disso, não define, o autor, tais normas como costumes. (CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar. Os modelos jurídicos na auto-regulação econômica. *Prisma jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 113-131, 2006. p. 126).

⁴² MERINO SEGOVIA, Amparo. La definición de las cualidades morales y éticas de los trabajadores de la empresa de dimensión transnacional: los códigos de comportamiento ético y profesional. *Revista de Derecho Social*, Albacete, n. 31, p. 85-109, 2005.

⁴³ TAPIA, J. M. Contribución a la reflexión sobre la responsabilidad social de la empresa. In: *La responsabilidad social corporativa y los Códigos de conducta: ¿beneficios para todo el mundo?* Barcelona: Funcació Pau I Solidaritat Catalunya, 2002. p. 44.

Logo, autorregulação resulta de uma organização coletiva que impõe uma ordem, um conjunto de normas ou procedimentos a seus membros ou a outros que a elaboram, aprovam e que desejem subscrever ou aderir a tais condutas; ou um indivíduo que estabeleça a si mesmo *modus operandi* de atuação⁴⁴. Trata-se, portanto, de um processo de origem extraestatal, no sentido de que é desenvolvido por pessoas privadas, mas nada impede que o Estado também limite suas escolhas futuras.

6.3 Estabelecidos por documento escrito

Todo instrumento de autorregulação, para ter validade, deve ser devidamente documentado e, sempre, colocado ao conhecimento do público. É exatamente tais condicionantes que conferem às normas ou aos procedimentos criados caráter *extra legem*, cunhando obrigações e deveres aos aprovadores e subscritores ou aderentes, além de possibilitar terceiros afetados de exigir seu cumprimento.

A autorregulação (pública/estatal ou privada) expressa pauta ou parâmetros de conduta estipulados em um texto escrito, normalmente, conhecidos ou denominados, de forma genérica, como códigos de autorregulação⁴⁵.

A realidade dos códigos de autorregulação é extraordinariamente complexa e heterogênea, pois adota *formas várias de exteriorização*. Além disso, observou-se, nos últimos anos, uma rápida expansão quantitativa e qualitativa destes tipos de iniciativas que abordam problemas de índoles muito diversas. Daí a dificuldade de reconduzir tais a uma categoria unitária e homogênea, pois, com dita *terminologia*, pode-se fazer referência a fenômenos distintos.

Inicialmente, surgiram documentos relacionados às profissões liberais que se organizavam e criavam códigos de conduta ética ou códigos deontológicos. Mais recentemente, as empresas, por própria iniciativa ou por iniciativa de um grupo delas, decidiram criar códigos de conduta ou de boas práticas. Outro fenômeno, também recente, é a criação dos chamados códigos de bom governo criados por sociedades anônimas cotizadas em bolsa, que resolveram transcrever práticas de governança corporativa, entre outros.

Assim, entende-se que código de autorregulação seria o gênero de, pelo menos, três diferentes espécies: (I) os códigos de conduta ética ou deontológicos; (II) os códigos de conduta e boas práticas; e (III) os códigos de bom governo ou governança⁴⁶.

⁴⁴ Dessa forma, como defendem Marcelo Trindade e Aline de Menezes Santos, "a essência da autorregulação é a de um processo de organização coletiva ao qual se submete um determinado grupo de participantes". (apud DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: Op. cit., p. 14).

⁴⁵ Sobre os instrumentos de autorregulação, vide: BENNETT, Colin J.; RAAB, Charles. The governance of privacy: policy instruments in global perspective. Aldershot; Burlington, VT: Ashgate, 2003. p. 151 e ss.

⁴⁶ A doutrina italiana, conforme Liliana Rossi Carleo, costuma diferenciar três espécies de códigos: "*Si era attribuito al codice etico, considerato la carta dei valori dell'impresa, l'attitudine a indicarne la mission, piu che a*

Os *códigos de conduta ética ou deonticos* são baseados em condutas de honestidade, lealdade, probidade e de cumprimento dos deveres morais de uma determinada profissão. Possuem forma de elaboração específica, pois neles não intervêm, ao menos, de modo direto, os sujeitos aos quais ele será aplicado. O principal propósito de tais códigos é unificar e dar certeza a determinadas normas às quais se considera que todos os integrantes daquela profissão devam sujeitar suas ações, ou seja, todos os que pratiquem determinada atividade ou ocupem uma determinada posição na sociedade devem se sujeitar a determinadas condutas morais. Visam estabelecer, portanto, um mínimo comum denominador da ética profissional.

Os *códigos de conduta e boas práticas* são aqueles criados pelo mercado como instrumentos de colaboração entre empresários (fabricantes, importadores, distribuidores, revendedores, comerciantes, entre outros) ou profissionais⁴⁷. Assim como os códigos éticos ou deonticos, tais também se utilizam da moral e da consciência pessoal para impor determinadas formas de agir⁴⁸. Expressam tais códigos parâmetros de conduta com certo reconhecimento social capaz de medir a diligência ou sua carência no obrar susceptível de desencadear a responsabilidade do sujeito, seja para gerir suas inter-relações ou para atender às necessidades de suas políticas de *marketing*⁴⁹. Aqui, seus participantes os elaboram,

regolare i comportamenti.

Diversamente il codice di autodisciplina, si era ritenuto, tendesse a prevedere regole rispetto alle quali è possibile, attraverso un organismo di autodisciplina, sanzionarne il mancato rispetto e inibire la continuazione del comportamento sanzionato, tutelando, in tal modo, anche l'interesse generale alla continuazione di una attività ritenuta contra legem.

I codici di condotta, secondo il più diffuso intendimento, definiscono standard di comportamento, cercando, in primo luogo, di assumere una funzione deterrente, in grado di prevenire il verificarsi di atteggiamenti irresponsabili". (CARLEO, Liliana Rossi. *Codici di condotta e tutela dei consumatori*. In: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.). *Códigos de conducta y atividade económica: una perspectiva jurídica*. I y II congresos internacionales "códigos de conducta y mercado". Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 228-229)

⁴⁷ MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carles J. Los códigos de conducta como fuente del Derecho. *Revista Derecho Privado y Constitución*, n. 17, p. 361-376, 2003. p. 361: "No es bueno y sería lastimoso que una empresa realizase determinadas conductas que puedan perjudicar a la actividad en sí y, por consiguiente, al propio sector [...] en esta perspectiva, surgen los códigos de conducta".

ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1970. p. 191.

AUTERI, Paolo. Il Codice di Autodisciplina pubblicitaria. In: ZATTI, Paolo. *Le fonti di autodisciplina: tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*. Milano: [s.n.], 1996. p. 11 e ss.

ARAOZ Y GÓMEZ ACEBO, Alejandro Fernández de. *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores*. Tratado de Contratos. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2000. p. 64.

⁴⁸ José María de la Cuesta Rute, critica essa utilização da moral afirmando que: "es usual remitir al terreno de la ética las reglas que señalan una dirección a la conducta a cusa de razones orden distinto del meramente técnico. El recurso al mundo de la ética si bien resulta explicable, no es sin embargo aceptable" (CUESTA RUTE, José María de la. *La autorregulación como regulación jurídica*. Op. cit., p. 32).

⁴⁹ Segundo Julia López López, costuma-se distinguir os códigos de conduta dos códigos de boas práticas, esses últimos concebidos como "medidas que supongan la mejora en el ejercicio de derechos reconocidos legal o convencionalmente a los trabajadores y a la profundización en los principios y valores constitucionales" (LÓPEZ LÓPEZ, Julia. *Buenas prácticas y negociación colectiva*. *Revista española de derecho del trabajo*, n. 102, p. 325-344, 2000).

aprovam e subscrevem ou aderem a eles de forma voluntária⁵⁰. Portanto, a eficácia dessa forma de autorregular, isto é, o cumprimento do estabelecido nesses códigos é o resultado da livre-iniciativa do compromisso voluntário das empresas ou profissionais que atuam em um determinado setor ou segmento da atividade econômica⁵¹.

Já os *códigos de bom governo* ou governança é a expressão utilizada para o que se chama de “*corporate governance*”, denominação de um movimento de reforma da administração, direção, gestão e controle das sociedades anônimas, especialmente aquelas cotizadas nas bolsas de valores, com o objetivo de atingir maior eficiência, transparência e credibilidade⁵².

Logo, a expressão autorregulação, apesar de inicialmente ligada à ideia dos códigos de condutas éticas ou deonticas, ampliou-se nos últimos tempos e, na atualidade, traduz comumente fenômenos variados.

6.4 Autolimitação da vontade de quem elabora, aprova e subscreve ou adere

Também faz parte do conceito de autorregulação a autolimitação da vontade de quem elabora, aprova e subscreve ou adere ao documento. Dessa forma, a autorregulação implica na capacidade volitiva interna dos sujeitos que participam do sistema de cumprir as normas redatadas.

David López Jiménez⁵³ ensina:

[...] la autorregulación llevaría implícita dos elementos, a saber: por un lado, una creación normativa y, por otro, una capacidad volitiva interna –de cada uno de sus miembros- dirigida a cumplir esas normas. Debemos poner de relieve el fenómeno de que en ningún caso el término autorregulación implicaría una capacidad impositiva por parte de un miembro para que otro cumpla esas normas. Dicho de otra forma, sin pre-

⁵⁰ CASTALLO GÓMEZ, José Domingo. La autorregulación publicitaria. *Economistas*: Revista del Colegio de Economistas de Madrid, Madrid, ano XVII, n. 94, dic. 2002. p. 58 e ss: “*las reglas de conducta constituyen la concreción de aquello que es éticamente correcto o incorrecto. Agrupadas en códigos de conducta esas reglas determinan los límites de la actividad publicitaria para la protección de los intereses y derechos de consumidores y concurrentes*”.

⁵¹ Para Antonio Pedro Baylos Grau, tais códigos: “*incorporan un conjunto de obligaciones y deberes de conducta referidas no sólo a la relaciones laborales en el seno de la empresa, sino también a las relaciones comerciales existentes entre los empleados de la corporación y los clientes y proveedores de la misma*”. (BAYLOS GRAU, Antonio Pedro. Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral: el problema de su exigibilidad jurídica. *Estudios de derecho judicial*, Madrid, n. 66, p. 247-312, 2004. Ejemplar dedicado a: Aspectos económicos de la jurisdicción social. p. 266).

⁵² Vide mais sobre o tema em: GUERRA MARTÍN, Guillermo. Publicación de códigos de conducta para sociedades cotizadas alemanas e italianas. *Revista de Derecho de Sociedades*, v. 14, p. 643-655, 2000.

⁵³ LÓPEZ JIMÉNEZ, David. La autorregulación del comercio electrónico: los códigos de conducta. *Revista Jurídica del Notariado*, v. 69, p. 147-172, 2009. p. 153.

via y necesaria voluntariedad, jamás supondría una ineludible capacidad sancionadora pues nos encontramos ante una adhesión consensuada, donde la responsabilidad está, en cualquier caso, establecida en origen ante supuestos tasados de incumplimiento, siendo, para su exigencia, preciso, por parte del sujeto infractor, un acto de voluntariedad previa y, en todo caso, necesario.

A identificação de formas autorregulatórias requer, portanto, a constatação deste elemento subjetivo.

É, por assim dizer, o conjunto de normas elaboradas para si, aprovadas por e abertas para subscrições ou adesões futuras, que uma ou várias pessoas se autoimpõem e comprometem-se a respeitar no tocante à realização das atividades ou atuações que lhes são próprias. Resulta da vontade firme de quem elabora, aprova e subscreve ou adere de ficar obrigado aos comportamentos ali previstos, tanto entre eles como no que diz respeito a terceiros.

A autorregulação não vincula ninguém que não tenha elaborado, aprovado e assinado o documento ou a ele aderido, seja quem for. Não se vinculam a qualquer obrigação, dever ou carga, pelo contrário, os alheios aos códigos são beneficiários dos deveres de conduta dos participantes. A manifestação da autorregulação, por quaisquer das formas de códigos de autorregulação, juntamente com as demais normas constitutivas dos ordenamentos jurídicos ampliam as obrigações de quem os elabora, aprova e subscreve ou lhes adere⁵⁴.

7 AUTORREGULAÇÃO PÚBLICA/ESTATAL REALIZADA POR EMPRESAS ESTATAIS

A atividade regulatória atualmente é mais evidente que outrora. Ela sempre existiu, ao menos nas atividades econômicas. Desde os mais remotos tempos, o controle da atividade econômica já era praticado. Após o surgimento do Estado intervencionista, que ganhou apenas uma feição mais ampla e profunda, dava-se na prestação direta dos serviços públicos e em menor medida na atuação do privado que exercia essa atividade em nome do Estado⁵⁵.

⁵⁴ Segundo Manuel Olivencia, ao tratar sobre uma das formas de manifestação da autorregulação, afirma que: *"no son normas jurídicas ni emanan de entes dotados de poder normativo, sino que se trata de recomendaciones de asunción voluntaria por sus destinatarios, quienes libremente pueden decidir seguirlas o no. Si las siguen, las reglas adoptadas cobran el efecto jurídico de su asunción y pueden convertirse en Derecho objetivo o en Derecho negocial (estatutos, acuerdos sociales, por ejemplo); pero si no las siguen, no pueden ser exigidas a sus destinatarios, quienes no incurren por ello en responsabilidad ni en infracción sancionable"*. (OLIVENCIA, Manuel. Los códigos de buen gobierno: valoración. *El cronista*, Madrid, p. 26-31, oct. 2008).

⁵⁵ Segundo Luiz de Anhaia Melo: "o caráter, ou melhor, a intensidade dessa regulamentação tem variado para mais ou para menos, de acordo com a oscilação das tendências do pensamento social, entre os pólos opostos de coletivismo que caracterizou as primeiras estruturas sociais, e o individualismo do século dezoito. A vida econômica da cidade-estado grega, do Império Romano, da Europa medieval e dos primórdios do Renascimento, foi essencialmente e diretamente controlada pelo Estado.

É bem verdade que, inicialmente, o controle da prestação (direta ou indireta) ocorria de forma endógena, hierárquica e, para alguns, até mesmo precária. Na verdade, a função regulatória do Estado confundia-se em certa medida com o exercício do poder de polícia estatal, hoje denominado de atividade ordenatória/limitatória. Por essa atividade ordenatória/limitatória, o que até então se denominava poder de polícia, o Estado regulava qualquer atividade no tocante à segurança, higiene, condições de trabalho, bem-estar do público, interesse social etc.

Nesse sentido, são oportunas as ponderações de Floriano Azevedo Marques Neto⁵⁶:

É fato que no período de forte intervencionismo direto do Estado na economia, com o seu envolvimento na produção de bens e serviços necessários à fruição pelos indi-

Paternalismo, feudalismo, mercantilismo, são sinônimos de limitação das iniciativas privadas.

No declínio do Império Romano, em 285, DEOCLECIANO fixou por meio de editos, os preços de 800 artigos diferentes, de acordo com o custo de produção.

CHEYNEY, na História Social da Inglaterra, conta as lutas tremendas dos membros graduados das sociedades medievais de gildos contra intermediários, retalhistas e corretores que exploravam os preços dos gêneros de consumo, praticando o corner dos mercados. Essas práticas eram, naqueles tempos de tão falado obscurantismo, punidas sumariamente com cadeia e açoites.

Essas tentativas de regulamentação da vida econômica eram em grande parte, apoiadas numa idéia econômica defendida pelos primeiros Padres da Igreja. É a doutrina do preço justo.

De acordo com SANTO AGOSTINHO, só é legítimo aquele comércio, no qual o negociante acrescenta ao justo preço do produtor, apenas uma porcentagem de lucro suficiente para o próprio sustento.

SÃO TOMAZ DE AQUINO, luzeiro máximo da filosofia de todos os tempos, estabelece sempre o justo preço como base de negócios, e não o preço de competição ou monopólio.

Era, pois, um problema de ética.

A economia local, característica da idéia medieval, sucedeu com o mercantilismo a economia do Estado. As necessidades econômicas foram então consideradas sobre o ponto de vista nacional.

COLBERT advogava não as restrições comerciais de cidades e gildos, mas as restrições tarifárias dos Estados. Um dos elementos da política mercantilista, de maior importância para a história da regulamentação dos serviços de utilidade pública, é a prática de conceder cartas ou privilégios reais para companhias de plantações ou de comércio, que exerciam as suas funções sob um sistema de regulamentação nacional.

Essas empresas privadas, organizadas sob a forma moderna de corporação e não na forma de gilde medieval, desempenhavam uma função extragovernamental e estavam investidas de responsabilidades do Estado.

Esses monopólios eram processos de se obter resultados sociais. Nessas empresas está em germe a nossa noção moderna de empresa de serviços de utilidade pública.

A revolução de idéias do fim do século dezoito e o anseio de liberdade trouxeram grande modificação no quadro dos interesses econômicos.

O novo evangelho é o livro de ADAM SMITH – *The Wealth of Nation* – de 1776, que representa a revivescência do pensamento estoíco da existência de leis naturais.

A interferência artificial dos governos era um mal e para corrigi-lo era mister voltar ao estado de natureza. Da economia do estado, se passou à economia cosmopolita: do mercado controlado ao mercado livre; do justo preço ao preço natural. Governado pela lei natural da oferta e da procura.

Estas ideias não podiam deixar de ter repercussão no campo dos serviços de utilidade pública, mas apenas serviram de test dos méritos do sistema restritivo. Os males da competição, no campo dos serviços à utilidade pública exigiram de novo monopólio e controle rigoroso do Estado sobre todos eles". (MELO, Luiz de Anhaia. O problema econômico dos serviços de utilidade pública. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1940. In: PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941. p. 8)

⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 76-77.

víduos, a regulação era feita, de forma precária e casuística, pelo próprio ente estatal incumbido da produção destas utilidades públicas. Segue daí que a regulação se desenrolava sempre a partir do ângulo de visão do gestor do serviço (empresa estatal ou órgão público incumbido da produção de utilidades públicas). Assim é que em grande parte dos serviços públicos federais o precário arcabouço regulatório era produzido no âmbito das empresas holdings (TELEBRÁS, ELETROBRÁS) ou de órgãos autárquicos (DNAEE, DNER etc.), ou mesmo pela própria empresa prestadora dos serviços (como ocorreu até 1977 com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos).

Alexandre Santos de Aragão⁵⁷ também dita que:

Durante o período de estatização no Brasil, o Estado era, dentro da idéia de “regulamentação direta pelo poder público”, ao mesmo tempo prestador e regulador do serviço, o que, na prática, levou à hipotrofia da sua função reguladora. Noutras palavras, como os serviços eram prestados por empresas do próprio Estado, não havia maiores preocupações em regulá-las.

A regulação como controle da própria organização e condução da empresa, como, por exemplo, o direito de fixação dos parâmetros de serviço, de estabelecer as tarifas a serem cobradas, de definição dos lucros que podem ser realizados, de determinar a estrutura financeira da empresa e seus métodos de contabilidade, tudo isso era, à época, executado pelo próprio ente estatal incumbido da prestação da atividade econômica ou pela Administração direta hierarquicamente vinculada à atividade. Existia o que se denomina aqui como autorregulação pública/estatal.

Dessa forma, não é que não existisse uma regulação das atividades econômicas antes desse novo arranjo, pelo contrário, essa existia desde o momento em que a iniciativa privada passou a atuar em nome do Estado. Inclusive, o modelo regulatório surgiu como manifestação legítima do Estado em relação ao poder econômico de empresas privadas. O advento do poder econômico-financeiro da iniciativa privada impôs ao Estado o dilema de dominá-lo ou ser, por ele, dominado. Para Bilac Pinto⁵⁸, até mesmo a regulação feita à época (fixação de preços, fiscalização ou combate aos *trusts* etc.) era manifestação de que o Estado não se conformava em ser subjugado pelo poder econômico e que, ao contrário, dispunha-se a submetê-lo ao seu *imperium*.

A regulação que se conhecia no Brasil, até há pouco tempo, era realizada pelo próprio ente estatal (normalmente, empresas estatais, fundações ou autarquias), e este tinha a incumbência de prestar determinada atividade econômica ou era responsável pelo planejamento, coordenação, fiscalização e controle da atividade. Algumas vezes, tais ações eram

⁵⁷ PINTO, Bilac. Op. cit., p. 35.

⁵⁸ PINTO, Bilac. Op. cit., p. 19.

realizadas pelas empresas *holdings*, quando estas existiam, mas, em outros casos, pela própria empresa prestadora da atividade. Pode-se inferir, inclusive, que o poder concedente e o prestador se confundiam ou invertiam seus papéis porque todas as organizações envolvidas, afinal de contas, eram públicas.

O problema de dita forma de regular é que tal se pautava em interesses próprios, e não nos interesses públicos existentes. Floriano Azevedo Marques Neto⁵⁹ afirma que:

A regulação até então produzida pautava-se muito mais pelos interesses das operadoras dos serviços que os prestavam em regime de monopólio do que visando a atingir interesses gerais da coletividade ou mesmo dos usuários dos serviços. Daí por que poder-se-ia afirmar que a regulação praticada num contexto de forte intervencionismo estatal direto pautava-se muitos mais por interesses públicos secundários do que primários [...]

É comum observar a fraqueza do marco regulatório dos setores ou segmentos que por anos viveram esse tipo de regulação. A tendência dos participantes de tais mercados era a abstenção de regular-se devidamente, eventualmente sacrificando interesses próprios no benefício da coletividade. Não se observava movimento para, por exemplo, reter *expertise* dentro do governo ou, quando *deficits* na prestação do serviço ocorriam, obrigar estes a serem custeados pela própria empresa, ao contrário, eram pagos integralmente pelo Estado, ou pior, repassados para consumidores ou usuários. A consequência foi, como ressaltado, o esvaziamento da concepção de regulação existente à época.

Hodiernamente, a concepção de regulação, principalmente a chamada heterorregulação pública praticada pela Administração direta e por autoridades regulatórias independentes (as agências reguladoras), propiciaram um novo desenho nas atividades econômicas, mas se questiona se a autorregulação pública/estatal que com o surgimento dessas últimas perdeu força, nos últimos anos, voltou a ganhar fôlego, só que agora com outro *modus operandi*.

8 CONCLUSÃO

A regulação, embora de difícil definição e com grande fluidez conceitual, como visto, é entendida pela doutrina brasileira como a atuação indireta do Estado sobre o domínio econômico. Seguindo a doutrina anglo-saxônica, diz-se tratar de uma interferência pública intencional que limita as escolhas dos sujeitos, sejam eles públicos ou privados, com a finalidade de dirigir, restringir ou alterar comportamentos. Nesse sentido, a atividade regulatória

⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. Op. cit., p. 76-77.

do Estado é tida como uma atividade interventiva e qualquer forma de atuação administrativa, regulação pública da qual se trata o presente artigo, que opere de modo a eleger comportamentos alheios é considerada como tal.

A partir de tal abordagem, destaca-se a diferenciação entre autorregulação estatal e heterorregulação estatal, sendo a primeira referente à interferência intencional na conduta que seja de dentro, ou seja, o próprio Estado criando restrições às suas escolhas; enquanto a segunda traduz a interferência intencional em condutas que vêm de fora, atingindo entes privados ou públicos. Aqui, importa a autorregulação estatal, responsável por definir padrões de comportamentos a serem seguidos e, caso descumpridos, sanções são impostas para solucionar tais eventualidades.

Diante do exposto, tem-se que a autorregulação estatal consiste no estabelecimento de padrões de comportamentos definidos de acordo com experiências adquiridas anteriormente, criadas por entes extraestatais ou não; autolimitando a vontade de quem elabora, aprova e subscreve ou adere ao documento, cuja validade depende de documento escrito e de conhecimento público, normalmente traduzidos nos chamados Códigos de autorregulação.

Os Códigos de autorregulação, gênero do qual se encontram as espécies dos Códigos de conduta ética/Deonticos, Códigos de conduta e boas práticas e Códigos de bom governo, trazem as formas de agir a serem respeitadas, pautadas na moral e ética, com vistas a adequar comportamentos e, assim, atingir maior eficiência, transparência e credibilidade.

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Sofia Mentz. A auto-regulação: exemplos internacionais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de regulação da economia. *Revista de Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 122, abr./jun. 2001.
- ARAOZ Y GÓMEZ ACEBO, Alejandro Fernández de. *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores*. Tratado de Contratos. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2000.
- ASCARELLI, Tullió. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1970.
- AUTERI, Paolo. Il Codice di Autodisciplina pubblicitaria. In: ZATTI, Paolo. *Le fonti di autodisciplina: tutela del consumatore, del risparmiatore, dell' utente*. Milano: [s.n.], 1996.
- BAGGOT, Rob. Regulatory reform in Britain: the changing face of self-regulation. *Public Administration*, v. 67, n. 4, p. 435-454, dec. 1989.
- BARTON, Barry. The theoretical context of regulation. In: BARTON, Barry; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K, LUCAS, Alastair R. (Ed.). *Regulating energy and natura resources*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

BAYLOS GRAU, Antonio Pedro. Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral: el problema de su exigibilidad jurídica. *Estudios de derecho judicial*, Madrid, n. 66, p. 247-312, 2004.

BENNETT, Colin J.; RAAB, Charles. *The governance of privacy: policy instruments in global perspective*. Aldershot; Burlington, VT: Ashgate, 2003.

BLACK, Julia. Constitutionalising self-regulation. *The Modern Law Review*, London, v. 59, n. 1, p. 24-55, jan. 1996.

BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. London: Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2002. (Discussion Paper 4).

BLACK, Julia. Regulatory conversations. *Journal of Law and Society*, Oxford, v. 29, n. 1, p. 163-196, mar. 2002.

BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. *Desregulación: entre el derecho y la economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CANE, Peter. Self-regulation and judicial review. *Civil Justice Quarterly*, London, ano V, v. 6, p. 324-347, 1987.

CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar. Os modelos jurídicos na auto-regulação econômica. *Prisma jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 113-131, 2006.

CARLEO, Liliana Rossi. Codici di condotta e tutela dei consumatori. In: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.). *Códigos de conducta y atividade econômica: uma perspectiva jurídica*. I y II congresos internacionales "códigos de conducta y mercado". Madrid: Marcial Pons, 2010.

CASTALLO GÓMEZ, José Domingo. La autorregulación publicitaria. *Economistas: Revista del Colegio de Economistas de Madrid*, Madrid, ano XVII, n. 94, dic. 2002.

CUESTA RUTE, José María de la. La autorregulación como regulación jurídica. In: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.). *Códigos de conducta y atividade econômica: uma perspectiva jurídica*. I y II congresos internacionales "códigos de conducta y mercado". Madrid: Marcial Pons, 2010.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: limites da autorregulação. *Revista Direito Empresarial*, Curitiba: Fórum, v. 1, p. 13-35, 2012.

FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009.

FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.

GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento*. Coimbra: Coimbra, 2006. v. II.

GUERRA MARTÍN, Guillermo. Publicación de códigos de conducta para sociedades cotizadas alemanas e italianas. *Revista de Derecho de Sociedades*, v. 14, p. 643-655, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David. La autorregulación del comercio electrónico: los códigos de conducta. *Revista Jurídica del Notariado*, v. 69, p. 147-172, 2009.

LÓPEZ LÓPEZ, Julia. Buenas prácticas y negociación colectiva. *Revista española de derecho del trabajo*, n. 102, p. 325-344, 2000.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carles J. Los códigos de conducta como fuente del Derecho. *Revista Derecho Privado y Constitución*, n. 17, p. 361-376, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 4, p. 1-21, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 dez. 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto-regulação. *Interesse público*, Belo Horizonte, v. 4, n. 14, p. 48-53, abr./jun. 2002.

MELO, Luiz de Anhaia. O problema econômico dos serviços de utilidade pública. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1940. In: PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

MERINO SEGOVIA, Amparo. La definición de las cualidades morales y éticas de los trabajadores de la empresa de dimensión transnacional: los códigos de comportamiento ético y profesional. *Revista de Derecho Social*, Albacete, n. 31, p. 85-109, 2005.

MITNICK, Barry M. *La economía política de la regulación*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital. *Autoridades e instrumentos de regulação*. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Coimbra, out. de 2006 – jun. de 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

OLIVENCIA, Manuel. Los códigos de buen gobierno: valoración. *El cronista*, Madrid, p. 26-31, oct. 2008.

PÉREZ, Diego Selhane. Auto-regulação: aspectos gerais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

PROSSER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

SADDY, André. Incumbência da atividade administrativa regulatória. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 12, a. 4, p. 253-275, jan./mar. 2020.

SANT'ANA, Diogo de. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. (Série GVlaw).

SANTANNA, Luciano Portal. Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de corregulação para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 183-211, maio/ago. 2011.

SILVIA, A.; LUPPI, Frego. *L'amministrazione regolatrice*. Torino: Giappichelli, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAPIA, J. M. Contribución a la reflexión sobre la responsabilidad social de la empresa. In: *La responsabilidad social corporativa y los Códigos de conducta: ¿beneficios para todo el mundo?* Barcelona: Funcació Pau i Solidaritat Catalunya, 2002.

TATO PLAZA, Anxo. Los códigos de conducta ante el Derecho de defensa de la competencia. *Anuario de la competencia*, Madrid, n. 1, p. 389-398, 2002.

TIMSIT, M. Gérard. La régulation: la notion et le phénomène. *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 109, v. 1, p. 5-12, jan. 2004.

WERNECK, Bruno. A Autorregulação da atividade econômica no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Campus Jurídicos, 2007.

REFORMA ADMINISTRATIVA E SEUS RETROCESSOS: REFLEXÕES SOBRE A PEC N. 32/2020

ANGELA CASSIA COSTALDELLO

Doutorado e mestrado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Professora Titular de Direito Administrativo na UFPR
Advogada

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 PEC 173/2005 (EC 19/1998) *versus* PEC 32/2020. 3 A “originalidade” principiológica. 3.1 Os princípios da imparcialidade, da transparência e da responsabilidade. 3.2 O “princípio” da inovação. 3.3 O “princípio” da unidade. 3.4 O “princípio” da coordenação. 3.5 O “princípio” da subsidiariedade. 3.6 O “princípio” da boa governança pública. 4 Repercussões na estrutura subjetiva da Administração Pública brasileira. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Reformas administrativas têm sido catálogo constante de governos, ao redor do mundo, mais acentuadamente a partir da década de 80, como resultado do movimento neoliberal e que foi assimilado pelos Estados e, obviamente, impôs à Administração Pública condutas coerentes com aquele modelo. O Brasil não é exceção a essa tendência de experimentos que pretendem dar uma configuração diversa daquela vigente à gestão administrativa. De regra, reformas administrativas são estruturais e possuem efeitos latentes, porque advindas de uma determinada concepção de Estado e dos fatores políticos e econômicos do cenário político¹

As particularidades do contexto e das forças ideológicas de cada momento ensejam movimentos de sístoles e diástoles do protagonismo do Estado neoliberal, tal qual o movimento de um pêndulo².

¹ COSTALDELLO, Angela Cassia; KRUBNIKI, João Pedro Ruppert. Gestão Pública e direito administrativo: um necessário diálogo em prol do planejamento. *Rivista Nuove Autonomie*, Napoli, Editoriale Scientifica, v. XXVII, n. 1, p. 49-73, 2019.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações sobre as relações do Estado e do Direito na Economia. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 49, jan./fev./mar. 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=742>. Acesso em: 24 jul. 2021.

Passadas pouco mais de duas décadas da promulgação da Emenda Constitucional 19/98³ que trouxe aguda reformulação da Administração Pública brasileira ao estabelecer vetores com viés neoliberal, o Poder Executivo federal envia, ao Congresso Nacional, o Projeto de Emenda Constitucional n. 32/2020⁴.

É inevitável que emanem comparações sobre o modo pela qual transcorreu o processo de elaboração e discussão, tanto no Congresso Nacional quanto pela sociedade, que resultou na EC n. 19/98, e a PEC n. 32/20, atualmente em tramitação no Congresso Nacional. E de traçar, ainda que em linhas gerais, as críticas que o projeto inafastavelmente suscita, seja por equívocos conceituais ou pela técnica legislativa insatisfatória

Há, ainda a óbvia premissa, de que, em se tratando de uma PEC ainda em tramitação, os aspectos trazidos como retrocessos podem não se concretizar ao ser concretizar a versão final.

O texto analisa os aspectos relacionados ao rol principiológico e ao tratamento da estrutura subjetiva da Administração Pública contemplados pela PEC n. 32/2020.

2 PEC 173/2005 (EC 19/1998) VERSUS PEC 32/2020

A Administração Pública brasileira, por mais de três décadas (1967 a 1988) manteve-se sob a estrutura mestra estabelecida pelo Decreto-lei 200/67, que foi recepcionado pela Constituição de 1998, com as atualizações necessárias em face do tempo e da dinamicidade da Administração Pública. Ao longo desse tempo foram sendo realizadas adaptações pontuais tanto legislativa quanto administrativamente nos entes subnacionais. Apenas com a EC n. 19/98 é que mutações mais acentuadas incidiram sobre a aparato estatal e administrativo.

Essa transformação teve início nos idos de 1995, durante o governo Fernando Henrique Cardoso que, não alheio aos movimentos mundiais neoliberais, idealizou possivelmente a mais significativa reforma administrativa que culminou com a EC n. 19/98, alterando, em muitos aspectos, a configuração do Estado brasileiro, e o modo de ação administrativa.

³ BRASIL. Congresso Nacional. *PEC 173/1995*. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário do Senado Federal - 5/6/1998, Página 9837 (Publicação Original). Diário do Congresso Nacional - 5/6/1998, Página 4438 (Publicação Original). Diário Oficial da União - Seção 1 - Eletrônico - 5/6/1998, Página 1 (Publicação Original). Diário da Câmara dos Deputados - 20/6/1998, Página 16947 (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emeccon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-norma-pl.html>. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁴ O estágio do andamento atual da PEC pode ser consultado no site da Câmara dos Deputados: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>. A última movimentação consta de 09/06/2021, sob a anotação "A Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 32-A, de 2020, do Poder Executivo, que "altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa" - Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário. Regime de Tramitação: Especial (Art. 202 c/c 191, I, RICD).

Sob o comando do então Ministério da Administração e da Reforma do Estado (MARE) e do Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, foi enviada PEC n. 173/1995. Significativa mudanças foram introduzidas no Texto Constitucional, mesmo após a demorada tramitação e do resultado que aprovado pelo Congresso Nacional, deflagrando o processo de transição para o Estado neoliberal.

Há que se destacar a cuidadosa elaboração do Plano Diretor da Reforma do Estado, que trouxe, de modo detalhado, o panorama pretendido de remodelação a ser operado na estrutura do Estado e da Administração Pública.⁵ Inerente a toda e qualquer modificação legislativa, constitucional ou não, tanto a PEC n. 173/1995 quanto o seu resultado inserido no texto constitucional pela EC n. 19/98, não foram infensos a críticas de todos os setores da sociedade e da Administração Pública.

A par da introdução, no artigo 37, *caput* do princípio da eficiência⁶, houve a reconfiguração das estruturas dinâmica e da estática da Administração Pública, assim como a reformulação dos padrões de vencimentos de servidores e agentes políticos, estabilidade dos servidores públicos, aspectos financeiros e orçamentários amplos, desestatização e privatização, dentre outros aspectos de impacto na gestão público. O direcionamento de tamanha transmutação era, essencialmente, a diminuição do tamanho do Estado e, por via de consequência, dos gastos, acompanhados da flexibilização da ação dos gestores públicos mediante a “desburocratização “para uma melhor eficiência dos serviços públicos⁷. A adoção da figura do “contrato de gestão” é um dos instrumentos que, além da polêmica⁸ provocada à época, possui o condão de “qualificar “autarquias como agências executivas e, na esfera privada, de “qualificar” entidades como organizações sociais permitindo-as recursos públicos e servidores públicos em suas estruturas.

Inúmeros foram os aspectos que a EC n. 19/98 buscou transformar na Administração Pública, alguns com sucesso, outros não, alguns culminaram em distorções ao longo desses anos como no caso das organizações sociais⁹.

⁵ Sobre o assunto, conferir a biblioteca da reforma administrativa de Bresser-Pereira, disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/>. Também, a biblioteca do Ministério da Administração e Reforma do Estado, disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/base-legal-de-governo/orgaos-extintos/ministerio-da-administracao-e-reforma-do-estado>.

⁶ Anota-se que a eficiência já constava do Decreto-lei 200/67 (art. 26, inc. III): Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa.

⁷ Necessário esclarecer que no Plano da Reforma do Estado de 1995, a expressão “serviços públicos” era utilizada na sua concepção mais ampla.

⁸ Sobre o assunto, consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 187.

⁹ Nesse sentido, conferir as diversas manchetes sobre os escândalos do mal uso das Organizações Sociais. Cf.: PRADO, Anita; DONDOSSOLA, Edivaldo. Pelo menos cinco Organizações Sociais alimentaram a ‘caixinha da propina’ da Saúde do RJ, diz MPF. *G1*, Rio de Janeiro, 16 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/>

Esse panorama geral mostra, inicialmente, a amplitude, a profundidade e a densidade de subsídios manuseados pelo Poder Executivo para a almejada reforma administrativa entre 1995 e 1998. Diversa é a perspectiva que deflui da PEC 32/2020.

A diminuta exposição de motivos que a Mensagem EM n. 00047/ME¹⁰, enviada pelo Ministério da Economia à Presidência da República denota incoerência, pouca tecnicidade e um emaranhado de conceitos que se confundem entre o jurídico, a técnica administrativa privada, arrematados por um viés político distante de concepções que possam sugerir consistência para finalidades imprecisas, e sem estabelecimento de metas e resultados claros, deficiências que são aperfeiçoadas pela linguagem superficial, está também desprovida de tecnicidade

A ilustrar essa afirmação, há, dentre muitas passagens tanto no texto da PEC 32/2020 quanto na Mensagem EM n. 00047/ME, a indicação simplista que a complexidade das circunstâncias atuais da Administração Pública brasileira se assenta entre dois marcos: na prestação de serviços para a população e no orçamento público.¹¹

Inegavelmente, são dois pontos nevrálgicos. Contudo há que atentar que a ideia de serviço público não se volta apenas a estrutura dinâmica (servidores públicos), mas abrange necessariamente a estrutura estática (órgãos e entidades) e as atividades materiais (serviço público, fomento e poder polícia)

Com o intuito maior de “transformar o Estado” estabelece parâmetros frouxos e indefinidos, mas aproximados de intenções:

- (a) modernizar o Estado, conferindo maior dinamicidade, racionalidade e eficiência à sua atuação; (b) aproximar o serviço público brasileiro da realidade do país; e (c)

rio-de-janeiro/noticia/2020/09/16/pelo-menos-cinco-organizacoes-sociais-alimentaram-a-caixinha-da-propina-da-saude-do-rj-diz-mpf.ghtml. Acesso em: 19 ago. 2021. REFORMA administrativa vai abrir mais portas para casos bilionários de corrupção. *Condsef*, 17 jun. 2021. Disponível em: <https://www.condsef.org.br/noticias/reforma-administrativa-vai-abrir-mais-portas-casos-bilionarios-corrupcao>. Acesso em: 19 ago. 2021. COSTA, Ligia Maura. *Compliance nas organizações sociais – teoria e prática*. São Paulo: FGV, s.d. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/C0/A7/10/AD/DC2DE610A9F02DE6E18818A8/1%20Ligia%20Maura%20Costa%20Teoria%20e%20pratica%20-%20Compliance%20nas%20organizacoes%20Sociais_.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

¹⁰ BRASIL. Secretaria-geral. *EM n. 00047/ME*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Exp-Motiv/MECON/2020/47-ME.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹¹ Apesar de contar com uma força de trabalho profissional e altamente qualificada, a percepção do cidadão, corroborada por indicadores diversos, é a de que o Estado custa muito, mas entrega pouco. O país enfrenta, nesse sentido, o desafio de evitar um duplo colapso: na prestação de serviços para a população e no orçamento público. A estrutura complexa e pouco flexível da gestão de pessoas no serviço público brasileiro torna extremamente difícil a sua adaptação e a implantação de soluções rápidas, tão necessárias no mundo atual, caracterizado por um processo de constante e acelerada transformação. Torna-se imperativo, portanto, pensar em um novo modelo de serviço público, capaz de enfrentar os desafios do futuro e entregar serviços de qualidade para a população brasileira. BRASIL. Secretaria-geral. *EM n. 00047/ME*. Op. cit.

garantir condições orçamentárias e financeiras para a existência do Estado e para a prestação de serviços públicos de qualidade.¹²

Desnecessário mencionar a confusão conceitual entre os conteúdos que correspondem a *Estado*, *Governo*¹³ e *Administração Pública*¹⁴. Porém, perdoando a falta de técnica que traz inconsistências, entaves para a compreensão do papel de cada uma dessas figuras, constata-se a fluidez de termos¹⁵ que leva à insegurança jurídica e política quanto à adoção de objetivos reais. Afinal, quais serão nas “novas” atribuições do Estado na pretensa (e idealizada) modernização? A Administração Pública cinge-se aos servidores públicos? E o que cabe, nesse quadro, aos agentes políticos? Como pensar em diminuir as despesas e prestar um serviço público de qualidade senão há envolvimento dos agentes políticos que detêm, ao fim e ao cabo, o poder efetivo de decisão? Enfim, a lista de questionamentos ante à incompletude da Mensagem ministerial e do texto da PEC n. 32/2020 é numerosa.

De tudo o que é possível apreender da PEC/32/2020 até este estágio de tramitação é o de que o esforço na alteração constitucional se volta primordialmente aos servidores públicos, omitindo-se quanto aspectos estruturais na Administração direta ou indireta (mais um ponto que a distância da EC n. 19/98) e à flexibilização das relações com a iniciativa privada.¹⁶

3 A “ORIGINALIDADE” PRINCIPIOLÓGICA

A profusão de princípios verifica-se na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais. E a cada reforma administrativa tendem a aumentar ou a serem substituídos, fato que se justifica pela busca de dar nova caracterização ao Estado e a correspondente Administração Pública que executará suas metas e diretrizes.

Se há na Filosofia e na Teoria Geral do Direito as várias concepções do que vêm ser os princípios, o tema aqui exige a delimitação, com os contornos da função e das atividades administrativas. Neste sentido, adequada a definição de José F. F. Tavares que merece transcrição

¹² BRASIL. Secretaria-geral. *EM n. 00047/ME*. Op. cit.

¹³ Dentre muitos, cita-se: CIVANTOS, Óscar Álvarez. *Las claves del buen gobierno en la Administración Pública*. Granada: Comares, 2010.

¹⁴ Sempre oportuno trazer a clássica lição de? MERKL, Adolf. *Teoria general del derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935. p. 83 e ss.

¹⁵ Podem ser citados muitos, mas é emblemático (e superficial) a menção à “prestação de serviços públicos de qualidade”, “política de gestão de pessoas ágil, adaptável e conectada com as melhores práticas internacionais”.

¹⁶ Esse ponto não será objeto de análise neste texto.

a caracterização da função administrativa, o seu exercício está subordinado a determinados *princípios* como que um *código de conduta da actuação administrativa*, o seu *quadro de valores*, as *linhas delimitadoras* do campo de acção da Administração Pública.¹⁷

Portanto, os princípios, sejam explícitos ou implícitos no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional estão plasmados no ordenamento jurídico e constituem *standards* valorativos de orientação para a tomada de decisões governamentais e de gestão administrativa.

A PEC n. 32/20, ao tencionar promover uma reforma administrativa, adiciona, ao *caput* do artigo 37, princípios da imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública e subsidiariedade.

De início, lembrando do pressuposto da precária tecnicidade, ressalta-se que alguns das categorias acima transcritas são erigidos a princípios e passam a figurar tal qual efígies que “personificam” os marcos legislativos. Como tais espriarão, igualmente, seus efeitos e nortearão a legislação, a atuação concreta da Administração Pública e o Poder Judiciário quando submetidos pretensões e conflitos a serem dirimidos. Merece aqui o alerta de que partindo da antevisão que o texto da PEC n. 32/2020 espargue, trarão, seguramente, impasses que dificultarão a aplicabilidade do texto constitucional.

Ao lado disso, recorda-se que alguns já são princípios constitucionais implícitos inerentes à própria gestão e à dinamicidade da Administração Pública. Outros, por sua vez, são inúteis porque já constam do ordenamento jurídico há décadas, mostrando-se desnecessário serem elevados à seara constitucional ou, se mostram incongruentes com a sistemática do Texto Constitucional eleito pelo constituinte ordinário de 1988. De qualquer maneira, por todos esses motivos (e mais os que se possa acrescentar), esses “novos princípios” ensejam a necessidade de apreciação de per si.

3.1 Os princípios da imparcialidade, da transparência e da responsabilidade

Embora não estejam topograficamente inscritos no *caput* do artigo 37, da Constituição vigente, os princípios da *imparcialidade* (concebido por parte da doutrina, ora como integrante do princípio da impessoalidade¹⁸, ora tendo por fundamento o princípio da igualda-

¹⁷ TAVARES, José F. F. *Administração Pública e direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 83, destaques do original. Dentre muitos cita-se: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkan, 1983.

¹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

de¹⁹, propaga-se por toda a atuação administrativa, material e processual), da *transparência* (decorrente da essência do Estado democrático de Direito, tem expressa previsão no texto constitucional – art. 5^a, XXXIII, art. 37, § 3^o, II, e art. 216, § 2^o – e, de antemão, constituía uma das caras categorias que davam a sustentação à reforma administrativa advinda com a EC n. 19/98, porém levou mais de uma década para trazer aplicabilidade ao princípio com a edição da Lei n. 12.527/2011), da *responsabilidade* (na PEC 32/2020 inteiramente direcionada às condutas dos servidores públicos, e é imanente aos regimes disciplinares dos servidores públicos diante de condutas que violam seus deveres funcionais) não estão a exigir maior aprofundamento pois estão difundidos no Texto Constitucional.

3.2 O “princípio” da inovação

A inovação é um dos pilares do empreendedorismo e, em uma primeira compreensão, um subproduto da eficiência. Em poucas palavras, é a visão aperfeiçoada, renovada ou inédita sobre uma dada área de atuação. Conceito originário da esfera privada empresarial, vincula-se à ideia de que “para *innovar*, é preciso gerar *valor* e atender a uma necessidade real”.²⁰

A definição de inovação é diversificada, dependendo da sua aplicação. Se para o ambiente empresarial significa, “por exemplo, aumento de faturamento, acesso a novos mercados, aumento das margens de lucro, entre outros benefícios”²¹, na Administração Pública consiste em uma das consequências da própria realidade administrativa exigente. Acompanhar e assimilar as técnicas processos de inovação, especialmente a tecnológica, que lhe permitam aperfeiçoar estruturas, ações e serviços é insita a uma Administração Pública eficiente.²²

Inovar é uma consequência da própria realidade irrefreável da Administração Pública²³ e não apresenta qualquer conteúdo jurídico. É um conceito técnico – repisa-se, não

¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

²⁰ AEVO. *O que é inovação?* Conceito, mitos, cultura e boas práticas. 2017. Disponível em: <https://blog.aevo.com.br/o-que-inovacao-conceito-mitos-cultura-e-boas-praticas/>. Acesso em: 22 jul. 2021. Grifos do original.

²¹ ABGI Brasil. *O que é inovação?* S.d. Disponível em: [https://brasil.abgi-group.com/a-inovacao/#:~:text=%E2%80%9CInova%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20explora%C3%A7%C3%A3o%20com%20sucesso%20de%20novas%20ideias.%E2%80%9D&text=De%20forma%20sucinta%2C%20a%20ABGI,de%20lucro%2C%20entre%20outros%20benef%C3%ADcios](https://brasil.abgi-group.com/a-inovacao/#:~:text=%E2%80%9CInova%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20explora%C3%A7%C3%A3o%20com%20sucesso%20de%20novas%20ideias.%E2%80%9D&text=De%20forma%20sucinta%2C%20a%20ABGI,de%20lucro%2C%20entre%20outros%20benef%C3%ADcios.). Acesso em: 23 jul. 2021.

²² Verifica-se, ainda, que é escassa a produção acadêmica a respeito da inovação no âmbito da administração pública. Para tanto, consultar: BARACCHINI, Sabrina Addison. A inovação presente na administração pública brasileira. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 42, n. 2. p. 104-109, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/t4kGFpck83XjGPNShqrRBtq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 jul. 2021.

²³ Há estudos voltados aos processos de inovação na Administração Pública, ainda da época da edição da EC 19/98, vide: BARACCHINI, Sabrina Addison. A inovação presente na administração pública brasileira. Op. cit.

jurídico –, usado em alguns setores da economia, e é moldável pelas especificidades de cada segmento e cada de setor onde se dará a inovação. Por vir atrelado à ideia de valor, a pergunta é inescapável: como gerar valor na Administração Pública? Naturalmente, este conceito terá que ser construído e adaptado para uma realidade e uma racionalidade diversas daquela do mercado empresarial. Pode-se pensar em inovação com alguma especificidade empresarial nas pessoas jurídicas que pertencem à Administração Indireta e que atuam no mercado em razão de suas formas societárias. Todavia, não é a mesma construção para a estrutura orgânica do Poder Central e nem autárquica.

A par dessas reflexões, há que se cogitar do sancionamento se um princípio constitucional não é aplicado a situações concretas que o demandam, fere-se o ordenamento jurídico. Como sancionar o descumprimento pela não adoção da “inovação”? Há mais indagações das possibilidades de aplicação pela ainda escassa sistematização do tema para o ambiente da Administração Pública. Não obstante, noticia-se iniciativas louváveis e de vanguarda medidas de inovação²⁴ que são suscitadas pela necessidade de uma gestão mais ágil e eficiente. O uso de ferramentas tecnológicas no ambiente público é valiosíssimo, porém não há substrato técnico-jurídico para dar, à inovação, a qualidade de princípio.

3.3 O “princípio” da unidade

Consta da justificativa do projeto que,

Pelo princípio da unidade entende-se que quando um agente público está atuando, qualquer que seja a matéria, o momento ou o lugar, sua atuação somente será legítima se estiver dirigida a alcançar as finalidades da Administração.

O intuito de trazer alguma novidade mostra-se absolutamente frustrada.

Em primeiro lugar porque a justificativa do projeto recai no lugar comum do que se tem unidade estandardizada na Administração Pública brasileira desde o século passado (para tomar o marco temporal recente e sem proceder a digressões históricas antes da década de 1960). Há, desde sempre “a divisão da Administração em seus mais diversos níveis, estruturas e funções” mediante as quais almeja “uma divisão racional do trabalho” respeitadas - por evidente, sob pena de ilegalidade– “a repartição de competências”, que devem estar direcionadas para “as mesmas finalidades e pelos mesmos princípios dispostos na Constituição, formando um todo harmônico e coerente”.²² Ora, isso nada mais é do que

²⁴ Exemplos de inovação: *Rede Paulista de Inovação em Governo* – o iGovSP; 2. *Descubra as mudanças no TRE-SC*; hackathon (prática é bastante comum no setor de tecnologia da informação e comunicação e envolve profissionais de diversas áreas para desenvolverem juntos produtos ou serviços que têm como foco o bem-estar dos cidadãos); *Plano Nacional de Internet das Coisas*; Cheff Escolar (merenda Mato grosso); Nexxus, um sistema de gestão de convênios. DIGIX. *6 exemplos incríveis de inovação no setor público*. 2018. Disponível em: <https://www.digix.com.br/inovacao-no-setor-publico/>. Acesso em: 24 jul. 2021.

a sistemática administrativa que emerge da Constituição de 1988 e de diplomas anteriores, por ela recepcionados, que advém das relações de coordenação.

Em segundo lugar, subjaz a esse enunciado que a não submissão à “unidade” como concebida na PEC n. 32/2020 derivam condutas que afeiçoam desvio de finalidade ou abuso de poder, institutos previstos há séculos na doutrina, na jurisprudência e na legislação nacionais e estrangeiras. Qualquer desbordamento desses ditames (precarivamente formulados) na justificativa da PEC 32/2020 há previsão de correções e sanções pelo ordenamento jurídico nacional. Inócuo, portanto, trazê-la ao Texto Constitucional e alçar à “unidade” a categoria de princípio medida despidianda, ainda mais que se está a tratar de alteração constitucional, que se tenciona ter apuro técnico.

3.4 O “princípio” da coordenação

Embora a coordenação seja enunciada como um princípio fundamental já no Decreto-lei 200/67²⁵ ao lado, do planejamento, da descentralização, da delegação de competência e do controle, a doutrina lhe atribui conteúdo decorrente da hierarquia.²⁶

A exposição de motivos da PEC 32/2020, longe da sofisticação técnico-jurídica, traz argumentos superficiais e com linguagem coloquial para justificar a inserção da coordenação como princípio no artigo 37, *caput*. Além de rudimentar, não se apoia na doutrina e afasta-se do Decreto-lei 200/67, deste só se aproximando ao erigi-la como princípio.

De qualquer sorte, não impacta substancialmente nas estruturas subjetiva e material da Administração Pública por se encontrar assimilada em todas as esferas da Federação, em tempo mais recente desde 1967, porém com previsão na Constituição de 1934²⁷, não justificando tomá-la como princípio constitucional.

3.5 O “princípio” da subsidiariedade

A governança, conceito de essência neoliberal, e segundo Chhotray and Stoker

Governança trata das regras de tomada de decisão coletiva em ambientes onde há uma pluralidade de atores ou organizações e onde nenhum sistema formal de controle pode ditar os termos do relacionamento entre esses atores e organizações.²⁸

²⁵ Consta no art. 6º, incisos I a V, do Decreto-lei 200/67.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 93; 123.

²⁷ COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 5, out. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/DxgBXCjLnFHVxsqPbgCWckQ/?lang=pt>. Acesso em: 24 jul. 2021.

²⁸ CHHOTRAY, V.; STOKER, G. *Governance theory and practice: a cross disciplinary approach*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009. p. 3 apud EDWARDS Meredith; HALLIGAN, John; HARRIGAN, Bryan; NICOLL, Geoffrey.

Possui várias dimensões e, de um modo geral, atenta para as formas como são geridos governos, organizações e sociedade, em especial como são tomadas as decisões e exercidos os poderes de gerência, aferidas as devidas responsabilidades. Porém, a implementação de medidas de governança depende do ponto de vista de análise e o setor onde será implementada onde se pretende.²⁹ Os padrões de governança não são “desenvolvidos em vácuo social, político e jurídico; eles refletem os valores subjacentes”.³⁰

Não há como se estruturar a governança pública sem se conceber e almejar um “serviço público responsivo, para desafiar elementos do sistema tradicional”, reorientando as estruturas, reduzindo a burocracia e alterando relações funcionais com os servidores públicos.

Trata-se, por conseguinte, de técnicas de gestão, seja no ambiente privado ou público.

Na esfera do Poder Executivo, objetivando regular e estabelecer a política de governança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, foi editado o Decreto n. 9.203, de 22/11/2017.

O texto do Decreto apresenta diretrizes, na sua maioria, da administração privada que podem resultar em benefícios para a Administração Pública. Por outro lado, é carregado de vagueza e porta entraves às possibilidades de concretização e aplicação.³¹

Apesar das possíveis vantagens de adotar ditames de governança na esfera governamental, elevá-la a princípio constitucional apresenta-se questionável, pois, seguindo a mesma ordem de argumentos quanto à inovação remanescem as interrogações: quais os critérios para verificar ou não o acolhimento de uma das diretrizes ou ações de boa governança? Qual sanção aplicar diante do descumprimento do “princípio” da boa governança?

Public sector governance in Australia. Camberra: ANU Press The Australian National University, 2012. Tradução livre: “*Governance is about the rules of collective decision-making in settings where there are a plurality of actors or organisations and where no formal control system can dictate the terms of the relationship between these actors and organisations*”.

²⁹ “Por exemplo, o foco de governança para os governantes que tentam coordenar respostas para os problemas de política pública nacional é muito diferente do foco de um gestor de organização pública administrando seus próprios negócios (Edwards, 2012). Dessa forma, emergem diferentes e inter-relacionados conceitos de governança: (a) governança pública (estendendo-se setor de governo para o setor privado); (b) governança do setor público (ou seja, governança da administração e de negócios do governo); e, (c) governança corporativa no setor público (ou seja, a governança das organizações específicas em determinados setores). IBGP/IFAC – Princípios para Boa Governança Pública. S.d. Disponível em: <https://forum.ibgp.net.br/ifac-principios-para-boa-governanca-publica/>. Acesso em: 23 jul. 2021.

³⁰ EDWARDS Meredith; HALLIGAN, John; HORRIGAN, Bryan; NICOLL, Geoffrey. Public sector governance in Australia. Op. cit., p. 9.

³¹ Veja-se, por exemplo, as diretrizes postas no artigo 4º, do Decreto n. 9203/17.

Fato é que não se pode elidir toda a construção jurídica sedimentada pela doutrina e pela jurisprudência de décadas para assimilar “princípios” cuja eficácia e efetividade são cediças.

3.6 O “princípio” da boa governança pública

O princípio da subsidiariedade não foi contemplado na Constituição de 1988 por seu perfil de Estado de social, e com viés intervencionista e de promotor dos direitos sociais.

O princípio da subsidiariedade aflui para concepções liberais e neoliberais³² e parte a ideia do Estado ineficiente, ineficaz, moroso e caro.

Sabidamente, o Estado brasileiro, oscilando entre contornos mais ou menos internacionalistas, sempre se moveu na economia, fazendo incidir regras e sob as restrições que lhe impõe a Constituição. Ao agregar, de modo expresso, o princípio da subsidiariedade, a par de dar contextura já idealizada ainda com a EC 19/98, se “reafirma o neoliberalismo e o papel de ingerência do Estado como condutor, fiscalizador e prestador em setores onde haja ineficiência ou desinteresse da iniciativa privada.”³³ Em suma, pode mitigar ou, num extremo, alijar os postulados e os fins do Estado Social.

De todos os princípios e os remedos de “princípios” que estão contemplados na PEC n. 32/2020, seguramente o da subsidiariedade é o que opera a mais intensa transformação do Estado e da Administração Pública brasileiros. Nesse passo, a opção do constituinte derivado destoa das aspirações patenteadas pelo constituinte originário, propiciando – sob o discurso da ineficiência e da ineficácia estatal – a desfiguração e a não primazia dos direitos sociais que cabem ao Estado a atribuição primordial de promover e salvaguardar os direitos fundamentais.

4 REPERCUSSÕES NA ESTRUTURA SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Sabe-se que o Direito Administrativo brasileiro é fortemente constitucionalizado, como inspiração das Cartas italiana, alemã, espanhola e portuguesa. Assim, o constituinte originário inseriu normas que são fundamentais à execução da atividade administrativa, especialmente no que tange aos recursos humanos, pois elevar uma norma ao *status* consti-

³² BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. *Consultor Jurídico*, 8 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>. Acesso em: 22 jul. 2021.

³³ BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. Op. cit.

tucional é fazer com que seus efeitos conformadores se propalem com a máxima força por todo o sistema jurídico³⁴.

É nessa estrutura subjetiva da Administração Pública onde estão previstas, sem dúvida, as maiores e mais graves modificações da PEC n. 32/2020. Comenta Floriano de Azevedo Marques que a proposta “constitucionaliza aspectos que não precisam ser constitucionalizados; desconstitucionaliza os que não precisam ser desconstitucionalizados; e não desconstitucionaliza os que precisavam ser desconstitucionalizados”³⁵. Em suma, a não atende o que se propõe: a modernização e a eficiência do Estado.

Há, pelo contrário, uma série de retrocessos, a começar pela exacerbada concentração de poderes no Poder Executivo e promove um desmedido desequilíbrio nos Poderes constituídos. Dispõe a atual redação do art. 84, incisos IV e XXV da Constituição de 1988:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

- 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;

[...]

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

É permitido ao Presidente da República, responsável pela organização administrativa federal, que lance mão do instrumento infralegal para aprimorar a estrutura pública se preenchidos dois requisitos, simultaneamente: (i) a alteração de não pode implicar aumento de despesa; e (ii) nem a criação ou extinção de órgãos públicos. Além disso, a extinção de funções ou cargos públicos só pode se dar por meio de decreto quando esses estiverem vagos. Fora destas hipóteses, as alterações devem ser feitas por lei formal, isto é, o próprio Chefe do Executivo - por possuir competência privativa para tanto (CF, art. 61, §1º, inc. II) – deve encaminhar ao Poder Legislativo a proposta de reestruturação para que este último aprecie.

O que ambiciona fazer a reforma administrativa é solapar esse balanço de Poderes, dando a seguinte redação aos dispositivos:

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um itinerário de avanços e retrocessos. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008. p. 24. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>. Acesso em: 22 jul. 2021.

³⁵ INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO. Reforma administrativa – Quais são as Prioridades para a Melhoria da Gestão Pública Brasileira? Participação de Floriano Azevedo Marques Neto, Pedro Pontual e Rudinei Marques. *Youtube*, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1L8hc0JUuvY&t=4s>. Acesso em: 22/07/2021.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI - quando não implicar aumento de despesa, dispor por meio de decreto sobre:

a) organização e funcionamento da administração pública federal;

b) extinção de:

1. cargos públicos efetivos vagos; e

2. cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão, cargos de liderança e assessoramento, funções de confiança e gratificações de caráter não permanente, ocupados ou vagos;

c) criação, fusão, transformação ou extinção de Ministérios e de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República, observado o disposto no art. 88;

d) extinção, transformação e fusão de entidades da administração pública autárquica e fundacional;

e) transformação de cargos públicos efetivos vagos, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de liderança e assessoramento, funções de confiança e gratificações de caráter não permanente vagos ou ocupados, desde que seja mantida a natureza dos vínculos de que trata o art. 39-A; e

f) alteração e reorganização de cargos públicos efetivos do Poder Executivo federal e suas atribuições, desde que não implique alteração ou supressão da estrutura da carreira ou alteração da remuneração, dos requisitos de ingresso no cargo ou da natureza do vínculo;

[...]

XXV - prover os cargos públicos federais, na forma da lei;

Percebe-se que intenta a proposta de emenda excluir o Poder Legislativo da tomada de decisão sobre a organização do Estado, sob o fundamento de suposta agilidade e desburocratização da administração. Deste conjunto de dispositivos pode-se extrair diversos pontos problemáticos e extremamente questionáveis que requerem detida análise: (i) quando pode ser exercido o poder de emitir decreto? qual o limite para seu exercício dentro do sistema de poderes engendrado pela Constituição?; (ii) há juridicidade na permissão para criação, fusão, transformação e extinção de órgãos e de entidades autárquicas e fundacionais por meio de decreto; (iii) a ordem jurídica vigente abre possibilidades de extinção por meio de decreto de cargos e funções que detém titulares?; (iv) a transformação, por meio de decreto, de cargos efetivos vagos e outros não efetivos vagos ou ocupados; e (v) a alteração e reorganização de cargos efetivos por meio de decreto encontra respaldo no ordenamento jurídico nacional?

Passa-se a tratar esses tópicos.

O arquétipo moderno de organização política, separação de poderes é essencial à contenção do poder, pois, como afirmou Montesquieu quando estão reunidos na mesma pessoa ou órgão os Poderes Legislativo e Executivo, há a possibilidade “que esse monarca

ou senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente”³⁶. É por esta razão que Paulo Bonavides considerou a separação de poderes um dos mais importantes instrumentos de garantia das liberdades individuais do constitucionalismo europeu³⁷.

Nesta mesma esteira Alexander Hamilton, James Madison e John Jay³⁸ concluem e propõem a disposição dos órgãos de Estado de forma que um Poder controle o outro através de mecanismos institucionais e da ambição pessoal de cada dirigente, não fazendo prosperar a ambição do outro, tal qual uma máquina. Assim, como bem anota Oscar Vilhena Vieira³⁹, essa arquitetura constitucional favorece a efetivação do modelo racionalista de Constituição, transformando-a em uma ferramenta que favorece a coordenação política e assegura a liberdade dos indivíduos.

Esse modelo de *checks and balances* foi amplamente difundido, e forjou a sala de máquinas⁴⁰ de diversas democracias liberais de matriz presidencialista, dividindo as funções do Estado em típicas e atípicas para cada poder. Ao Chefe do Executivo, portanto, compete algumas prerrogativas legislativas, tais como a iniciativa legislativa, o veto, a medida provisória e o poder regulamentar de expedição de decretos e regulamentos (para dar fiel execução à lei). A diferença entre o decreto e a lei transcende à mera hierarquia de normas:

A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão somente fixa as “regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei,

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 214.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 147.

³⁸ Nesse sentido, Os Federalistas comentam: “Todavia, a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. As medidas para a defesa devem, neste caso em todos os demais, ser compatíveis com as ameaças de ataque. A ambição será incentivada para enfrentar a ambição. Os interesses pessoais serão associados aos direitos constitucionais. [...] Ao constituir-se um governo – integrado por homens que terão autoridade sobre outros homens – a grande dificuldade está em que se deve, primeiro, habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo. A dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência nos ensinou que há necessidade de precauções suplementares. Esta política de jogar com interesses opostos e rivais, à mingua de melhores recursos, pode ser identificada ao longo de todo o sistema das relações humanas, tanto públicas como privadas. Ela é particularmente utilizada na distribuição de poder em todos os escalões subordinados, onde o objetivo constante é dividir e dispor as várias funções de tal modo que uma possa ter um controle sobre outra – que o interesse privado de cada indivíduo seja uma sentinela dos direitos públicos. [...]” HAMILTON, Alexander. *O federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay*. Trad. Heitor de Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984. p. 418.

³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 123.

⁴⁰ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014. p. 364.

expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada”⁴¹

Comenta Clèmerson Merlin Clève que o “poder regulamentar, conferido ao Presidente da República pela Constituição, consiste no mais importante meio pelo qual a Administração Pública exerce atividade normativa secundária”⁴², sendo instrumento fundamental de instrução políticas públicas. Entretanto, para determinar quando podemos esperar que o poder de decreto seja exercido é preciso analisar sistematicamente por que atores políticos prefeririam se apoiar em decretos ao invés de procedimentos legislativos comuns”⁴³.

Essa reflexão sobre os atores políticos é essencial, especialmente em tempos de ascensão⁴⁴ do constitucionalismo abusivo⁴⁵ e do legalismo autocrático⁴⁶, em que o Presidente da República se vale da discricionariedade administrativa desvirtuada para esvaziar o conteúdo da Constituição, abusando de uma prerrogativa que é muito cara à gestão eficiente. A utilização do poder regulamentar pela exorbitante concentração de poderes na caneta do Executivo foi estudada por Adam Przeworski:

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 945.

⁴² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 271.

⁴³ CAREY, John M.; SHUGART, Matthew. Poder de decreto: chamando os tanques ou usando a caneta? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s.l.], v. 13, n. 37, p. 149-184, jun. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69091998000200009>. Acesso em: 24 jul. 2021.

⁴⁴ Essa afirmação pode ser percebida a partir da leitura do gráfico elaborado pela Freedom House, exibindo o declínio do número de estados democráticos nos últimos 14 anos. Neste sentido, Sarah Repucci afirma: “The unchecked brutality of autocratic regimes and the ethical decay of democratic powers are combining to make the world increasingly hostile to fresh demands for better governance. A striking number of new citizen protest movements have emerged over the past year, reflecting the inexhaustible and universal desire for fundamental rights. However, these movements have in many cases confronted deeply entrenched interests that are able to endure considerable pressure and are willing to use deadly force to maintain power.”. REPUCCI, Sarah. Democracy and pluralism are under assault. *Freedom House*, 2020. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2020/leaderless-struggle-democracy>. Acesso em: 1º mar. 2021.

⁴⁵ Sobre o assunto, David Landau: “Eu defino “constitucionalismo abusivo” como o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes. Ao me referir aos mecanismos de mudança constitucional, o meu foco é sobre os métodos de mudança formais (não informais) - emenda e substituição constitucionais.”. LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC David Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v4.n7.p17-71.2020>. Acesso em: 1º mar. 2021.

⁴⁶ Sobre o assunto, Kim Lane Scheppele afirma: “We can spot the legalistic autocrats while they are still consolidating power because they have ambitions to monopolize power and tend to use the same toolbox of tricks. It is the over-reaching aspiration and the legalistic tools of the trade that turn the leaders I consider here into legalistic autocrats, not their relative success or failure in the end. Legalistic autocrats may be foiled and their illiberal reforms reversed. They may also turn into full-blown dictators. But first one must see them for what they are. They come to power and justify their actions through elections and then use legal methods to remove the liberal content from constitutionalism.”. SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, 2018. p. 556. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>. Acesso em: 1º mar. 2021.

A democracia é, portanto, enfraquecida. O processo político é reduzido a eleições, decretos do executivo e erupções esporádicas de protesto. O governo comanda por decreto de uma forma autoritária, mas frequentemente sem muita repressão. Todo o poder do Estado é concentrado no executivo, que é, no entanto, ineficiente em gerenciar a economia. A população tem uma oportunidade regular para votar, mas não para escolher⁴⁷.

Dessa forma, decretos que “chamam tanques”⁴⁸, produto de um Executivo com poder desenfreado, são claros exemplos de técnicas que atentam contra o sistema de controle engendrado pela Carta Maior, podendo-se arguir, a partir disso, até mesmo a inconstitucionalidade da proposta de emenda constitucional. Tais medidas esbarram na limitação substancial do poder reformador (art. 60, §4º, inc. III), pois são tendentes a abolir - em sentido lato, como comenta Virgílio Afonso da Silva⁴⁹ - a separação de poderes, excluindo o Legislativo da organização administrativa.

Trata-se, portanto, de um depauperamento institucional visto que a racionalidade constitucional prega pela pulverização do poder, a fim de oportunizar cada vez mais espaços para o exercício dos controles externo e interno.

Prosseguindo com os comentários críticos à PEC n. 32/20020, permissão para criação, fusão, transformação e extinção de órgãos e de entidades autárquicas e fundacionais por meio de decreto é um verdadeiro hipertrofia do Poder Executivo. Há uma razão de ser para que a organização administrativa seja consubstanciada por processo legislativo formal.

⁴⁷ PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the market: political and economic reforms in Eastern Europe and Latin America*. Nova York: Cambridge University Press, 1991. p. 186-187.

⁴⁸ Carey e Shugart utilizam a expressão para fazer referência aos episódios em que Boris Yeltsin (Rússia) e Alberto Fujimori (Peru) começaram a governar através de decretos, convocando os tanques de guerra para cercar o congresso e determinando o fechamento das instituições. Comentam os autores: “Deste modo, consideramos como paraconstitucionais os decretos executivos cuja constitucionalidade é discutida pelos legislativos ou pelos tribunais em bases procedimentais, mas não substantivas. Incluídos aqui estão, obviamente, Yeltsin e Fujimori com seus tanques, mas também muitos decretos de necessidade urgente do presidente argentino Carlos Menem, as tentativas do presidente brasileiro Collor de reeditar decretos que já haviam sido rejeitados previamente pelo Congresso e a reiteração, pelo presidente venezuelano Caldera, em 1994, de um decreto suspendendo direitos civis e de propriedade, apesar das ações do Congresso para restabelecer tais direitos.”. CAREY, John M.; SHUGART, Matthew. Poder de decreto: Op. cit.

⁴⁹ Sobre o assunto, explica Virgílio Afonso da Silva: “A expressão mais importante do art. 60, § 4º, é sem dúvida tendente a abolir Com base em uma interpretação literal dessa expressão, seria possível supor que nem toda emenda a uma cláusula protegida pelo art. 60, § 4º, seria inconstitucional, mas apenas aquelas emendas cujo resultado fosse uma restrição muito intensa a um direito ou uma desfiguração radical de um dado arranjo institucional (federação ou separação de poderes). Essa interpretação é equivocada porque, ao supor que pequenas restrições nunca tendem a abolir um direito (ou um determinado arranjo institucional), perde de vista a possibilidade de que várias pequenas emendas, feitas em momentos distintos, podem progressivamente levar à erosão completa de um direito (ou de um determinado arranjo institucional).” SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: EdUSP, 2021. p. 549.

Em 2019 o Supremo Tribunal Federal apreciou, sem sede de cognição sumária, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6121, proposta pelo Partido dos Trabalhadores em face ao ato do Presidente da República. O Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente a medida cautelar para, suspendendo a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto n. 9.759/2019, na redação dada pelo Decreto n. 9.812/2019, afastar, até o exame definitivo da ADI, a possibilidade de extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de colegiado cuja existência encontre menção em lei em sentido formal, ainda que ausente expressa referência “sobre a competência ou a composição”, e, por arrastamento, suspendeu a eficácia de atos normativos posteriores a promoverem, na forma do artigo 9º do Decreto n. 9.759/2019, a extinção dos órgãos, nos termos do voto do Relator, vencidos os Min. Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello, que concediam integralmente a cautelar.

Na fundamentação de seu voto, o Relator, Min. Marco Aurélio, afirmou que a participação do Legislativo na organização administrativa do Estado é essencial:

Ao fazê-lo, as Casas Legislativas partilharam, em alguma medida, de prerrogativa que lhes é própria – discutir, em sede deliberativa, fiscalizatória e legiferante, as grandes questões nacionais e as diretrizes de atuação do Estado na condução de políticas públicas.

Observada a organicidade da ordem constitucional, surge razoável condicionar a extinção de determinado órgão colegiado com assento legal à prévia chancela parlamentar. Interpretação em sentido diverso esvaziaria importante espaço institucional de diálogo entre os Poderes, o que não se confunde com eventual tentativa de manietar o Executivo com a supressão ou limitação das atribuições essenciais do Chefe do Poder no desempenho da função de gestor superior da Administração.

Nítida é a tentativa, empreendida pelo Chefe do Executivo, de escanteiar o Legislativo de tal processo, [...] ⁵⁰

O ato de “escanteiar o Legislativo de tal processo” é uma medida que não pode ser tolerada no Estado Democrático de Direito, pois além de figurar o esfacelamento democrático e de diálogo institucional, atentaria contra os princípios da legalidade e da juridicidade. Uma vez que o órgão fora criado por lei, o caminho lógico - em razão da força hierárquica da norma – é sua alteração ou extinção por lei, jamais ato infralegal. Nesse sentido, comenta Carlos Ari Sundfeld⁵¹:

⁵⁰ STF. *ADI 6121*. Voto Min. Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão. p. 20. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751490560&prclD=5678906#>. Acesso em: 1º mar. 2021.

⁵¹ E continua: “[...] admitem a supressão pura e simples por decreto os órgãos que também por esta via tenham sido criados e que já foram estudados: unidades subalternas, auxiliares, resultantes do aproveitamento de cargos pré-existentes. Tais órgãos, quando nascidos diretamente de atos administrativos, podem desaparecer do mesmo modo – tudo pela óbvia razão de que, se a lei não foi necessária quando de sua introdução no aparelho

Preliminarmente, é mister deixar assentado que a eliminação de órgãos pode ser feita por lei – pela óbvia razão de que o Legislativo, estando legitimado a instituí-los deve igualmente poder extingui-los. [...] A propósito, o instrumento normal e corriqueiro para a extinção de órgãos só pode ser a lei. Isto é evidente: se o Chefe do executivo pudesse, de modo absolutamente natural, extinguir órgãos criados por lei, teria o poder de, por ato administrativo, investir contra ele; o princípio da legalidade.

O mesmo raciocínio se aplica às entidades autárquicas e fundacionais. Estas entidades, atualmente devem ser criadas por lei formal, até mesmo para resguardar sua autonomia administrativa e financeira e representam importante fração da administração pública. As autarquias *longas manus* do Estado, regidas pelo princípio da especialidade na descentralização administrativa (reconhecimento de capacidade específica)⁵², e as fundações públicas, como comenta Celso Antônio Bandeira de Mello, “em rigor, são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm”⁵³, servindo, sobretudo, à saúde, cultura e educação, são instrumentos da descentralização administrativa.

A atividade administrativa de quase todas as áreas é exercida por meio dessas entidades, que, a título de exemplo, prestam o serviço público (*e.g.* universidades federais, hospitais fundacionais etc.) e exercem o poder de polícia (*e.g.* Iphan, Ibama, Cade, Banco Central). Sobre isso, comenta Carlos Ari Sunfeld:

É evidente que não podem ficar nas mãos de uma só pessoa as decisões sobre organização administrativa em áreas tão importantes como ambiente, patrimônio histórico, política monetária, defesa da concorrência, regulação econômica, ensino superior e desenvolvimento científico⁵⁴.

Logo, não se pode conceber tamanha distorção ao permitir que, *sponte propria*, o Chefe do Executivo, possa extingui-las.

No que tange aos cargos e aos servidores públicos é necessário cotejar com outro capítulo da reforma administrativa, qual seja a inclusão do art. 39-A que precariza todo o espectro de recursos humanos administrativo:

burocrático, também não haveria de sê-lo para sua eliminação.” SUNDFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos: limites da lei e decreto regulamentar. *Revista de Direito Público*, Londrina, n. 97, p. 43-52, 1991. p. 51

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 530.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 190.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Efeito da PEC é adiar mudanças, e reforma continua na estaca zero. *Folha de São Paulo*, 3 set. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/09/efeito-de-pec-e-adiar-mudancas-e-reforma-continua-na-estaca-zero.shtml>. Acesso em: 22 jul. 2021.

Art. 39-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico de pessoal, que compreenderá:

I - vínculo de experiência, como etapa de concurso público;

II - vínculo por prazo determinado;

III - cargo com vínculo por prazo indeterminado;

IV - cargo típico de Estado; e

V - cargo de liderança e assessoramento.

§ 1º Os critérios para definição de cargos típicos de Estado serão estabelecidos em lei complementar federal.

Aqui, das cinco espécies de vínculos citadas, quatro já existem e uma é criada sem a qualquer justificativa plausível. Portanto, no pouco que inova, a PEC n. 32/2020, falha extraordinariamente.

O vínculo de experiência enquanto etapa do concurso público em verdade é uma aberração jurídica, pois cria uma espécie de “limbo” do servidor que executará o serviço público sem a investidura no cargo. Ademais, o raso fundamento de ser um teste de para apurar se o servidor tem condições de exercer adequadamente o cargo encontra guarida no instituto do estágio probatório⁵⁵. Os demais vínculos também estão, há muito tempo, presentes no modelo atual.

O aspecto da estabilidade é retomado na PEC, sendo seu maior alvo. Das espécies de vínculos ali mencionadas apenas são estáveis os cargos típicos de Estado, cuja definição, no entanto, está delegada à lei complementar. Ora, é inadmissível que a reforma tome como uma de suas premissas a redução dos cargos estáveis, sem ao menos apresentar quais seriam os critérios basilares para conceituar o único vínculo estável (cargo típico de Estado).

É corriqueiro a estabilidade ser tida como um direito indevido do servidor público. No entanto, é um instituto que, por vezes, lhe protege e permite para poder exercer as funções inerentes ao cargo, protegendo-o das adversidades do exercício da função, evitando que sofra perseguições de cunho e possa desempenhar a contento as suas atribuições. Neste sentido, a percepção de Floriano de Azevedo Marques Neto⁵⁶ é cirúrgica: a estabilidade, antes de ser um direito do agente, é uma prerrogativa do serviço público. Sem ela, o serviço não poderia ser prestado adequadamente.

Pesquisas⁵⁷ apontam que uma reforma administrativa infraconstitucional seria mais frutífera e menos custosa que a alteração do texto da Constituição. Isso porque o sistema

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 750.

⁵⁶ INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO. *Reforma administrativa* – Op. cit.

⁵⁷ Sobre o assunto, conferir: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. *Possibilidades e condicionamentos para inovações no regime jurídico dos servidores públicos*. São Paulo, abr. 2021. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/05/sbdp-republica-servidores-publicos.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021. AB-

normativo brasileiro já conta com disposições e instrumentos para melhor conduzir a administração pública, carecendo apenas de regulamentação, como por exemplo a avaliação de desempenho.

5 CONCLUSÃO

A PEC n. 32/2020 é mais uma das propostas de edição do constitucional que se tem presente nesses 33 anos de vigência da Constituição de 1988. De todas, essa é, precisamente, aquela que produz os reflexos mais contundentes para o Estado e para a Administração Pública.

Se o fio estruturante da reforma é calcado no neoliberalismo – seja pelo *locus* privilegiado em que se põe a iniciativa privada seja pela evidente busca de diminuir bruscamente o papel estatal interventivo e fomentador de políticas públicas sociais – faz com que a Administração Pública seja vista erroneamente como conseqüência da burocrática que leva à ineficiência, à morosidade e à prestação dos serviços públicos de má, há uma gama de aspectos outros que escapam à análise puramente econômica e financeira.

Pavimentar as transformações do Estado e da Administração Pública em toda a sua complexidade, com todas as repercussões que acarretam à sociedade, sem o devido cuidado e sem qualquer atilamento jurídico e técnico, pela busca da pretendida e delusória eficiência, é perder de vista a gravidade das conseqüências que advirão da assunção de postulados que atingem, sem freios, o equilíbrio entre os Poderes instituídos ao aglutinar competências exacerbadamente no Poder Executivo e retirando-as do Poder Legislativo.

Sem cuidar da gama de complexidades que uma reforma administrativa reclama, o alvo é o servidor público, na sua maioria, aqueles que estão na base da pirâmide funcional e que nela é que serviços públicos básicos e essenciais são prestados: educação, saúde, saneamento, limpeza, segurança etc.

No plano prático, algumas das regras e “princípios” seguirá o mesmo destino das reformas administrativas anteriores em que anos transcorreram para que fossem implementadas (muitas sequer o foram) e cuja efetividade e eficácia são controversas, ao não contemplar a heterogeneidade dos entes federativos.

Há sérias contradições no texto da PEC n. 32/2020 que derivarão para o fenômeno denominado por Otto Bachoff⁵⁸ da existência de normas constitucionais inconstitucionais.

RÃO, Ana Carla; FRAGA NETO, Arminio; SUNDFELD, Carlos Ari. *A reforma do RH do governo federal*. S.l.: Oliver Wyman, 2019. (Série Panorama Brasil). Disponível em: <https://fiepecdg.com.br/wp-content/uploads/2019/09/A-Reforma-Do-Rh-Do-Governo-Federal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁵⁸ BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manoel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1951.

É um retrocesso imensurável.

Vislumbra-se “revival” da EC 19/98, porém com tons mais inconsistentes, mais indefinidos e alvacentos.

REFERÊNCIAS

ABGI Brasil. *O que é inovação?* S.d. Disponível em: <https://brasil.abgi-group.com/a-inovacao/#:~:text=-%E2%80%9CInova%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20explora%C3%A7%C3%A3o%20com%20sucesso%20de%20novas%20ideias.%E2%80%9D&text=De%20forma%20sucinta%2C%20a%20ABGI,de%20lucro%2C%20entre%20outros%20benef%C3%ADcios>. Acesso em: 23 jul. 2021.

ABRÃO, Ana Carla; FRAGA NETO, Armínio; SUNDFELD, Carlos Ari. *A reforma do RH do governo federal*. S.l.: Oliver Wyman, 2019. (Série Panorama Brasil). Disponível em: <https://iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2019/09/A-Reforma-Do-Rh-Do-Governo-Federal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

AEVO. *O que é inovação?* Conceito, mitos, cultura e boas práticas. 2017. Disponível em: <https://blog.aevo.com.br/o-que-inovacao-conceito-mitos-cultura-e-boas-praticas/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações sobre as relações do Estado e do Direito na Economia. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 49, jan./fev./mar. 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=742>. Acesso em: 24 jul. 2021.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1951.

BARACCHINI, Sabrina Addison. A inovação presente na administração pública brasileira. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 42, n. 2. p. 104-109, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/f4kGFpck83XjGPNShqrRBtq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. *Consultor Jurídico*, 8 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um itinerário de avanços e retrocessos. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/co-drevista.asp?cod=262>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. *PEC 173/1995*. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário do Senado Federal - 5/6/1998, Página 9837 (Publicação Original). Diário do Congresso Nacional - 5/6/1998, Página 4438 (Publicação Original). Diário Oficial da União - Seção 1 - Eletrônico - 5/6/1998, Página 1 (Publi-

cação Original). Diário da Câmara dos Deputados - 20/6/1998, Página 16947 (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-norma-pl.html>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Secretaria-geral. *EM n. 00047/ME*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MECON/2020/47-ME.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

CAREY, John M.; SHUGART, Matthew. Poder de decreto: chamando os tanques ou usando a caneta? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s.l.], v. 13, n. 37, p. 149-184, jun. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69091998000200009>. Acesso em: 24 jul. 2021.

CHHOTRAY, V.; STOKER, G. *Governance theory and practice: a cross disciplinary approach*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009.

CIVANTOS, Óscar Álvarez. *Las claves del buen gobierno en la Administración Pública*. Granada: Comares, 2010.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 5, out. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/DxgBXcJLnFHVxsqPbgCWckQ/?lang=pt>. Acesso em: 24 jul. 2021.

COSTA, Ligia Maura. *Compliance nas organizações sociais – teoria e prática*. São Paulo: FGV, s.d. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/C0/A7/10/AD/DC2DE610A9F02DE6E18818A8/1%20Ligia%20Maura%20Costa%20_Teorias%20e%20pratica%20-%20Compliance%20nas%20Organizacoes%20Sociais_.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

COSTALDELLO, Angela Cassia; KRUBNIKI, João Pedro Ruppert. Gestão Pública e direito administrativo: um necessário diálogo em prol do planejamento. *Rivista Nuove Autonomie*, Napoli, Editoriale Scientifica, v. XXVII, n. 1, p. 49-73, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIGIX. *6 exemplos incríveis de inovação no setor público*. 2018. Disponível em: <https://www.digix.com.br/inovacao-no-setor-publico/>. Acesso em: 24 jul. 2021.

EDWARDS Meredith; HALLIGAN, John; HARRIGAN, Bryan; NICOLL, Geoffrey. *Public sector governance in Australia*. Camberra: ANU Press The Australian National University, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay*. Trad. Heitor de Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984.

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO. Reforma administrativa – Quais são as Prioridades para a Melhoria da Gestão Pública Brasileira? Participação de Floriano Azevedo Marques Neto, Pedro Pontual e Rudinei Marques. Youtube, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1L8hc0JUuvY&t=4s>. Acesso em: 22 jul. 2021.

IBGP. *IFAC – Princípios para Boa Governança Pública*. S.d. Disponível em: <https://forum.ibgp.net.br/ifac-principios-para-boa-governanca-publica/>. Acesso em: 23 jul. 2021.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC David Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v4.n7.p17-71.2020>. Acesso em: 1º mar. 2021.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkan, 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MERKL, Adolf. *Teoria general del derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

PRADO, Anita; DONDOSSOLA, Edivaldo. Pelo menos cinco Organizações Sociais alimentaram a ‘caixinha da propina’ da Saúde do RJ, diz MPF. *G1*, Rio de Janeiro, 16 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/09/16/pelo-menos-cinco-organizacoes-sociais-alimentaram-a-caixinha-da-propina-da-saude-do-rj-diz-mpf.ghtml>. Acesso em: 19 ago. 2021.

PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the market: political and economic reforms in Eastern Europe and Latin America*. Nova York: Cambridge University Press, 1991.

REFORMA administrativa vai abrir mais portas para casos bilionários de corrupção. *Condsef*, 17 jun. 2021. Disponível em: <https://www.condsef.org.br/noticias/reforma-administrativa-vai-abrir-mais-portas-casos-bilionarios-corrupcao>. Acesso em: 19 ago. 2021.

REPUCCI, Sarah. Democracy and pluralism are under assault. *Freedom House*, 2020. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2020/leaderless-struggle-democracy>. Acesso em: 1º mar. 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, 2018. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>. Acesso em: 1º mar. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: EdUSP, 2021.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. *Possibilidades e condicionamentos para inovações no regime jurídico dos servidores públicos*. São Paulo, abr. 2021. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/05/sbdp-republica-servidores-publicos.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

STF. *ADI 6121*. Voto Min. Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão. p. 20. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751490560&prclID=5678906#>. Acesso em: 1º mar. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos: limites da lei e decreto regulamentar. *Revista de Direito Público*, Londrina, n. 97, p. 43-52, 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari. Efeito da PEC é adiar mudanças, e reforma continua na estaca zero. *Folha de São Paulo*, 3 set. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/09/efeito-de-pec-e-adiar-mudancas-e-reforma-continua-na-estaca-zero.shtml>. Acesso em: 22 jul. 2021.

TAVARES, José F. F. *Administração Pública e direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1992.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

REFORMA ADMINISTRATIVA: CRÍTICAS E CAMINHOS

CARLOS ARI SUNDFELD

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Professor Titular da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP)
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Descomplicar o direito público dos recursos humanos. 3 Problemas de conteúdo da PEC 32. 4 Algumas diretrizes para reformas no Estado. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta apresentação é fazer breve análise sobre possíveis caminhos para a reforma administrativa no Brasil. O governo federal submeteu ao Congresso uma Proposta de Emenda Constitucional – PEC 32/2020 –, com uma série de normas a respeito, com foco sobretudo no regime jurídico do RH do estado.

É importante sim discutir reformas. Nosso mundo público olha em excesso para dentro, está ligado demais ao passado, gasta demais, não é eficiente e, pior, ficou juridicamente ininteligível. Se quisermos mudar a situação, será preciso cobrar mais resultados reais, fazer a máquina trabalhar mais para fora, servir mais às pessoas comuns. Para isso não existe fórmula mágica, nem bala de prata. Ajustar as ações públicas é esforço de todas as gerações. Reinventar o estado será sempre necessário. A reforma é missão pública permanente.

Mas o caminho escolhido pela PEC 32 não é adequado. Explicar o argumento jurídico central que orienta minha crítica é o primeiro tópico de minha apresentação.

2 DESCOMPLICAR O DIREITO PÚBLICO DOS RECURSOS HUMANOS

Antes de quaisquer mudanças no conteúdo das normas sobre RH do estado, a discussão tem de ser sobre o modelo jurídico em que as novas decisões serão impressas. Na reforma da ação do estado – segundo as ideias, necessidades e possibilidades do presente – qual modelo jurídico será capaz de gerar menos complicações, menos dificuldades para quem vai lidar com ele, menos processos, menos ineficiências, menos custos?

O risco atual à salubridade do direito administrativo brasileiro vem justamente da PEC 32, que constitucionaliza ainda mais o direito público dos recursos humanos.

Para quê constitucionalizar o RH do estado? Constituições são vitais para a estabilidade política, a democracia e o avanço social. Mas nem tudo nelas apoia tais valores. Remédios podem virar venenos. Sem notar, o Brasil deixou sua Constituição de 1988 se deturpar por desvios e inflações, que agora barram a melhoria de nosso mundo público.

Se queria melhorar a gestão pública, o governo deveria incentivar a desconstitucionalização do direito público dos recursos humanos. Detalhes da governança da força de trabalho – organização de carreiras, direitos e deveres dos servidores, remuneração etc. – não têm a ver com democracia e desenvolvimento. São temas de gestão, para leis e regulamentos.

No debate sobre reformas para a administração pública, meu argumento é que o novo modelo jurídico para a gestão pública no Brasil tem de ser construído com normas que sejam o mais possível experimentais e, para poder incorporar novos aprendizados e mudanças de visão política, facilmente modificáveis.

Por esse argumento, quanto à forma jurídica, a lei é sempre preferível à Constituição e o regulamento administrativo em geral é preferível à lei. Quanto aos meios, o incentivo é melhor que a imposição, a simplificação é melhor que a complexidade, a análise prévia de impacto é melhor que a intuição, a avaliação de resultados é melhor do que a ameaça de sanção, o experimental é melhor que o permanente.

Parte importante da resposta quanto ao caminho para a reforma administrativa está no minimalismo constitucional e legal. O direito público tem de incentivar o experimentalismo e a inovação em todas as áreas da gestão do estado. Com nosso excesso de regras na Constituição e nas leis, temos aumentado demais as amarras e o peso do direito, diminuindo assim a capacidade de adaptação constante da ação pública.

A PEC 32 é um enorme e estranho projeto, que amplia a constitucionalização do RH do estado. A Constituição, cuja mudança é bem difícil (exige 3/5 dos votos dos senadores e deputados), não é lugar para tratar de recursos humanos. Não devemos transformá-la em um infundável manual de RH. O correto seria desconstitucionalizar regras que a Constituição já tem sobre esse tema, em especial as que impedem novas experiências. Se, ao invés da Constituição, o tema for tratado em leis, mais fáceis de mudar, será menor o risco de comprometermos o futuro com confusões constitucionais que inventarmos agora.

Nossa Carta foi capturada por interesses de grupos, em especial da burocracia. A literatura já mostrou a força e o sucesso do sindicalismo de juizes na Constituinte, um movimento incrivelmente eficaz na luta por proteções e vantagens – e em barrar controles externos.¹

¹ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Juscorporativismo: os juizes e o Judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 114, p. 31-77, jan./jun. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/25868298/Juscorporativismo_os_ju%C3%ADzes_e_o_judici%C3%A1rio_na_Assembleia_Nacional_Constituinte. Acesso em: 25 ago. 2021.

Exemplo desse sucesso é a norma que, há décadas, impede a alteração do regime funcional dos juízes e, assim, mantém o chocante privilégio de 60 dias de férias por ano. Segundo a Constituição (art. 93), só o Supremo Tribunal Federal pode propor ao Legislativo a alteração do Estatuto da Magistratura. E, claro, a cúpula do Judiciário não vai propor a diminuição da distância entre a nobreza togada e o comum dos servidores. Não estranha que, desde 1988, só uma mudança tenha ocorrido na lei da magistratura. E foi para aumentar ainda mais os privilégios, garantindo, aos juízes que presidam qualquer “associação de classe”, o direito de se afastarem do trabalho – e com vencimentos e vantagens integrais (lei complementar 60, de 1989). Passados 32 anos, foi só para isso que serviu a norma que deu ao Judiciário a iniciativa exclusiva de leis sobre carreiras de juízes: incentivar, às custas do erário público, a criação de associações sindicais da magistratura - e de associações políticas, como mostram as pesquisas.²

Quem olha a história tem muita prudência ao abrir a caixa de pandora constitucional. O governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) acreditou que, para reformar a administração pública, valia até o risco de inflar a Constituição. Quando a Emenda Constitucional 19/1998 saiu, sua reforma havia se transformado em outra coisa – em alguns casos, no seu exato oposto. Exemplo é o parágrafo único do art. 132, incluído pela EC 19, que deu, a procuradores de estado, uma estabilidade de índole constitucional que eles não tinham.

A verdade é que mais e mais normas constitucionais, como quer a PEC 32, costuma matar qualquer reforma. Cedo ou tarde, essas normas vão sair pela culatra. O bom pressuposto das reformas públicas é descomplicar o direito público. Logo, mudança constitucional útil para o RH do estado é desconstitucionalizar temas e normatizações. Isso abre espaço para, após, reformas serem negociadas com vagar no plano legal.

O preço político sobe muito quando, ao contrário, se quer fechar na própria Constituição as soluções sobre RH. Mesmo parlamentares reformistas ficam cautelosos com novidades. E cedem às mitigações e exceções, por onde entram benefícios para corporações fortes. Aí está o problema. Como meia dose de vacina não previne doenças, essas meias novidades constitucionais acabam fracassando. Já as complicações de interesse só corporativo permanecerão firmes na Constituição e, para tirá-las, serão necessários o quórum e o processo de uma nova PEC, algo bem difícil.

A experiência sugere outro caminho. O governo FHC fez 2 grupos de mudanças na Constituição: a desconstitucionalização econômica de 1995 (ECs 5 a 9) e a reforma administrativa de 1998 (EC 19). Os resultados da primeira foram enormes. A segunda deu em nada.

² TARGA, Leandro Garcez. *A politização do direito na magistratura: ativismo jurídico via associativismo de juízes, uma análise da AJD e da militância pelos direitos humanos*. 2010. 116f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Carlos, Centro de Educação e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, São Carlos, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/993/4003.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 ago. 2021.

Qual a diferença? A primeira só tirou normas da Constituição. As mudanças dos modelos regulatórios ficaram para as leis. Elas viriam aos poucos. Nesses 25 anos, o saldo foi positivo. Reformas por meio de leis viabilizaram negociação, equilíbrio e cuidado nos detalhes. Facilitaram que leis posteriores corrigissem recuos, fracassos e desvios. E, democraticamente, ampliaram o espaço para os ciclos eleitorais influírem nas regras. Já a reforma administrativa de 1998 pôs inúmeras complicações na Constituição. As leis de regulamentação ficaram amarradas e não saíram. Mas as complicações constitucionais ainda estão lá. Não podemos ficar repetindo esse erro.

Como opção à PEC 32, a saída é desconstitucionalizar sem revogar. Isso pode gerar confiança e evitar complicações. Depois, muda-se aos poucos o RH do estado: por meio de leis, com mais negociação e qualidade.

O que é desconstitucionalizar sem revogar? É tirar o *status* constitucional da regra (ou de parte dela), mas mantê-la em vigor como lei complementar nacional. A regra antiga vigorará até ser alterada com o quórum de lei complementar (metade absoluta do Congresso).

A redução do quórum para reformas de conteúdo facilita sua posterior aprovação. Uma vantagem. Os parlamentares, ao apenas reduzirem o nível normativo de uma regra, não tiram direitos de ninguém e não se comprometem com o conteúdo das reformas futuras – que ninguém sabe a quem vão agradar ou contrariar. Logo, o ônus político de desconstitucionalizar sem revogar é mais baixo do que aprovar as complicações da PEC 32. É o caminho pró-negociação. Vantagem decisiva.

Em suma, reformar a administração é excelente ideia. Precisamos disso. Mas se o Congresso Nacional tiver apetite para mexer na Constituição, duas orientações são fundamentais. Primeiro: não tentar, na vã esperança de melhorar o RH do estado, incluir qualquer nova regra, detalhe ou exceção na Constituição. Tem tudo para dar errado. Segundo: tanto quanto possível é preciso desconstitucionalizar sem revogar, deixando para ser feitas por leis complementares as mudanças das atuais regras constitucionais sobre o tema.

3 PROBLEMAS DE CONTEÚDO DA PEC 32

O Brasil tem problemas sérios nos recursos humanos de suas administrações públicas. Há desigualdades absurdas entre categorias de servidores. Há carreiras demais. Também faltam estímulos ao bom desempenho. Por isso, a produtividade é baixa. As despesas são incontroláveis. Os nossos serviços sociais, como educação e saúde, são precários. E a confusão jurídica é atordoante.

Se aprovada a PEC 32 na forma como foi elaborada pelo governo, seu efeito prático seria aumentar a confusão e adiar mudanças.

O primeiro problema é não querer mexer com os servidores atuais. Um mau começo. As distorções existem hoje. Corrigi-las não tira direito de ninguém. Não há direito adquirido ao privilégio e à improdutividade. E não é preciso acabar com a estabilidade dos servidores para melhorar a gestão pública. Basta cobrar o aumento da produtividade e premiar quem faz mais. Para isso, ajustes por leis ordinárias podem fazer a diferença.

O governo tem diagnósticos corretos sobre alguns pontos. Mas o caminho proposto é estranho. Não é preciso PEC para acabar com promoções automáticas, corrigir distorções remuneratórias, impedir penduricalhos, modernizar concursos públicos, extinguir carreiras, avaliar servidores em fase de experiência, desligar servidores estáveis que tenham desempenho insuficiente, ampliar os contratos por tempo determinado. Para tanto, bastam bons projetos de lei, viáveis sem qualquer mudança constitucional, cuja aprovação é mais simples.

Em 1998, a EC 19 tentou modernizar as normas administrativas pela via da Constituição, mas até hoje estamos esperando as leis regulamentadoras. Vamos repetir a estratégia que não funcionou?

O que justifica uma nova PEC? Além de desnecessária para boa parte das mudanças, ela precisa do voto muito qualificado dos parlamentares. Em 2019, o governo já havia proposto reformas na Constituição para controlar gastos públicos, inclusive com servidores, e mudar o pacto federativo. Eram muitas normas e a qualidade jurídica duvidosa. De qualquer modo, não foi bem sucessivo.

Há a agravante de que o efeito imediato de uma emenda constitucional sobre o regime dos servidores públicos será quase nenhum. Tudo ainda dependerá de novas leis. Por que aumentar assim o tempo da reforma? O mundo político faria bem se cobrasse o envio imediato de alguns dos projetos de lei que são de iniciativa exclusiva do Executivo. Nada justifica o adiamento.

Uma das curiosidades da PEC 32 é dar nomes novos para o que já existe. O cargo de liderança e assessoramento da PEC é o atual cargo de confiança, que continuará dispensando concurso público. Cargo típico de estado é o atual cargo efetivo, que seguirá dependendo de concurso e gerando estabilidade. Vínculo por prazo determinado é o atual contrato por tempo determinado dos servidores temporários. Mudanças pouco úteis, que aumentam o cipoal jurídico.

Seria bem melhor, por exemplo, se o governo aproveitasse as emendas parlamentares à medida provisória 922 (que tentava ampliar os contratos de servidores por tempo determinado). A MP caducou sem ser votada, mas a discussão mostrou as dificuldades dos estados e municípios para usar bem esses contratos, frequentes em educação e saúde. Boas soluções surgiram no Congresso. É viável aproveitá-las em uma lei nacional. O assunto é urgente e não depende de PEC.

Por fim, há ideias bem preocupantes na PEC, tal qual proposta pelo governo. Uma delas é dar ao presidente da república o poder de, sem autorização do Legislativo, extinguir, transformar ou fundir autarquias e fundações. Isso inclui o IBAMA, o IPHAN, o Banco Central, o CADE, as agências reguladoras, as universidades federais e o CNPQ. É evidente que não podem ficar nas mãos de uma só pessoa as decisões sobre organização administrativa em áreas tão importantes como meio ambiente, patrimônio histórico, política monetária, defesa da concorrência, regulação econômica, ensino superior e desenvolvimento científico.

Para concluir esta exposição, menciono rapidamente ideias gerais e iniciativas mais concretas, que podem ajudar no debate sobre as futuras reformas públicas.

4 ALGUMAS DIRETRIZES PARA REFORMAS NO ESTADO

Reformas do estado são necessárias, não podemos fugir delas. A questão é saber por que são necessárias e quais são os caminhos para reformar. Além disso, do ponto de vista mais prático, que tipo de mudança se deve valorizar.

Não é uma questão ideológica. Ao contrário, há três fatores que fazem com que reformas sejam inevitáveis.

O primeiro é mais consensual: estamos vivendo, no Brasil, uma explosão fiscal. Não só chegamos num nível insuportável de comprometimento do orçamento da União e dos Estados e dos Municípios, como o orçamento público está sendo consumido a cada ano muito mais, percentualmente falando, com as despesas fixas e inevitáveis. Não dá para imaginar que basta retomar o desenvolvimento e vamos conseguir encaixar as despesas no orçamento. Então, é um desafio aceitar que temos a explosão fiscal e tentar pensar como lidar com ela.

O segundo fator é que a produtividade estatal é baixa no Brasil. Temos uma máquina grande, e até sofisticada em muitos aspectos, mas com produtividade insuficiente. A qualidade da atuação do estado não é boa. As partes do estado acabaram tendo características, ou desincentivos, que levaram à baixa produtividade. Há dificuldade em cumprir eficientemente os seus fins.

Prova disso é a tendência, mesmo de governos mais estatistas, com ligações mais sindicais ou ideologicamente próximas à esquerda ou à social-democracia, de utilizar parcerias com o setor privado na área social para enfrentar o déficit de qualidade de serviços essenciais, como saúde e assistência social.

Fala-se muito de 2013 como o ano em que a população se revoltou contra a má qualidade dos serviços públicos. Embora possa haver certo mito sobre as razões daquela explosão, o fato de esse discurso – de que se trata de uma revolta contra a má qualidade dos

serviços – talvez mostre que, de fato, até na percepção da população, a baixa produtividade estatal é razão de crise na confiança no estado.

Nos setores mais influentes da sociedade, empresariais, é bem conhecida a crítica em relação ao funcionamento da máquina do estado, da incapacidade de ele lidar com as demandas de transformação da regulação para se adaptar às mudanças dos tempos, de lidar bem com as questões tributárias, resolver bem o contencioso tributário e tudo o mais. Todos sabem do grau de insatisfação que existe no Brasil com a insuficiente produtividade estatal, que reflete – não é a única razão, mas reflete – também na baixa produtividade da economia brasileira como um todo.

O terceiro fator é o caos jurídico. O Brasil tem – em algumas áreas mais, outras menos – na comparação com os seus homólogos na ordem internacional, países com grau de desenvolvimento comparável, mesmo na América Latina, um grau de incerteza jurídica e uma incapacidade de superar os conflitos jurídicos muito maior do que o normal.

Basta mencionar as questões tributárias ou previdenciárias, ou dos benefícios de prestação continuada (BPC). Trinta por cento das concessões de benefícios desse tipo é feita ou revista pelo Poder Judiciário – isso não pode ser normal. É o sistema administrativo que deveria decidir quem tem o benefício de prestação continuada, não o Judiciário. Alguma coisa não está funcionando. Sem mencionar a judicialização da saúde, a interminável intervenção dos Tribunais de Contas dos mais importantes contratos da infraestrutura brasileira, para citar outros exemplos.

É um caos jurídico em muitas áreas, que evidentemente afeta a produtividade da economia. E a produtividade da ação do estado, tornando mais complexo enfrentar a explosão fiscal. Porque criam-se soluções para conter o déficit fiscal e impedir o seu aumento, mas a confusão jurídica abre portas para essas regras não serem cumpridas. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em geral com decisões monocráticas, sabota seguidamente a vigência de normas de responsabilidade fiscal. É o caos.

Como vamos enfrentar esses três desafios? Há três caminhos.

Primeiro, temos que *diminuir a rigidez* daquilo que vou chamar genericamente de “vinculações”, que acabamos criando, por meio de normas, inclusive constitucionais, para o orçamento público. Assumimos compromissos fixos excessivos com gastos públicos, por meio de normas jurídicas difíceis de mudar. Teremos que diminuir essa rigidez. Não necessariamente diminuir todas as vinculações, mas a rigidez delas, para que possam ser revistas de maneira mais constante, a menor custo político, em tempo menor. Não é desamarrar tudo. É abrir espaço para que essas vinculações sejam revistas com mais facilidade. Se não, vamos chegar a um impasse no estado. E quando se chega a um impasse, a solução é ruptura.

Segundo, temos que adotar a *avaliação* como premissa do agir estatal. O estado tem uma quantidade gigantesca de órgãos, de agentes, de programas, mas não avalia pra-

ticamente nada. Não existe a cultura de avaliação. Então, temos que conseguir transformar a avaliação da ação do estado, da máquina do estado, dos agentes do estado em princípio fundamental. E temos de dar consequência a essas avaliações. Elas precisam ter efeito jurídico concreto: premiar financeiramente os servidores produtivos, exonerar os improdutos, extinguir subsídios ineficientes, fundir órgãos superdimensionados etc.

Terceiro, temos que dar incentivos à *coordenação jurídica*. Demos muitos incentivos à descoordenação pública no Brasil. Por isso chegamos a esse caos. Uma aposta que o Brasil fez pouco antes da redemocratização, e depois continuou estimulando: quanto mais descoordenação entre os órgãos e autoridades do estado, melhor, pois se imaginava com isso liberar as forças democráticas; liberar a capacidade criativa. O resultado foi cada um sair demandando ou criando direitos, deveres, limites etc., ou controlando a seu modo a ação do estado. Em matéria funcional, cada Estado e cada Município inventa suas soluções. Em vários campos públicos, estimulamos a descoordenação. Nós temos agora que inverter. Não é possível continuarmos incentivando a descoordenação no setor público.

Especificamente quanto ao RH do estado, desde 1998, juntamente com os economistas Armínio Fraga e Ana Carla Abrão, tenho trabalhado na produção de estudos e artigos com ideias para a sua necessária reforma.

O primeiro estudo, de maior fôlego, denominado “A reforma do RH do Governo Federal - Série Panorama Brasil” (financiadora: Olyver Wyman)³, defendeu a ideia de que a reforma administrativa se justifica em três grandes dimensões, imprescindíveis para que o Brasil possa crescer de forma bem mais justa e mais rápida: 1. melhoria da qualidade dos serviços públicos básicos; 2. aumento da produtividade no Brasil, o que passa, necessariamente, pelo aumento da produtividade do setor público; e 3. aumento na eficiência no setor público para avançar num amplo processo de consolidação fiscal.

Com base nisso, propusemos o redesenho do sistema de carreiras dos servidores públicos civis contemplando: 1. a diminuição do número de carreiras e ampliação de competências; 2. o planejamento da força de trabalho como condicionante às contratações, promoções e redistribuição; 3. a implantação da avaliação de desempenho; e 4. o estabelecimento de uma moratória funcional até que os itens anteriores estejam implementados.

Nossas propostas, em seu conjunto, abrangeram quatro grandes iniciativas: 1. planejamento da força de trabalho e a racionalização, redução e padronização dos planos de carreira no serviço público federal; 2. reforço dos conceitos de meritocracia no setor público, por meio da implementação e revisão de dispositivos legais e processos; 3. ganhos de produtividade no setor público; e 4. racionalização dos custos da máquina pública.

³ ABRÃO, Ana Carla; FRAGA, Amínio; SUNDFELD, Carlos Ari. *A Reforma do RH do Governo Federal*. S.I.: Olyver Wyman, 2019. (Série Panorama Brasil). Disponível em: <https://www.oliverwyman.com/br/insights/2019/march/a-reforma-do-rh-do-governo-federal.html>. Acesso em: 25 ago. 2021.

Pelo ângulo jurídico, uma constatação importante foi quanto à viabilidade de a reforma ser iniciada, e produzir alto impacto, sem que a Constituição fosse alterada de imediato. Segundo nosso argumento, o principal esforço dos governos no plano normativo teria de ser a elaboração e aprovação de projetos de lei.

Um exemplo de iniciativa que seria importante diz respeito ao regime dos agentes públicos contratados em caráter temporário.

No ambiente do Grupo Público da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público, com o apoio do Instituto República, trabalhei, juntamente com a prof^a Vera Monteiro, em uma proposta de modernização da Lei das Contratações Temporárias (Lei 8.745, de 1993), por meio de emendas parlamentares à medida provisória 922, de 28 de fevereiro de 2020. O objetivo das emendas foi criar normas gerais, aplicáveis não só à União, mas também a Estados e Municípios, para implantar um sistema de governança pública das contratações temporárias, modernizar os processos seletivos, criar limites e proibições à contratação sem processo seletivo, entre outros pontos.⁴

A medida provisória acabou não avançando, mas as emendas parlamentares mostraram um caminho necessário: dar mais consistência nacional do regime das contratações temporárias. Uma lei geral faria diferença, não sendo prioritário mudar a Constituição quanto a este ponto.

Enfim, o tema é amplo, mas meu objetivo aqui é apenas chamar atenção para a existência de espaço para mudanças relevantes no RH do estado sem se ter de enfrentar debates constitucionais muito gerais e complexos, como o relativo à estabilidade dos servidores públicos. Em síntese: o governo que quiser fazer mudanças e tiver boas ideias, terá na legislação um amplo espaço para avançar nossa organização estatal.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Ana Carla; FRAGA, Amínio; SUNDFELD, Carlos Ari. *A Reforma do RH do Governo Federal*. S.l.: Olyver Wyman, 2019. (Série Panorama Brasil). Disponível em: <https://www.oliverwyman.com/br/insights/2019/march/a-reforma-do-rh-do-governo-federal.html>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. *Medida Provisória n. 922, de 2020*. Altera a Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1999 [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/140840>. Acesso em: 25 ago. 2021.

⁴ As propostas foram encampadas pelos Deputados Thiago Mitraud (Novo-MG), Felipe Rigoni (PSB-ES) e Tábata Amaral (PDT-SP) (BRASIL. Congresso Nacional. *Medida Provisória n. 922, de 2020*. Altera a Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1999 [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/140840>. Acesso em: 25 ago. 2021).

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Juscorporativismo: os juízes e o Judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 114, p. 31-77, jan./jun. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/25868298/Juscorporativismo_os_ju%C3%ADzes_e_o_judici%C3%A1rio_na_Assembleia_Nacional_Constituinte. Acesso em: 25 ago. 2021.

TARGA, Leandro Garcez. *A politização do direito na magistratura: ativismo jurídico via associativismo de juízes, uma análise da AJD e da militância pelos direitos humanos*. 2010. 116f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Carlos, Centro de Educação e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, São Carlos, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/993/4003.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 ago. 2021.

AS PROPOSTAS DA REFORMA ADMINISTRATIVA – PEC 32: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE OS POSSÍVEIS FLERTES COM O PATRIMONIALISMO

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT

Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS)
Estágio pós-doutoral na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)
Professora do Programa de Pós-graduação em Direito
(mestrado e doutorado) da UNISC
Chefe do Departamento de Direito da UNISC

JONAS FAVIERO TRINDADE

Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de
Santa Cruz do Sul (UNISC-RS)
Auditor Público Externo do Tribunal de Contas do
Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Os vínculos e os agentes públicos: a proposta da Reforma Administrativa. 3 Patrimonialismo na gestão pública: novas propostas, velhos hábitos. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca lançar luzes ao polêmico texto da PEC 32, que constitui a Proposta de Reforma Administrativa, tanto em uma perspectiva analítica, quanto aos vínculos e cargos públicos, quanto crítica, relativa às velhas práticas do patrimonialismo.

É necessário contextualizar o ambiente político no qual se coloca a discussão da Reforma Administrativa. Há um ímpeto reformista, comprometido com pautas neoliberais – que se apresenta como uma racionalidade guiada pela lógica empresarial, na qual o cidadão-trabalhador-servidor é estereotipado como problema e o empresário elevado à condição de solução - que ganham força já no Governo Temer, ao aprovar a Reforma Trabalhista. Tal intento se recrudescer no Governo Bolsonaro que, após promover significativas alterações na Previdência Pública, apresenta uma Reforma Administrativa que se destaca, negativamente, pela ausência de critérios e diagnósticos, além de ataques ao tamanho do Estado e à ineficiência dos serviços públicos.

Em face do texto e do contexto que será apresentado, o problema que conduz a pesquisa é: quais resquícios patrimonialistas identificam-se na PEC 32, a partir da reformulação e estruturação dos vínculos e agentes públicos constantes em seu texto? A hipótese é que a precária técnica legislativa e o excesso de espaços para contornos subjetivistas e políticos representam um significativo retrocesso no caminho necessário para simplificação e modernização da Administração Pública. Para além de todos possíveis impactos na prestação de serviços públicos e concretização de políticas públicas.

O método de pesquisa será o dialético e a técnica de pesquisa será a bibliográfica, na doutrina e legislação.

Pretende-se, em especial, mapear a tipologia de agentes públicos e vínculos na referida Proposta, a fim de possibilitar posterior abordagem crítica quanto aos velhos vícios do patrimonialismo brasileiro.

2 OS VÍNCULOS E OS AGENTES PÚBLICOS: A PROPOSTA DA REFORMA ADMINISTRATIVA

É importante compreender o que se pretende com a PEC, em especial no que se refere às alterações na tipologia de cargos e vínculos, pois assim será possível evidenciar a (in)existência de preocupação com a função pública, elemento fundamental a ser observado ao se imaginar estruturas administrativas e vínculos funcionais, conforme será desenvolvido adiante. Serão necessárias, portanto, considerações prévias ao exame da Reforma Administrativa, como a compreensão de vínculos, dos cargos e da própria função pública.

O vínculo é a relação jurídica que se estabelece entre o agente público e o Estado, ou seja, trata-se do liame entre referidas partes. A própria Constituição enuncia a expressão em determinados dispositivos, como ocorre no artigo 7º, inciso XXXIV, ao dispor que é direito social “a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”. Também se vale da expressão, a fim de disciplinar que ocorre o rompimento do vínculo em caso de aposentadoria de agente público, nos termos delineados pelo artigo 39, § 14¹. Quando se pensa em vínculos, dessa forma, é necessário se pensar nos direitos e deveres que vão permear a relação funcional.

Configura-se uma escolha política sensível a definição da extensão temporal e das prerrogativas que serão alcançadas ao servidor. Ocorre que para se discutir a formatação do vínculo é necessário, previamente, observar a função pública. Relembra-se, com Cretella Júnior, que a expressão função “encerra a ideia de movimento, vida, atividade, é toda atividade

¹ “Art. 39 [...] A aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição”.

exercida por um órgão para a realização de determinado fim”². Acerca do tema, Carvalho Filho diz que “*função pública* é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos”³.

Propõe-se que, em um sentido amplo, a função pública corresponde a toda o conjunto de atribuições dirigidas a uma determinada finalidade. O propósito da função pública, sob sua melhor luz, será a concretização das atribuições que a Constituição e as leis definiram como responsabilidade do Poder Público. Dessa maneira, as atividades desempenhadas pelos órgãos e agentes públicos, nos mais variados níveis, que buscam realizar aqueles propósitos constitucionais e legais, estão abarcadas nessa concepção.

Contudo, é preciso observar mais de perto ainda essa concepção, ao se discutir os vínculos que serão desenhados entre agentes públicos e Estado. A função pública pode corresponder: (i) às próprias atribuições ordinárias do cargo ou emprego, previstas em ato normativo, (ii) bem como outras atribuições que só podem ser desempenhadas por quem está no exercício de cargo ou emprego. Essa última situação ocorre, por exemplo, na designação para funções de confiança, destinadas exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, que só podem ser exercidas por quem já previamente ocupa cargo efetivo, nos termos do artigo 37, V, da Constituição. Também é exemplo dessa segunda hipótese, quando um servidor é designado para exercer uma atribuição especial (distinta da chefia, direção e assessoramento), que não faz parte do seu rol de atividades ordinárias, a partir da contraprestação pecuniária de uma gratificação ou adicional, prevista em lei, e que só pode ser exercida por quem já é ocupante de cargo efetivo. Assim, tanto as atribuições ordinárias, como aquelas que só podem ser desenvolvidas por quem já ocupa cargo/emprego, configuram o que se pode denominar de função pública não autônoma, pois sempre dependente de um vínculo prévio.

Outra possibilidade merece destaque: (iii) a hipótese em que a função pública corresponderá às atribuições conferidas para um agente público que não ocupa cargo ou emprego, ou seja, ela será autônoma no sentido de se estar totalmente desvinculada da necessidade de estar ocupando cargo ou emprego⁴. É o que ocorre nos casos de contratações temporárias por excepcional interesse público, visto que nessa modalidade contratual o agente não ocupa cargo ou emprego, mas deverá exercer um rol de atribuições definidas em lei. Não é o fato

² CRETELLA JÚNIOR, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2006. p. 317.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 557.

⁴ Nesse sentido, por exemplo, deve ser compreendida a afirmação de carvalho Filho: “Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação de tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência do cargo” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Op. cit., p. 557).

de o vínculo ser temporário que justifica, por si só, um maior ou menor grau de prerrogativas para o exercício da função pública. São as próprias funções públicas e os contextos⁵ em que serão desenvolvidas que vão permitir justificar o grau de prerrogativas, assim como o rol de direitos e deveres.

É importante distinguir cargo e vínculo, pois a PEC parece confundir as concepções. Na precisa lição de Mello, “cargos são as mais simples unidades de competência a serem expressadas por um agente”⁶. Há proposta de alteração do artigo 37, inciso I, que, atualmente, dispõe que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros”. A PEC visa trocar a expressão “funções públicas” por “vínculos”. Ocorre que não é o “vínculo” que será acessado e sim o cargo, emprego ou função pública. Vínculo é a relação jurídica que se estabelece entre o Poder Público e agente público. Este último acessa cargos, empregos e funções públicas, que são centros de competência, para então exercer as atribuições respectivas. O vínculo, por sua vez, “deveria” ser configurado de maneira a melhor atender aos propósitos da função pública.

Na tipologia de cargos, usualmente são identificados: (i) cargos efetivos; (ii) cargos em comissão; (iii) cargos vitalícios e (iv) cargos políticos, todos eles regidos por uma relação institucional. A Constituição vigente ainda admite o recrutamento de empregados públicos e servidores temporários.

As alterações propostas pretendem criar três espécies de cargos: (i) cargo típico de Estado (artigos 37, II-B e 39, IV); (ii) cargo não-típico (artigos 37, inciso II-A e 39-A, III) e (iii) cargo de liderança e assessoramento (artigo 37, V e 39, V). Além disso, promove alterações normativas relacionadas aos empregados públicos e servidores temporários. Quanto aos vínculos, pretende estabelecer três formatações: (i) de prazo indeterminado; (ii) de prazo determinado e (iii) de experiência. Tanto os vínculos como os cargos deverão, segundo a PEC, ser objeto de disciplina legal pelos entes federados (artigo 39-A).

Cabe examinar, primeiramente, as espécies de cargos previstas na PEC, relacionando-as com o estudo dos vínculos. O cargo típico de Estado seria acessível a partir da aprovação em concurso público dividido em três etapas: (i) provas e títulos; (ii) cumprimento de período de, no mínimo, dois anos em vínculo de experiência com desempenho satisfatório e (iii) classificação final dentro do quantitativo previsto no edital do concurso, entre os mais bem avaliados ao final do período de experiência. Há a possibilidade de se instaurar um regime de competição interna, conforme se percebe da derradeira etapa do certame. Nas três

⁵ Em diversas situações é possível supor que um servidor temporário demandaria a estabilidade para exercer bem suas funções, contudo, por uma questão pragmática e decorrente da forma como é desenhada a estabilidade, atualmente, isso não é possível.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 264.

etapas, o candidato está em vínculo de experiência, mas sem a prerrogativa da estabilidade, pois ela só será conferida depois de mais um ano em efetivo exercício, após o fim do vínculo de experiência, com desempenho satisfatório.

Aqui já fica evidente a confusão que a PEC promove entre cargo e vínculo. Claro, pois ao final da terceira etapa há a investidura em cargo típico de Estado e o fim do vínculo de experiência. Imagina-se que se inicia, a partir de então, uma espécie de vínculo por prazo indeterminado, a despeito de ainda não possuir estabilidade⁷. Após a aquisição da estabilidade, exige-se um procedimento mais rígido para desligamento do servidor público, que, caso aprovada a PEC, serão: (i) decisão judicial transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado; (ii) processo administrativo, assegurada ampla defesa e (iii) avaliação periódica de desempenho, na forma da lei, assegurada ampla defesa. A novidade é a possibilidade de perda do cargo por decisão judicial colegiada e a exigência de lei ordinária apta a disciplinar a avaliação periódica de desempenho, visto que atualmente a disciplina deveria se dar por lei complementar. Todavia, é importante destacar que o agente público em tela, durante o vínculo de experiência ou após a investidura, mas antes de estável, também pode perder a função pública ou o cargo, respectivamente, sendo que a PEC prevê que lei disporá sobre o tema (artigo 41-A, II, “a” e “b”). Aliás, a PEC dispõe que lei complementar também versará acerca dos critérios para definição dos cargos típicos de Estado (artigo 39-A. § 1º). Por fim, cabe destacar que se veda⁸ o acúmulo de cargos, empregos públicos e funções públicas para o ocupante de cargo típico de Estado, inclusive durante o vínculo de experiência, ressalvadas as atividades de docência ou de profissional da saúde, quando houver compatibilidade de horários (artigo 37, XVI, XVI-A⁹).

Em relação ao cargo não-típico de Estado, o procedimento previsto para investidura é similar ao anteriormente abordado, com a distinção de que o vínculo de experiência é de, no mínimo, um ano. A investidura em cargo não-típico de Estado, dessa forma, se dará ao final das três etapas, momento em que também se inicia o vínculo por prazo indeterminado. Não há possibilidade, aqui, de se conferir a prerrogativa da estabilidade ao agente público. Imagina-se que, por exclusão, tais cargos serão criados para aquelas atividades que não sejam destinadas aos cargos típicos de Estado. Os entes federativos deverão disciplinar

⁷ A PEC, todavia, conforme será exposto, parece tratar o cargo não típico de Estado como sinônimo de vínculo por prazo indeterminado (vide artigo 39-A, incisos III e IV). Os vínculos, tanto no cargo típico de Estado, quanto no caso do não típico, após o fim do período de experiência, serão de prazo indeterminado (ao menos em sua dimensão temporal). Não está se afirmando que o vínculo indeterminado que se estabelece no caso do cargo não típico e no cargo típico de Estado, após o vínculo de experiência, sejam equivalentes. Mas sim que, quanto à dimensão temporal, guardam alguma conexão, pois são funções que se opõe à ideia de predeterminação de prazo.

⁸ A vedação é ressalvada em municípios com menos de cem mil eleitores (artigo 37, § 19).

⁹ A proposta inicial era vedar “qualquer outra atividade remunerada, inclusive”, mas esse trecho foi suprimido pela Comissão de Constituição e Justiça. Em relação à vedação de acúmulo com funções públicas e empregos públicos, destaca-se que a PEC não altera o artigo 37, XVII.

regime jurídico que compreenda tais cargos (artigo 39-A, III). As condições de perda da função pública (vínculo de experiência) ou do cargo (vínculo indeterminado), conforme o caso, serão disciplinadas em lei (artigo 41-A, II, “a”). Há possibilidade de acumulação de cargos públicos, inclusive emprego e função pública¹⁰, desde que observada a compatibilidade de horários e a ausência de conflito de interesse¹¹.

A última espécie de cargo que a PEC pretende criar é o de liderança e assessoramento, em substituição aos cargos em comissão e funções de confiança (artigos 37, V e 39, III). Segundo a PEC, tais cargos serão destinados às atribuições estratégicas, gerenciais ou técnicas. A proposta ainda pretende que lei complementar discipline a ocupação desses cargos. A alteração é significativa, visto que atualmente os cargos em comissão se dirigem às atribuições que notadamente exigem uma relação de fidúcia (direção, chefia e assessoramento¹²), sendo que um percentual deve ser reservado aos servidores de carreira. Também é importante observar que a figura da função de confiança, cuja designação é privativa aos titulares de cargos efetivos, é extinta. Assim, cargos em comissão e funções de confiança serão substituídos pelos cargos de liderança e assessoramento, conforme ato do Chefe de cada poder (artigo 4º). Quanto à espécie de vínculo, só será possível uma compreensão qualificada com a edição da lei complementar que disciplinará a ocupação desses cargos. Caso siga a lógica dos cargos comissionados, atualmente existentes, será um vínculo por prazo indeterminado¹³, a depender da relação de confiança com a autoridade nomeante. Segundo o artigo 41-A, parágrafo único, é vedado o desligamento dos servidores em vínculo de experiência, temporários (vínculo determinado), ocupantes de cargos não típicos de Estado e dos típicos de Estado, por motivação político partidária. A ideia é excluir os cargos de liderança e assessoramento da vedação ao desligamento por motivos políticos. Por fim, a PEC prevê que ato do Chefe de cada Poder vai dispor sobre critérios mínimos de acesso e sobre sua exoneração (artigo 37, § 18).

Quanto aos servidores temporários, o fundamento constitucional para admissões encontra-se no artigo 37, IX, da Constituição, destinando-se às situações excepcionais e temporárias, a partir de autorização legal. Essa regra, se aprovada a PEC, será revogada (artigo 10, I, “a”). Por outro lado, objetiva-se a criação do “vínculo por prazo determinado” (artigo 39-A, II, § 2º, I, II, III e § 3º). Trata-se, como já ocorre atualmente, da permissão para

¹⁰ Em relação à acumulação com função pública e emprego público, observa-se que não há alteração no artigo 37, XVII.

¹¹ Uma questão interessante: antes do final das três etapas, o agente público não está investido em cargo algum? Exatamente, antes da investidura, em verdade, o candidato exercerá mera função pública, visto que a investidura, seja em cargo não típico ou típico de Estado, só ocorre após o vínculo de experiência.

¹² É bem verdade que a função de “assessoramento” acaba servindo como uma brecha para criação de cargos em comissão com atividades meramente burocráticas, servindo de mote para práticas patrimonialistas.

¹³ Quanto à dimensão temporal, mas evidente que não é o mesmo vínculo por prazo indeterminado dos cargos típicos e não típicos de Estado (vide nota de rodapé nº 9).

ocupação de função pública, sem a necessidade de êxito em concurso público, inobstante exista o entendimento pela necessidade de realização de alguma forma de processo seletivo simplificado¹⁴. Todavia, a proposta é criar um rol de situações para admissão desses agentes públicos: (i) necessidade temporária decorrente de calamidade, de emergência, de paralisação de atividades essenciais ou de acúmulo de serviço; (ii) atividades, projetos ou necessidades de caráter temporário ou sazonal, com indicação expressa da duração dos contratos e (iii) atividades ou procedimentos sob demanda. A PEC ainda pretende assegurar, no texto constitucional, a admissão de empregados públicos temporários, valendo-se das mesmas regras de legitimação da contratação em tela.

Cabe resaltar que a Reforma abandona a previsão constitucional de regime jurídico único, de modo que o artigo 39 passaria a prever a necessidade de lei complementar dispor normas gerais sobre: (i) gestão de pessoas; (ii) política remuneratória e de benefícios; (iii) ocupação de cargos de liderança e assessoramento; (iv) organização da força de trabalho no serviço público; (v) progressão e promoção funcionais; (vi) desenvolvimento e capacitação de servidores e (vii) duração máxima de jornada para fins de acumulação de atividades remuneradas. Já o regime de pessoal será disciplinado em lei de cada ente federativo, tratando dos seguintes temas: (i) vínculo de experiência, como etapa do concurso público; (ii) vínculo por prazo determinado; (iii) cargo com vínculo por prazo determinado; (iv) cargo típico de Estado e (v) cargo de liderança e assessoramento.

Em relação aos empregados públicos, não há alteração quanto à regra de acessos a tais postos de trabalho, de modo que o artigo 37, II, segundo a PEC, passa a disciplinar exclusivamente essas categorias de agentes públicos, exigindo, para acessos aos empregos, somente aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, na forma da lei. Com a criação do cargo não-típico de Estado, parece que vai diminuir o espectro de possibilidades de empregados públicos na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, se é que ainda existirá algum espaço¹⁵. Depreende-se a possibilidade de admissão de empregados

¹⁴ Nesse sentido: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Pedido de Orientação Técnica n. 7577-0200/10-0*. Relator: Conselheiro Cezar Miola. Porto Alegre, 16 mar. 2011. Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/app/pesquisa/jurisprudencia/pesquisa?b=*%&q=#error=login_required&state=cee66c38-88e-2-4652-8e03-9cfa379658b2 Acesso em: 31 maio 2021.

¹⁵ Veja-se o caso, por exemplo, dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias. A Constituição, em seu artigo 198, § 5º, autoriza que lei federal disponha acerca do regime jurídico desses agentes públicos. A Lei n. 11.350/2006, por sua vez, dispõe que a regra será o regime celetista, salvo disposição em contrário em lei do ente federado (artigo 8º). Além disso, para essa categoria de servidores, a Constituição autoriza um procedimento de recrutamento diverso do concurso público, qual seja, o processo seletivo público (artigo 198, § 4º). Também quanto aos empregados públicos, o rol de vedações previsto a se incorporar ao artigo 37 se refere a servidor ou empregado da administração pública direta, autárquica ou fundacional e empresas estatais. Se eles fazem parte da vedação, certo de que em alguma medida ainda será possível observar essa categoria de agentes públicos para além de empresas estatais e consórcios. Mas isso não está evidente no texto da PEC.

públicos em empresas estatais e consórcios públicos¹⁶. Aliás, curiosamente, como já dito, autoriza-se a admissão de empregados públicos temporários (artigo 39-A, §3º). Veda-se qualquer possibilidade de se conceder estabilidade ou proteção contra a despedida a empregados de empresas estatais e subsidiárias (artigo 173, § 7º).

A PEC não alcança os cargos vitalícios, ou seja, magistrados, membros do Ministério Público e dos tribunais de contas. Em relação aos militares, a alteração proposta é benéfica pois cria regras permissivas de acúmulo de cargos e empregos públicos civis, similares às aplicáveis aos titulares de cargos típicos de Estado (artigo 142, § 3º, II, III, VIII, § 4º)

Pretende-se aumentar poderes do Presidente da República (artigo 84, VI), sendo relevante destacar a possibilidade de dispor, além da organização e funcionamento da administração pública federal, sobre¹⁷: (i) extinção de cargos efetivos vagos; (ii) extinção de cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão, cargos de liderança e assessoramento, funções de confiança e gratificações de caráter não permanente, ocupados ou vagos; (iii) criação, fusão, transformação ou extinção de Ministérios e de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República, observado o disposto no artigo 88; (iv) transformação¹⁸ de cargos efetivos vagos, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de liderança e assessoramento, funções de confiança e gratificações de caráter não permanente vagos ou ocupados, desde que seja mantida a natureza dos vínculos de que trata o artigo 39-A. Admite-se que essa transformação ocorra na hipótese de cargos típicos de Estado, desde que dentro da mesma carreira; e (v) alteração e reorganização de cargos públicos efetivos do Poder Executivo e suas atribuições, desde que não implique alteração ou supressão da estrutura da carreira ou alteração da remuneração, dos requisitos de ingresso no cargo ou da natureza do vínculo. A PEC, contudo, determina que essa possibilidade não se aplica aos cargos típicos de Estado.

Para que se possa visualizar com maior clareza, apresenta-se o seguinte quadro esquemático:

¹⁶ Inclusive, cria-se regra de aposentadoria compulsória para empregados públicos de empresas estatais, subsidiárias e consórcios públicos, assim como da administração pública direta, autárquica ou fundacional (artigo 201, § 16 c/c artigo 8º, I e II).

¹⁷ Sublinha-se que a Comissão de Constituição e Justiça aprovou emenda supressiva, acerca da possibilidade de decreto autônomo dispor sobre “extinção, transformação e fusão de entidades da administração pública autárquica e fundacional.

¹⁸ Na transformação, conforme Meirelles, “extinguem-se os cargos anteriores e criam-se novos” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 374).

FIGURA 1 - Quadros sobre as atribuições¹⁹ previstas para os agentes públicos na PEC 32

ATRIBUIÇÕES TÍPICAS DE ESTADO			
ADMISSÃO	MODO DE EXERCÍCIO		ESTABILIDADE
CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU PROVAS E TÍTULOS	FUNÇÃO PÚBLICA	CARGO TÍPICO DE ESTADO	1 ANOS APÓS INVESTIDURA
	DURANTE O CONCURSO (MÍNIMO 2 ANOS) – O VÍNCULO É DE EXPERIÊNCIA	APÓS INVESTIDURA – O VÍNCULO PASSA A SER “INDETERMINADO”	
PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA OU DO CARGO			
DURANTE VÍNCULO DE EXPERIÊNCIA?	DURANTE VÍNCULO INDETERMINADO (APÓS INVESTIDURA E ANTES DA ESTABILIDADE)?	APÓS ESTÁVEL?	
LEI VAI DEFINIR (ART. 41-A, II, “a”)	LEI VAI DEFINIR (ART. 41-A, II, “b”)	<ul style="list-style-type: none"> • DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO OU PROFERIDA POR ÓRGÃO JUDICIAL COLEGIADO; • PROCESSO ADMINISTRATIVO, ASSEGURADA AMPLA DEFESA • AVALIAÇÃO PERIÓDICA DE DESEMPENHO, NA FORMA DA LEI, ASSEGURADA AMPLA DEFESA (ART. 41) 	

¹⁹ Ainda que o conteúdo dessas atribuições (funções públicas em sentido amplo), em si, seja um mistério. Por exemplo, como já dito, os critérios para definição dos cargos típicos de Estado serão definidos apenas em lei complementar federal, segundo a Proposta (artigo 39-A, §1º); mas a atribuição típica de Estado, como categoria, já estaria prevista no texto constitucional. Por decorrência, só se conheceria o que efetivamente são os atribuições não-típicas quando se definir o que é função típica de Estado. Mesmo risco – especialmente quando se pensa na função técnica - já se visualiza em relação aos cargos de liderança e assessoramento, pois seu conteúdo vai depender de critérios definidos por ato de Chefe de Poder (artigo 37, § 18) e de normas gerais estabelecidas em lei complementar federal (artigo 39, III).

ATRIBUIÇÕES NÃO TÍPICAS DE ESTADO			
ADMISSÃO	MODO DE EXERCÍCIO		ESTABILIDADE
CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU PROVAS E TÍTULOS	FUNÇÃO PÚBLICA	CARGO NÃO-TÍPICO DE ESTADO	NÃO HÁ POSSIBILIDADE.
	DURANTE O CONCURSO (MÍNIMO 1 ANO) – O VÍNCULO É DE EXPERIÊNCIA	APÓS INVESTIDURA – O VÍNCULO PASSA A SER INDETERMINADO	
PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA OU DO CARGO			
DURANTE O VÍNCULO DE EXPERIÊNCIA?		DURANTE O VÍNCULO INDETERMINADO?	
LEI VAI DEFINIR (ART. 41-A, II, “a”)		LEI VAI DEFINIR (ART. 41-A, II, “a”)	

ATRIBUIÇÕES TEMPORÁRIAS		
ADMISSÃO	MODO DE EXERCÍCIO	ESTABILIDADE
PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO?	FUNÇÃO PÚBLICA	NÃO HÁ POSSIBILIDADE
LEI DOS ENTES FEDERADOS VÃO DEFINIR O VÍNCULO (ART. 39-A, II)	VÍNCULO POR PRAZO DETERMINADO	
PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA		
LEI VAI DEFINIR (ART. 41-A, II, “a”)		

ATRIBUIÇÕES ESTRATÉGICAS, GERENCIAIS OU TÉCNICAS		
ADMISSÃO	MODO DE EXERCÍCIO	ESTABILIDADE
LIVRE ESCOLHA (?) LEI VAI DEFINIR (ART. 39, III)	CARGO DE LIDERANÇA E ASSESSORAMENTO	NÃO HÁ POSSIBILIDADE
PERDA DO CARGO		
É POSSÍVEL POR MOTIVAÇÃO POLÍTICO-PARTIDÁRIA ATO DO CHEFE DE CADA PODER DISPORÁ SOBRE OS CRITÉRIOS MÍNIMOS DE ACESSO E SOBRE A EXONERAÇÃO		

ATRIBUIÇÕES EM EMPRESAS ESTATAIS E CONSÓRCIOS PÚBLICOS		
ADMISSÃO	MODO DE EXERCÍCIO	ESTABILIDADE
CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU PROVAS E TÍTULOS	EMPREGO PÚBLICO	NÃO HÁ POSSIBILIDADE
PERDA DO EMPREGO PÚBLICO		
REGRAS DA CLT		

Fonte: elaborado pelos autores.

3 PATRIMONIALISMO NA GESTÃO PÚBLICA: NOVAS PROPOSTAS, VELHOS HÁBITOS

Não é novidade que o patrimonialismo esteve sempre entranhado na maneira como a Administração Pública se desenvolveu no Brasil, e, de alguma forma, as sucessivas re-

formas²⁰ já realizadas sempre se justificaram a partir da necessidade de combater essa mentalidade, na qual os espaços públicos estão sujeitos a domínios e interesses privados, ou melhor, onde não há sequer clareza dessa separação.

O primeiro passo talvez tenha se dado com a proposta de um contexto de avanço da burocracia estatal, para uma distribuição de tarefas e deveres que tivessem continuidade e regularidade, com intuito de alcançar fins determinados. O contexto é de formalização, tudo devidamente registrado, catalogado, com procedimentos previstos e suscetível de controle, com base na ideia de despersonalização humana. A reforma da Década de 30 de Getúlio Vargas, criou o Departamento Administrativo dos Serviços Públicos na tentativa de modernizar e possibilitar uma burocracia imparcial no setor público. Também o Decreto-Lei n. 200/1967 avança sob o aspecto da centralização da tomada de decisão, mas da execução descentralizada, com maiores delegações de competências e a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista com vieses estratégicos no plano nacional de desenvolvimento. É claro que em ambas as reformas não se percebe ênfase em uma construção democrática, pois a presença era de uma Administração Pública vertical, mesmo porque ainda tímida a noção de políticas públicas como centro do papel do Estado²¹.

Uma atenção especial merece a Reforma Gerencial vivenciada no Brasil, a partir da década de 90²², cujo foco era a transferência de serviços do público para o privado, em nome do fortalecimento da sociedade civil e, em tese, a retomada da cidadania. Bresser Pereira foi protagonista nesse processo e sua proposta de “reforma do Estado”, a qual, segundo ele, tem como significado: “[...] transitar de um Estado que promove diretamente o desenvolvimento econômico e social para um Estado que atua como regulador e facilitador ou financiador a fundo perdido desse desenvolvimento²³”, incluindo, portanto, uma série de proposições. Entre estas cabe destacar, especialmente, a implementação de uma Adminis-

²⁰ Relevante apontar que as reformas da Administração e do Estado, como visto, sempre foram motivadas pelas mesmas razões e sempre apontaram para a mesma direção. Foram elaboradas de maneira política, conforme o momento, mas com um discurso técnico-científico e, isso é o principal, ao largo de maiores discussões com a sociedade, sendo seus processos de implantação geralmente violentos, com emendas constitucionais e medidas de exceção (GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. 2009. 409f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 70. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Corr_eta.pdf;jsessionid=EFCBB13A8CB3DB1E69200746B62B575D?sequence=1. Acesso em: 18 out. 2018).

²¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência da configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

²² Um resumo bastante explicativo do histórico da reforma bem como as dimensões jurídica, social e mesmo intelectual está expresso de forma bastante didática na obra de PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reflexões sobre a Reforma Gerencial brasileira de 1995*. *Revista do Serviço Público*, ano 50, n. 4, p. 5-30out./dez. 1999. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/1999/662-Reflex%C3%B5es_Reforma_Gerencial.RSP.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.

²³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 50, p. 91-98, mar. 1998.

tração Pública gerencial, calcada na ideia de eficiência, de privatizações, de contratação de organizações públicas não estatais para prestar serviços públicos como educação, saúde, cultura²⁴. O intento, segundo o autor da Proposta, era de “publicização” com a realização de serviços não-exclusivos do Estado, como escolas, hospitais, teatros, museus, enquanto o mercado se incumbiria da parcela que seria privatizada, tais como exploração de minerais, bancos, dentre outros. A rigor, a Proposta de redução do tamanho do Estado amparava-se nas três dimensões: publicização, privatização e terceirização.

A Reforma consistiria em quatro processos conectados entre si: (i) redução do Estado (afinal, a experiência do Estado Social já teria provado o seu custo); (ii) o Estado em seu papel de regulador (caberia ao Estado a tarefa de controle de mercado nas áreas tidas como prioritárias, ou seja, há diferentes formas de controle a partir da distinção do público do privado e dentro do público o público estatal e o não estatal); (iii) a recuperação da governança (com a superação da crise fiscal, rever a forma de o Estado intervir na economia e enfrentar a burocracia da Administração Pública); (iv) governabilidade (que, para o autor, seria a recuperação da legitimidade do Estado na gestão dos interesses, com a devida adequação das diferentes instituições políticas)²⁵. Por várias razões, que não cabe aqui discutir, a Reforma passou longe de cumprir com o que se propôs em uma série questões, mas, de fato, a eficiência defendida via Reforma Administrativa trouxe à tona, em verdade, um tipo de eficiência: “aquela que busca excelentes resultados, mesmo que haja flexibilização dos meios”²⁶. E nesses meios é que se encontram tantos resquícios da cultura patrimonialista, que se revela cotidianamente na sociedade brasileira.

Uma vez que se compreende que a PEC 32 retroage no enfrentamento ao patrimonialismo, é importante deixar claro a que propriamente está se referindo. Não se desconhece o intenso debate e a própria crítica que o termo patrimonialismo tem suscitado na doutrina, inclusive oferecendo espaços a termos como neopatrimonialismo²⁷. No entanto, aqui a abordagem é meramente exemplificativa de como tais conceitos se encaixam no contexto da reforma.

Expoente dos mais relevantes é Sérgio Buarque de Holanda, ao descrever o homem cordial e como suas relações são construídas, gerando um patrimonialismo oposto à burocracia Weberiana:

²⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. Trad. Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996.

²⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova – Revista de Cultura Política*, v. 45, p. 49-95, 1998.

²⁶ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia*: Op. cit., p. 127

²⁷ A expressão neopatrimonialismo encontra grande expressão na obra *Bases do Autoritarismo Brasileiro*, que ficou conhecido pela crítica ao patrimonialismo de Faoro, justamente por ver na história brasileira momentos modernizadores, diferentemente do que conceito de ideia imutável, apresentado por Faoro. SCHWARTZMAN, S. *Bases do autoritarismo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988. SCHWARTZMAN, S. A atualidade de Raymundo Faoro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 207-213, 2003.

Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. O funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos. Mas em sua essência ele é tanto mais diferente do burocrático, quanto mais caracterizados estejam os dois²⁸.

A obra de Raymundo Faoro toma o termo patrimonialismo como uma espécie particular de “dominação tradicional”, na qual a impessoalidade cederia espaço aos laços particulares e relações pessoais, dificultando uma separação entre o que é público e o que é privado, que é determinada pelo “patronato político²⁹”. Por essa razão a noção de representatividade e cidadania passam ao largo dos compromissos estatais, afinal, “[...] a soberania popular funciona às avessas, numa obscura e impenetrável maquinação de bastidores, sem o efetivo concurso da maioria, reduzida a espectador que cala ou aplaude”³⁰.

Embora a crítica ao patrimonialismo de Celso Furtado seja feita a partir da sua relação com o quadro de subdesenvolvimento, no qual a elite brasileira e sua mentalidade corrobora para atrofia da democracia e seus instituições, afinal, “[...] nas sociedades organizadas à base de privilégios de grupos e de classes, sendo, o poder político o anteparo desses privilégios, qualquer modificação estrutural com reflexos na composição desse poder tende a suscitar grandes resistências³¹, é possível dizer que as tentativas de modernização, provida pelas elites brasileiras, não romperam com as estruturas colonizadas, apenas deram novas roupagens aos padrões de denominação. Inclusive, boa parte dessas estruturas permaneceram inacessíveis para grande parte da população, que se mantém apática à cultura política necessária para romper com o subdesenvolvimento, que tem por base a desigualdade.

O pensamento patrimonialista, no olhar de Jessé de Souza, tem inclusive uma função social. Especialmente quando observa a relação Estado e sociedade, o patrimonialismo “[...] dramatiza um conflito aparente e falso, entre mercado idealizado e Estado “corrupto”, sob o pretexto de deixar à sombra todas as contradições sociais de uma sociedade, e nela incluindo

²⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146.

²⁹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2011. p. 111.

³⁰ SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015. p. 34

³¹ FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento* Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 144

tanto seu mercado quanto seu Estado, naturaliza desigualdades sociais abissais e um cotidiano de carência e exclusão. Essa é a efetiva função social da tese do patrimonialismo no Brasil”³²

Murilo de Carvalho é referência obrigatória na discussão de como tais relações contaminaram a cidadania brasileira, de como chegamos a essa forma de compreender as relações do público e privado, mentalidade que não se rompeu com a Constituição de 1988. Por mais que com o fim da ditadura militar e o início do processo de redemocratização do Brasil, em 1985, a cidadania tenha se fortalecido e se faça constantemente presente em discursos institucionalizados e não institucionalizados, houve um entusiasmo, em certa medida, até mesmo ingênuo. Afinal, a crença na democracia ou na participação popular, através do voto, evidentemente não seria garantia de acesso aos serviços fundamentais, proteção e garantia das liberdades, e, menos ainda, de justiça social e desenvolvimento nacional³³.

Tal fator foi impactante no desgaste do próprio sistema da política representativa, pois a distância entre a Constituição jurídica e a Constituição real colocavam em xeque as promessas de uma cidadania plena; ficava cada vez mais latente a ideia de que a democracia, por si só, não seria suficiente para o enfrentamento das inúmeras desigualdades sociais, resultando em uma abalo das próprias instituições democráticas, que vão perdendo força e mesmo legitimidade, contaminando-se por interesses privados das elites.

Após toda euforia do processo democrático e da cidadania de 1988, as sucessivas promessas não cumpridas, a crise no sistema de representatividade, os escândalos de corrupção e o descompasso das diferentes conquistas de caráter político e social, levaram a uma crescente insatisfação com o sistema. A busca por respostas rápidas e mágicas costumam ser contrárias à própria democracia e às instituições. Cria-se um ambiente propício para a aposta em figuras mitológicas e messiânicas, capazes de nos salvar de nós mesmos, fazendo com que a democracia e a cidadania comecem a ruir por dentro, mantendo sua forma e esvaziando seu conteúdo, permitindo espaço e margem aos extremismos.

A pauta é das reformas sem amadurecimento e sem um plano sobre onde se quer chegar e quais os caminhos possíveis. Como uma possível resposta às desconfiças causadas pelos desgastes das instituições, surge a aposta na sociedade civil, nas parceiras em que o Poder Público atua mais como fiscalizador do que prestador. No entanto, no caso brasileiro essas aproximações são eivadas de vícios paternalistas e clientelistas, não em uma ideia de cidadania civil e social. O caminho leva em consideração aspectos ideológicos de que o privado faz bem e o Estado faz mal. Cria-se um espaço muito distante entre o jardim e a praça.

³² CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

³³ CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*: Op. cit.

Percebe-se o país guiado por um modelo político e econômico que segue na contra-mão da ampliação e garantia de políticas públicas sociais, ao contrário do que se propôs em termos de Administração Pública gerencial que, através do público não-estatal, propiciaria a chamada publicização e abertura ao processo de participação política. Paralelamente ao desenvolvimento das iniciativas da Administração Pública gerencial, também foi possível visualizar alguns fenômenos, como: a) a intensificação, como delegação, permissão e concessão, de serviços públicos, especialmente saúde e educação por parte das administrações públicas municipais e estaduais, sem que houvesse a devida fiscalização das prestações; b) a venda de empresas estatais, sob a alegação de altos custos, sem estudos de diagnósticos e pensamento estratégico, sob a perspectiva do desenvolvimento nacional, sem que haja um plano de prestação dos serviços por elas, pesquisas de valores de mercado, plano de utilização dos recursos amplamente discutido com a sociedade; c) flexibilização da legislação trabalhista e o discurso do “custo dos direitos trabalhistas”, e, no campo da Administração, a intensificação da terceirização das atividades-meio; d) a aprovação da Emenda Constitucional n. 95/2016 e o “congelamento” dos gastos públicos que afetam diretamente a prestação de serviços públicos como saúde e educação; f) o projeto de alteração das regras da previdência para aposentaria, que incide de forma direta na restrição de direitos aos trabalhadores.

Eis que nesse cenário, se apresenta a Reforma administrativa, PEC 32, sob o mesmo manto da eficiência e modernização da administração pública. Cabe discorrer um pouco de texto e contexto. Regra básica da hermenêutica gadameriana é que não é possível se falar em interpretação sem imaginar as condições de aplicação, e, nesse sentido, a PEC 32 está permeada de uma série de discursos e estereótipos acerca de sua “necessária e urgente” implementação.

A Proposta em tela está inserida em um plano de reformas do Estado que se inicia ainda do governo de ex-Presidente Michel Temer, sendo que até presente momento, destacam-se como as mais relevantes: a Reforma Trabalhista, a Reforma da Previdência e a proposta de Reforma Administrativa, a despeito de já se ter outras pautas reformistas ocupando o cenário nacional. As justificativas para a reformas eram muitas e de fácil compreensão: a de que o Estado é moroso, caro, burocrático, ineficiente, regula excessivamente e penaliza aquele que produz (no caso, o empresário). O discurso é por deveras sedutor, afinal, ou reforma ou “quebra” o Estado, ou reforma ou não será possível o avanço econômico, ou reforma ou não haverá investimento; ou seja, impõe-se uma trágica lógica de que qualquer reforma que venham a ser apresentada é de grande e excepcional valia. Ou tudo ou nada.

Para enfrentar a alegada ineficiência do Estado (que não é dimensionada com dados ou estudo específico, na mensagem que acompanhou a Proposta), apresenta-se basicamente três pilares no discurso reformista tão retratado nas manifestações do Ministro da Economia Paulo Guedes, sugerindo que a ideia de modernização da Administração Pública passará

pelos 3D: pela desburocratização, desindexação e desvinculação³⁴. Para Guedes, que vê o servidor público como um parasita³⁵, é necessário a modernização da Administração Pública e um forte ajuste fiscal, para o qual também a Reforma contribuiria.

Também está presente como meta da Reforma Administrativa o combate da desigualdade dos trabalhadores do setor público em relação aos da iniciativa privada, através da eliminação de uma série de “privilégios”, a exemplo da própria estabilidade, que geraria comodismo, afetando a prestação dos serviços públicos e políticas públicas. Há evidências reais e constatáveis da eficiência de tantos órgãos e setores públicos pós 1988, mas a razão pela qual elas não têm sido demonstradas e divulgadas no atual governo, é, no mínimo, instigante. Ademais, há pontos da Reforma Administrativa, ainda de 1998, cujo manto também era o da eficiência do serviço público, que até hoje aguardam regulamentação infraconstitucional, a exemplo da avaliação por desempenho. Ao que parece, o novo nessa Reforma, nasceu velho.

A lógica aqui é tão simplista que chega a causar espanto: os servidores não são eficientes porque lhes falta um ambiente predatório e competitivo, ganham muito e se tornam um peso para a sociedade. Pois bem, para além do senso comum, esperavam-se os diagnósticos. Perguntas básicas como: quais os setores dentro de serviço público que são mais “privilegiados”? Estamos falando em servidores públicos Federais, Estaduais e Municipais? Qual a relação do aumento dos servidores públicos nos entes federativos com a prestação de serviços públicos e políticas públicas? O que se entende por ineficiência dos servidores? E a pergunta mais relevante é: qual de fato será a economia para os cofres públicos e quais os setores e serviços que serão mais impactados com a Reforma? Não é possível propor um plano de ação sem de fato ter clareza quanto a essas questões.

A necessidade de melhorias na estrutura administrativa é indiscutível, podemos citar como exemplo, a multiplicidade de carreiras, a falta de uma cultura de gestão de pessoal, a sobrecarga dos Municípios em algumas prestações (o que proporcionalmente também reflete no número de funcionalismo no âmbito dos três poderes), as disparidades entre os valores atribuídos no âmbito municipal, estadual e federal, a necessidade de verdadeiramente existir planos de carreiras no serviço público onde a progressão é gestada sob a lógica de atribuições, enfim, reconhecer a necessidade de uma Reforma não nos condiciona a aceitar qualquer Reforma!

³⁴ Vale a leitura crítica de como busca a implementação dos 3D no texto de Fernando Scaff: SCAFF, Fernando Fa-cury. Preocupações com o plano 3D do ministro Paulo Guedes. *Consultor Jurídico*, 1º out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/contas-vista-preocupacoes-plano-3d-ministro-paulo-guedes>. Acesso em: 25 ago. 2021.

³⁵ Inclusive tal fala gerou condenação judicial: SANTOS, Rafa. Paulo Guedes é condenado por chamar servidores de “parasitas”. *Consultor Jurídico*, 18 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/paulo-guedes-condenado-chamar-servidores-parasitas>. Acesso em: 25 ago. 2021.

Talvez a pergunta adequada a ser feita é: Qual Reforma precisamos? Qual Reforma teremos com a PEC 32?

O Estado brasileiro precisa de: *(i)* simplificação de processos; *(ii)* serviços com qualidade, primando pela inclusão de todos; *(iii)* redução das interferências políticas nos serviços públicos, especialmente aquelas enraizadas pelo patrimonialismo; *(iv)* digitalização dos serviços públicos e governo digital, viabilizado através de acesso a inclusão digital dos cidadãos brasileiros; *(v)* simplificação das carreiras e com planos que correspondam para sua possível progressão; *(vi)* equilíbrio entre remunerações para mesmas atribuições em nível municipal, estadual e federal; *(vii)* profissionalização dos serviços e modernização das estruturas em rede; *(viii)* investimento e aprimoramento dos sistemas de controle e de suas articulações; *(ix)* enfrentamento dos corporativismos dentro das diferentes esferas de poderes, como se evidencia, por exemplo, no Judiciário e Ministério Público; *(x)* uma Reforma que alcance a todos e não que deixe de fora, como hoje o faz, os membros de Poderes e, em grande parte, os Militares.

A Reforma que, atualmente, se apresenta: *(i)* atinge em grande parte os servidores que não possuem as maiores remunerações; *(ii)* desconsidera as diferentes realidades municipais, estaduais e federais; *(iii)* exclui determinadas categorias de agentes públicos; *(iv)* enraizada de patrimonialismo, abre espaço para maiores interferências política no serviço público; *(v)* deixa grande margem para regulamentações futuras, como espécie de norma quadro, abrindo flancos para negociatas políticas; *(vi)* ataca a essência da profissionalização dos serviços públicos na sua estrutura de quadros, que não simplifica, mas só complica; *(vii)* amplia significativamente os poderes do Presidente da República; *(viii)* altera uma das grandes conquistas da República, a estabilidade dos servidores, prerrogativa que permite ao titular de cargo efetivo não se sujeitar aos comandos ilegais ou inconstitucionais de seus superiores.

Há no mínimo dois grandes balões de ensaio que a Reforma, como proposta inicialmente, revelava sobre o modo de pensar e operar daqueles que a propuseram. Primeiro, a ampliação das competências do Presidente da República, e por simetria, do Executivo Estadual e Municipal, das suas competências do artigo 84. Conforme a exposição de motivos da PEC, sob a justificativa de “dotar a Administração pública de mecanismos de gestão mais modernos e flexíveis”, permitir-se-ia ao Presidente da República realizar uma série de alterações por decreto como “extinguir, transformar e fundir entidades da administração pública autárquica e fundacional”, “criar, fundir, transformar ou extinguir Ministérios e órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República”, além de “alterar e reorganizar cargos públicos efetivos do Poder Executivo federal e suas atribuições”. A proposta claramente desconsiderava o paralelismo das formas em Direito Administrativo, causando possíveis impactos para universidades e órgãos de fiscalização, por exemplo, que poderiam livremente

ser extintos em caso de “desagradar” o Presidente da República. Aliás, basta relembrar a celeuma na nomeação dos Reitores das Universidades Federais no Governo Bolsonaro. O segundo ponto, era proposta de positivar o princípio da subsidiariedade, no contexto dos serviços públicos. Com novos mercados escassos e o fim dos freios morais, permite-se a abertura mercadológica para o que até então era regido pelo interesse público. Haveria, em verdade, uma inversão do papel do Estado, que só supriria o setor privado, quando necessário. O que se tinha, subjacente, era a proposta de uma Administração Pública de Vouchers³⁶ e uma tentativa de abandono do dever constitucional de implementar políticas públicas.

Quanto aos retrocessos ao patrimonialismo na forma como se estruturou tecnicamente os “cargos” ou atribuições públicas, de forma clara e pontual:

- o ataque à estabilidade dos servidores públicos, a criação do vínculo de experiência como uma etapa do concurso público, a criação de cargos de liderança e assessoramento (em substituição aos comissionados) para “funções técnicas”, assim como o fim dos percentuais mínimos para o provimento de cargos comissionados por servidores de carreira e das funções de confiança, violam fortemente a gestão pública pensada após a Constituição de 1988, especialmente quanto aos princípios da eficiência e impessoalidade;
- a contratação de servidores temporários para as hipóteses de “paralisação de atividades essenciais”, a exemplo, do que se imagina em caso de greves dos servidores, “atividades, projetos ou necessidades de caráter temporário ou sazonal” e “atividades ou procedimentos sob demanda”, podem impactar diretamente na eficiência dos serviços públicos em si, especialmente quando se pensa em pesquisa científica e inovação, sem falar da própria especialidade que se espera do servidor que acumula tempo e experiência na função pública;
- não há uma clara indicação do que se entende por carreira de Estado, muito embora na Exposição de Motivos da PEC, o Ministro da Economia mencione que tais agentes terão “garantias, prerrogativas e deveres diferenciados” e que “será restrito aos servidores que tenham como atribuição o desempenho de atividades que são próprias do Estado, sensíveis, estratégicas e que representam, em grande parte, o poder extroverso do Estado”; a regulamentação por norma infraconstitucional deixa aberto um espaço de disputa e negociação para definir de fato qual é o papel do Estado e para se pensar em quais carreiras serão necessárias;

³⁶ BERCOVICI, Gilberto. A Administração pública dos cupons. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons> Acesso em: 03 jul. 2021.

- a técnica legislativa precária permite a confusão entre cargo e vínculo, ressaltando-se, mais uma vez, que o vínculo deveria ser configurado de modo a melhor atender os propósitos conferidos à função pública;
- há a possibilidade de se instaurar um regime de competição interna, conforme se percebe da derradeira etapa do certame. Nas três etapas o candidato está em vínculo de experiência, mas sem a prerrogativa da estabilidade, sendo que esta - alcançável apenas ao titular de cargo típico de Estado - só será conferida depois de mais um ano em efetivo exercício, após o fim do vínculo de experiência, com desempenho satisfatório;
- cria uma espécie de *trainee* nos serviços públicos, que após muitas provas de aptidões ficará à mercê da escolha do gestor, por critérios ainda desconhecidos;
- excluem-se os cargos de liderança e assessoramento da vedação ao desligamento por motivos políticos, regra que até faria sentido se fossem mantidas as atribuições dos cargos em comissão, que eram pautadas na confiança e se destinavam à direção, chefia e assessoramento. Ocorre que aqueles cargos, segundo se propõe, poderão ser providos para exercício de funções técnicas, sem falar na disposição que autoriza ao Chefe de cada Poder dispor sobre critérios mínimos de acesso e sobre exoneração, evidenciado, tais proposições, abertura explícita para práticas patrimonialistas;
- em relação aos vínculos temporários, não parece ser suficiente para alterar a realidade atual (fuga do concurso público). Os direitos básicos serão os mesmos dos típicos e não típicos? Poderão tais agentes públicos ser admitidos para substituírem cargos típicos de Estado? Não seria o caso de deixar a regra mais evidente, já que se pretende autorizar essas admissões para situações de acúmulo transitório de serviço? Não há possibilidade de pagamento de serviço extraordinário? Há um problema, isso sim, na aplicação e fiscalização da atual regra de contratações temporárias (artigo 37, IX), mas não com a regra em si.
- a PEC é quase uma proposta quadro, basicamente escassa de conteúdo, haja vista que os pontos que requerem grandes debates públicos acabam por esperar regulamentação futura, como é o caso das carreiras típicas de Estado, a política remuneratória, avaliação de desempenho, como se dará a ocupação dos cargos de liderança e assessoramento, progressão de carreiras e outros;
- não ataca os corporativismos e os principais lugares de “privilégios” e disparidades no setor público: juízes, promotores, militares e parlamentares, ou seja, ela visa os servidores do executivo que, em geral, são justamente os responsáveis pela implementação das políticas públicas.

Por todas as razões elencadas, acredita-se necessária e urgente a revisão da Proposta de Reforma, a fim de que, com base no diagnóstico dos problemas hoje existentes na estrutura administrativa, na necessidade de enfrentar os corporativismos, na efetiva modernização, digitalização, inclusão e articulação dos controles dos serviços públicos, sob uma lógica de combate ao patrimonialismo que contamina a profissionalização e a própria função do Estado, de fato tenha-se uma Reforma que o país precisa e que esteja em consonância com o papel do Estado no século XXI, à luz das conquistas e valores republicanos da Constituição de 1988.

4 CONCLUSÃO

A guinada da racionalidade neoliberal, desde 2016, tem reflexos imediatos no Estado Democrático de Direito, desenhado por uma Constituição que promete a justiça social e a implementação das respectivas políticas públicas. É papel da doutrina – responsabilidade moral – denunciar as pretensões reformistas e desvelar o real discurso que se faz presente; os efetivos desígnios da Proposta. Trata-se de uma Reforma que, reafirma-se, traz pouco conteúdo, mas, ao contrário, cria bases para um futuro desconhecido, que se revelará por meio de leis infraconstitucionais, com maiores riscos de alterações a cada legislatura. Vende-se essa alteração como modernização, mas o que ela realmente entrega é a desvalorização da Constituição e, conseqüentemente, da própria Democracia. Há quem defenda tal desconstitucionalização, mas provavelmente ignora-se que o que ela propicia é que o Governo de plantão altere – de forma mais fácil – as bases elementares de que deveria partir a sua administração. Sendo mais claro: se for difícil instrumentalizar o Estado – pois o concurso público é uma materialização da impessoalidade – criam-se mais cargos de liderança e assessoramento com atribuições técnicas, se alteram os critérios de admissão e pronto. Aloca-se no serviço público burocrático, que deveria ser guiado pelo profissionalismo, os “amigos do rei”. Esse cenário já acontece hoje, com os cargos comissionados, em face de desvirtuamentos na aplicação da regra – esta sim poderia ser aprimorada, a fim de torná-la mais rígida –, e tende a se potencializar, caso aprovada a Proposta, nos seus originais termos.

Se há algo que se consegue antever, com o ambiente normativo que a PEC 32 quer criar, é uma Administração Pública que tolera e legaliza o patrimonialismo, ao restringir a estabilidade para cargos que ainda não se sabe quais serão; que aceita o recrutamento de cargos de liderança e assessoramento para funções técnicas, sem necessidade de certame público e que torna possível o desligamento dos servidores que ocupem tais funções por razões políticas; que amplia as possibilidades constitucionais de contratação de servidores temporários, com uma linguagem vaga que intensifica a fuga do concurso público.

Trata-se de um patrimonialismo associado ao que há de mais cruel na racionalidade neoliberal³⁷ – o individualismo extremado –, pois aos cargos burocráticos, aqueles que devem atuar em prol da realização das políticas públicas, é estabelecido um regime de competição interna, na fase de recrutamento de tais agentes. Os cargos de liderança e assessoramento, que poderão ocupar – sempre importante repetir – funções técnicas, escapam da competição interna, pois se trata de um vínculo formado a partir de livre escolha – ou de critérios que ainda não sabe quais serão. Ademais, membros de poder e militares – em especial os oficiais, que ocupam postos mais elevados da escala hierárquica –, são “esquecidos” pelos subscritores da Reforma.

Ao longo do texto foram desenvolvidos pontos que deveriam ser objeto de preocupação dos legisladores, como a simplificação de processos, o oferecimento de serviços com qualidade e inclusivos, a redução de interferências político-patrimonialistas, a discussão acerca da implementação de efetivas carreiras, a justiça remuneratória no serviço público, a profissionalização e modernização das estruturas em rede, o aprimoramento do controle, o enfrentamento dos corporativismos de determinadas carreiras e a inclusão dos membros de Poderes e militares na pauta.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2011.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. 2009. 409f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 70. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Corr eta.pdf;jsessionid=EFCBB13A8CB3DB1E69200746B62B575D?sequence=1. Acesso em: 18 out. 2018.

³⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016

- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência da configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 50, p. 91-98, mar. 1998.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. Trad. Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reflexões sobre a Reforma Gerencial brasileira de 1995. *Revista do Serviço Público*, ano 50, n. 4, p. 5-30out./dez. 1999. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/1999/662-Reflex%C3%B5es_Reforma_Gerencial.RSP.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado nos anos 90:lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova – Revista de Cultura Política*, v. 45, p. 49-95, 1998.
- SANTOS, Rafa. Paulo Guedes é condenado por chamar servidores de “parasitas”. *Consultor Jurídico*, 18 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/paulo-guedes-condenado-chamar-servidores-parasitas>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- SCAFF, Fernando Facury. Preocupações com o plano 3D do ministro Paulo Guedes. *Consultor Jurídico*, 1º out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/contas-vista-preocupacoes-plano-3d-ministro-paulo-guedes>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- SCHWARTZMAN, S. *Bases do autoritarismo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- SCHWARTZMAN, S. A atualidade de Raymundo Faoro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 207-213, 2003.
- SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Pedido de Orientação Técnica n. 7577-0200/10-0*. Relator: Conselheiro Cezar Miola. Porto Alegre, 16 mar. 2011. Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/app/pesquisa/jurisprudencia/pesquisa?b=*%&q=#error=login_required&state=cee66c-38-88e2-4652-8e03-9cfa379658b2 Acesso em: 31 maio 2021.

O PAGAMENTO ANTECIPADO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA

Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Professor de Direito Administrativo na Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Assessora de controle externo no TCM-SP

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Etapas de realização da despesa. 3 Pagamento semelhante ao setor privado. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou o surto do “coronavírus” (2019-nCoV) como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), constituindo uma pandemia.

Através da Portaria do Ministério da Saúde n. 188, de 3 de fevereiro de 2020, foi declarada Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN). Em decorrência, foi, inicialmente, editada a Lei n. 13.979, em 13 de fevereiro de 2020, com medidas de combate à pandemia. Referida legislação sofreu profundas alterações, em especial em face das Medidas Provisórias n. 926, de 20 de março de 2020 – convertida na Lei n. 14.035, de 11 de agosto de 2020 –, n. 951, de 15 de abril de 2020 – cujo prazo de vigência restou encerrado em 12 de agosto de 2020 –, e n. 961, de 6 de maio de 2020 – convertida na Lei n. 14.065, de 30 de setembro de 2020 –, e que trataram exclusivamente da temática das contratações públicas.

A vigência da Lei n. 13.979/2020 expirou em 31 de dezembro de 2020, porquanto a redação do seu art. 8º vinculava a vigência ao Decreto Legislativo n. 6/2020:

Art. 8º Esta Lei vigorará enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, observado o disposto no art. 4º-H desta Lei.

Decreto Legislativo n. 6, de 2020

Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos

resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei n. 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020.

Assim, a “decisão cautelar proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6625¹, afeta exclusivamente os artigos 3º a 3º-J da Lei n. 13.979, 2020, mantendo a sua vigência mesmo após o dia 31 de dezembro de 2020”.²

Como a pandemia não se encerrou em 31 de dezembro de 2020, foi expedida a Medida Provisória n. 1.026, de 6 de janeiro de 2021 – convertida na Lei n. 14.124, de 10 de março de 2021 –, dispondo sobre medidas excepcionais para a aquisição de vacinas, insumos, de bens e serviços destinados à vacinação contra a Covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a doença, bem como a Medida Provisória n. 1.047, de 3 de maio de 2021, dispondo sobre as medidas excepcionais para a aquisição de bens e a contratação de serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia da covid-19.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já se debruçaram sobre essas legislações, mas, o foco principal eram as contratações públicas. Embora seja o tema que mais cause repercussão nas atividades administrativas, certo que há outro que merece ser analisado e discutido, já que seu impacto pode ser tão ou mais prejudicial ao exercício das funções públicas.

Trata-se do pagamento antecipado, previsto inicialmente no inciso II e § 1º do art. 1º da Lei n. 14.065/2020 e, mais recentemente, no art. 7º da MP n. 1.047/2021.

A denominada “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, sancionada no dia 1º de abril de 2021, nos termos do art. 193, inciso II da Lei, após o transcurso de 2 (dois) anos de sua publicação oficial, irá revogar integralmente a Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002 e os arts. 1º a 47 da Lei n. 12.462/2011. Durante esse período, muito embora tenha entrado em vigor na data de sua publicação, como previsto no art. 194, nos termos do contido nos arts. 190 e 191, se verificarão algumas regras de transição: (i) contratos firmados antes de 1º de abril de 2021 continuarão sendo regidos pela Lei vigente no momento de suas formalizações; e (ii) até o dia 1º de abril de 2023 a Administração Pública poderá optar

¹ BRASIL. STF. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.625 Distrito Federal*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 30 dez. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6.625MC4.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

² CORRÊA, Ronaldo. Quais são os reflexos da decisão do STF em relação à Lei n. 13.979, de 2020? *Dica do Ronny*, 4 jan. 2021. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/quais-sao-os-reflexos-da-decisao-do-stf-em-relacao-a-lei-no-13-979-de-2020/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

por licitar/contratar diretamente conforme o regime de legislação até então vigente ou a nova, cumprindo indicar, uma dessas duas opções, na instrução pertinente³.

Diferentemente da ainda vigente Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que não faz referência ao pagamento antecipado, a Lei n. 14.133/2021, no art. 145, traz a possibilidade, desde que, propicie sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

Mesmo ciente de que o pagamento antecipado já era uma realidade, com fundamento, especialmente, nas decisões do Tribunal de Contas da União, e artigos doutrinários, certo que a pandemia ocasionou uma revisitação do instituto.

2 ETAPAS DE REALIZAÇÃO DA DESPESA

O orçamento é o instrumento de planejamento de qualquer entidade, seja ela pública ou privada, e representa o fluxo de ingressos e aplicação de recursos em determinado período.

Para o setor público, é de vital importância, pois é a Lei Orçamentária Anual (LOA) que fixa a despesa pública autorizada para um exercício financeiro.

Uma vez publicada a LOA, observadas as normas de execução orçamentária e de programação financeira estabelecidas para o exercício e lançadas as informações orçamentárias, cria-se o crédito orçamentário e, a partir daí, têm-se o início da execução orçamentária propriamente dita.

Ao realizar um procedimento licitatório, na fase interna, um dos atos que a Administração Pública deve praticar é fazer a reserva de dotação ou pré-empenho, cujo objetivo é possibilitar à Unidade Orçamentária controlar a destinação prévia de seus recursos, bem como comprovar a existência de recursos necessários à realização de uma despesa, devendo, obrigatoriamente, preceder à licitação e em consequência ao empenho.

A reserva de dotação ou pré-empenho onerará o saldo da dotação e será comprovado pela expedição de um documento denominado Nota de Reserva.

Após a emissão da reserva e da licitação, os três estágios da execução das despesas previstos na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964⁴ são: **empenho, liquidação e pagamento.**

³ LEI n. 14.133/21: a nova Lei de Licitações está vigente e é aplicável. *Blog Zênite*, 07 abr. 2021. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/lei-no-14-133-21-a-nova-lei-de-licitacoes-esta-vigente-e-e-aplicavel/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

⁴ Contempla as normas gerais de direito financeiro recepcionadas pela Constituição de 1988.

O empenho, de conformidade com o contido no art. 58 da referida legislação, implica no ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado, obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

A obrigação de pagamento é gerada pela expedição da Nota de Empenho (art. 61 da Lei n. 4.320/1964)⁵ independentemente de o serviço ter sido prestado ou a mercadoria ter sido entregue. Esse documento indica: nome do credor; a representação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

Desta forma, segundo o art. 60 da mesma norma, é vedada a realização de despesa sem prévio empenho, estando a sanção prevista no art. 4º, inciso VI, do Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Após, há a fase de liquidação da despesa que, segundo o art. 63, consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

Ato subsequente, ocorre o pagamento⁶, que consiste na entrega de numerário ao credor. Então, a rigor “e nos exatos termos da legalidade estrita, a Administração Pública somente pode realizar o pagamento após o cumprimento das etapas de realização da despesa e que trata a Lei n. 4.320/64, quais sejam: a realização do empenho e a liquidação da despesa prévias.”⁷.

Segundo o art. 64, a ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Determina o Estatuto Licitatório (Lei n. 8.666/1993), em seu art. 40, inciso XIV, que o edital deverá tratar das condições de pagamento, nos seguintes termos:

Art. 40 - O edital [...] e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XIV - condições de pagamento, prevendo:

- a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;
- b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
- c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

⁵ A Nota de Empenho, em regra, substitui o Termo de Contrato, de conformidade com o art. 62, ‘caput’ e § 4º da Lei n. 8.666/1993 e no art. 95 da Lei n. 14.133/2021.

⁶ Determina o art. 62 da Lei n. 4.320/1967: O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após regular liquidação.

⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch. Pandemia e pagamento antecipado. *Blog Zênite*, 05 maio 2020. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/pandemia-e-pagamento-antecipado/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

- d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
- e) exigência de seguros, quando for o caso.

No mesmo sentido, a Lei n. 14.133/2021 disciplina:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

Ante os referidos dispositivos, resta claro que a Administração Pública licitante pode, livremente, estabelecer as condições de pagamento a que tem direito o contratado pela execução do ajuste e que no momento refletem melhor o interesse público.

Desse modo, caber-lhe-á indicar, entre outras condições, que o pagamento será feito de uma só vez, após a entrega e o recebimento definitivo do objeto, ou que será realizado em parcelas, satisfeitas depois da entrega e recebimento definitivo de cada uma das partes em que se dividiu, para esse fim, o objeto do contrato. Ainda cabe-lhe indicar que o pagamento será realizado em partes: uma adiantada, no momento, por exemplo da assinatura do contrato, e o restante ao final do ajuste, com a entrega e o recebimento definitivo do objeto, ou, finalmente, que uma parte do preço será antecipada e satisfeita, v.g., no ato da assinatura do acordo, e o saldo em várias parcelas conforme for acontecendo a execução do contrato.⁸

Por sua vez, o art. 55, inciso III, da Lei n. 8.666/1993 determina que a minuta de contrato deve ter cláusula indicando as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento. Redação semelhante consta do art. 92, inciso V, da Lei n. 14.133/2021, já que dentre as cláusulas necessárias o contrato deve trazer o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Isto porque, quando se celebra um contrato, seja na esfera privada ou na esfera pública, as partes adquirem direitos e obrigações, de modo que, o exercício de seus direitos requer de cada parte, também, o cumprimento de suas obrigações.

A regra para a Administração Pública é no sentido de que o pagamento (obrigação) ocorra somente após a execução do contrato pelo particular ou de parcela deste (direito). De acordo com a Lei n. 4.320/1964, o pagamento somente pode ser realizado após a liquidação

⁸ GASPARINI, Diogenes. Pagamento antecipado nos contratos administrativos. *RDP*, v. 97, 1991. p. 239- 240.

da despesa, a qual “consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito” (art. 63⁹).

Nos termos da lei, por conseguinte, o pagamento da despesa está condicionado ao procedimento prévio de liquidação, cuja finalidade é a constatação do direito do credor em face dos documentos comprobatórios do respectivo crédito. No que pertine aos créditos decorrentes de fornecimentos e prestações de serviços, a exigência contida no inciso III, do § 2º do dispositivo em análise expressa a obrigatoriedade da precedência do adimplemento da obrigação ao efetivo pagamento, o que implica em proibição de pagamento antecipado.

Portanto, a realização do pagamento pela Administração exige o adimplemento das obrigações contratuais pelo contratado, o que, na forma do art. 40, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, ocorre com a “prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela deste, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança”. Mesmo que a Lei n. 14.133/2021 não tenha redação semelhante, a ideia que se coloca é a mesma.

Ainda, importante verificar que a caracterização do adimplemento contratual, no âmbito das contratações públicas, pressupõe a realização do recebimento do objeto pela Administração. Nesses moldes, o recebimento do objeto pela Administração constitui outro requisito indispensável para a regular realização do pagamento.

Cumpridos os requisitos enumerados, resta à Administração efetuar o pagamento devido pela regular execução do ajuste. O principal efeito da realização do pagamento é a extinção da obrigação. Isso significa que o pagamento, como regra, importa o reconhecimento de que as parcelas ajustadas foram realizadas no modo e tempo devidos, conferindo quitação ao contratado e liberando-o das obrigações assumidas.

O principal efeito gerado a partir do pagamento do contrato pela Administração é a extinção da relação jurídica firmada com o particular, seja quanto às parcelas contratuais executadas e pagas, seja quanto à totalidade das obrigações contratuais. E, para que isso ocorra regularmente, é necessário que o particular execute e entregue o objeto e a Administração realize seu recebimento.

⁹ Artigo 63 - A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º - Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a ser paga;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º - A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes de entrega do material ou da prestação do serviço.

3 PAGAMENTO SEMELHANTE AO SETOR PRIVADO

A Lei n. 8.666/1993, reproduzindo disposição já agasalhada pelo revogado Decreto-Lei n. 2.300/1986, prevê que:

Art. 15 - As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

Na mesma linha, a Lei n. 14.133/2021 indica:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

I - condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

Dessas disposições destacam-se os valores a serem privilegiados pela Administração Pública no sentido de propiciar-lhe a concreção do negócio mais vantajoso para o erário público. Nestes termos, ressaltamos o concernente à aceitação das condições de compra e pagamento oferecidas pelo mercado ao setor privado, desde que representem efetiva vantagem econômica.

Lembra Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que “uma das regras de regência do Direito Financeiro, consagradas pela Lei n. 8.666/93, art. 15, inc. V, determina que a Administração Pública deve seguir também as regras de condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado. É uma norma que a jurisprudência vem enaltecendo com equilibrado bom senso.”¹⁰.

Yara Darcy Police Monteiro, sobre o assunto, esclarece que, “em se tratando de aquisição, a lei considera como proposta mais vantajosa para a Administração aquela que não se limita a ofertar o menor preço corrente em condições normais, porém a que decorre do aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado em face da economia de escala, bem como da competição com o setor privado, inclusive com a aceitação das condições impostas para o pagamento, visando à obtenção dos consequentes preços privilegiados.”¹¹.

¹⁰ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Assinatura de Periódicos – procedimentos e jurisprudência. *Revista Zênite*, v. 12, p. 297-303, abr. 2005. Disponível em: https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?task=GET_DOCUMENTO&idDocumento=9172EAA4-4DB2-4717-9108-FD81D9D30954. Acesso em: 30 jul. 2021.

¹¹ MONTEIRO, Yara Darcy Police. Compras – Entrega Parcelada do Objeto – Pagamento Antecipado – Garantia do Contrato. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 113-119, mar. 1996. p. 115.

Outra, ademais, não é a orientação de Marçal Justen Filho:

Uma condição fundamental para a eficiência administrativa reside na utilização de procedimentos semelhantes aos praticados no setor privado. O inc. III expressamente consagra o princípio, no tocante às condições de aquisição e de pagamento para as compras. O dispositivo propicia indagação acerca da forma de pagamento, especialmente sobre o cabimento de pagamentos antecipados ou à vista.

[...]

A Administração pode (deve) obter reduções de preço e outras vantagens, semelhantemente ao que se verifica no setor privado. Diante da possibilidade de pagar antecipadamente, deve ser reduzido o preço ou concedido outro benefício para o Estado.¹²

Em outro momento, o citado autor destaca que:

Determinando que as condições de pagamento no setor público serão semelhantes às praticadas no setor privado, a Lei legitimou o pagamento antecipado. É usual, no setor privado, o pagamento antecipado. Aliás, essa interpretação é corroborada por uma circunstância histórica. O inc. III do art. 15 repete o disposto no Dec.-lei n. 2.300/86. Esse, por sua vez, teve origem na Lei n. 10.395/70, do Estado de São Paulo.¹³

Comentando a Lei Paulista n. 10.395/70, Antônio Marcello da Silva afirmou que:

A finalidade do dispositivo é a de dinamizar o sistema de compras da Administração, equiparando-o ao do setor privado. Nesse sentido, determina que os órgãos interessados usem de todos os meios admissíveis no setor privado para a obtenção de vantagens, tais como, pagamento à vista, quando isso importar em redução do preço e liquidação antecipada de duplicatas, a fim de abater os juros.¹⁴

Ora, no que diferem as condições de pagamento praticadas pelo setor privado para justificar o estabelecido no inciso IV, do art. 15 da Lei n. 8.666/1993 e no inciso I, do art. 40 da Lei n. 14.133/2021?

Para responder esta questão, utilizamo-nos, novamente, das lições de Yara Darcy Police Monteiro:

Sem dúvida a distinção significativa está exatamente no pagamento a vista - assim considerado o efetivado no momento do fechamento do negócio, ou contra a entrega da mercadoria - e no pagamento antecipado, comuns na área privada, proibidos,

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 299 e 302.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Op. cit., p. 300.

¹⁴ SILVA, Antônio Marcello da. *Contratações administrativas*. São Paulo: RT, 1971. p. 39-40.

como se acaba de ver, no âmbito da Administração Pública. De fato, a modalidade de pagamento antecipado como uma das condições para obtenção de sensíveis abatimentos do preço incorporou-se nos usos e costumes do comércio, especialmente em face de nossa economia inflacionária. A praxe, aliás, é a de preços diferenciados em função da forma de pagamento.

Surge assim, o impasse. Como conciliar dispositivos colidentes alojados no mesmo sistema jurídico?

A resposta a esse aparente conflito encontra-se na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º, que declara: a lei posterior revoga a anterior, quando seja com ela incompatível.

Destarte, o Estatuto das Licitações - posterior à Lei n. 4.320/64 - ao prescrever regra com esta incompatível, no que pertine à exigência da entrega de bens para fins de liquidação e pagamento da despesa correspondente, revogou parcialmente este preceito.

[...]

Advirta-se, no entanto, que o diploma disciplinador das licitações alude às condições de pagamento semelhantes às do setor privado, no bojo de um contexto em que emerge como inequívoca a finalidade da lei dirigida à busca de vantagens especiais para o Poder Público.

Consequentemente, pode-se firmar que a vedação de pagamento antecipado não mais subsiste para as compras, que em função dessa norma de retribuição, impliquem excepcional vantagem para a Administração. Em outras palavras: o pagamento antecipado só se legitima nas aquisições em que estejam presentes as demais condições antes examinadas, das quais destacam-se o aproveitamento de recursos disponíveis no mercado em face da economia de escala, propiciando uma conjuntura favorável para obtenção de preços competitivos, decorrentes, inclusive, da forma de pagamento. Donde concluir-se ser indispensável a comprovação, em cada caso, da economicidade e vantajosidade para a Administração, como justificativas da conduta do ordenador da despesa.¹⁵

Apesar dos esclarecimentos se referirem especificamente às compras, entendemos que tais regras também podem ser aplicadas nos casos de serviços. Aliás, “tal adiantamento é justificável na execução de obras ou serviços que exigem equipamentos especiais de alto custo, a serem adquiridos pela empresa contratante para o início dos trabalhos, bem como naqueles empreendimentos ou fabricações que impõem grandes inversões financeiras iniciais. Esse sinal ou princípio de pagamento é corrente nos ajustes particulares e nada impede seja adotado nos contratos administrativos, que, tanto quanto possível, devem aproximar-se das praxes do setor privado, para interessar as empresas nos negócios públicos.”¹⁶

¹⁵ MONTEIRO, Yara Darci Police. *Compras* – Op. cit.

¹⁶ MEIRELES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 215.

Anuncia o art. 38 do Decreto Federal n. 93.872/1986, que:

Art. 38 - Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obras, *ou prestação de serviço*, inclusive de utilidade pública, *admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato*, convênio, acordo ou ajuste, *segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.* (grifos nossos)

Segundo esse dispositivo não há vedação à antecipação de pagamento, desde que a Administração Pública tenha como respaldo a exigência de cautelas ou garantias, e esta forma de pagamento tenha sido prevista no instrumento editalício ou contratual.

Hely Lopes Meirelles, ao dissertar sobre o tema, não vê qualquer vedação em relação a esses adiantamentos nos transcritos dispositivos da Lei n. 4.320/1964 e referido Decreto n. 93.872/1986, “[...] pois o que eles exigem é a comprovação do direito do credor ao recebimento, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Ora, se o edital propicia esse pagamento e o contrato estabelece o adiantamento, aí estão os documentos legitimadores da despesa a ser efetuada. O que a Administração pode exigir, por cautela, é fiança bancária, até o recebimento do objeto do contrato”¹⁷.

Analisando a exigência na Lei n. 14.133/2021, Ronny Charles Lopes de Torres, lembrando que a regra é que o pagamento antecipado não deva ser utilizado pela Administração, alerta, ante a vantagem ou até que seja o meio para o atendimento da necessidade administrativa, que sua admissão “deve propiciar sensível economia de recursos ou representar condições indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço. Além disso, deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta”¹⁸.

Daí por que não nos parece exagerado afirmar que se impõe como dever do Administrador aproveitar as peculiaridades do mercado, diante de conjuntura favorável, visando garantir preços estáveis para os insumos de que necessita para a prestação de suas atividades públicas.

Destarte, por envolver risco de não-recebimento das mercadorias, deve a Administração se revestir de meios suficientes para salvaguardar a verba pública, com a finalidade de garantir o cumprimento das obrigações pelo contratado ou de reaver os recursos empregados.

Para tanto, deverá estar previsto no contrato a ser firmado e, objetivando assegurar o adimplemento das obrigações contratuais, a exigência de garantia suficiente para cobrir o

¹⁷ MEIRELES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. Op. cit., p. 215-216.

¹⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 12. ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 730.

valor dos serviços, nas modalidades previstas na Lei de Licitações e Contratos – art. 56 da Lei. 8.666/1993 ou art. 96 da Lei n. 14.133/2021.

Vale notar que a orientação ora sustentada conta com o respaldo da doutrina, conforme já assinalado em várias passagens, bem como do Tribunal de Contas da União; admitindo o pagamento antecipado em casos excepcionais, desde que existam garantias contratuais suficientes ao ressarcimento ao Erário, em caso de possível inadimplência do contratado, bem como, quando resultar em considerável economia de recursos.

Há inúmeros precedentes junto ao Tribunal de Contas da União, dentre os quais destacamos as Decisões n. 444/93 e 067/93¹⁹, desta última transcrevendo-se o trecho a seguir:

A jurisprudência dominante neste Tribunal é no sentido de que é proibido o pagamento antecipado de despesas, de qualquer natureza. No entanto, é verdadeira a assertiva do magnífico reitor da Universidade Federal de Pernambuco (UFP) de que a Corte tem admitido, em casos excepcionais e não como regra, o pagamento antecipado de certas despesas, principalmente por empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que existam garantias contratuais suficientes ao ressarcimento do erário, em caso de possível inadimplência do contrato. Nesse sentido foram as decisões prolatadas nos TCs 055143/86 (Anexo IX, Ata 93/86) e 004509/84-6 (Anexo VIII, Ata 58/87), de interesse da Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) e Companhia Brasileira de Alimentos (Cobal), respectivamente. Neste último emitiram Declarações de voto os eminentes Ministros Ivan Luz e Carlos Átila. Deste transcrevo o seguinte tópico: 'O pagamento antecipado, parcial ou total, somente se deve efetuar em caráter excepcional, quando, comprovadamente, seja esta a única alternativa para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado, ou ainda quando a antecipação propiciar sensível economia de recursos [...]'.²⁰

A jurisprudência do TCU também é firme no sentido de admitir o pagamento antecipado apenas em condições excepcionais, contratualmente previstas, sendo necessárias ainda garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto²⁰.

Ressalta, ainda, o TCU, ser necessário comprovar a significativa economia de recursos, resguardada pelas necessárias garantias, ou quando a antecipação seja a única opção para auferir o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado.

Tomada de Contas Especial fora instaurada em razão da impugnação total das despesas realizadas com os recursos de convênio celebrado pelo Ministério da Integração Nacional com o município de Colniza/MT, para a pavimentação de ruas e avenidas do referido ente federativo. Ao apreciar o mérito, o relator afirmou não proceder a alega-

¹⁹ No mesmo sentido o Acórdão n. 460/2004 - Primeira Câmara e Acórdão n. 550/99 - Segunda Câmara.

²⁰ TCU. Acórdão 1.614/2013 – Primeira Câmara. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

ção do ex-prefeito de que os pagamentos realizados à empresa contratada estariam amparados no contrato formalizado, que continha previsão de adiantamento de 10% do valor contratado para realização de mobilização inicial da obra, na medida em que o valor da nota fiscal emitida pela empresa correspondeu a 38,09% do valor global pactuado. Além disso, consignou que o relatório da CGU apontara a ausência de execução dos serviços, pois os serviços que deveriam ter sido realizados pela empresa contratada teriam sido efetuados com maquinário e pessoal da prefeitura. Por fim, ressaltou o relator a ilegalidade da previsão contratual de pagamento antecipado. Nessa esteira, lembrou o Acórdão 1.341/2010 - Plenário, segundo o qual “são três os requisitos exigidos para a realização dos pagamentos antecipados: i) previsão no ato convocatório; ii) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e iii) estabelecimento de garantias específicas e suficientes, que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação”, o que não fora observado pela prefeitura do município convenente.²¹

Sobre o tema do pagamento antecipado, a Advocacia Geral da União editou a Orientação Normativa n. 37:

A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela Administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios: 1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos; 2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e 3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da lei n. 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo Contratado, entre outras.

4 CONCLUSÃO

É sabido que as Cortes de Contas não admitem, como regra, o pagamento antecipado. Contudo, em alguns casos específicos e peculiares o pagamento antecipado foi aprovado pelos referidos órgãos, em especial destacam-se as diversas decisões do TCU.

Mas, há que se ter em conta que a Administração não poderá sofrer qualquer risco de prejuízo. Por isso, o pagamento antecipado deveria ser condicionado à prestação de garantias efetivas e idôneas destinadas a evitar prejuízos à Administração.

Por outro lado, a antecipação de pagamento pode “mitigar riscos (como o do inadimplimento da administração), repercutindo em ampliação da competitividade e oferta de

²¹ TCU. Acórdão 4.143/2016 – Primeira Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler.

preços menores, o que traz vantagens ao interesse público”²². Em acréscimo, o “pagamento antecipado é condição de ampliação do universo de participantes, pois a execução do contrato exige investimentos de grande porte”²³.

Em síntese, dentre as condições²⁴ para que o pagamento antecipado possa ser autorizado pela Administração Pública, podem ser destacadas:

1. Deve-se verificar se as condições de mercado são reais e efetivas.
2. Se o único, ou os únicos fornecedores do bem demandado pela Administração Pública exigem o pagamento antecipado, e se o bem for indispensável para a preservação de valores constitucionais relevantes, como a vida ou a saúde humana.
3. Cuidado em registrar no processo administrativo da aquisição todos os fundamentos de fato e de direito que levaram à necessidade do pagamento antecipado (motivação suficiente), de modo ao registro formal destas informações para fins de controle externo.
4. Deve haver prova de que (i) o fornecedor que exige o pagamento antecipado é o único que dispõe do bem necessário à causa de interesse público; (ii) não há similar no mercado que possa ser adquirido sem o pagamento antecipado; ou (iii) ainda que haja similar no mercado, não possa ele ser entregue em prazo apto a atender à necessidade pública.
5. A Administração deve buscar, ao máximo, as garantias de que o bem adquirido será efetivamente entregue – por exemplo, se possível, pode enviar agentes públicos ao estabelecimento comercial ou industrial do fornecedor para receber os bens imediatamente após o pagamento.
6. O descumprimento de obrigação contratual pela qual a Administração Pública pagou antecipadamente, salvo hipótese de excludente de culpabilidade, caracteriza o dolo, a justificar a imposição de sanções rigorosíssimas, inclusive com base na Lei n. 12.846/2013, a Lei Anticorrupção.

Importante lembrar que foi justamente a crise vivenciada em 2020 nas ações de combate à pandemia de Covid-19 (Coronavírus), que possibilitou à antecipação de pagamento ser considerada “uma medida econômica interessante para fomentar o aumento da

²² TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Op. cit., p. 732.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1536.

²⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Pandemia e pagamento antecipado*. Op. cit.

oferta e redução dos preços dos produtos que se deseja adquirir, superando também resistências que algumas empresas possuem em fornecer para o Poder Público”²⁵.

O pagamento antecipado deve ser uma possibilidade aceita e utilizada pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. STF. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.625 Distrito Federal*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 30 dez. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6.625MC4.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

CORRÊA, Ronaldo. Quais são os reflexos da decisão do STF em relação à Lei n. 13.979, de 2020? *Dica do Ronny*, 4 jan. 2021. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/quais-sao-os-reflexos-da-decisao-do-stf-em-relacao-a-lei-no-13-979-de-2020/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

GASPARINI, Diogenes. Pagamento antecipado nos contratos administrativos. *RDP*, v. 97, 1991.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Assinatura de Periódicos – procedimentos e jurisprudência. *Revista Zênite*, v. 12, p. 297-303, abr. 2005. Disponível em: https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?task=GET_DOCUMENTO&idDocumento=9172EAA4-4DB2-4717-9108-FD81D9D30954. Acesso em: 30 jul. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LEI n. 14.133/21: a nova Lei de Licitações está vigente e é aplicável. *Blog Zênite*, 07 abr. 2021. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/lei-no-14-133-21-a-nova-lei-de-licitacoes-esta-vigente-e-e-aplicavel/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

MEIRELES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Yara Darci Police. Compras – Entrega Parcelada do Objeto – Pagamento Antecipado – Garantia do Contrato. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 113-119, mar. 1996.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Pandemia e pagamento antecipado. *Blog Zênite*, 05 maio 2020. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/pandemia-e-pagamento-antecipado/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

SILVA, Antônio Marcello da. *Contratações administrativas*. São Paulo: RT, 1971.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 12. ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021.

²⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Op. cit., p. 731.

REFORMA ADMINISTRATIVA DA PEC 23/2020 E O (ETERNO) RETORNO DO PATRIMONIALISMO

CYNARA MONTEIRO MARIANO

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC)
Professora do Programa de Pós-graduação da UFC

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 PEC 32/2020 e a proposta de retorno a uma “velha” Administração Pública. 3 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em que pese constituir um dos instrumentos centrais da política de austeridade fiscal do governo federal eleito em 2018, apenas em setembro de 2020 a proposta de reforma administrativa que se traduziu na PEC n. 32/2020, alcunhada de “Nova Administração Pública”, foi encaminhada ao Congresso Nacional. Essa demora muito provavelmente pode ser atribuída aos conflitos internos ao próprio governo e à superveniência da pandemia da Covid-19 sobre a agenda legislativa ou mesmo à concentração dos esforços do Planalto para a eleição dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Em todo o caso, a reforma desejada pelo governo tem impacto profundo sobre os servidores, a organização administrativa e a prestação dos serviços públicos, mesmo sendo apresentada sob um pálio apelo ao senso comum “de que apesar de contar com uma força de trabalho profissional e altamente qualificada, a percepção do cidadão, corroborada por indicadores diversos, é a de que o Estado custa muito, mas entrega pouco”¹.

A Mensagem n. 504/2020 à PEC32/2020 não apresenta, no entanto, qualquer dos indicadores “diversos” do custo do Estado nem da ineficiência dos serviços públicos, sendo representativa, no nosso entender, de mais uma reforma estrutural realizada unicamente por questões ideológicas, como costumam ser as reformas administrativas, trabalhista e previ-

¹ O teor da Mensagem n. 504/2020 à PEC 32/2020 pode ser conferido em: BRASIL. Congresso Nacional. *Mensagem n. 504*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0nxd04yob58yz8yo71vvrffxv30134361.node0?cod-teor=1928153&filename=Tramitacao-MS+504/2020. Acesso em: 25 ago. 2021.

denciária que já atravessaram o país, as privatizações do presente e do passado e os demais instrumentos de entrega paulatina da gestão pública para o mercado.

Se o nível de satisfação dos usuários dos serviços públicos, que não foi medido cientificamente pela proposta do governo, não é satisfatório, é preciso que seja dito, desde já, que eficiência não se atinge “em menos tempo e com menores custos”, como também consta da mensagem do Planalto. Eficiência requer um conjunto de complexidades: financiamento adequado dos serviços públicos, continuidade e qualidade, incorporação de novas tecnologias e técnicas, planejamento, programas de aperfeiçoamento permanente dos servidores e empregados públicos, ou seja, exatamente aquilo que a PEC 32/2020 busca eliminar.

Em 25 de maio deste exercício de 2021, a proposta foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), e seguirá para a análise de uma Comissão Especial antes de ser votada no plenário e posteriormente encaminhada ao Senado. O parecer da CCJC pela admissibilidade suprimiu, no entanto, 3 (três) conteúdos da redação originária da proposta: a possibilidade de extinção, transformação e fusão de entidades da administração pública autárquica e fundacional, a proibição para que servidores de cargos típicos de Estado exerçam outra atividade remunerada e a inclusão dos novos princípios da imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública e subsidiariedade no regime jurídico-administrativo, do *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988².

O texto que agora segue para análise da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, continua, no entanto, atingindo importantes dimensões do funcionamento do Estado brasileiro, a saber, a organização administrativa, as formas de prestação do serviço público e os trabalhadores do setor público. Atualmente, a Administração Pública já dispõe de vários instrumentos para transferir a execução de determinados serviços públicos ao setor privado e ao Terceiro Setor, seja por meio de concessões, permissões, autorizações, parcerias público-privadas, contratos de gestão, convênios etc. Além disso, a terceirização de atividades-meio é uma prática recorrente e já consolidada em diversos órgãos e entidades administrativas, assim como infelizmente a terceirização de atividades fins, embora vedadas por lei (Decreto n. 9.507/2018).

Com a PEC 32/2020, o governo pretende aumentar ainda mais expressivamente a participação da iniciativa privada no serviço público, garantindo sua atuação em qualquer atividade, desde que não privativa de um cargo típico de Estado. Isso pode ocorrer diante das possibilidades de fragilização dos vínculos e da ampliação das investidas sem concurso.

² O parecer de admissibilidade com as 03 (três) emendas supressivas pode ser conferido em: BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Relatório da Proposta de Emenda à Constituição n. 32, de 2020*. Altera disposição sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01deje157k4rw21mqjf161w3r3729927134.node0?codteor=2016367&filenome=Parecer-CCJC-24-05-2021. Acesso em: 25 ago. 2021.

Ademais, o texto prevê compartilhamento de estrutura física e de recursos humanos de particulares entre governo e iniciativa privada, inclusive sem contrapartida financeira.

Nossa análise neste ensaio, que reproduz parte da conferência ministrada no XXXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo promovido pelo IBDA, terá como centro, no entanto, uma crítica ao efeito de retorno das práticas patrimonialistas que resultarão da PEC 32/2020, representado pelas graves e preocupantes alterações propostas para os vínculos e o regime jurídico dos servidores públicos a partir de então, sob o discurso paradoxal de busca pela eficiência e da modernização do Estado. Não cuidaremos, porém, da exposição de cada um dos dispositivos legais introduzidos, suprimidos ou alterados³, mas de apontamentos sobre os principais retrocessos das propostas no regime jurídico do servidor público, nos princípios dos serviços públicos e nos reforços republicanos da Constituição Federal de 1988, nesse particular.

Para os servidores públicos, a proposta sugere mudanças em questões fundamentais como seleção, vínculo, estabilidade, direitos, remuneração e qualificação, sedimentando, inclusive, uma desigualdade profunda entre carreiras que, se antes gozavam de remuneração e regime jurídico diferenciados, agora passarão também a ser as únicas que gozarão da estabilidade. Os novos servidores são o alvo principal da PEC, que pretende garantir aos antigos a maior parte dos direitos previstos na Constituição e benefícios hoje já praticados. Contudo, a fragilidade dos novos vínculos e o aumento do espaço da discricionariedade para a investidura de novos cargos, como os de “liderança e assessoramento” terão aplicação imediata e afetarão o trabalho e a vida funcional dos atuais servidores, podendo inviabilizar a continuidade de programas, projetos e planejamentos, e ainda intoxicar os ambientes funcionais com práticas patrimonialistas que a redação originária da Constituição de 1988 procurou evitar.

Para a admissão de novos servidores, a PEC 32/2020 sugere cinco novos tipos de vínculos com a administração pública: vínculo de experiência, vínculo por prazo determinado, vínculo por prazo indeterminado, cargo típico de Estado e cargo de liderança e assessoramento, este último como resultado da transformação paulatina das atuais funções de confiança e cargos comissionados, que hoje pressupõem a investidura por quem já integra a carreira na primeira hipótese⁴. O vínculo de experiência consistirá em uma etapa avaliativa do concurso público para dois cargos específicos, os de vínculo por tempo indeterminado

³ A esse propósito, recomendamos ao leitor a leitura do texto integral, que pode ser encontrado em: BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 32, de 2020. Altera disposição sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928147. Acesso em: 25 ago. 2021.

⁴ O art. 4º do texto da PEC 32/2020 estabelece que “as funções de confiança, os cargos em comissão e as gratificações de caráter não permanente existentes na data de entrada em vigor desta Emenda à Constituição serão gradualmente substituídos pelos cargos de liderança e assessoramento a que se refere o artigo 37, caput, inciso V, da Constituição, nos termos de ato do Chefe de cada Poder”.

e o cargo típico de Estado. Os servidores concorrentes para esses dois cargos passarão pelo vínculo de experiência por um e dois anos, respectivamente, para depois, em caso de efetiva aprovação, posterior cumprimento de 1 (um) ano de estágio probatório, conforme atualmente já previsto.

A contratação por prazo determinado, por sua vez, poderá ser feita mediante seleção simplificada se houver necessidade decorrente de situações de emergência e de calamidade, paralisação de atividades essenciais/acúmulo transitório de serviço ou se forem previstas atividades sazonais, temporárias e sob demanda. Com novas hipóteses, ficam ampliadas as oportunidades para contratações por prazo determinado, especialmente se considerarmos que a necessidade de atendimento a “demanda” constitui um conceito jurídico muito aberto, a propiciar uma verdadeira panaceia de contratações por prazo determinado, cuja discricionariedade pode ser utilizada indiscriminadamente para burlar a regra do concurso público e do limite de gastos com pessoal, afastando a impessoalidade e o controle fiscal nessas contratações.

As funções de confiança são, por determinação legal, providas por servidores efetivos e somente se destinam às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, inciso V da CF/88). Se a reforma administrativa for aprovada tal qual proposta pelo governo, os cargos de “liderança e assessoramento” podem vir a ser ocupados por quaisquer cidadãos não servidores, e poderão desincumbir-se de atribuições estratégicas gerenciais e até mesmo técnicas. O uso de cargos de liderança para o exercício de atividades técnicas ampliará as chances de contratação sem concurso público, ainda que haja a ressalva de que a quantidade máxima de cargos desse tipo deve ser limitada por lei complementar a ser editada futuramente.

A estabilidade no serviço público, por seu turno, passará a ser reservada única e exclusivamente aos servidores com cargo típico de Estado, a ser definido em futura lei complementar. Aqui vislumbramos o que talvez seja o maior prejuízo e maior erro que a PEC 32/2020 poderá produzir. A estabilidade, ao contrário do que vulgarmente se pensa, é uma garantia do serviço público e dos seus usuários, e não um privilégio do servidor público, eis que a permanência no cargo é a única condição capaz de promover a continuidade do serviço público e a sua profissionalização, realidades que serão diretamente afetadas com servidores submetidos aos humores de seus superiores e gestores, que terão liberdade para substituí-los a partir de então sem a garantia de apuração de responsabilidade em um devido processo legal, como a Constituição exige hoje⁵.

⁵ Sobre o assunto, sugerimos conferir: MARIANO, Cynara Monteiro; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Estabilidade no serviço público: privilégio ou garantia ao próprio serviço público? Entre o direito à boa Administração Pública e a vedação ao retrocesso social. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 125-152, abr./jun. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v20i80.1197>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1197>. Acesso em: 25 ago. 2021.

Portanto, há um risco de que, em função da ausência de estabilidade dos novos servidores e do aumento provável da rotatividade no serviço público, os serviços percam qualidade, continuidade e impessoalidade. Convém também antecipar que a expectativa para a definição dos cargos típicos de Estado em lei posterior é que esta espécie de cargo ficará restrita exclusivamente às atribuições cujo exercício é vedado à iniciativa privada, como as áreas de fiscalização, de segurança pública e diplomacia. Logo, é bastante provável que não se pretenda classificar os trabalhadores da saúde, educação, ciência e tecnologia, assistência social, ou mesmo advogados públicos nesta categoria. Os cargos da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas e Defensoria Pública também não devem ser classificados como típicos de Estado, mas por motivo diverso, dado que já são regidos por legislação própria.

A provável e futura exclusão dos trabalhadores da saúde, educação, ciência e tecnologia etc. da definição de cargo típico de Estado é um claro contrassenso com o discurso oficial do Planalto que encaminhou a proposta da reforma administrativa também sob o argumento da necessidade de “viabilizar a prestação de serviço público de qualidade aos cidadãos, especialmente para aqueles que mais precisam”, como consta do teor da Mensagem n. 504/2020. Os serviços públicos da educação e, notadamente, da saúde, que serão excluídos da definição de cargo típico de Estado, são essenciais às populações vulneráveis não apenas para a sobrevivência e para o desenvolvimento integral, como também constituem importantes instrumentos de distribuição de riquezas e eficazes multiplicadores fiscais.

Para a demissão dos novos servidores, também está previsto tratamento diferenciado para os cargos típicos de Estado e servidores contratados por prazo indeterminado. No primeiro caso, mantêm-se as regras atuais (por processo administrativo disciplinar, decisão judicial transitada em julgado e insuficiência de desempenho), mas acresce-se a possibilidade de demissão por decisão judicial colegiada de segunda instância, sem necessidade de que tenha havido trânsito em julgado. Para os contratados por prazo indeterminado, outras hipóteses poderão justificar a demissão, desde que aprovadas em lei posterior.

Quanto aos direitos e remuneração, aos novos servidores também estarão vedadas algumas conquistas dos antigos. Adicionais, promoções e licenças por tempo de serviço serão extintas pela reforma proposta, assim como a possibilidade de reajustes salariais retroativos. Também não será mais possível conceder férias por período superior a trinta dias durante o período aquisitivo de um ano (o que atingirá diretamente os docentes do magistério federal, hoje com 45 dias de férias anuais), reduzir a jornada de trabalho do servidor sem correspondente redução de sua remuneração, exceto por questões de saúde, e conceder aposentadoria compulsória como forma de punição. Proíbe-se, além disso, a incorporação ao salário de quaisquer valores porventura recebidos pelo servidor quando do exercício de cargos e funções temporárias. Embora grande parte das vantagens remuneratórias vedadas pela PEC 32/2020 já não exista no serviço público federal, muitos Estados e Municípios ainda preveem o pagamento de algumas dessas incorporações.

Do que se expôs até aqui, é possível perceber que a PEC 32/2020 é um desestímulo ao servidor e ao serviço público profissionalizado, tanto pela ausência de uma garantia à permanência do servidor em face de humores nada republicanos dos gestores, quanto ao novo ambiente de privilégios que será inaugurado no serviço público, que chancelará uma clara desigualdade de regime jurídico entre os servidores, a privilegiar os ocupantes de cargos típicos de Estado, já dotados de padrões remuneratórios bastante diferenciados.

Esse desestímulo também conviverá com outro: a ampliação da presença de servidores que ingressarão no serviço público sem mérito e que poderão ainda exercer atribuições técnicas, em clara substituição de uma mão-de-obra especializada e meritocrática. Tais mudanças, por óbvio, são contraditórias ao escopo do governo que busca, ao menos discursivamente, eficiência e inovação⁶. Mas retratam um conjunto de inovações para o “velho”, isto é, para o retorno a um passado de livre patronagem. A contratação via concurso público e a estabilidade do servidor são fatores que, até hoje, cumpriram justamente a função de desincentivar essa prática na gestão da coisa pública. A PEC da “Nova Administração Pública” já nasce, portanto, “velha” e fadada ao retorno à administração pública patrimonialista de outrora, a qual julgávamos ter superado em boa parte pelo republicanismo reforçado pela Constituição de 1988.

2 PEC 32/2020 E A PROPOSTA DE RETORNO A UMA “VELHA” ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há um conjunto de obras clássicas no pensamento histórico, político e econômico brasileiro que se dedicou a explicar o país, deixando conclusões que remeteram a um suposto vício de origem, a justificar uma prática social que não efetua a distinção entre a

⁶ Uma prova incontestável dessa contradição com o discurso oficial de inovação e eficiência é a revogação proposta do § 2º do art. 39 da Constituição, que prevê “A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados”. A revogação proposta resulta, portanto, no fim das escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, o que, obviamente, é indispensável para a eficiência e para a inovação no serviço público. Também é difícil imaginar que tais princípios sejam, de fato, os móveis da PEC 32/2020, tendo em vista que os servidores públicos das áreas de educação, ciência e tecnologia, não foram expressamente, desde já, classificados como detentores de cargo típico de Estado a merecerem o regime jurídico diferenciado. O texto da PEC 32/2020 propõe a introdução da inovação como novo princípio do regime jurídico-administrativo (art. 37, caput da CF/88), mas, ao mesmo tempo, traz regras que vão desestimular os investimentos em pesquisas e em pessoal voltado à educação, ciência e tecnologia, dado que os trabalhadores não se sentirão atraídos por essas áreas, desprotegidas que estarão da demissão arbitrária e desprovidas de escolas para capacitação. Essa situação, por certo, tornará o Brasil ainda mais distante de avançar em termos de inovação no cenário global, pois ano a ano a América latina é apontada como região caracterizada por seus baixos investimentos em P&D e inovação. Nesse sentido, conferir, a título de ilustração, o “índice global de Inovação 2020”, elaborado pela World Intellectual Property Organization (WIPO): WIPO. *Índice Global de Inovação 2020: quem financiará a inovação?* S.l.: Wipo, 2020. Disponível em: https://www.globalinnovationindex.org/userfiles/file/reportpdf/GII_2020_KeyFindings_PT_web.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.

esfera pública e a privada na vida política. *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, *Instituições Políticas Brasileiras*, de Oliveira Vianna, *A Formação Econômica do Brasil*, de Celso Furtado, *Os Donos do Poder*, de Raymundo Faoro, *O Povo Brasileiro*, de Darci Ribeiro ou *A Formação do Brasil Contemporâneo* e *História Econômica do Brasil*, de Caio Prado Júnior, por exemplo, apontaram para a permanência de um elemento de essência da metrópole portuguesa, legado ao Brasil como herança capaz de determinar um triste e corrupto destino do Brasil, delimitado a partir do Brasil Colônia, percebido como um enorme empreendimento ou uma grande fazenda, a ser explorada por Portugal.

Desse cenário decorreriam todas as mazelas brasileiras, a encontrarem origem comum na indistinção entre interesses públicos e privados e na captura dos primeiros a serviço das elites que tomaram o poder em 1822. Não são poucas as análises que demonstram a resistência dessas elites em promover o desenvolvimento da indústria nacional, da abolição da escravidão e da superação de uma ideologia conservadora e antidemocrática, a demonstrarem que o patrimonialismo brasileiro, em um outro olhar, também deita suas raízes na influência da dominação tradicional como fundamento da legitimidade da ordem, dentro da tipologia weberiana da dominação⁷.

O patrimonialismo, em Weber, é uma forma de dominação por uma autoridade que se legitima pela tradição, cujas características repousam no poder individual do governante que, sustentado por seu aparato administrativo recrutado com base em critérios unicamente pessoais – o estamento burocrático de Faoro⁸, exerce o poder político sob e em um determinado território. Assim, afirma o próprio Weber: “falaremos de Estado patrimonial quando o príncipe organiza seu poder político sobre áreas extrapatrimoniais e súditos políticos – poder que não é discricionário nem mantido pela coerção física – exatamente como exerce seu poder patriarcal”.⁹

Também extraímos de escritos mais contemporâneos o que é, porém, condizente com uma ordem que se legitima a partir da tradição: o pouco apego das elites brasileiras ao pensamento liberal.¹⁰ Florestan Fernandes, em *A Revolução Burguesa no Brasil*, também

⁷ Na teoria política de Max Weber, as razões da obediência política estão sintetizadas em três tipos “puros” ou “ideias” de dominação legítima, a saber, a dominação carismática, a dominação racional-legal e a dominação tradicional, esta última podendo explicar como perduram socialmente as práticas patrimonialistas. A dominação tradicional ocorre “quando sua legitimidade repousa na crença na santidade de ordens e poderes senhoriais existentes desde sempre” (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. v. 1. Brasília: UnB, 1999. p. 33). Trata-se, portanto, da crença na legitimidade do poder pelo fato de que o seu exercício ou a sua investidura decorre de longa tradição ou costume, a partir de uma autoridade que sempre existiu.

⁸ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. v. 2. 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. v. 2. Brasília: UnB, 1999. p. 239-240.

¹⁰ Essa resistência das primeiras elites brasileiras ao pensamento liberal é bem registrada por Emilia Viotti da Costa logo no intróito do seu *Da Monarquia à República*: “O *bourgeois gentilhomme* da elite brasileira, empresário e

apontou que o bloqueio do capitalismo pela conjugação de estatuto colonial, escravidão e a grande lavoura exportadora impediram uma sucessão de acontecimentos de impacto que resultassem em uma revolução capitalista clássica no Brasil. Melhor dizendo, a manutenção dessas estruturas coloniais não impediram propriamente um certo desenvolvimento do capitalismo no país, mas teriam ditado um ritmo próprio e uma condição particular: o “capitalismo dependente”, determinado pela associação da burguesia com o capital internacional¹¹.

A permanência das estruturas e dos vícios coloniais teriam legado a persistência dos vínculos personalistas, baseados em uma espécie de sistema de privilégios, que parecem ter estruturado a vida institucional brasileira. Falamos em vida institucional para não incorrerem em qualquer aproximação ou identificação de uma visão essencializante que moldura um traço culturalista do caráter do brasileiro como naturalmente propenso à corrupção. Nossa abordagem crítica do projeto de reforma administrativa da PEC 32/2020, como algo que remete a uma administração pública de patronagem também não guarda conexão com uma tese, igualmente objeto de crítica, de defesa de uma ideologia antiestatal e de classe que identifica o Estado como o lócus privilegiado da corrupção e das práticas de patronagem.

Referimo-nos a Jessé Souza, por exemplo, que vislumbra um efeito naturalizador e secundário do patrimonialismo nas teorias patrimonialistas clássicas, aquelas que procuraram explicar o país a partir da herança colonial. Souza considera que o patrimonialismo, diferentemente das análises clássicas, é uma ideologia projetada por parte da elite paulistana vencida por Vargas em 1930, no sentido de construir uma teoria e uma elite intelectual e política antiestatal e liberalizante, como discurso legitimador para a reconquista do poder político perdido e a preservação de seus privilégios¹². Ele adverte, assim, que o patrimonialismo sob

aristocrata, ávido de lucros e de títulos de nobreza, assumiu uma posição ambígua em relação à ética burguesa e ao capitalismo. A ética capitalista, com seu culto da liberdade individual, sua valorização da poupança e do trabalho, seu apreço pelo *self-made man*, não fazia muito sentido numa sociedade em que o trabalho era feito por escravos, as relações humanas se definiam em termos de troca de favores e a mobilidade social dependia da patronagem da elite. O sistema de clientela e de patronagem, cujas origens remontam ao período colonial, impediu a racionalização da administração. A burocracia do Império foi cabide de empregos, os burocratas sujeitos aos caprichos da política e ao revezamento dos partidos no poder. As lutas políticas se definiram em termos de lutas de família e suas clientelas. A ética de favores prevalecia sobre a ética competitiva e o bem público confundia-se com os bens pessoais. Dentro desse quadro de relações, o sistema capitalista encontrava obstáculos para seu desenvolvimento. De outro modo, seu dinamismo limitado, característico do capitalismo periférico, não era suficiente para desarticular as bases de sustentação da patronagem” (COSTA, Emília Viotti. *Da Monarquia à República*. 9. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2010. p. 13-14).

¹¹ FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*: ensaio de interpretação sociológica. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

¹² Em *A Elite do Atraso*, Jessé Souza assim disserta sobre a tese patrimonialista como ideologia da elite paulistana que perdeu o poder político com Vargas: “Quando Sérgio Buarque elegia o patrimonialismo das elites que habitam o Estado como o grande problema nacional, ele não estava dando vida, portanto, a nenhum sentimento novo. A corrupção do Estado era uma das bandeiras do tenentismo. A falta de homogeneidade de pensamento dos tenentes, sua confusão em relação à hierarquia das questões principais, refletiam uma carência real. Poder-se-ia, por exemplo, perceber a corrupção do Estado como efeito da captura do mesmo pela própria elite econômica que o usa para defender e aprofundar seus privilégios. Isso teria levado a uma conscientização coletiva dos desmandos de uma elite apenas interessada na perpetuação de seus privilégios. Não foi essa a interpretação que

a roupagem do discurso liberal, ao demonizar o Estado como lócus privilegiado de corrupção e de relações pessoalizadas na prática institucional, seria ainda o discurso que, revestido de crítica da realidade, permitiria a manutenção de uma série de privilégios a determinados grupos. Se o Estado, naturalmente propenso à corrupção, é o inimigo, a virtude fica reservada ao mercado, como um “conto de fadas para adultos” quer fazer crer.¹³

A crítica ao patrimonialismo, nessa versão de sinal trocado, isto é, de um discurso liberalizante e falseador, a significar uma ideologia antiestatal, infelizmente ainda parece fazer sucesso no país e em toda a América latina, operando, ciclicamente, a cada projeto econômico e estrutural emancipador, uma guinada ao retrocesso. Essa parece ser a história do Brasil e da América latina, permeada por avanços e retrocessos, reformas e contrarreformas, em um movimento contínuo de libertação e conservação patrimonialista a que Florestan Fernandes chama de fascismo, em *Poder e contrapoder na América Latina*.

Como já tivemos oportunidade de escrever a respeito¹⁴, nesta obra, Fernandes procura explicitar a maneira como as classes sociais se formam no continente latino-americano, alertando para as incompletudes ou deformações dos processos coloniais e neocoloniais e, portanto, de uma forma particular de desenvolvimento de um sistema capitalista que não logrou concluir o percurso de uma revolução tipicamente burguesa. Dessa maneira, na América Latina, o desenvolvimento do capitalismo conserva e reproduz aspectos da política colonial e aprofunda os laços de dependência e submissão aos interesses do imperialismo em detrimento dos interesses nacionais.

Uma das marcas dessa lógica de desenvolvimento do capitalismo no continente, para Florestan Fernandes, é a da estruturação e vigência de uma forma “autocrática” de

prevaleceu. A elite do dinheiro paulista, que havia perdido o poder político ainda que mantido o poder econômico, agiu de modo astucioso, calculado e planejado. Percebeu claramente os sinais do novo tempo. A truculência do voto de cabresto estava com os dias contados. Em vez da violência física, deveria entrar a violência simbólica como meio de garantir a sobrevivência e longevidade dos proprietários e seis privilégios. Com o Estado na mão dos inimigos, a elite do dinheiro paulistana descobre a esfera pública como arma. Se não se controla mais a sociedade com a farsa eleitoral acompanhada da truculência e da violência física, a nova forma de controle oligárquico tem que assumir novas vestes para se preservar. O domínio da opinião pública parece ser a arma adequada contra inimigos também poderosos. [...] Como se construiu esse projeto no alvorecer no século XX? A USP, a Universidade de São Paulo, foi criada por essa mesma elite desbancada do poder político, e pensada como a base simbólica, uma espécie de *think tank* gigantesco do liberalismo brasileiro a partir de então. E também desse projeto bem urdido de contrapor a força das ideias generalizadas na sociedade contra o poder estatal desde que este seja ocupado pelo inimigo político à época representado por Getúlio Vargas. Sérgio Buarque é menos o criador e mais o sistematizador mais convincente do moralismo vira-lata que irá valer, a partir de então, como versão oficial pseudocrítica do país acerca de si mesmo. Como o Estado corrupto passa a ser identificado como o mal maior da nação, a elite do dinheiro ganha uma espécie de carta na manga que pode ser usada a partir de então sempre que a soberania popular ponha, inadvertidamente, alguém contrário aos interesses do poder econômico (SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à lava-jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 130-132)

¹³ SOUSA, Jessé. *A tolice da Inteligência brasileira*. São Paulo: Leya, 2015. p. 221-252.

¹⁴ MARIANO, Cynara Monteiro. Democratização da Administração Pública e os perigos do fascismo no Brasil. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXX, n. 277, p. 106-137, mayo/ago. 2020. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.277-1.76257>.

organização do exercício do poder pelas elites que, sempre “na véspera”, sufoca as forças populares que buscam abrir novos horizontes na luta de classes. As classes não são diferentes na América Latina, o que é diferente é o modo pelo qual o capitalismo se objetiva e se irradia historicamente como força social.

3 CONCLUSÃO

Diante dessas reflexões, não se desconhece, portanto, as críticas antiestatais que as teses patrimonialistas podem engendrar, a pretexto de legitimar a perpetuação de um sistema de privilégios que se pretende ver recuperado. É exatamente aqui, aliás, que identificamos ou reconhecemos a conveniência do alerta de Jessé Souza quanto ao projeto de reforma administrativa da PEC 32/2020. A proposta, no nosso entender, representa um movimento de recuperação de um espaço mais livre para a patronagem na administração pública, que libera a exigência de concurso público para atribuições técnicas, que agora poderão ser desempenhadas por cargos de liderança e assessoramento e por cargos com vínculos de prazo determinado para atender “a demanda”, e fragiliza a permanência no serviço público, em um retrocesso à situação anterior à Constituição de 1988, que não conhecia obstáculos, como o concurso e a estabilidade, à liberdade para a patronagem.

Atentos a esse alerta, mas conscientes de nossa realidade concreta, entendemos que o patrimonialismo é tanto uma herança histórica que estruturou e ainda estrutura a vida institucional, dado que a experiência histórica brasileira tem demonstrado que o fenômeno não é acidental ou episódico, como também é uma ideologia de classe. Se o patrimonialismo possui essa dúplici natureza ou efeito, constitui, portanto, e talvez, o maior obstáculo de uma *república de se republicanizar*, como já sintetizou nosso país Murilo de Carvalho¹⁵. Nesse contexto, ou como consequência, a PEC 32/2020, por buscar o retorno a um ambiente mais propício à patronagem, longe de significar modernização do Estado, revela um projeto de reforma de uma administração pública que igualmente resiste a se reformar.

A reforma desejada pelo projeto constituinte de 1988 e que mais se harmoniza com o discurso de modernização do Estado está na direção contrária da PEC 32/2020. Retornando a Weber e aos seus tipos “puros” ou “ideais” de dominação, lembramos que a dominação tradicional, exercida pelo governante com sustento em um aparato administrativo escolhido por critérios intrinsecamente pessoais, era apontada como o fundamento de legitimidade de uma ordem pré-moderna. A justificativa weberiana da estabilidade ou legitimidade da dominação própria dos tempos modernos é a crença na legalidade, que se caracteriza pelo direito e pela burocracia estatal. É essa conclusão de Weber, que erige o fundamento da legitimidade da ordem na legalidade, que logrou êxito em estabelecer a distinção entre o direito moderno

¹⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

do direito antigo, em que imperavam comumente os dois outros tipos de dominação – tradicional e carismático, ambos dependentes de fatores externos ao direito, como a tradição e o carisma¹⁶.

Até um clássico do pensamento conservador, como Oliveira Vianna, sugere o Estado forte e burocrático como antídoto para a incapacidade das oligarquias e elites brasileiras em tratar a administração pública de forma impessoal e formal. Para Vianna, aliás, os postulados do liberalismo não poderiam se implantar no Brasil porque sempre tivemos aqui uma sociedade basicamente oligárquica, familística e autoritária, de sorte que qualquer medida de descentralização, “enquanto a sociedade continuasse a ser o que era, deixaria o poder cair nas mãos dos oligarcas, e a autoridade seria exercida mais para proteger os interesses privados dos oligarcas, do que para promover o bem comum”, pelo que conclui que “o liberalismo conduziria, na realidade, à oligarquização do sistema e à utilização dos recursos públicos para propósitos privados”, uma vez que “o liberalismo seria impossível na ausência de uma sociedade liberal e a edificação de uma sociedade liberal requer um Estado suficientemente forte para romper os elos da sociedade familística”¹⁷.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32, de 2020*. Altera disposição sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928147. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. *Mensagem n. 504*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0nxd04yob58y-z8yo71vvrffxv30134361.node0?codteor=1928153&filename=Tramitacao-MS-C+504/2020. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Relatório da Proposta de Emenda à Constituição n. 32, de 2020*. Altera disposição sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01deje157k4rw21mqjf161w3r3729927134.node0?codteor=2016367&filename=Parecer-CCJC-24-05-2021. Acesso em: 25 ago. 2021.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*. O Rio de Janeiro e a república que não foi. São Paulo: Companhia das letras, 1987.

¹⁶ Para uma leitura mais atenta dos fundamentos da legitimidade do direito e do poder, também sugerimos: MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

¹⁷ VIANNA, Oliveira. *Populações meridionais do Brasil e instituições políticas brasileiras*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982. (Biblioteca do Pensamento Republicano, v. 14). p. 27-28.

COSTA, Emília Viotti. *Da Monarquia à República*. 9. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. v. 2. 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

FERNANDES, Florestan. *A Revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

FERNANDES, Florestan. *Poder e contrapoder na América Latina*. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARIANO, Cynara Monteiro; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Estabilidade no serviço público: privilégio ou garantia ao próprio serviço público? Entre o direito à boa Administração Pública e a vedação ao retrocesso social. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 125-152, abr./jun. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v20i80.1197>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1197>. Acesso em: 25 ago. 2021.

MARIANO, Cynara Monteiro. Democratização da Administração Pública e os perigos do fascismo no Brasil. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXX, n. 277, p. 106-137, mayo/ago. 2020. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.277-l.76257>.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira*. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SOUZA, Jessé. *A tolice da Inteligência brasileira*. São Paulo: Leya, 2015.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava-Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

VIANNA, Oliveira. *Populações meridionais do Brasil e instituições políticas brasileiras*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982. (Biblioteca do Pensamento Republicano, v. 14).

VIANNA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. vols. 1 e 2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. v. 1. Brasília: UnB, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. v. 2. Brasília: UnB, 1999.

WIPO. *Índice Global de Inovação 2020: quem financiará a inovação?* S.l.: Wipo, 2020. Disponível em: https://www.globalinnovationindex.org/userfiles/file/reportpdf/GII_2020_KeyFindings_PT_web.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.

(RE)INSERÇÃO SOCIAL E ACESSO AO TRABALHO DIGNO POR MEIO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL PÓS-PANDÊMICO

DANIEL FERREIRA

Pós-Doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC/FDUC)
Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Professor de Direito Administrativo na Graduação e
Coordenador do Mestrado em Direito do Uninter
Advogado

LUCIANO ELIAS REIS

Doutor em Direito Administrativo pelas Universitat Rovira i Virgili e
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)
Professor de Direito Administrativo do Unicuritiba
Advogado

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Fazendo deliberado uso do poder de compra estatal como técnica de fomento social. 3 Licitações e contratações públicas socialmente sustentáveis *para quem* – e em que medida – no Brasil pós-pandêmico? 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O marco regulatório de licitações e contratos administrativos no Brasil está em franco processo de transição.¹ Por força do disposto no art. 193 da Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei “geral” de Licitações e Contratos Administrativos – NLGL), de 1º de abril de 2021, a Lei n. 8.666/93 (Lei “geral” de Licitações e Contratos Administrativos – LGL), a Lei n. 10.520/02 (Lei do Pregão) e os arts. 1º a 47-A da Lei n. 12.462/2011 (que institui o Regime Diferenciado de Contratação – RDC) estarão revogadas após dois anos decorridos da sua publicação.

¹ O presente artigo revela-se como uma especialização de outro – *levada a cabo mediante nova motivação, recorte, inserção, supressão, alteração e atualização de dados e informações* –, intitulado “Os direitos humanos como legitimadores das cláusulas sociais na contratação pública estratégica ou sustentável: panorama normativo do Brasil, da Espanha e de Portugal” publicado pela dupla em 2019. [PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FERREIRA, Daniel; PORCIÚNCULA, Marcelo (Org.). *Jurisdição (inter)nacional e direitos humanos*. Curitiba: InterSaber; Espanha: Marcial Pons, 2019.]

Ou seja, até o decurso do aludido prazo a Administração poderá optar por licitar ou contratar de acordo com a lei nova ou com as anteriores, vedada a aplicação combinada (art. 191, da Lei n. 14.133/2021), o que, entretanto, não muda o que já se exige em termos de promoção do desenvolvimento nacional sustentável a partir da Constituição da República.

E se antes da pandemia da Covid-19 instalar-se no Brasil isso se impunha, ela se maximiza enquanto do seu enfrentamento e mesmo após seu “controle”, pois não se pode duvidar de seus nefastos efeitos – pretéritos, atuais e futuros – na vida das pessoas e das empresas, pelo menos daquelas que “continuam vivas”.

Nesse sentido, os números são eloquentes: até o final do primeiro semestre de 2021, o Brasil contava com mais de quinhentas mil mortes diretamente atribuídas ao Sars-Cov-2² e com uma taxa de desocupação de 14,7% (a maior desde 2012, expressiva de 15 milhões de pessoas na busca de um trabalho no país),³ donde se pode concluir que qualquer ação de fomento social – público, privado ou combinado – é mais do que bem-vinda, se não mesmo minimamente obrigatória.

Trazendo essa problemática para o campo das licitações e contratações públicas, percebe-se um cenário bastante propício para renovar o debate acerca do dever-poder atribuído ao estado (e aos governantes) de se conferir a elas uma feição “sustentável” ou “estratégica”, no especial sentido de, por meio delas, promover-se a deliberada e expedita (re) inserção social e o acesso reservado a trabalho digno das pessoas em situação de vulnerabilidade extremada.

Em suma, é disto que se trata o presente artigo, da utilização do poder de compra estatal para engajar contratualmente as empresas no cumprimento estimulado do art. 170, da CR, em particular na busca do pleno emprego e na valorização do trabalho humano, visando assegurar a todos uma existência digna.

2 FAZENDO DELIBERADO USO DO PODER DE COMPRA ESTATAL COMO TÉCNICA DE FOMENTO SOCIAL

A contratação pública “estratégica” ou “sustentável”, caso assim prefira, revela-se como um excelente instrumento de regulação estatal e que tem proporcionado excelentes retornos aos estados, nas vertentes econômica, social e ambiental, pelo menos.⁴ Convém salientar que o seu uso, ainda que acentuado recentemente, não é original, já que, por exem-

² BRASIL. *Painel Coronavírus*. 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

³ BRASIL. Desemprego chega a 14,7% no primeiro trimestre, maior desde 2012. *Agência IBGE Notícias*, 27 maio 2021. Disponível em: <https://bitly.com/grupC>. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁴ Para aprofundamento, vide: FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

plo, desde 1953 os Estados Unidos possuem normas dispendo de tratamento diferenciado para beneficiar pequenas empresas – o *Small Business Act*.⁵

Sem dúvida, tal raciocínio representa o uso dos ajustes não somente em “um papel econômico racional para uma perspectiva instrumental, além disso usa o nome de papel redistributivo” e não é uma novidade, pois também já foi utilizado: (i) no Reino Unido, quando após a 1ª Guerra Mundial foi necessário favorecer os veteranos; (ii) nos Estados Unidos, em 1938, ao terem sido impostos, pelo governo, privilégios aos deficientes visuais na aquisição de bens e produtos produzidos por invisuais; (iii) nos Estados Unidos com o *Buy American Act* que prevê restrições para empresas estrangeiras nas compras relacionadas com a defesa; (iv) no Canadá, ao beneficiar a população indígena como forma de compensação pela perda de terras; (v) na África do Sul, ao favorecer a população negra; (vi) na Malásia, visando prestigiar a etnia Malay; e (vii) em Portugal, na última década, com a associação das políticas ambientais às contratações públicas.⁶

Há evidente preocupação no Brasil em relação ao acesso igualitário às oportunidades na firmação das contratações públicas e na vantajosidade delas decorrentes, o que se constata tanto na LGL (art. 3º) como na NLGL (art. 5º). A “novidade” que se percebeu nos últimos anos foi a adoção de critérios ou parâmetros para seleção de parceiros, escolha de propostas, definição dos objetos contratuais que transcenderam a fria e neutra expectativa de satisfação das necessidades ou utilidades administrativas ou coletivas, para a elas fazer atrelar outros interesses, de índole econômica, ambiental e *social* (dentre outros).

Quanto ao último aspecto, a doutrina aponta para essa possibilidade faz certo tempo, merecendo referência, dentre outros e em ordem cronológica, Sérgio Resende de Barros (“função social ou socialidade da administração pública”);⁷ José Pedro Cortiñas-Pelaéz

⁵ “The essence of the American economic system of private enterprise is free competition. Only through full and free competition can free markets, free entry into business, and opportunities for the expression and growth of personal initiative and individual judgment be assured. The preservation and expansion of such competition is basic not only to the economic well-being but to the security of this Nation. Such security and well-being cannot be realized unless the actual and potential capacity of small business is encouraged and developed. It is the declared policy of the Congress that the Government should aid, counsel, assist, and protect, insofar as is possible, the interests of small-business concerns in order to preserve free competitive enterprise, to insure that a fair proportion of the total purchases and contracts or subcontracts for property and services for the Government (including but not limited to contracts or subcontracts for maintenance, repair, and construction) be placed with small business enterprises, to insure that a fair proportion of the total sales of Government property be made to such enterprises, and to maintain and strengthen the overall economy of the Nation.” (Public Law 85-536, as amended). U.S. *Small Business Act*. 2013. Disponível em: https://www.sba.gov/sites/default/files/Small%20Business%20Act_0.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁶ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 19, 21-22.

⁷ “A ideia de função social ou socialidade da administração pública. O interesse público não se limita ao interesse administrativo. Abrange também o interesse social, que pode prevalecer sobre o administrativo, o financeiro, o técnico, como critério de avaliação. Em casos especiais, à proposta financeira ou tecnicamente mais vantajosa, pode preferir outra, que seja de maior proveito social. Exemplo: em regiões ou situações críticas, sendo grave o desemprego, pode o Estado preferir proposta que empregue mais mão-de-obra, atendendo o interesse social,

(instrumentalização das compras estatais);⁸ Luciano Ferraz (“função regulatória” da licitação),⁹ Daniel Ferreira (“função social” da licitação),¹⁰ Maria João Estorninho¹¹ e Nuno Cunha Rodrigues (função instrumental dos contratos públicos).¹²

A título de informação (e de provocação!), em 2011 – e mesmo que sem aparente competência para isso¹³ – o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a “Cartilha do Empregador”,¹⁴ expediente que tornou público o Projeto “COMEÇAR DE NOVO”, instalado no ano de 2009, e que tem por escopo garantir reserva de vagas (da ordem de 5%) para pessoas em regime de cumprimento de pena de prisão ou egressos do sistema prisional

embora outras atendam melhor o estrito interesse administrativo, por serem financeira ou tecnicamente mais vantajosas”. (BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. Piracicaba: Unimep, 1995. p. 161.)

- ⁸ CORTIÑAS-PELÁEZ, José Pedro. Estudio preliminar. Del horizonte mexicano del derecho de la licitación pública. In: LOPES ELÍAZ. *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*. México-DF: UNAM, 1999. p. XXXIII-XXXIV.
- ⁹ “Por fim, em nome do princípio econômico da busca do pleno emprego, vislumbra-se mesmo a possibilidade de utilização do contrato administrativo como instrumento de saneamento de empresas em sérias dificuldades financeiras, todas as vezes que os efeitos sociais decorrentes de sua bancarrota puderem desestabilizar econômica e socialmente importantes segmentos do país. Abrir-se-ia na espécie a possibilidade de contratação direta pelo Poder Público, fundada na inviabilidade de competição, como forma de auxiliar na recuperação da empresa”. (FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=62558>. Acesso em: 20 jun. 2021.)
- ¹⁰ “Portanto, não parece difícil concluir no sentido de que o exercício de função administrativa sempre exigiu, desde 1988, atenção dos gestores públicos (responsáveis pelas licitações, inclusive) com vistas a (i) ‘garantir o desenvolvimento nacional’, enquanto objetivo republicano (de todos, portanto!), e reconhecer a (ii) ‘a defesa do meio ambiente’ e (iii) ‘a busca do pleno emprego’ como princípios da ordem econômica, portanto como nortes de produção e mesmo de consumo de bens e serviços. Destarte, em sede de licitações públicas não se poderia admitir *indiferença administrativa* a tais comandos, merecendo, *no mínimo*, a delimitação do objeto (e do futuro contrato) respeito a tais ditames, tanto negativa como positivamente. Negativa para não feri-los; positiva para, na medida do razoável, pretender alcançá-los, ainda que de forma indireta e mediata. Desse modo, sempre foi material e juridicamente possível ‘dirigir’ o objeto, sob o manto da discricionariedade administrativa, para vislumbrar a *solução ótima*, almejando um fim público duplo (administrativo-coletivo ou coletivo-coletivo) sem oportunizar qualquer plausível cogitação de violação à superveniente Lei Geral de Licitações (e, em especial, o inciso I do §1º do seu artigo 3º, na redação original), porque mesmo ela exige, para sua escorreita aplicação e por evidente, um processo de interpretação sistemático-teleológico que nunca pode se esgotar em seus estritos termos.” (FERREIRA, Daniel. Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP n. 495/2010). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, nov. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=70303>. Acesso em: 20 jun. 2021.)
- ¹¹ “Assim, lembram-se os princípios da igualdade e da não-discriminação e salienta-se a necessidade de incentivar a prossecução de objetivos sociais através da imposição de condições de execução dos contratos públicos que passem, por exemplo, pela obrigação de garantir emprego a determinadas categorias de pessoas, favorecendo a reinserção social de pessoas desfavorecidas, o combate ao desemprego, a promoção da igualdade entre homens e mulheres ou a diversidade étnica”. (ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 422.)
- ¹² RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Op. cit., p. 226.
- ¹³ Isso se infere da falta de previsão nesse específico (ou mesmo em similar) sentido no rol de atribuições acometidas ao CNJ no art. 103-B, da CR.
- ¹⁴ CNJ. *Cartilha do Empregador*. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/269/1/Cartilha%20do%20Trabalhador.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

em obras públicas.¹⁵ Nessa cartilha, esse mesmo órgão administrativo do Poder Judiciário explicita ter estimulado estados e municípios a, por meio de lei, *de decreto* ou, ainda, de “acordos de cooperação técnica” (a partir do exemplo dado em relação à Copa do Mundo de 2014) a assumirem iniciativas dessa natureza.¹⁶

Insta pontuar que este raciocínio, de impulsionar a (res)socialização do egresso do sistema prisional com uma grande janela de oportunidades, a partir dos contratos administrativos, ficou elástico para todos os órgãos e entidades da Administração Pública Brasileira a partir da Lei n. 13.500/2017, que inseriu o §5º no art. 40 na antiga LGL, e do Decreto Federal 9.450/2018 que o regulamentou, instituindo a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional.¹⁷

¹⁵ “Ele visa à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário. O objetivo do programa é promover a cidadania e consequentemente diminuir a reincidência de crimes. A Integração é a pedra angular do programa. *A articulação de parcerias no setor público e na iniciativa privada é a nossa principal ferramenta de trabalho. A mobilização de empresas, órgãos públicos, sindicatos, igrejas, associações e a catalisação de esforços são as únicas formas de cumprirmos as metas ousadas do programa*”. (CNJ. *Cartilha do Empregador*. Op. cit., p. 16 – destacou-se.)

¹⁶ “**RESERVA DE VAGAS** - O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA tem incentivado a União, Estados e Municípios à edição de lei ou decreto, no seu âmbito de competências, que estabeleça a reserva de percentual mínimo de vagas de trabalho criadas em obras e serviços contratados pelo Poder Público a apenados, egressos e ex-cumpridores de medidas socioeducativas. Os Estados de São Paulo, Maranhão e Espírito Santo, o Distrito Federal e o Município de Fortaleza, entre outros entes federativos, já promulgaram leis e decretos sobre o assunto. Assim, nos Estados e Municípios que já instituíram a sua lei, todas as empresas que executarem obras e serviços para o Poder Público, precedidos ou não de licitação, são obrigadas a reservar parte das vagas de trabalho criadas com a obra ou serviço a apenados. E é importante destacar que a obrigatoriedade abrange, inclusive, obras e serviços contratados por empresas públicas e sociedades de economia mista, isto é, entidades integrantes da Administração Pública Indireta, conforme disposto na lei. *Mas não esqueça: a lei deve ser cumprida rigorosamente, mesmo que o edital e o contrato silenciem a respeito.* **Copa do Mundo**: Sem prejuízo da legislação estadual em vigor, em janeiro de 2010, o CNJ e os órgãos e entes federais integrantes da matriz de responsabilidades da *Copa das Confederações e da Copa do Mundo FIFA 2014 firmaram o Acordo de Cooperação Técnica n. 1/2010*, que também versa sobre essa política pública inclusiva. No documento, o Comitê Organizador, o Ministério do Esporte e os Estados e Municípios sedes dos jogos assumiram compromisso oficial de exigir das empresas vencedoras das licitações das obras de infraestrutura e serviços a disponibilização de vagas de trabalho aos assistidos do Programa COMEÇAR DE NOVO em uma proporção de 1 (uma) vaga a 5% (cinco) por cento do total, a depender do número de contratações em cada contrato”. (CNJ. *Cartilha do Empregador*. Op. cit., p. 19-20 - destacou-se.)

¹⁷ Lei n. 8.666/93 (LGL)
Artigo 40 [...] “§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento”.

Decreto Federal n. 9.450/2018

“Art. 5º Na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos disposto no § 5º do art. 40 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

§1º O disposto no caput será previsto:

I - no edital, como requisito de habilitação jurídica, consistente na apresentação de declaração do licitante de que, caso seja vencedor, contratará pessoas presas ou egressos nos termos deste Decreto, acompanhada de

E isso se fez reprisar, no §9º do art. 25 da NLGL, o seguinte: “O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por: I - mulheres vítimas de violência doméstica; II - oriundos ou egressos do sistema prisional”. De conseguinte, dita política afirmativa, inclusiva e voltada à (res)socialização de vulneráveis por meio de acesso a trabalho digno em contratações públicas não apenas se viu confirmada, mas ampliada. No caso do inc. I, para permitir às mulheres vítimas de violência doméstica a possibilidade de emancipação pelo acesso ao trabalho e de fuga do domínio privado para o domínio público, para o espaço econômico e social, propriamente dito.

Portanto, supõe-se que o legislador esteja, afinal, “aderindo” à corrente doutrinária que reconhece as licitações e contratações públicas como sujeitas ao princípio constitucional da sustentabilidade, defendido por Juarez Freitas nos seguintes termos:

Com efeito, o *princípio constitucional da sustentabilidade* não deixa de obrigar pela eventual ausência de regras legais expressas, razão pela qual, na via administrativa, qualquer visão débil do princípio, em termos eficaciais, revela-se lesiva, configurando retorno ao culto (seletivo) do legalismo, com os sacrifícios humanos associados. Dito de outra maneira, sem admitir o retrocesso hermenêutico, o *Estado-Administração tem o dever de aplicar a Lei Fundamental de ofício*, construindo e reconstruindo as regras instrumentalmente voltadas a vivificar o princípio constitucional da sustentabilidade, e consórcio com os demais princípios. Mais: *toda discricionariedade administrativa encontra-se plenamente vinculada à sustentabilidade*, desde a fase interna dos processos administrativos, ou seja, não depende de regras legais por acréscimo [...] para uma aplicação imediata desse princípio constitucional. O contrário representaria arbitrariedade por omissão.¹⁸

A adoção de políticas afirmativas *inclusivas* e *emancipatórias*, de *todas*¹⁹ as minorias existentes no Brasil, pode ocorrer, pois, mediante intermediação de ato regulamentar,

declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo; e

II - no edital e na minuta de contrato, como obrigação da contratada de empregar como mão de obra pessoas presas ou egressos do sistema prisional e de observar o disposto neste Decreto”.

¹⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 248.

¹⁹ “Doutrinariamente, cresce a convicção de que legítima a adoção de meios includentes os quais resultem na diversidade; o objetivo é que no Estado esteja representada a mesma diversidade que existe na sociedade. Se no mercado existem multinacionais e microempresas, se na sociedade existem pretos e brancos, sentenciados e pessoas jamais condenadas, pobres e ricos, é fundamental que no exercício da competência pública seja viabilizada a representação de tal diversidade, que na fruição de serviços públicos seja garantido o acesso de todos a que se qualificam como essenciais, que a existência digna das pessoas seja assegurada nos domínios público e privado”. (CARVALHO, Raquel. *Dos fundamentos das ações afirmativas ao Decreto Federal n. 9.450/2018: o poder de compra do Estado em favor dos presos e egressos do sistema penitenciário*. 2018. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2018/07/25/dos-fundamentos-das-acoes-afirmativas-ao-decreto-federal-no-9-450-2018-o-poder-de-compra-do-estado-em-favor-dos-presos-e-egressos-do-sistema-penitenciario/#comments>. Acesso em: 22 jun. 2021).

não propriamente para diminuir a generalidade e abstração da LGL ou mesmo da NLGL, mas, desde logo, para atender aos reclamos da Constituição de 1988. Portanto, isso se propõe a partir o art. 1º, que estipula como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana, do art. 3º, incisos I e III que preceituam como objetivos fundamentais a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” e “a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais” e do art. 7º, inciso XX, que prevê como “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...] proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

Mas não só. É preciso, ainda, atender outras leis que, de uma forma ou de outra, exigem atenção e distinguida promoção de políticas afirmativas dirigidas às minorias.

Logo, como feito pelo *Estatuto do Idoso* – art. 28, III: “O Poder Público criará e estimulará programas de [...] estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho”;²⁰ pelo *Estatuto da Igualdade Racial* – art. 39, *caput*: “O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas”;²¹ e pelo *Estatuto da Pessoa com Deficiência* – art. 35: “É finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho”.²²

A título ilustrativo (de dispersão dessa realidade normativa no âmbito da federação brasileira), merecem referência, ainda, a Lei n. 4.096/2011, do Estado do Mato Grosso do Sul²³ – que dispõe sobre a compulsória reserva de, no mínimo, 5% das vagas de emprego para mulheres na área de construção de obras públicas – e a Lei n. 18.401/2009, do Estado de Minas Gerais²⁴ – que concede subvenção econômica a empresas que contratarem egressos do sistema prisional do estado mineiro.

²⁰ Lei n. 10.741/2003.

²¹ Lei n. 12.288/2010.

²² Lei n. 13.146/2015.

²³ MATO GROSSO DO SUL. *Lei n. 4096, de 13 de outubro de 2011*. Dispõe sobre a reserva de no mínimo 5% das vagas de emprego para mulheres na área de construção de obras públicas. Mato Grosso do Sul: Assembleia Legislativa, 2011. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683b-ce4ca84704256c0b00651e9d/0ea2249a4b377ef6042579290040e955?OpenDocument>. Acesso em: 21 jun. 2021.

²⁴ MINAS GERAIS. *Lei n. 18.401, de 28 de setembro de 2009*. Autoriza o Poder Executivo a conceder subvenção econômica às pessoas jurídicas que contratarem egressos do sistema prisional do Estado. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=142008>. Acesso em: 21 jun. 2021.

E mesmo que nada disso houvesse, ainda assim o Brasil encontrar-se-ia obrigado a tanto, por força do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente do Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.²⁵

Destarte, tem razão Isabel Celeste M. Fonseca, ao assim aludir, tratando do mesmo tema em Portugal:

Se é certo que muitos são desafios que se apresentam (ainda) o legislador nacional, que deve prever ferramentas claras e seguras de compras públicas, não é menos certo que muitos são também os desafios que se apresentarão sempre ao comprador público, quer o legislador tenha ou não cumprido a sua missão. E é certo que, mesmo que tudo corre bem e passe a existir a melhor legislação sobre contratação pública, isso não basta. Ao comprador público impõe-se sempre um trabalho difícil tendo em conta a malha jurídica e um trabalho continuado de aprendizagem (de informação, de formação, de aquisição de conhecimentos e de técnica). E ainda se impõe mais: a ecologização da sua atitude e a consciência ambiental e social na compra pública, tão necessárias à realização da compra pública inovadora, ambientalmente sustentável e socialmente inclusiva. Do ponto de vista social, o fomento da inserção de pessoas desfavorecidas ou de membros de grupos vulneráveis, o recrutamento de desempregados de longa duração ou a implementação de ações de formação para desempregados de longa duração ou jovens recém-licenciados podem expressamente ser acolhidos pelo legislador e passar a ser considerados verdadeiramente pelo comprador público.²⁶

²⁵ Decreto n. 591/1992 (Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais) Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém. [...]

Anexo

PARTE I [...]

Artigo 2º - 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. [...]

Artigo 6º - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. 2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Artigo 7º - Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: [...] (Grifos nossos). BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

²⁶ FONSECA, Isabel Celeste M. O (novo) conceito da “proposta economicamente mais vantajosa” e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios. In: ESTORNINHO, Maria João (Coord.). *A transposição*

Com efeito, isso se repete em outros estados, o que reforça a tese aqui apresentada. As cláusulas editalícias e/ou contratuais que se referam à empregabilidade e dignidade da pessoa humana geram as contratações sociais, segundo classificação de Teresa Media Arnáiz,²⁷ uma vez que o objeto incorpora reclames e demandas sociais como luta contra o desemprego, a qualidade do emprego, a perspectiva de gênero, a contratação de pessoas com deficiência (descapacitadas física ou mentalmente) ou a reserva de contratos a empresas de inserção ou centros especiais de emprego.²⁸

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz expressa a justificativa das cláusulas sociais para direcionar o setor privado a colaborar com o Poder Público a fim de os ajustes serem de maior qualidade possível em conjunto com o mais compromisso social. Parece que seja possível fruir sempre e quando houver espaço para “*los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario*”,²⁹ usando para tanto uma metodologia de aproximação ou interseção entre o Direito Administrativo e as políticas públicas para a produção de resultados visando o aumento do equilíbrio entre sensibilidade social, liberdade econômica e rigor jurídico. Por fim, o autor ainda enaltece que a contratação pública contribui e “*debe contribuir a una mayor humanización de la realidad pues es posible, vaya si lo es, diseñar las técnicas contractuales de manera que le centralidad de la dignidad del ser humano brille por su presencia. Simplemente con establecer estímulos fiscales a las más variadas expresiones del denominado comercio justo, ya estaríamos trabajando en esa dirección*”.³⁰

Ademais, recorde-se que a Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e elencou dezessete objetivos que deverão ser persecutidos pelos seus signatários, dentre os quais o Brasil. Dentre os objetivos tracejados, vários deles impactam diretamente no temário deste trabalho, em especial: Ob-

das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos. Lisboa: Centro de Ciências Jurídico-Políticas: Centro de Investigação de Direito Público, 2016. p. 49-57. p. 54-55. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_fct.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

²⁷ ARNÁIZ, Teresa Medina. Comercio justo y contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). *Contratación pública estratégica*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 249-281. p. 253-255. Além das sociais, a autora classifica dentre da compra pública estratégica, a compra verde para aludir à integração dos objetivos das políticas ambientais e a compra ética a qual eleva valor para aqueles licitantes ou objetos que venham a ter algumas repercussões com o cumprimento de padrões éticos estabelecidos nas convenções internacionais sobre as condições laborais dignas, salários mínimos, direitos dos trabalhadores, luta contra o trabalho infantil e fomentando o comércio justo.

²⁸ Pode-se citar alguns exemplos de cláusulas sociais para combate do desemprego: a) obrigação de dar trabalho a desempregados por muito tempo (longa duração) ou organizar atividades de formação para jovens e os desempregados; b) obrigação de contratar um número de pessoas deficientes (descapacitadas) superior ao exigido pela legislação nacional no Estado membro ou no estado do titular; e c) considerações relativas a situação da exclusão social dos trabalhadores vinculados à realização do contrato. (BLAY, Miguel Ángel Bernal. El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). *Contratación pública estratégica*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 161-186. p. 174.)

²⁹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). *Contratación pública estratégica*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 31-44. p. 32.

³⁰ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. Op. cit.

jetivo 01. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; Objetivo 02. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis e Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

Dentro dos referidos objetivos, houve detalhamento para expor como eles deverão ser atingidos. Em vários pontos, existe o destaque para o desenvolvimento humano, científico, tecnológico e inovativo, bem como para a imperiosidade de se trabalhar de maneira diferente, portanto, de modo racional e adequado, conforme tratar-se de países desenvolvidos ou de países em desenvolvimento, considerando, em especial, os problemas internos que os assolam.

O próprio item 12.7 estatui a promoção de compras públicas sustentáveis em conformidade com as prioridades nacionais.³¹

Devidamente assentada e fundamentada a premissa de que o fomento à (re)inserção social pela via do acesso a trabalho decente, mediante deliberada política pública albergando as licitações e contratações públicas, tem fundamento constitucional, legal e no próprio Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, assim como nos objetivos do Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, faz-se necessário vislumbrar, ainda que por hipótese, mediante adoção de parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade) quais dessas classes de vulneráveis deverão ser priorizadas no acesso a trabalho decente mediante reserva de vagas junto aos parceiros contratuais da Administração Pública.

3 LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SOCIALMENTE SUSTENTÁVEIS PARA QUEM – E EM QUE MEDIDA – NO BRASIL PÓS-PANDÊMICO?

Com efeito, a instituição do auxílio emergencial, operada por meio da Lei n. 13.982/2020, como medida excepcional de proteção social por conta dos impactos da Co-

³¹ ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). *Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. S.d. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 26. jun. 2021.

vid-19 na sociedade, na economia e no mercado de trabalho, tem seus méritos, mas não se confunde com fomento social e muito menos o substitui. Trata-se de artifício por meio do qual se fornece o peixe, mas não se ensina e pescar e nem se viabiliza que a pesca aconteça, de fato. E é disso que o Brasil precisa – e continuará precisando – por muito tempo ainda, especialmente depois do controle da pandemia.

Igualmente buscando preservar os postos de trabalho, o novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda registrou mais de quinhentos mil acordos fechados entre empregados e empregadores na primeira semana de sua vigência. Por meio dele, instituiu-se o novo Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (BE_m), tendo a experiência de 2020 preservado 10 milhões de empregos.³²

E isso tem se mostrado útil. Todavia, tudo leva a crer que seja necessário priorizar – daqui por diante e ainda por certo tempo – os que sequer tiveram a oportunidade de ingressar no mercado de trabalho, seja por falta de qualificação, seja por falta de mínima formação. Como registrado pelo IPEA, em abril deste ano de 2021,

De maneira geral, assim como o esperado, o impacto da pandemia tem sido mais prejudicial para os indivíduos mais jovens e os menos escolarizados. No quarto trimestre de 2020, mesmo diante de uma retração de 10,6% da sua força de trabalho, a taxa de desocupação dos trabalhadores com idade entre 18 e 24 anos atingiu 29,8%, o que significa que há quase 4,1 milhões de jovens à procura de um emprego. Já o corte por escolaridade mostra que a crise acentuou ainda mais a desocupação entre os trabalhadores com ensino médio incompleto, cuja taxa aumentou de 18,5% para 23,7% entre o quarto trimestre de 2019 e o mesmo período de 2020. Em contrapartida, chama a atenção o fato de que a ocupação dos trabalhadores com ensino superior continua se expandindo, apesar da crise. No quarto trimestre de 2020, o contingente de ocupados com maior escolaridade registrou alta de 4,7% na comparação com 2019, o que, no entanto, não foi suficiente para absorver o aumento de 6,9% da força de trabalho desse segmento.³³

Contudo, programas assistenciais são paliativos e não permitem avanço algum, ou seja, não se mostram desenvolvimentistas, pois não colocam os brasileiros ou o Brasil no rumo de desenvolvimento sustentável e menos ainda se prestam ao atingimento do patamar de liberdade referido por Amartya Sen como *conditio sine qua non* de desenvolvimento.³⁴

³² BRASIL. Casa Civil. *Mais de 500 mil acordos fechados pelo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2021/maio/mais-de-500-mil-acordos-fechados-pelo-programa-emergencial-de-manutencao-do-emprego-e-da-renda>. Acesso em: 26 jun. 2021.

³³ LAMEIRAS, Maria Andréia Parente. Desempenho recente do mercado de trabalho e perspectivas para o ano. *Carta de Conjuntura*, IPEA, n. 51, 2º trim. 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/210413_cc51_notas_mercado_de_trabalho.pdf. Acesso: 25 jun. 2021.

³⁴ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Mercados, Estado e oportunidade social. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Talvez por isso, também, o Governo Federal esteja terminando de alinhavar uma nova política pública e de fomento social para essa “minoría”, mediante um programa para incentivar o primeiro emprego de jovens, como anunciou Bruno Bianco, Secretário Especial de Previdência e Trabalho, em discurso proferido na OIT. Em suas palavras:

Para ajudar na transição para o mundo pós-pandemia, o governo brasileiro está próximo de anunciar medidas que incentivam o primeiro emprego de jovens por meio do pagamento de uma bolsa vinculada ao treinamento desses jovens por empresas privadas, evitando o que conhecemos como “efeito cicatriz”, que pode afetar a trajetória laboral daqueles que buscam a entrada no mercado de trabalho em um momento tão conturbado.³⁵

Destarte, parece mesmo ser o caso de se incrementar ainda mais a ação estratégica governamental mediante estipulação de reserva de vagas para esses jovens em contratos administrativos, preferentemente por lei específica (por medida de cautela) e federal (estipulando “normas gerais”). Na falta, por meio de lei estadual ou municipal.

Mesmo na ausência de lei, corajosamente lançando mão dos argumentos apresentados, de exigência constitucional e legal, e na exitosa experiência iniciada em 2011, em relação a aprisionados e egressos do sistema prisional, por meio das quais lhes foram garantidas vagas em obras públicas. Isto é, aquela operada por meio do Projeto “Começar de Novo”, que para ser concretizado como política pública afirmativa sequer contou com previsão ou autorização legal, contemporaneamente presentes na LGL e na NLGL.

As medidas a serem tomadas deverão ser coordenadas entre os diversos entes federativos, sempre que possível, e planejadas para que exista uma uniformidade de ações e projetos almejando a recuperação do trabalho e da vida digna da população após pandemia, já que a retração econômica impacta diretamente no arrefecimento de melhorias no âmbito social.

Em qualquer caso, de modo razoável e proporcional, ou seja, mediante comprovação de que há, de fato, jovens a inserir no mercado de trabalho – no âmbito nacional, regional ou local –, e mediante estipulação de um percentual adequado, que pode e deve variar conforme a região e as principais atividades empresariais demandadas nas contratações públicas, dentre outros fatores.

Não se pode esquecer que num país tão agigantado territorialmente deve-se alvitrar dos objetivos fundamentais republicanos de diminuir as desigualdades sociais e regionais, já que existirão locais mais afetados em comparação com outros.

³⁵ BRASIL terá programa de primeiro emprego, diz secretário na OIT. *G1*, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/06/15/brasil-tera-programa-de-primeiro-emprego-diz-secretario-na-oit.ghtml>. Acesso em: 26. jun. 2021.

Afinal de contas, para que tal discriminação afirmativa se mostre conforme às leis e ao Direito, é preciso atentar para o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que

Para que um discrimen legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.³⁶

E, como visto, razões para a utilização do poder de compra estatal nesse específico segmento não faltam e os dados apontados revelam a “razão valiosa” para o bem público, qual seja, antes de se tentar garantir o pleno emprego pós-pandemia, que se resolva o problema que apenas cresceu com ela, fomentando o primeiro junto à iniciativa privada, quando da firmiação de parcerias contratuais com o poder público, pelo menos.

4 CONCLUSÃO

Não restam dúvidas acerca do cabimento jurídico de ações afirmativas por meio das contratações públicas, inclusive para permitir aos jovens o privilegiado acesso ao mercado de trabalho, o que não significa que elas possam se concretizar aleatoriamente.

A vantagem da concretização de tais políticas está na melhora das condições de disputa, mediante educação e qualificação *reservada* das minorias, ao que sempre se deve somar, à toda evidência, a formação de todas as pessoas, indistintamente, como pretendido pela ONU *em* direitos humanos e *para a concretização* dos direitos humanos.³⁷

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 41.

³⁷ “Em muitos instrumentos internacionais, foram incorporadas disposições relativas à educação em direitos humanos, em particular na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Artigo 26), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Artigo 13), na Convenção sobre os Direitos da Criança (Artigo 29), na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Artigo 10), na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Artigo 7) e na Declaração e Programa de Ação de Viena (Parte I, parágrafos 33 e 34, e Parte II, parágrafos 78 a 82), bem como na Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlatas, celebrada em Durban (África do Sul), em 2001 (parágrafos 95 a 97 da Declaração, e parágrafos 129 a 139 do Programa de Ação)”. (UNESCO. *Plano de Ação*. Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos. Segunda Fase. Brasília, 2012. p. 2. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002173/217350por.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.)

O emprego das cláusulas sociais deve ser priorizado, portanto, já que a empregabilidade e o direito ao trabalho são direitos humanos e deverão representar uma pauta mais do que prioritária na agenda dos países no mundo, seja por conta dos reflexos da Covid-19, seja por conta do ordinário avanço da tecnologia e o seu impacto sobre o desenvolvimento social.³⁸ Entrementes, a inserção precisa de motivação prévia, explícita, clara e congruente, além de, razoável e proporcional, para que não gere sacrifício insuportável frente ao princípio da não discriminação e da livre concorrência.

Por fim, a escorreita compreensão do tema demanda uma atuação estatal eficiente, inovadora e sistêmica para que se possam concretizar os resultados pretendidos na contratação pública estratégica ou sustentável, quais sejam, a promoção multidimensional do desenvolvimento, com especial enfoque na concretização da dignidade da pessoa humana vulnerável por meio de acesso reservado a trabalho decente junto aos parceiros da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ARNÁIZ, Teresa Medina. Comercio justo y contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). *Contratación pública estratégica*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 249-281.

BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. Piracicaba: Unimep, 1995.

BLAY, Miguel Ángel Bernal. El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). *Contratación pública estratégica*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 161-186.

BRASIL. *Painel Coronavírus*. 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Desemprego chega a 14,7% no primeiro trimestre, maior desde 2012. *Agência IBGE Notícias*, 27 maio 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30793-desemprego-chega-a-14-7-no-primeiro-trimestre-maior-desde-2012-e-attinge-14-8-milhoes-de-pessoas>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Casa Civil. *Mais de 500 mil acordos fechados pelo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2021/maio/mais-de-500-mil-acordos-fechados-pelo-programa-emergencial-de-manutencao-do-emprego-e-da-renda>. Acesso em: 26 jun. 2021.

³⁸ Sobre o assunto, vide recente relatório da União Europeia: EUROPEAN UNION. *Employment and Social Developments in Europe 2018*. Luxemburgo: European Union, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=pt&catId=89&newsId=9150>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL terá programa de primeiro emprego, diz secretário na OIT. *G1*, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/06/15/brasil-tera-programa-de-primeiro-emprego-diz-secretario-na-oit.ghtml>. Acesso em: 26. jun. 2021.

CARVALHO, Raquel. *Dos fundamentos das ações afirmativas ao Decreto Federal n. 9.450/2018: o poder de compra do Estado em favor dos presos e egressos do sistema penitenciário*. 2018. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2018/07/25/dos-fundamentos-das-acoes-afirmativas-ao-decreto-federal-no-9-450-2018-o-poder-de-compra-do-estado-em-favor-dos-presos-e-egressos-do-sistema-penitenciario/#comments>. Acesso em: 22 jun. 2021.

CNJ. *Cartilha do Empregador*. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/269/1/Cartilha%20do%20Trabalhador.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CORTIÑAS-PELÁEZ, José Pedro. Estudio preliminar. Del horizonte mexicano del derecho de la licitación pública. In: LOPES ELÍAZ. *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*. México-DF: UNAM, 1999.

EUROPEAN UNION. *Employment and Social Developments in Europe 2018*. Luxemburgo: European Union, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=pt&catId=89&newSld=9150>. Acesso em: 24 jun. 2021.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2012.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=62558>. Acesso em: 20 jun. 2021.

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

FERREIRA, Daniel. Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP n. 495/2010). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, nov. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=70303>. Acesso em: 20 jun. 2021.

FONSECA, Isabel Celeste M. O (novo) conceito da “proposta economicamente mais vantajosa” e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios. In: ESTORNINHO, Maria João (Coord.). *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: Centro de Ciências Jurídico-Políticas: Centro de Investigação de Direito Público, 2016. p. 49-57. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_fct.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LAMEIRAS, Maria Andréia Parente. Desempenho recente do mercado de trabalho e perspectivas para o ano. *Carta de Conjuntura*, IPEA, n. 51, 2º trim. 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/210413_cc51_notas_mercado_de_trabalho.pdf. Acesso em: 25 jun. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. *Lei n. 4096, de 13 de outubro de 2011*. Dispõe sobre a reserva de no mínimo 5% das vagas de emprego para mulheres na área de construção de obras públicas. Mato Grosso do Sul: Assembleia Legislativa, 2011. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/0ea2249a4b377ef6042579290040e955?OpenDocument>. Acesso em: 21 jun. 2021.

MINAS GERAIS. *Lei n. 18.401, de 28 de setembro de 2009*. Autoriza o Poder Executivo a conceder subvenção econômica às pessoas jurídicas que contratarem egressos do sistema prisional do Estado. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=142008>. Acesso em: 21 jun. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). *Contratación pública estratégica*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 31-44.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). *Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. S.d. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FERREIRA, Daniel; PORCIÚNCULA, Marcelo (Org.). *Jurisdição (inter) nacional e direitos humanos*. Curitiba: InterSaberes; Espanha: Marcial Pons, 2019.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2013.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Mercados, Estado e oportunidade social. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

U.S. *Small Business Act*. 2013. Disponível em: https://www.sba.gov/sites/default/files/Small%20Business%20Act_0.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

UNESCO. *Plano de Ação*. Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos. Segunda Fase. Brasília, 2012. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002173/217350por.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.

AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI

Doutora e mestre pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Professora de Direito Administrativo da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Ex-Procuradora do Município de São Paulo

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 As sanções administrativas na LGPD. 3 Os destinatários das sanções previstas na LGPD. 4 A necessidade de regulamentação do regime sancionatório previsto na LGPD (art. 53). 5 Os impactos da dilação do período de *vacatio legis* para efetividade do regime sancionatório da LGPD. 6 Vedação ao *bis in idem*. 7 A possibilidade de conciliação para vazamentos individuais (art. 52, § 7º). 8 Destinação dos valores arrecadados a título de multa. 9 Responsabilização. 10 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, alterada pela Lei 13.853, de 08 de julho de 2019 e pela Lei Federal n. 14.010, de 10 de junho de 2020), também conhecida como LGPD, foi editada especialmente com base no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados do Direito Europeu – o RGPD (GDPR – *General Data Protection Regulation*) –, em vigor desde maio de 2018, que abrange todos os países membros da União Europeia. No entanto, além desses, existem outros países do mundo que contam com legislações específicas sobre o tema (Japão, Coreia do Sul, Estados Unidos, Argentina, Uruguai).

A entrada em vigor da norma brasileira de proteção de dados, com o objetivo de concretizar a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, bem como reduzir os riscos relacionados ao tratamento indevido de dados pessoais, se dá com atraso em relação a diversos países.

Enquanto os dispositivos que estabelecem as obrigações a serem cumpridas pelos agentes de tratamento de dados pessoais e os direitos dos usuários já estão em vigor desde 18 de setembro de 2020, os artigos que tratam das sanções administrativas por descumprimento da LGPD permanecem em *vacatio legis*, com previsão para entrada em vigor somente

em 1º de agosto de 2021, de acordo com a prorrogação da vigência dos arts. 52 a 54 efetuada pela Lei Federal n. 14.010, de 10 de junho de 2020¹.

O Projeto de Lei 500/21, que altera o art. 65 da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, para determinar a postergação, até o dia 1º de janeiro de 2022, das multas administrativas pecuniárias previstas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), foi apensado ao PL 5762/2019, que altera a Lei n. 13.709, de 2018, prorrogando a data da entrada em vigor de dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD – para 15 de agosto de 2022 e encaminhado em 26/04 à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

E isso traz à tona algumas questões relevantes: i) a proteção dos dados pessoais fica prejudicada por conta da vigência diferida dos arts. 52 a 54 da LGPD no tempo? ii) quais os impactos da dilação do período de *vacatio legis* do regime sancionatório para efetividade da LGPD?

2 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA LGPD

O artigo 52 da LGPD² elenca as sanções administrativas que poderão ser aplicadas em razão da violação às normas nela previstas, cuja consequência de cada uma delas demonstra uma crescente linha de gravidade da infração cometida³. O dispositivo inicia com a advertência, como pena leve, para infrações de menor gravidade, em especial em casos de organização não reincidente. É uma sanção porque submete o particular a uma fiscalização mais atenta e permite um agravamento da segunda infração. Tem um efeito pedagógico interessante.

¹ A Lei n. 14.010/2020 dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19) e altera a data de entrada em vigor das sanções previstas na LGPD. Em seu art. 20, estipula que a vigência dos artigos referente às *sanções administrativas* pela infração ao disposto da Lei Geral de Proteção de Dados se dará a partir de *1º de agosto de 2021*.

² Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração; III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II; IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; VII - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019); VIII - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019); IX - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019).

³ NESTER, Alexandre Wagner; MÜLLER, Nicole Mendes. Regime sancionatório da LGPD (arts. 52 a 54 da Lei 13.709/2018). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 163, set. 2020. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE163/IE163-NesterNicole-RegSancionatorioLGPD.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

Em seguida, prevê as penas pecuniárias de (a) multa simples (que pode chegar até 2% do faturamento bruto da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil, com limite de R\$ 50 milhões e (b) multa diária (nos mesmos moldes), sendo ambas aplicáveis a cada infração cometida.

Por sua vez, a publicização da infração, o bloqueio e a eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração já integram uma categoria de penas mais graves (incisos IV, V e VI), que podem inviabilizar o desenvolvimento das atividades do agente infrator enquanto não for resolvido o problema.

Por fim, os incisos X, XI e XII do caput (suspensão parcial do funcionamento do banco de dados, suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais, proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados) prescrevem as sanções mais severas, capazes de inviabilizar uma empresa privada, a depender da atividade por ela exercida.

As sanções brasileiras cominadas são bem mais amenas do que as previstas na legislação europeia – GDPR –, mas são pesadas.

De todo modo, a previsão das sanções administrativas consagra a incidência do regime de direito sancionador, modelado na Constituição de 1988 e que resolve muitos problemas concretos, com o respeito aos princípios que informam a aplicação das sanções. O parágrafo primeiro do art. 52 reiterou os deveres constitucionais inscritos no art. 5º, incisos. LIV e LV, de que as sanções só poderão ser aplicadas após o processo administrativo, obediência ao devido processo legal, ampla defesa.

Na mesma linha estabelecida no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴, determinou a individualização da sanção por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em cada oportunidade, ao preceituar que a aplicação das sanções deverá ocorrer de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, considerados os parâmetros e critérios dispostos nos 11 incisos do § 1º do artigo 52⁵. Ademais, há necessidade de fundamentação da decisão proferida ao final do processo (art. 54).

⁴ LINDB Art. 22 - § 2º 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. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018). § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018).

⁵ Art. 52, § 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios:

I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a condição econômica do infrator;

Além disso, o § 6^o estabelece que as sanções mais severas, previstas nos incisos X, XI e XII do caput – suspensão parcial do funcionamento do banco de dados, suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais, proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados – poderão ser aplicadas somente após a imposição, para o mesmo caso concreto, de ao menos uma sanção menos grave – multa simples, multa diária, publicização da infração (algo que impacta na imagem da empresa e tem um custo bastante significativo quando feita nos meios de comunicação), bloqueio ou eliminação dos dados pessoais).

E o inc. II do § 6^o do art. 52 preceitua que essas penas mais severas caberão em caso de controladores submetidos a outros órgãos e entidades com competências sancionatórias, ouvidos esses órgãos- quer dizer, nesses casos a sanção mais grave será aplicada desde logo, independentemente da aplicação prévia de sanções menos graves.

Convém registrar que a norma não previu prazo de duração da proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. As normas do direito financeiro também contemplavam inabilitações sem prazo e o Banco Central aplicava inabilitações permanentes. O STF⁷ e o STJ⁸ tem jurisprudência no sentido da impossibilidade de aplicação da penalidade administrativa de inabilitação permanente para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituição financeira e determinaram a limitação da aplicação dessas sanções a 5 anos.

V - a reincidência;

VI - o grau do dano;

VII - a cooperação do infrator;

VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2^o do art. 48 desta Lei;

IX - a adoção de política de boas práticas e governança;

X - a pronta adoção de medidas corretivas; e

XI - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

⁶ § 6^o As sanções previstas nos incisos X, XI e XII do caput deste artigo serão aplicadas: (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019) I - somente após já ter sido imposta ao menos 1 (uma) das sanções de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do caput deste artigo para o mesmo caso concreto; e (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019)

II - em caso de controladores submetidos a outros órgãos e entidades com competências sancionatórias, ouvidos esses órgãos. (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019)

⁷ STF: Pena de inabilitação permanente para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras. Inadmissibilidade [...]. STF. *RE 154.134*. Relator: Min. Sydney Sanches, 1^a T. j. 15-12-1998, *DJ* de 29-10-1999.

⁸ STJ. *Mandado de Segurança 1119 DF 1991/0014769-9*. S1-Primeira Seção, j. 18.12.1991. publ. DJ 16.03.1992. p. 3071. Ementa: Constitucional. Mandado de Segurança. Diretor de Instituição Financeira. Pena de inabilitação permanente. Impossibilidade. Art. 5^o, LXXVII, § 2^o e XLVI, letra e, da Constituição Federal. Deferimento. I- Os direitos e garantias expressamente previstos na CF não excluem outros tantos decorrentes do regime e dos princípios nela adotados (art. 5^o, LXXVII, § 2^o). I. A vedação às penas de caráter perpétuo não pode ser interpretada restritivamente, estendendo-se às penalidades de suspensão e interdição de direitos capitulados no inciso XLVI, letra e do mesmo artigo. III. Segurança concedida.

Apesar de ter a Lei arrolado critérios que devem ser levados em consideração para majoração ou diminuição da sanção- para atribuir algum grau de objetividade à aplicação da sanção-, os critérios e parâmetros estabelecidos na LGPD permanecem muito abertos, “permitem alto grau de subjetividade no momento da aplicação das sanções e, portanto, exigem regulamentação”⁹.

3 OS DESTINATÁRIOS DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LGPD

A LGPD incide sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, que exerçam atividades envolvendo o tratamento de dados pessoais, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados (art. 3º).

As sanções previstas na LGPD são aplicáveis às entidades e aos órgãos públicos, de conformidade com o artigo 52, § 3º, com exceção das sanções de multa, que ficaram restritas ao setor privado, até porque seria um contrassenso punir o erário, seja ele federal, estadual, ou municipal, lesando, de tal forma, a população como resultado.

O mesmo art. 52, § 3º, estatui que as consequências anteriormente referidas poderão ser aplicadas sem prejuízo das sanções cominadas na Lei 8.112/1990, que cuida do regime jurídico dos servidores públicos federais, na Lei 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa, e na Lei 12.527/2011, que regula o acesso à informação. Todas essas leis tratam preponderantemente da responsabilização de agentes públicos.

A LGPD possui sanções mais amplas para os privados em relação às autoridades e órgãos públicos, tendo em conta que as sanções de multa, constantes do art. 52, incisos II e III, são apenas aplicáveis aos agentes de tratamento privados.

Quanto às demais sanções, aplicáveis aos agentes públicos e privados, “com exceção da sanção de advertência, as demais sanções tratam da proteção de dado pessoal contra o tratamento indevido pelo agente de tratamento. Isto é, são sanções que resultam na suspensão ou proibição, em menor ou maior extensão, da possibilidade de o agente de tratamento realizar suas atividades”¹⁰. As entidades estatais poderão ser responsabilizadas nos termos do diploma legislado.

Aparentemente a multa simples não atinge pessoas naturais, pois a Lei só menciona pessoa jurídica (pode ter ocorrido um descuido do legislador). E o empresário individual? Exerce a atividade em nome próprio, sendo inscrito no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas) apenas para fins tributários, não se tratando, obviamente, de uma pessoa jurídica.

⁹ NESTER, Alexandre Wagner; MÜLLER, Nicole Mendes. Regime sancionatório da LGPD... Op. cit.

¹⁰ ALMEIDA, Pedro Luiz Ferreira de; TAVARES, João Victor TAVARES. O regime sancionador da LGPD. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 709-729. p. 719.

A multa simples não tem finalidade ressarcitória ou indenizatória, que se estuda no direito civil, mas tem finalidade punitiva ou repressiva, que traz consigo o regime administrativo sancionador. Nessa linha, Marçal Justen Filho, ao cuidar dessa espécie de sanção no campo das concessões de serviço público, sustenta sua “natureza administrativo-penal, com puro cunho punitivo.”¹¹.

A ANPD precisa regular a questão para esclarecer o parâmetro a ser utilizado na aplicação da multa. Faturamento de que ano?

Após observar que a Lei Geral de Concorrência – LGC (Lei 12.529/2011) – e a Lei Anticorrupção (12.846/2013) especificam que o faturamento utilizado é o do exercício anterior à instauração do processo administrativo, sustenta Francisco Zardo que, como a LGPD não contém essa especificação, a referência deve ser o faturamento do último exercício anterior à prática da infração, salvo se houver previsão em sentido diverso no regulamento a ser editado pela ANPD¹².

A lei se refere a um grupo ou conglomerado. Se a ideia era que a multa recaísse sobre as empresas do grupo, isso não foi disciplinado na lei. Copiou a lei do CADE, onde está prevista a solidariedade, o que não ocorreu com a LGPD. Posso usar o faturamento do grupo como parâmetro para aplicar a multa ao infrator, mas não posso aplicar a uma empresa do mesmo grupo que não seja infratora.

Os destinatários das sanções administrativas são os agentes de tratamento de dados pessoais, definidos como controlador e operador, excluindo o encarregado. O controlador é a pessoa responsável pelas decisões referentes ao tratamento de dados, enquanto o operador é aquele que realiza o tratamento dos dados pessoais em nome do controlador¹³. A ambos serão aplicadas as sanções previstas na LGPD quando devidamente constatado o cometimento de alguma infração, sem prejuízo de serem responsabilizados pelo ressarcimento dos danos patrimoniais, morais, individuais ou coletivos em decorrência da ilegalidade praticada.

“Por vezes, o operador pode ser a mesma pessoa do controlador, mas não necessariamente isso deveria ocorrer, podendo haver pessoas distintas para cada definição”¹⁴.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 463. Em sentido diverso: “A multa administrativa é uma penalidade pecuniária que tem como finalidade compensar o dano causado pelo particular à Administração com a prática da infração” (TRF4. AC 5001994-65.2011.404.7106. Relator para acórdão: Loraci Flores de Lima. 4ª Turma. D.E. 19/12/2012).

¹² ZARDO, Francisco. As sanções administrativas de multa simples e multa diária na LGPD. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 695-707. p. 700.

¹³ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

¹⁴ ALMEIDA, Pedro Luiz Ferreira de; TAVARES, João Victor. O regime sancionador da LGPD. Op. cit., p.712.

A Lei exclui o encarregado das sanções administrativas do artigo 52, sem prejuízo de outras eventuais responsabilizações.

4 A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO REGIME SANCIONATÓRIO PREVISTO NA LGPD (ART. 53)

Como decorrência do caráter amplo da Lei, com o propósito de garantir segurança jurídica e eficácia em sua aplicação, caberá à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, disciplinada nos arts. 55-A a 55-L, a competência para orientação, fiscalização, regulamentação e aplicação das sanções em caso de tratamento de dados realizado de forma irregular.

Com relação às sanções administrativas previstas no art. 52, a LGPD não tipificou as condutas contrárias aos comandos da própria lei como infrações administrativas (condutas típicas, antijurídicas e reprováveis administrativamente nos termos do art. 52).

De acordo com José Roberto Pimenta Oliveira, o princípio da tipicidade (CF, art. 5º, XXXIX), “embora literalmente atrelado à esfera criminal, tem sua força normativa extensível a toda forma de ‘jus puniendi’, inclusive ao sancionamento administrativo”¹⁵.

O princípio da tipicidade se expressa na exigência prescrita à Administração sancionadora de que só exerça essa competência em concordância absoluta com a descrição da norma que prevê a infração. Daí resulta que, no exercício de sua competência sancionatória, a Administração está obrigada a não só indicar minuciosamente a conduta que tem como faltosa, como também a elencar os preceitos normativos de descrição da conduta infracional e as consequências que dela derivarem.

Assim, somente os fatos ocorridos após a publicação do regulamento de sanções poderão ser apenados com multa (CF, 5º, XL - “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), o que, todavia, não obsta a aplicação das demais sanções administrativas às infrações praticadas desde a vigência da LGPD.

Via de consequência, inexistente possibilidade jurídica de imposição de sanção administrativa válida tendo por pressuposto de fato o descumprimento de suas normas.

Para imposição de sanção administrativa, por violação às disposições da Lei, o artigo 53¹⁶ estatui que a ANPD definirá, por meio de regulamento próprio submetido a consulta

¹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e de proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 474.

¹⁶ Art. 53. A autoridade nacional definirá, por meio de regulamento próprio sobre sanções administrativas a infrações a esta Lei, que deverá ser objeto de consulta pública, as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa. §1º As metodologias a que se refere o caput deste artigo devem ser previamente publicadas, para ciência dos agentes de tratamento, e devem apresentar objetivamente as formas e dosimetrias para o cálculo do valor-base das sanções de multa, que deverão conter fundamentação detalhada de todos os

pública- numa tentativa de democratização da ação estatal-, as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa. E seu § 1º estabelece que essas metodologias “devem ser previamente publicadas, para ciência dos agentes de tratamento, e devem apresentar objetivamente as formas e dosimetrias para o cálculo do valor-base das sanções de multa”.

Até que seja editado o Regulamento com a metodologia a ser aplicada é uma norma de eficácia limitada. Serão punidos apenas fatos ocorridos após a vigência das sanções.

É evidente “que não apenas as sanções de multa carecem de regulamentação. A ANPD deve também especificar de modo objetivo, tanto quanto possível, as hipóteses de cabimento de cada uma das diferentes sanções estabelecidas pelo artigo 52”¹⁷.

5 OS IMPACTOS DA DILAÇÃO DO PERÍODO DE VACATIO LEGIS PARA EFETIVIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO DA LGPD

A LGPD ainda não conta com uma efetiva aplicação prática, pois a dilatação do período de *vacatio legis* dos artigos 52 a 54 impede, ao menos por ora, a aplicação das sanções neles previstas, “mantendo a hipótese sancionadora em verdadeiro “limbo” jurídico até lá”, como ressaltam Daniel Ferreira e Luciano Elias Reis¹⁸. Acrescentam que, “Por enquanto, o que há, de concreto, é notícia – na lei – de que seu descumprimento poderá vir a ensejar a imposição de sanção administrativa de multa milionária, o que a olhos vistos, não tem constringido grande parte dos destinatários da norma ao seu cumprimento.”¹⁹.

Gustavo Monaco, Solano Camargo e Amanda Martins observaram: “sem sanções, a LGPD é inócua”. Segundo eles, “sem coercibilidade não há norma jurídica. Haverá, quando muito, imposição de natureza moral. E para tanto, não seriam necessárias as leis”²⁰.

seus elementos, demonstrando a observância dos critérios previstos nesta Lei; §2º O regulamento de sanções e metodologias correspondentes deve estabelecer as circunstâncias e as condições para a adoção de multa simples ou diária.

Art. 54. O valor da sanção de multa diária aplicável às infrações a esta Lei deve observar a gravidade da falta e a extensão do dano ou prejuízo causado e ser fundamentado pela autoridade nacional. Parágrafo único. A intimação da sanção de multa diária deverá conter, no mínimo, a descrição da obrigação imposta, o prazo razoável e estipulado pelo órgão para o seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada pelo seu descumprimento.

¹⁷ NESTER, Alexandre Wagner; MÜLLER, Nicole Mendes. Regime sancionatório da LGPD... Op. cit.

¹⁸ FERREIRA, Daniel; REIS, Luciano Elias. O ‘vazio regulamentar’ do art. 53 e seus impactos na (in)efetividade da LGPD. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 675-694. p. 676.

¹⁹ FERREIRA, Daniel; REIS, Luciano Elias. O ‘vazio regulamentar’ do art. 53 e seus impactos na (in)efetividade da LGPD. Op. cit., p. 680-681.

²⁰ MONACO, Gustavo; CAMARGO, Solano; MARTINS, Amanda. Sem sanções, LGPD é inócua. *Jornal Valor Econômico*, p. E2, 13 abr. 2020.

Os efeitos da *vacatio legis* dessa parte da LGPD podem ser observados sob dois aspectos: jurídico e social.

Do ponto de vista jurídico, as duas principais funções da pena são reprovação e prevenção. Enquanto o sistema não for aplicado, faltarão ou serão altamente minimizados os elementos coercitivo e preventivo para afastar possíveis infrações.

Do ponto de vista social, a prorrogação do prazo para entrada em vigor da parte sancionatória também afeta a eficácia da lei, pois, em alguns casos, os agentes de tratamento de dados podem postergar as medidas de adequação com a celeridade exigida pelo direito tutelado.

Essa situação de baixa eficácia social é corroborada pelo fato de a LGPD, com a redação dada pela Lei n. 13.853/2019 ter disposto sobre a criação, sem aumento de despesa, da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) como órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República (art. 55-A), ao qual assegurou autonomia técnica e decisória (art. 55B).

A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República (§ 1º).

A avaliação quanto à transformação deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD (§ 2º).

A opção por estruturar a ANPD como órgão público em vez de autarquia com regime especial foi objeto de muitas críticas. Salienta-se que a maioria dos países que possuem legislação sobre proteção de dados pessoais possuem uma autoridade nacional independente. O Reino Unido, a França, a Itália, a Argentina e o Uruguai são tidos como referências sobre o tema.

Argumenta-se que, quanto maior for a compatibilidade entre os sistemas, mais fáceis serão os fluxos internacionais de dados, o que beneficiará vários setores, podendo ser utilizados para finalidades comerciais ou de cooperação entre entidades públicas.

A falta de regulamentação do art. 53 aumenta a dificuldade e parece ser fruto de desleixo legislativo-administrativo.

Assim, enquanto o regime sancionatório da LGPD não entrar em vigor e não for regulamentado, as condutas ilícitas previstas na lei não serão passíveis de penalização. Contudo isso não significa dizer que o agente infrator ficará totalmente isento de responsabilização sobre a infração cometida. Não se pode ignorar a existência de outros regimes sancionatórios aplicáveis. Admitir o contrário seria desprezar princípios jurídicos elementares e advogar tese incompatível com o Estado democrático de Direito.

Como esclarecem Daniel Ferreira e Luciano Elias Reis,

ainda que em caráter residual, para os danos indenizáveis e para os crimes assim tipificados como decorrentes de danos ou de simples violação de normas protetivas de direitos fundamentais a que se interrelacionem com dados pessoais, o direito vigente cumpre seu papel e permite, aparentemente bem, responsabilização civil e/ou criminal. Soma-se a essas a administrativa, mediante “aproveitamento” de figuras infracionais e sanções administrativas correlatas, dispostas no Código de Defesa do Consumidor ou, ainda, afeitas ao Marco Civil da Internet, nesse caso mediante intervenção da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL – termos da Lei 9.472/97), da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACOM- conforme os ditames da Lei 8.078/90) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, consoante as disposições da Lei 12.529/2011)²¹.

Várias decisões relevantes que envolviam diretamente o tema da proteção de dados pessoais já foram proferidas pelo STF. Nos dias 6 e 7 de maio de 2020, com a maioria de 10 votos favoráveis, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a Medida Cautelar concedida pela Ministra Rosa Weber, relatora das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, suspendendo a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020 que, em seu art. 2º, *caput*, determinava que empresas de telecomunicações compartilhassem nome, número de telefone e o endereço de seus consumidores de telefonia móvel e fixa com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

O tema foi também tratado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 695-Distrito Federal, com pedido de liminar, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), a fim de que seja reconhecida e sanada grave lesão a preceitos fundamentais praticada pelo Poder Público, em razão de compartilhamento de dados dos mais de 76 milhões de brasileiros que possuem Carteira Nacional de Habilitação (CNH) pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) à Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), com suposto lastro normativo no Decreto n. 10.046, de 9 de outubro de 2019. O Ministro Gilmar Mendes indeferiu a liminar *ad referendum* pelo Plenário. A autorização para o compartilhamento de dados foi revogada em 23 de junho de 2020 pelo governo, data em que estava pautada análise da liminar pelo Plenário do Supremo. A revogação levou a Advocacia-Geral da União a pleitear a perda do objeto da ação, o que foi negado pelo ministro. Ao indeferir a liminar *ad referendum* pelo Plenário, ele garante que o caso será analisado ao menos quanto ao objeto.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6561-Tocantins, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) acompanhou o ministro Edson Fachin (relator) e, por maioria de votos, concedeu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6561 com a suspensão da eficácia da Lei estadual 3.528/2019 do Tocantins, que cria o Cadastro Estadual de Usuários e Dependentes de Drogas, no âmbito da Secretaria Estadual de Segurança Pública, a partir de ocorrência policial

²¹ FERREIRA, Daniel; REIS, Luciano Elias. O ‘vazio regulamentar’ do art.53 e seus impactos na (in)efetividade da LGPD. Op. cit., p. 692-693.

ou outra fonte oficial. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.529-Distrito Federal, a Corte decidiu que os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à Agência Brasileira de Inteligência (Abin) quando for comprovado o interesse público da medida, afastando qualquer possibilidade desses dados atenderem a interesses pessoais ou privados.

6 VEDAÇÃO AO BIS IN IDEM

Nos termos do § 2º do art. 52, as sanções administrativas previstas na LGPD não substituem “a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em legislação específica”.

As esferas administrativas, civis e penais são independentes. No entanto, uma mesma ilicitude não pode dar motivo à incidência de duas ou mais medidas sancionatórias de cunho administrativo, em especial se estiver em causa o mesmo bem jurídico. Trata-se de magistério já consagrado pelo STF em Súmula 19: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.

De acordo com decisão recente do STJ,

conquanto o princípio de vedação ao *bis in idem* não possua previsão constitucional expressa, é ele reconhecido como decorrência direta dos princípios da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal. O princípio do *ne bis in idem* consubstancia direito fundamental do implicado, assim reconhecido no artigo 8.4 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos [(Pacto de São José da Costa Rica)²², ratificado pelo Decreto 678/1992 (CF, art. 5º, § 2º)]. Segundo tal regramento, um mesmo fato não poderá ensejar duas punições de mesma natureza. É dizer, dentre as esferas penal, civil e administrativa, o sujeito ativo de um ato ilícito somente poderá sofrer as sanções na respectiva esfera por uma única vez, respeitada a sanção correspondente, já prevista no ordenamento²³.

A propósito, exemplifica Francisco Zardo:

Suponha-se que um provedor de aplicações de internet deixe de proteger dados pessoais em uma operação de tratamento. Em tese, essa conduta viola o art.11 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)²⁴, sujeitando o infrator às sanções adminis-

²² “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

²³ STJ. *RMS 61.317/MG*. Relator: Min. Sérgio Kukina. 1ª Turma. DJe 20/02/2020.

²⁴ Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. § 1º O disposto

trativas do art. 12 da mesma lei, a saber: multa, advertência, multa de até 10% do faturamento; suspensão temporária; ou proibição de atividades. A competência para sua aplicação seria da Anatel e da Secretaria Nacional do Consumidor, segundo os arts. 17 e 18 do Decreto n. 8.771/2016.

Ocorre que pelo mesmo fato e pela violação do mesmo bem jurídico, o agente estará sujeito às sanções da LGPD, que, aliás, são de mesma natureza, variando apenas em relação ao percentual máximo da multa (2%).

Indaga-se: pela conduta apresentada, o infrator poderia sofrer duas punições, uma com base no Marco Civil da Internet e outra com base na LGPD? A resposta é negativa em atenção ao princípio do *ne bis in idem*. [...].

À luz desses fundamentos, na hipótese anteriormente ventilada deve ser aplicada apenas a LGPD, por ser posterior e específica, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A competência punitiva será da ANPD, sem prejuízo de uma saudável articulação com os demais órgãos. Corrobora essa conclusão a parte final do art. 55-K da LGPD, ao estabelecer que as competências da ANPD “prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública. (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019)”²⁵.

7 A POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO PARA VAZAMENTOS INDIVIDUAIS (ART. 52, § 7º)

Nos termos do § 7º do art. 52, “os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de que trata o *caput* do art. 46 desta Lei poderão ser objeto de conciliação direta entre controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades de que trata este artigo. (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019)”.

no *caput* aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. § 2º O disposto no *caput* aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil. § 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa: I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11. Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o *caput* sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

²⁵ ZARDO, Francisco. As sanções administrativas de multa simples e multa diária na LGPD. Op. cit., p. 705-706.

8 DESTINAÇÃO DOS VALORES ARRECADADOS A TÍTULO DE MULTA

De conformidade com o art. 52, § 5º, o produto da arrecadação das multas aplicadas pela ANPD, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que tratam o art. 13, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) e vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e à Secretaria Nacional do Consumidor, e a Lei n. 9.008, de 21 de março de 1995 (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019).

Ou seja, os recursos provenientes dessas ações deverão ser revertidos para projetos que previnam ou recomponham danos ao meio ambiente, ao patrimônio Histórico e artístico, ao consumidor, à ordem econômica, ao trabalhador, às pessoas idosas ou portadoras de deficiências e ao patrimônio público e social, conforme disposto no art. 1º da Lei 7.347/85.

Trata-se de uma previsão salutar, segundo Francisco Zardo, pois “a destinação desse valor ao orçamento da própria ANPD poderia estimular o agravamento das sanções pecuniárias, comprometendo a garantia de imparcialidade da autoridade julgadora”²⁶.

9 RESPONSABILIZAÇÃO

A Lei foi editada alguns anos após a Lei anticorrupção, que inovou ao trazer a responsabilidade objetiva. A LGPD não trata disso. Portanto, deve se aplicar a regra geral, que é a responsabilidade subjetiva, ou seja, as empresas ou pessoas naturais que forem punidas, necessariamente terão que ter, entre outros elementos, o dolo ou culpa demonstradas.

10 CONCLUSÃO

O direito à privacidade e inviolabilidade da intimidade não são novidades no ordenamento jurídico pátrio.

As disposições trazidas pela LGPD resultam de uma preocupação global de proteção dos dados pessoais no novo mundo digital em que cada vez mais os dados representam poder, são aptos a mudar decisões, acordos, inclusive eleições, como ocorreu no passado. Por isso a importância em protegê-los.

Não há dúvida de que a aprovação da LGPD veio acompanhada de relevantes desafios de implementação.

A lei incorre em graves imprecisões técnicas, utilizando de maneira aparentemente intercambiável termos como Administração Pública, Poder Público e pessoas jurídicas de Direito Público.

²⁶ ZARDO, Francisco. As sanções administrativas de multa simples e multa diária na LGPD. Op. cit., p. 704.

O conceito de Poder Público, por exemplo, é mais amplo que o de Administração Pública, visto que engloba também os Poderes Legislativo e Judiciário.

Do mesmo modo, Administração Pública é conceito mais amplo que o de pessoa jurídica de direito público, visto que engloba pessoas jurídicas de direito privado (DL 200/67).

A falta de rigor da lei quanto ao uso de tais termos gera importantes consequências no mundo jurídico. Daí a urgência da expedição de regulamentação complementar.

Com a publicação do Decreto 10.474, de 26 de agosto de 2020, foi criada a estrutura regimental da Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD. No dia 15.10.2020, o Presidente da República nomeou os integrantes do Conselho Diretor da ANPD, conforme publicação no Diário Oficial.

Na implementação da LGPD impõe-se o pleno funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD para que haja mais segurança jurídica na adequação à lei.

A lei brasileira foi principalmente inspirada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu, também conhecido como GDPR. Respeitadas as diferenças entre as leis – LGPD e RGPDE – e atuação dos mercados brasileiro e europeu, a experiência europeia pode nos ensinar muito sobre acertos e erros nos últimos dois anos de aplicação.

Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Emenda à Constituição n. 17/2019, de autoria de vários senadores, com o intuito de, além de tornar expressa, no art. 5º, a proteção de dados pessoais como direito fundamental, acrescentar o inciso XXX ao art. 22 para atribuir à União competência privativa para legislar sobre a matéria. A proposta foi encaminhada pelo Senado à Câmara dos Deputados em 03.07.2019, foi aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania da Câmara em 13.08.2019, e pela Comissão Especial sobre Dados Pessoais em 10.12.2019.

O Conselho Diretor da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) publicou, no dia 8 de março de 2021, a Portaria n. 1, que aprovou, que aprovou o Regimento Interno da ANPD. Em suma, o documento define a estrutura da autoridade e indica como serão julgados os casos de violação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Além do Conselho Diretor, o documento prevê a criação do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPD), que terá função consultiva e apresentará diretrizes para criação de uma política nacional de proteção de dados com regimento próprio. A criação da política nacional de proteção de dados ainda receberá contribuições das coordenações-gerais de Normatização e de Tecnologia e Pesquisa.

Em 28 de maio de 2021, a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) submeteu à consulta pública minuta da resolução que dispõe sobre fiscalização e aplicação de sanção pelo órgão.

Estamos no início de uma longa caminhada, cuja implementação mostra-se bastante complexa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Pedro Luiz Ferreira de; TAVARES, João Victor TAVARES. O regime sancionador da LGPD. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 709-729.

FERREIRA, Daniel; REIS, Luciano Elias. O 'vazio regulamentar' do art.53 e seus impactos na (in)efetividade da LGPD. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 675-694.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MONACO, Gustavo; CAMARGO, Solano; MARTINS, Amanda. Sem sanções, LGPD é inócua. *Jornal Valor Econômico*, p. E2, 13 abr. 2020.

NESTER, Alexandre Wagner; MÜLLER, Nicole Mendes. Regime sancionatório da LGPD (arts.52 a 54 da Lei 13.709/2018). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 163, set. 2020. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE163/IE163-NesterNicole-RegSancionatorioLGPD.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e de proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STF. *RE 154.134*. Relator: Min. Sydney Sanches, 1ª T. j. 15-12-1998, DJ de 29-10-1999.

STJ. *Mandado de Segurança 1119 DF 1991/0014769-9*. S1-Primeira Seção, j. 18.12.1991. Publ. DJ 16.03.1992.

STJ. *RMS 61.317/MG*. Relator: Min. Sérgio Kukina. 1ª Turma. DJe 20/02/2020.

ZARDO, Francisco. As sanções administrativas de multa simples e multa diária na LGPD. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 695-707.

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, ÂMBITO DE INCIDÊNCIA, VIGÊNCIA E IMPACTO EM LEIS DE OUTRAS PESSOAS POLÍTICAS

EDGAR GUIMARÃES

Pós-Doutor em Direito pela Università del Salento (Itália)
Doutor e mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Professor no curso de pós-graduação do
Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar
Presidente do Instituto Paranaense de
Direito Administrativo (IPDA)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da competência legislativa. 2.1 Normas gerais como critério divisor de competências. 2.2 Normas gerais *versus* normas específicas. 3 Limites à aplicação da Lei n. 14.133/2021. 3.1 Da validade, vigência e eficácia. 3.2 Da necessária regulamentação e infraestrutura técnica. 3.3 Impossibilidade da recepção de regulamentos anteriores. 3.4 Âmbito de incidência da nova lei. 3.5 Aplicação subsidiária da nova lei. 3.6 Impacto da Lei n. 14.133/2021 em leis de outras pessoas políticas. 4 O velho e o novo regime jurídico vigendo simultaneamente. 4.1 Da irretroatividade da nova lei. 4.2 Licitações instauradas sob o regime jurídico antigo. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 10 de dezembro de 2020 o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei n. 4.253/2020, substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 1.292-E de 1995 do Senado Federal (PLS n. 163/95 na Casa de origem), que estabelece normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

De acordo com o devido processo legislativo, o Presidente da República, no exercício dos poderes que lhe são conferidos, sancionou a maioria dos dispositivos e fez publicar a Lei n. 14.133 no Diário Oficial da União do dia 01/04/2021, estabelecendo um novo regime jurídico para as licitações e contratações públicas.

Além de regras para as licitações e contratos administrativos, a nova lei altera as Leis n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), 8.987/1995 (Lei das Concessões),

11.079/2004 (Lei das PPPs), o Decreto-Lei 2.848/1940 (Código Penal) e revoga dispositivos da Lei n. 12.462/2011 (Lei do RDC) e as Leis n. 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) e 10.520/2002 (Lei do Pregão).

A Lei n. 14.133/2021 incorpora grande parte dos dispositivos da Lei 8.666/1993, da Lei 12.462/2011 (RDC) e da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), bem como de diversas Instruções Normativas expedidas pelo Governo Federal ao longo dos últimos tempos.

O que se percebe é uma consolidação de alguns Diplomas legais e de instruções normativas em um único texto, o que pode ser considerado algo positivo, pois, até então, o que se tinha no âmbito federal era uma verdadeira “*colcha de retalhos*” com diversas leis, decretos, portarias e outros atos regulamentares estabelecendo regras para o processo de contratação pública.

Todavia é lamentável que, depois de anos em tramitação e discussão no Parlamento federal, o resultado não tenha sido aquele aguardado pela Administração Pública e por parte da comunidade jurídica. Esperava-se uma lei enxuta, menos formalista, menos burocrática, atual, adequada aos dias de hoje e, sobretudo, que indicasse expressamente todas as prescrições consideradas “*normas gerais*” de licitações e contratação pública, criando assim um ambiente propício e seguro para que Estados, Municípios e Distrito Federal pudessem legislar de forma suplementar tratando das suas peculiaridades.

Sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, neste ensaio nos limitaremos a tecer algumas considerações acerca competência legislativa sobre licitações e contratos, âmbito de incidência, vigência e impacto da nova lei em leis de outras pessoas políticas.

2 DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A disciplina jurídica regeadora das licitações e contratações públicas encontra fundamento primário no plano constitucional. No âmbito da Carta da República cabe destacar dois comandos, o primeiro relacionado à competência legislativa (art. 22, inc. XXVII) e o segundo ao dever de licitar (art. 37, inc. XXI).

Em que pese o primeiro deles tratar da competência para legislar sobre *normas gerais* e o segundo estabelecer uma regra geral a ser observada por ocasião das contratações públicas, entendemos que ambos possuem uma ligação muito próxima, conforme veremos adiante.

A propósito da distribuição de competências dentro da organização federativa, cabe assinalar a lição de Alice Gonzalez Borges¹ no sentido de que a Constituição de 1988 deu um novo tratamento, tornando-a muito mais simples, racional e intuitiva, preservando a

¹ BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 16.

autonomia das ordens federadas e estabelecendo uma nítida delimitação das competências de cada qual, tornando indubitosa e objetiva a arrumação e a harmonização das diversas esferas legislativas, quando incidentes sobre uma mesma matéria.

De acordo como o conjunto de competências legislativas instituído pela Constituição de 1988, compete à União legislar de forma privativa sobre *normas gerais* de licitação e contratação para as Administrações Públicas Diretas, Autárquicas e Fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, inciso III.²

A teor do comando constitucional antes citado, as pessoas políticas que integram a federação estão, nítida e expressamente subordinadas às *normas gerais* de licitação e contratação editadas pela União.

É preciso deixar claro que a União possui competência não apenas para legislar sobre *normas gerais*. Cabe a ela editar também *normas específicas*, porém, estas de observância obrigatória tão somente na órbita federal.

Ademais, por óbvio, a mencionada competência da União para legislar privativamente sobre *normas gerais* de licitação e contratação pública, não exclui, nem poderia excluir, a competência suplementar dos Estados, Municípios e do Distrito Federal para disporem sobre *normas específicas* visando tratar de suas peculiaridades locais.

Nesse sentido, vale mencionar o entendimento externado no Voto do Ministro Teori Zavascki por ocasião do julgamento da ADI 3.735 (DJe de 1º/08/2017) em que se analisou a matéria aqui enfrentada. Vejamos:

esta privatividade, contudo, não elidiu a competência dos demais entes federativos para legislar sobre o tema. Na medida em que se limitou ao plano das “normas gerais”, a própria regra, de competência do art. 22, XXVII, da CF pressupõe a integração da disciplina jurídica da matéria pela edição de outras normas, “não gerais”, a serem editadas pelos demais entes federativos, no desempenho das competências próprias que lhes cabem, seja com fundamento nos arts. 24 e 25, § 1º, da CF – no caso dos Estados-membros – ou no art. 30, II, da CF – no tocante aos Municípios.

Não remanescem dúvidas de que os Estados-membros se organizam e se regem pelas Constituições e leis que adotarem e, de acordo com o § 1º, do artigo 25³, estão auto-

² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

³ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

rizados a exercer as competências legislativas que não lhes sejam vedadas pela Constituição Federal, disposição aplicável de igual forma ao Distrito Federal.

Quanto aos municípios, conforme dicção do inciso I, do artigo 30⁴ do texto constitucional, as suas competências legislativas amparam-se na predominância dos assuntos de interesse local, devendo as respectivas Leis Orgânicas guardarem conformidade com a Constituição Federal e a do respectivo Estado-membro.

De uma interpretação sistemática da Constituição da República, especialmente com as atenções voltadas para os dispositivos antes mencionados, é forçoso concluir que compete à União editar, privativamente, *normas gerais* de licitação e contratação pública (art. 22, XXVII) de observância obrigatória por todos os entes da federação, podendo e devendo os Estados-membros, Municípios e Distrito Federal legislar acerca de *normas específicas* adequadas a cada realidade local.

Em razão dos níveis de poderes políticos, independentes e autônomos estabelecidos pelo regime jurídico-constitucional, bem como das diferentes realidades socioeconômicas do nosso País, as *normas gerais* de licitação e contratação pública editadas pela União necessitam de leis estaduais e municipais versando sobre *normas específicas* voltadas, como dito anteriormente, ao trato de peculiaridades locais.

Neste sentido, endossamos integralmente as palavras de Adilson Abreu Dallari⁵ ao sustentar que “*é absurdo uma legislação única de licitações, tanto para um pequeno Município do interior quanto para a União, ou para a Capital de São Paulo. Sendo a licitação matéria de direito administrativo, deve ela ser disciplinada pela legislação de cada pessoa jurídica de capacidade política, de acordo com suas peculiaridades.*”

É lamentável que no Brasil, uma república federativa formada pela união de 26 estados federados, 5.568 municípios e do Distrito Federal, apenas os Estados do Paraná, Bahia, Sergipe, Goiás, São Paulo e o Município de São Paulo, tenham editado leis de licitação e contratação pública. Os demais entes federativos que até o momento não exerceram a competência suplementar que a Constituição lhes assegura, adotam, integralmente, as vetustas disposições da Lei n. 8.666/93.

2.1 Normas gerais como critério divisor de competências

Consoante o exposto no tópico anterior, a temática das *normas gerais* é de tamanha importância a ponto de se constituir em um critério divisor de competências entre as

⁴ Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;

⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24.

unidades da Federação⁶. Assim, a grande questão que se apresenta é a sua conceituação clara e objetiva em matéria de licitação e contratação, com a finalidade de se fixar os limites legislativos conferidos pela Constituição de 1988 aos Estados-membros, Municípios e Distrito Federal.

2.2 Normas gerais versus normas específicas

Conceituar norma geral trata-se, em verdade, de tarefa difícil e que há muito vem sendo discutida no plano da doutrina. Adilson Abreu Dallari⁷ reconhece tal dificuldade e anota que *“é mais fácil chegar à norma geral pelo caminho inverso, dizendo o que não é norma geral. Não é norma geral aquela que corresponde a uma especificação, a um detalhamento.”*

Na visão do mencionado autor “norma geral é aquela que cuida de determinada matéria de maneira ampla. Norma geral é aquela que comporta uma aplicação uniforme pela União, Estados e Municípios; norma geral é aquela que não é completa em si mesma, mas exige uma complementação.”⁸

Na mesma linha é o pensamento de Alice Gonzalez Borges⁹ ao sustentar que

são normas gerais aquelas que, por alguma razão, convém ao interesse público sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que têm pertinência. A bem da ordem harmônica que deve manter coesos os entes federados, evitam-se, desse modo, atritos, colidências, discriminações, de possível e fácil ocorrência.

Reconhecemos que se trata de um conceito fluído, impreciso e que comporta uma zona de certeza positiva e outra de certeza negativa.

Dadas as dificuldades que se apresentam, optamos por um critério negativista ou residual para se chegar a uma conclusão. Assim, em outras palavras e de uma forma infinitamente mais sintética, podemos afirmar que não são normas gerais aquelas que descem a detalhes, preciosismos, especificidades.

De outra sorte, defendemos como critério delimitador do seu conteúdo a análise dos elementos contidos na Constituição da República, de onde é possível concluir tratar-se de norma geral todas aquelas relacionadas, por exemplo, à observância dos princípios da Administração Pública, à obrigatoriedade de contratação somente mediante processo seletivo

⁶ Nesse sentido é o pensamento de Alice Gonzales Borges, ob. cit., p. 26.

⁷ Ob. cit., p. 25.

⁸ Ob. cit., p. 25.

⁹ BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. Op. cit., p. 26.

prévio de licitação (o dever legal de licitar), à garantia da competitividade, da moralidade e igualdade no certame.

Desta forma, será norma geral toda aquela que, relacionada aos aspectos acima citados, possui um âmbito de incidência nacional, circunscrevendo-se a qualquer pessoa política, de qualquer dos níveis da Federação, como observa Geraldo Ataliba¹⁰, que as define como “leis nacionais; leis que não se circunscrevem ao âmbito de qualquer pessoa política, mas que os transcendem aos três. Não se confundem com a lei federal, estadual ou municipal e têm seu campo próprio e específico, excludente das outras três e reciprocamente.”

De acordo com a nossa percepção, ao interpretarmos a Lei n. 14.133/2021 podemos elencar na categoria de *norma geral* e, portanto, dentro da zona de certeza positiva, as disposições sobre a LC 123/2006, os princípios jurídicos das licitações, objetivos do processo licitatório, a margem de preferência, os critérios de julgamento, licitações internacionais, os prazos mínimos para apresentação de propostas/lances, os modos de disputa, exigências de habilitação, hipóteses de contratação direta, procedimentos para alienação de bens, formalização do processo de contratação direta, prerrogativas da Administração, regras sobre pagamentos, nulidade dos contratos, meios alternativos de resolução de controvérsias, infrações e sanções administrativas, impugnações, esclarecimentos e recursos, controle das licitações.

De outro giro, são *normas específicas* e, sendo assim, enquadradas na zona de certeza negativa, as disposições que tratam dos agentes públicos envolvidos no processo licitatório, o rito procedimental do processo licitatório, a fase preparatória das licitações, as modalidades de licitação, o planejamento das compras, a defesa de agentes públicos pela advocacia pública e até mesmo o portal nacional de contratações públicas.

Com efeito, repisamos que, em virtude da competência privativa para dispor sobre *normas gerais*, as demais pessoas políticas integrantes da Federação, quando da edição de leis locais versando sobre *normas específicas* voltadas ao atendimento das respectivas peculiaridades, deverão respeitar as diretrizes gerais advindas da União.

3 LIMITES À APLICAÇÃO DA LEI N. 14.133/2021

A propósito da vigência da Lei n. 14.133/2021, o seu artigo 194 estabelece que a entrada em vigor se dá na data de publicação, não havendo qualquer período de vacância – a chamada *vacatio legis*¹¹ –, como normalmente ocorre em face da complexidade e inovação de alguns Diplomas legais. Este período é comumente voltado a possibilitar que os

¹⁰ ATALIBA, Geraldo. *Normas Gerais na Constituição – Leis Nacionais, Leis Federais e seu Regime Jurídico*. Estudos e Pareceres de Direito Tributário. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 15.

¹¹ A *vacatio legis*, como regra geral constante do artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é de 45 (quarenta e cinco) dias contados da publicação.

operadores do direito disponham de tempo para analisar, compreender e subtrair dos textos normativos a melhor interpretação visando sua escorreita aplicação.

Diante do que dispõe o artigo antes citado, com a publicação ocorrida em 1º de abril de 2021, a Lei n. 14.133/2021 tem vigência imediata. No entanto, a sua integral aplicação se encontra obstada em virtude de aspectos formais, como por exemplo, a ausência de regulamentos, e até mesmo a inexistência de uma infraestrutura técnica.

3.1 Da validade, vigência e eficácia

Não se tem notícias de que o processo legislativo da Lei n. 14.133/2021 tenha afrontado qualquer dos aspectos formais e materiais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Assim, sob este prisma temos que a nova lei é válida.

Quanto à vigência, ela está diretamente ligada à sua publicidade, implicando concluir que, uma vez percorrido todo o caminho relativo à produção legislativa, o Diploma legal é introduzido no ordenamento jurídico com a publicidade levada a efeito no meio oficial adequado, o que ocorreu, conforme dissemos anteriormente, no Diário Oficial da União de 1º de abril de 2021.

Por sua vez, a eficácia da Lei n. 14.133/2021 está relacionada à produção de efeitos no mundo jurídico. Em outras palavras, a nova lei será eficaz quando estiver apta a regular situações jurídicas em face dos seus destinatários.

3.2 Da necessária regulamentação e infraestrutura técnica

De um simples passar de olhos, é possível constatar que a efetiva aplicação de vários artigos da nova lei se encontra obstaculizada em razão da intransponível necessidade de regulamentação e da falta de uma infraestrutura técnica.

Desta forma, embora a Lei n. 14.133/2021 esteja vigendo desde a sua publicação, isso não significa que ela possa ser imediatamente aplicada na íntegra.¹²

Neste cenário, comungamos do mesmo pensamento de Marçal Justen Filho¹³ no sentido de que é possível identificar três grupos normativos distintos na nova lei.

As regras relativas à gestão por competências (art. 7º), a estruturação da fase preparatória das licitações (art. 18) e as contratações diretas (art. 74 e 75), são autoaplicáveis, ou seja, de aplicação imediata.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 1.770.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Op. cit., p. 1770.

Dentre os inúmeros dispositivos que carecem de regulamentação¹⁴, temos como exemplo, os procedimentos auxiliares das licitações e contratações¹⁵ – credenciamento, pré-qualificação, procedimentos de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral.

Por fim, há aqueles que necessitam uma infraestrutura técnica. É o que se passa com o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, sítio eletrônico destinado a realizar a publicidade e armazenamento do inteiro teor dos editais, bem como de todos os atos levados a efeito no curso dos processos de contratação pública.¹⁶ Ocorre que este sítio eletrônico ainda se encontra em fase de desenvolvimento e, portanto, inoperante.

3.3 Impossibilidade da recepção de regulamentos anteriores

O antigo regime jurídico licitatório e contratual, notadamente o composto pela Lei n. 8.666/93, Lei n. 10.520/02 e Lei n. 12.462/11 fora regulamentado por Decretos federais, o Decreto n. 7.892/2013 (Sistema de Registro de Preços), os Decretos n. 3.555/00 e 10.024/19 (Pregão Presencial e Eletrônico, respectivamente) e o Decreto n. 7.581/11 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), e por alguns atos regulamentares baixados por outras pessoas políticas da federação.

Em que pese a nova lei ter incorporado grande parte dos dispositivos constantes do antigo regime, bem como de diversas Instruções Normativas expedidas pelo Governo Federal ao longo dos últimos tempos, entendemos que os regulamentos editados anteriormente à 1º de abril de 2021 não devem ser recepcionados pela Lei n. 14.133/2021.

Tal conclusão se forma em razão de que o regulamento se presta para facilitar a execução das leis, dispondo sobre questões de caráter geral e permanente, sem inovar a ordem jurídica, objetivando a adoção de medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal,

¹⁴ No tocante aos regulamentos, a doutrina tem admitido dois tipos, o executivo e o independente ou autônomo. O primeiro, nos termos do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, contém normas para fiel execução da lei, não podendo estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*, bem como qualquer inovação na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, devendo se limitar a estabelecer regras para a esmerada aplicação da lei. De outro giro, a Emenda Constitucional n. 32/2001 introduziu no ordenamento pátrio o ato normativo conhecido doutrinariamente como decreto autônomo, que decorre diretamente da Constituição, possuindo efeitos análogos ao de uma lei ordinária e apenas podendo ser baixado em situações muito específicas, que não versam sobre a matéria licitatória e contratual.

¹⁵ Conforme dicção da própria Lei 14.133/2021, a efetiva aplicação de tais procedimentos auxiliares depende de normas regulamentares, geralmente baixadas por meio de decretos que deverão definir critérios claros e objetivos. É o que se extrai do § 1º, do artigo 78.

¹⁶ Consoante artigo 54 da Lei n. 14.133/2021.

dando providências que estabeleçam condições para tanto, facilitando a execução da lei e especificando-a de modo praticável para bem observá-la¹⁷.

Recepcionar os regulamentos anteriores para aplicação da Lei n. 14.133/2021 pode acarretar um cenário de incerteza jurídica e até mesmo de grandes controvérsias e disputas¹⁸.

Sendo assim, o Chefe do Poder Executivo, seja federal, estadual ou municipal, no gozo dos poderes outorgados pela Constituição Federal, deverá baixar novos regulamentos executivos possibilitando a escorreita aplicação da Lei n. 14.133/2021.

Considerando que o regime jurídico-constitucional estabelece níveis de poderes políticos autônomos e independentes entre si¹⁹ e inexistindo qualquer comando que outorgue competência ao Chefe do Poder Executivo federal de, pela via regulamentar, tornar obrigatórias certas condutas aos demais entes da federação, cada Estado, Município e Distrito Federal deverá editar os seus próprios regulamentos, respeitando as disposições constantes da lei, ou seja, não podendo inovar a ordem jurídica criando, modificando ou até mesmo extinguindo direitos.

Assim, se faz necessária edição de novos regulamentos, ainda que com alguma similaridade com relação aos anteriores.

3.4 Âmbito de incidência da nova lei

O *caput* do artigo 1º da Lei n. 14.133/2021 dispõe que “esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]”²⁰.

De uma interpretação literal deste dispositivo, técnica não recomendada pela boa hermenêutica, o leitor mais afoito poderá concluir que a nova lei, em todos os seus artigos, prescreve apenas normas gerais, o que é um ledo engano. Conclusão neste sentido seria transformar em geral várias disposições que não o são, subtraindo pela via legislativa a competência suplementar dos Estados, Municípios e Distrito Federal para tratar da matéria de forma suplementar.

Entendemos que a interpretação a ser dada ao *caput* do artigo 1º deve ser conforme a Constituição Federal, tendo como pano de fundo os comandos dos artigos 22, inciso XXVII,

¹⁷ ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1969. p. 23.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Op. cit., p. 1771.

¹⁹ 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.

²⁰ Vale lembrar que o *caput* do artigo 1º da Lei n. 8.666/93 contém a mesma prescrição.

25, § 1º e 30, inciso I, eliminando, desta forma, eventual inconstitucionalidade em razão de uma usurpação de competência.

Não restam dúvidas de que a Lei n. 14.133/2021 deve ser observada e aplicada integralmente por todas as entidades que integram a Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional da União, pelos Poderes Legislativo e Judiciário da União, bem como pelo Tribunal de Contas da União. Todavia, os Estados, Municípios e Distrito Federal estão obrigados a respeitar tão somente as normas gerais.²¹

3.5 Aplicação subsidiária da nova lei

Conforme norma expressa constante do artigo 192, contratos relativos a bens imóveis integrantes do patrimônio da União e de suas Autarquias e Fundações, permanecerão regidos pela legislação específica, qual seja, o Decreto-lei n. 9.760/1946, aplicando-se a Lei n. 14.133/2021 apenas de forma subsidiária.

3.6 Impacto da Lei n. 14.133/2021 em leis de outras pessoas políticas

Sustentamos neste ensaio, Estados, Municípios e Distrito Federal dispõem de competência legislativa suplementar em matéria de licitação e contratação pública, podendo, assim, editarem leis locais, respeitando as normas gerais fixadas pela União.

Pois bem, neste cenário apenas os Estados do Paraná, Bahia, Sergipe, Goiás, São Paulo e o Município de São Paulo, exerceram suas competências legislativas suplementares e editaram lei próprias sobre esta matéria. Ocorre que todos esses Diplomas legais são anteriores à Lei n. 14.133/2021. A lei do Estado de São Paulo data de 1989 (Lei n. 6.544), do Município de São Paulo de 2002 (Lei n. 13.278), da Bahia de 2005 (Lei n. 9.433), Sergipe de 2006 (Lei n. 5.848), Paraná de 2007 (Lei . 15.608) e Goiás de 2012 (Lei n. 17.928).

Com fundamento na tese aqui exposta, sustentamos que a Lei n. 14.133/2021 não revogou, nem poderia revogar as leis estaduais e municipais até então em vigência. Tais leis continuam produzindo efeitos no mundo jurídico naquilo que não conflitam com as normas gerais fixadas pela nova lei de 2021. Mais uma vez, destacamos a extrema importância de estabelecer um conceito preciso de norma geral de licitação e contratação pública, pois se trata de critério que define e delimita a competência legislativa sobre esta matéria.

Na hipótese de inexistir lei estadual ou municipal sobre licitação e contratação pública, situação essa atualmente verificada na maioria dos entes federativos, a alternativa será

²¹ A observância e aplicação integral da nova lei para além da órbita da federal, apenas deverá ocorrer quando do manuseio de recursos transferidos pela União a título de convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal.

(i) continuar aplicando o regime jurídico antigo (Lei n. 8.666/93, Lei n. 10.520/02 e Lei n. 12.462/11) durante o biênio 2021-2023; (ii) aplicar integralmente a nova lei ou (iii) exercer a competência suplementar para legislar sobre licitação e contratação pública, editando uma lei local, com respeito as normas gerais fixadas pela União.

Considerando o regime jurídico-constitucional e ainda, tomando em conta as diferentes realidades socioeconômicas do nosso País, é chegada a hora e a vez de Estados, Municípios e Distrito Federal, no gozo dos poderes que a Constituição da República lhes assegura, legislar sobre a matéria licitatória e contratual, disciplinando normas específicas que atendam a organização administrativa de cada qual e, sobretudo, adequadas às peculiaridades locais, respeitando sempre, as normas gerais fixadas pela União.

4 O velho e o novo regime jurídico vigendo simultaneamente

Durante o decurso do prazo de 2 (dois) anos contado da data da publicação da Lei n. 14.133/2021, o regime jurídico antigo da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), a Lei n. 10.520/02 (Lei do Pregão) e a Lei n. 12.462/11 (Lei do RDC) estarão vigendo e poderão ser aplicados.²²

O legislador criou um período de convivência simultânea do regime jurídico antigo e da nova lei. Assim, durante dois anos teremos os dois regimes em vigor, podendo o administrador público, por ocasião da instauração de um processo licitatório ou de uma contratação direta, optar por um ou outro, sendo vedada apenas a combinação da Lei n. 14.133/2021 com o regime antigo.

A opção não precisa ser motivada, bastando a indicação expressa no edital, no aviso ou no instrumento de contratação direta. Caso a Administração opte por aplicar o regime antigo, este incidirá durante toda a vigência do respectivo contrato, ainda que o biênio tenha expirado e, por conseguinte, a lei adotada à época da licitação ou da contratação direta tenha sido revogada.

4.1 Da irretroatividade da nova lei

Cogitar solução diversa da acima mencionada implicaria em uma afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois as regras contratuais devem necessariamente seguir aquelas fixadas no edital da licitação ou no ato de contratação direta. Não

²² Conforme disposição do artigo 192, inciso I, o Capítulo dos Crimes e das Penas constante dos artigos 89 a 108 da Lei n. 8.666/93 é revogado na data da publicação da nova lei, sendo inserido no Código Penal. Somente após o biênio é que o restante da Lei n. 8.666/93 (lei de licitações e contratos) e as Leis n. 10.520/02 (lei do pregão) e n. 12.462/11 (lei do RDC) serão automaticamente revogadas.

apenas isso, aplicar a nova lei a contratos celebrados sob a égide do regime antigo, seria o mesmo que atribuir um efeito retroativo à Lei n. 14.133/2021, atingindo atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos, afrontando, desta forma, o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

4.2 Licitações instauradas sob o regime jurídico antigo

As Leis n. 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11 estão em vigência e serão revogadas automaticamente apenas em abril de 2023. Até lá, portanto, podem ser aplicadas por ocasião da instauração de um processo licitatório ou de uma contratação direta.

Diante deste contexto, uma vez adotado o regime jurídico antigo três situações distintas são passíveis de ocorrer no biênio 2021/2023.

A *primeira*: a licitação é instaurada, processada, julgada e o contrato é assinado antes do término do biênio. Nesta hipótese o contrato deve ser integralmente executado de acordo com as regras adotadas à época da licitação, ainda que no curso da execução contratual a legislação antiga tenha sido revogada.

A *segunda*: a licitação é instaurada e regularmente concluída no curso dos dois anos, porém o contrato é assinado após o biênio. Considerando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e a irretroatividade da nova lei, o contrato deve ser executado normalmente.

A *terceira*: a licitação é instaurada, todavia é concluída somente após o curso dos dois anos, ou seja, quando o regime antigo já estiver revogado. Esta é uma hipótese um tanto controversa e que possivelmente poderá ocorrer, pois é comum o decurso de alguns meses para que um processo licitatório atinja o seu desiderato e seja concluído, ainda que inexistam questões incidentais, tais como, impugnações, recursos administrativos e discussões judiciais.

A nosso ver, a controvérsia que poderá surgir em face da situação acima pensada pode ser resolvida a partir da constatação daquilo que se entende por *instauração da licitação*. Em outras palavras, em que momento se considera instaurada uma licitação: o ato inaugural que dá início à fase preparatória, ou a publicidade do aviso? A este propósito duas opiniões em sentido contrário despontam no plano da doutrina.

Marçal Justen Filho²³ destaca um julgado do Tribunal de Contas da União que analisou direito intertemporal à luz da Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais)²⁴ e cita dois aspectos relevantes para a questão aqui suscitada: a data da divulgação do edital, a vedação à eternização de licitações instauradas ou contratações pactuadas de acordo com a legislação

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Op. cit., p. 1769.

²⁴ Acórdão 2.279/2019 – Plenário, rel. Min. Augusto Nardes.

anterior e reconhece que o decurso de tempo pode acarretar a inviabilidade da preservação de licitações disciplinadas pela lei anterior.

Por sua vez, Joel de Menezes Niebuhr²⁵ tece críticas ao julgado do Tribunal de Contas da União acima mencionado e sustenta que, de acordo com o artigo 17 da Lei n. 14.133/2021, o processo licitatório inicia-se na etapa preparatória e, quando aberto o processo administrativo para a preparação da licitação, considera-se que a licitação foi iniciada.

Em que pese reconhecermos que ambas as posições ostentam sólidos e respeitáveis argumentos e, portanto, não significando que uma esteja correta e a outra não, adotamos uma posição que, dentre as duas, imaginamos ser a mais conservadora. Entendemos que a partir da publicidade do aviso é que a licitação estará formalmente instaurada, pois até então o que se tem são atos meramente preparatórios, praticados internamente na entidade promotora do certame sem qualquer projeção de efeitos jurídicos para fora da Administração Pública.

Assim, se o administrador público optar pelo regime antigo e a licitação não for concluída antes do término do biênio, mas o seu aviso tenha sido publicado dentro deste período, o processo licitatório seguirá o seu curso normal. Diversa será a solução caso o aviso desta licitação tenha sido publicado após os 2 anos a que alude a nova lei. Neste caso, o regime antigo não poderá ser adotado e os atos até então praticados na fase preparatória deverão ser revistos para eventuais adequações à Lei n. 14.133/2021.

5 CONCLUSÃO

As licitações e os contratos administrativos são temas de concreta e inequívoca importância não apenas para Administração Pública, mas também para os particulares que com ela se relacionam, bem como para toda a sociedade.

Inúmeras são as relações jurídicas celebradas com particulares tendo por objeto obras, serviços, compras e bens de várias naturezas, todas levadas a efeito conforme um regime jurídico estabelecido em lei.

A Lei n. 14.133/2021, embora tenha albergado grande parte de uma legislação já conhecida, apresenta algumas inovações pontuais significativas, exigindo compreensão, adaptações e até mesmo quebra de certos paradigmas. Fato é que ainda precisamos passar por um período de análise e maturação, a fim de que possamos extrair do novo texto normativo a melhor interpretação para a sua escorreita aplicação.

Adiante, passaremos a pontuar as principais conclusões extraídas ao longo deste ensaio:

²⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. E-book. p. 12.

1. à União compete legislar de forma privativa sobre *normas gerais* de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios;
2. à União compete legislar sobre *normas específicas* de licitação e contratação pública de observância obrigatória tão somente na órbita federal;
3. Estados, municípios e do Distrito Federal podem e devem exercer uma competência legislativa suplementar disposta sobre *normas específicas* de licitação e contratação pública, objetivando o trato das peculiaridades locais e respeitando as *normas gerais* editadas pela União;
4. as *normas gerais* em matéria de licitação e contratação pública se constituem em um critério divisor e delimitador de competências entre as entidades da Federação;
5. a Lei n. 14.133/2021 deve ser observada e aplicada integralmente por todas as entidades que integram a Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, pelos Poderes Legislativo e Judiciário da União, bem como pelo Tribunal de Contas da União;
6. Estados, municípios e Distrito Federal estão obrigados a respeitar tão somente as *normas gerais* constantes da Lei n. 14.133/2021, exceto quando do manuseio de recursos transferidos pela União à título de convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal;
7. a Lei n. 14.133/2021 está em vigência desde 1º de abril de 2021, data da sua publicação no Diário Oficial da União, não havendo qualquer período de vacância.
8. a efetiva aplicação de vários artigos da nova lei se encontra obstaculizada em razão da intransponível necessidade de regulamentação e da falta de uma infraestrutura técnica;
9. é possível identificar três blocos normativos distintos na nova lei: **(i)** o autoaplicável, de aplicação imediata; **(ii)** o dependente de regulamentação para que possa ser aplicado; e **(iii)** aquele que necessita de infraestrutura técnica;
10. os regulamentos editados anteriormente a 1º de abril de 2021 não devem ser recepcionados pela Lei n. 14.133/2021;
11. o Chefe do Poder Executivo, seja federal, estadual ou municipal, deverá baixar novos regulamentos executivos possibilitando a esmerada aplicação da Lei n. 14.133/2021;

12. não cabe ao Chefe do Poder Executivo federal, pela via regulamentar, tornar obrigatórias certas condutas aos demais entes da federação;
13. cada Estado, Município e Distrito Federal deverá editar os seus próprios regulamentos;
14. contratos relativos a bens imóveis integrantes do patrimônio da União e de suas Autarquias e Fundações permanecerão regidos pela legislação específica (Decreto-lei n. 9.760/1946), aplicando-se a Lei n. 14.133/2021 apenas de forma subsidiária;
15. durante o decurso do prazo de 2 (dois) anos, contado da data da publicação da Lei n. 14.133/2021, o regime jurídico antigo (Lei n. 8.666/93, Lei n. 10.520/02 e Lei n. 12.462/11) estará vigendo e poderá ser aplicado;
16. durante o decurso do prazo de 2 (dois) anos, contado da data da publicação da Lei n. 14.133/2021, o administrador público, por ocasião da instauração de um processo licitatório ou de uma contratação direta, poderá optar por um ou outro regime, sendo vedada apenas a combinação de ambos;
17. não é possível atribuir efeito retroativo à Lei n. 14.133/2021 atingindo atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos;
18. se a licitação for instaurada, processada e julgada sob a égide do regime antigo e o contrato assinado antes do término do biênio, ele deve ser integralmente executado de acordo com as regras adotadas à época da licitação, ainda que no curso da sua execução a legislação antiga tenha sido revogada;
19. se a licitação for instaurada à luz do regime antigo, regularmente concluída no curso dos dois anos e o contrato assinado após o biênio, ele deve ser executado normalmente, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da irretroatividade da nova lei;
20. se o administrador público optar pelo regime antigo e a licitação não for concluída antes do término do biênio, mas o seu aviso tenha sido publicado dentro deste período, o processo licitatório seguirá o seu curso normal;
21. se o administrador público optar pelo regime antigo e a licitação não for concluída antes do término do biênio e o seu aviso venha a ser publicado após este período, o regime antigo não poderá ser adotado e os atos até então praticados na fase preparatória deverão ser revistos para eventuais adequações à Lei n. 14.133/2021.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1969.

ATALIBA, Geraldo. *Normas Gerais na Constituição – Leis Nacionais, Leis Federais e seu Regime Jurídico*. Estudos e Pareceres de Direito Tributário. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. E-book.

AGRAVAMENTO DA CRISE DA COVID-19 PELA INIQUIDADE E FRAGILIDADE DAS REGRAS FISCAIS BRASILEIRAS

ÉLIDA GRAZIANE PINTO

Doutora em Direito Administrativo pela Universidade
Federal de Minas Gerais (UFMG)
Professora de Finanças Públicas do Curso de
Administração Pública da FGV
Procuradora do Ministério Público de
Contas do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Regras fiscais brasileiras e a crise da Covid-19. 3 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa explorar algumas correlações entre o desarranjo estrutural das regras fiscais brasileiras e a má resposta estatal apresentada no enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Interessa-nos avaliar, em especial, a fragilidade e a iniquidade da pretensão de serem limitadas despesas primárias e, concomitantemente, serem ampliadas emendas parlamentares impositivas, enquanto se nega planejamento de médio prazo para a gestão das dimensões social, econômica e sanitária da crise pandêmica em que nos encontramos desde o início de 2020.

2 REGRAS FISCAIS BRASILEIRAS E A CRISE DA COVID-19

Primeiramente, é relevante citar que a execução orçamentária nada mais é do que uma pluralidade de atos administrativos, mas seu controle na realidade brasileira ainda se ressentia da falta de apresentação e do insuficiente exame sobre a consonância dos motivos que supostamente lhes ensejaram a prática. Tampouco há avaliação sistemática do desvio de finalidade do executado em face do planejado.

Vale lembrar que o §10 do art. 165 da Constituição impôs majorado ônus de motivação à execução das despesas discricionárias, ao estabelecer, em regra, sua impositividade, em busca da “efetiva entrega de bens e serviços à sociedade”. Aludido dever de execução das programações orçamentárias somente poderia ser afastado, conforme o §11, inciso II do mesmo dispositivo, em “casos de impedimentos de ordem técnica devidamente justificados”.

Três meses após a promulgação da Emenda 100, de 26 de junho de 2019, a impositividade orçamentária ali prevista foi moderada pela Emenda 102, de 26 de setembro de 2019, que a sujeitou “ao cumprimento de dispositivos constitucionais e legais que estabeleçam metas fiscais ou limites de despesas”. Além disso, o dever previsto no §10 do art. 165 não obsta “o cancelamento necessário à abertura de créditos adicionais”, na forma do art. inciso I do §11 do mesmo dispositivo constitucional.

Tais alterações, contudo, não foram capazes de corrigir o manejo recorrentemente abusivo da execução orçamentária, dada a sua baixa aderência ao planejamento setorial das políticas públicas e ao próprio planejamento orçamentário.

O processo meramente protocolar na elaboração das leis de plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual (doravante PPA, LDO e LOA) é capturado como espaço de experimentação voluntariosa de brechas e esvaziamento hermenêutico em padrão vicioso de patrimonialismo decisório.

O descumprimento dos deveres de estimar adequadamente metas e impactos e de avaliar programas (por meio da mensuração de resultados em face dos seus custos no contraste entre planejado e realizado) explica porque soa como norma programática o §10 acrescido ao art. 165 da Constituição: “A administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade.”

Ao invés de equalizarem as fortes tensões entre vinculação e discricionariedade, de um lado, e Legislativo e Executivo, de outro, as leis do ciclo orçamentário convivem com considerável nível de mitigação da sua força normativa.

A impositividade primordialmente das emendas parlamentares individuais e de bancada revela a baixa intensidade do princípio da legalidade em matéria orçamentária. Os comandos trazidos pela Emenda Constitucional n. 86, de 17 de março de 2015, bem como pelas já citadas Emendas n. 100/2019 e 102/2019 somam-se à Emenda n. 105, de 12 de dezembro de 2019, ou seja, quatro reformas constitucionais que denotam esforço de retomada de espaço decisório pelo Legislativo.

Todavia, tais nichos residuais de impositividade orçamentária parlamentar revelam, a contrário senso, que todo o restante escapa, em maior ou menor grau, à capacidade legislativa de fixar limites legais para a ação do Executivo, dada a baixa coesão entre planejamento

e orçamento. Desse modo, persistem consideráveis abusos de finalidade, por exemplo, no manejo das próprias emendas parlamentares impositivas, dos créditos adicionais suplementares, transferências, transposições e remanejamentos, bem como nos decretos de contingenciamento.

A despeito de parecer simples a ideia de impositividade orçamentária aderente ao planejamento no campo abstrato, complexo é operacionalizá-la no mundo da vida em sociedade, ainda mais na realidade brasileira tão suscetível a capturas patrimonialistas.

É importante, contudo, assumir essa premissa, até para que não se perca de vista o esforço pedagógico de devolver ao gestor a responsabilidade inadiável de planejar e executar bem o enfrentamento dos problemas sociais e econômicos sob sua alçada. Por outro lado, também é preciso devolver para a sociedade o quanto lhe cabe de compreensão do caráter limitado e contingente das escolhas democráticas feitas e executadas em seu nome, já que não é possível resolver tudo, de uma vez por todas, ao mesmo tempo e para todos.

No núcleo do conflito aqui analisado reside a complexa tensão entre vinculação e discricionariedade de que se ressente o processo legislativo orçamentário no Brasil. As elevadas instabilidades normativas e suscetibilidade a arbitrariedades decisórias revela um cenário de experimentalismo voluntarioso.

O redesenho das regras do jogo orçamentário feito diretamente no texto da Constituição de 1988 tem escalado níveis temerários precisamente porque envolve alterações majoritariamente erráticas, contingentes e voluntariosas.

Desde a EC 86/2015, que tratou das emendas parlamentares individuais impositivas, foram adicionadas outras onze emendas referidas especificamente ao ciclo orçamentário brasileiro. Trata-se de um número ainda conservador, porque não considera no seu cômputo as mudanças de cunho exclusivamente tributário, administrativo e previdenciário, a despeito das consideráveis repercussões orçamentário-financeiras trazidas por essas três searas.

Referimo-nos às Emendas Constitucionais 89/2015 (percentuais mínimos de recursos federais destinados às regiões CE e NE para irrigação); 93/2016 (8ª emenda sobre a desvinculação de receitas da União – DRU –, prorrogando-a sucessivamente desde 1994 até 2023); 94/2016 e 99/2017 (regime dos precatórios); 100, 102 e 105/2019 (emendas parlamentares impositivas de bancada e demais regras sobre orçamento impositivo); 95/2016 (Novo Regime Fiscal que fixou teto vintenário de despesas primárias para a União até 2036); 106/2020 (“Orçamento de Guerra” para o enfrentamento da pandemia); 108/2020 (Fundeb permanente) e 109/2021 (Emenda Emergencial).

Na prática, tivemos nos últimos seis anos uma emenda constitucional a cada semestre para supostamente promover ajustes fiscais e aprimoramentos orçamentário-financeiros. Cabe repetir para que a sociedade tenha clareza do tamanho do problema: foram *doze* emendas em *seis* anos!

A falta de ordenação legítima de prioridades no ciclo orçamentário brasileiro fica literalmente desnudada a partir desse frenético fluxo de redesenhos normativos no texto constitucional.

O esgarçamento do nosso conflito distributivo ficou ineditamente exposto em praça pública a partir das manifestações de junho de 2013. O ano seguinte foi tomado pelas eleições nacionais e estaduais, de modo que, apenas a partir de 2015, o Congresso começou a empreender alguma reação retardatária à pressão social pelo efetivo enfrentamento da desigualdade. Aliás, quem não se lembra dos pleitos por “padrão Fifa” de qualidade para escolas e hospitais públicos, às vésperas da Copa Mundial de Futebol sediada pelo Brasil em 2014?

A resposta governamental àquelas volumosas manifestações populares, contudo, não foi o equacionamento da regressiva matriz tributária brasileira, tampouco houve a fixação dos limites de dívida mobiliária e consolidada, demandados desde a redação originária da Constituição de 1988 (arts. 48, XIV e 52, VI).

Assim, não enfrentamos os fatores nucleares de reprodução da desigualdade brasileira por dentro do ciclo orçamentário, haja vista a acentuada concentração de riqueza mediante sua insuficiente tributação, cuja liquidez daí decorrente é opaca e, por vezes, desarrazoadamente bem remunerada, a risco zero, na dívida pública.

De forma iníqua, escolhemos limitar as despesas primárias na Emenda 95/2016, sem jamais termos cumprido – de fato – as inúmeras previsões legais e constitucionais relativas, por exemplo, ao dever de revisão das renúncias fiscais. Talvez para ocultar tudo isso, desde 2015, doze emendas se sucederam sem que tenhamos enfrentado, de fato, o mal-estar fiscal da nossa sociedade tão desigual e tão suscetível a capturas patrimonialistas que visam ao curto prazo eleitoral e à maximização de utilidades individuais às custas do erário.

Transformamos nossa Constituição Cidadã em uma espécie de lei de diretrizes orçamentárias que passou a ser redesenhada a toda hora. Nesse sentido, o advento da calamidade sanitária em 2020 apenas agravou um quadro que já vinha se revelando doentio há alguns anos em nossa realidade. Muito embora tenham sido adotadas medidas emergenciais de fôlego no exercício financeiro anterior, era previsível que a pandemia não se findaria milagrosa e automaticamente com os fogos de artifício da virada do ano de 2020 para 2021, como quiseram nos fazer crer o Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020 e a Emenda 106, de 7 de maio de 2020.

Desde o envio do PLDO-2021, em abril do ano passado, era previsível a necessidade de projetar uma resposta temporalmente mais ampla para o enfrentamento da pandemia, revendo o teto definido na Emenda n. 95, de 15 de dezembro de 2016 e ampliando a vigência da Emenda do Orçamento de Guerra.

Era previsível e planejável – nas leis de diretrizes orçamentárias e de orçamento anual – a necessária continuidade do enfrentamento à pandemia no exercício financeiro de 2021.

O problema é que a escolha estritamente política de retomar o teto de despesas primárias como âncora fiscal deste ano foi conduzida como se fosse um tabu inquestionável como se pudéssemos reduzir ainda mais o Estado brasileiro, quando a realidade social exigia, em sentido inverso, que se resguardasse tamanho suficiente para a consecução dos serviços públicos.

Para concomitantemente bloquear a agenda de progressividade tributária, foi interdito o debate acerca da revisão do teto e da prorrogação do Orçamento de Guerra, o que – direta ou indiretamente – deu causa a prejuízos consideráveis ao erário e à sociedade, sobretudo em termos de mortes evitáveis e de redução do potencial de desenvolvimento econômico (a exemplo da compra tardia e insuficiente de vacinas).

O preço cobrado pela falta de planejamento orçamentário adequado em face da previsível necessidade de continuar a custear as ações sanitárias, assistenciais e econômicas de enfrentamento à pandemia foi o acatamento cínico (e inconstitucional) de créditos extraordinários em pleno 2º ano de crise da Covid-19. Ora, trata-se de franca afronta ao art. 167, §3º da CF e ao legado hermenêutico da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4048.

Desse modo, foram atropelados os princípios da separação de poderes, finalidade e legalidade, bem como foram aviltados o teto e o devido processo legislativo orçamentário tanto em relação ao PLDO-2021 (que sequer foi apreciado pela Comissão Mista de Orçamento), quanto ao PLOA-2021 (onde foram subestimadas despesas obrigatórias para abrir fictícia margem fiscal para emendas parlamentares). A tais abusos se soma o retrocesso apontado no escândalo da liberação subjetiva, opaca e potencialmente danosa ao erário das emendas de relator, marcadas sob indicador de resultado primário 9, escândalo esse mais conhecido como “tratoração” ou “orçamento secreto”.

Eis o pano de fundo histórico que explica o quão disparatada é a pretensão do Executivo federal de prorrogar novamente o auxílio emergencial por mais alguns meses no 2º semestre de 2021, com potencial repercussão adicional de R\$11 bilhões acima do limite máximo de R\$44 bilhões fixado no §1º do art. 3º da Emenda Constitucional 109/2021, para o cômputo fora do teto e da meta de resultado primário em relação aos créditos extraordinários abertos para assegurar a continuidade do pagamento do auxílio emergencial:

A hipótese de prorrogação do auxílio emergencial à revelia do limite dado pelo art. 3º da Emenda 109/2021 atesta a própria desnecessidade da Emenda Emergencial, bem como deixará evidente seu caráter constitucionalmente abusivo.

Em tal contexto, cabe indagar se aludida Emenda não teria veiculado a prorrogação do auxílio emergencial apenas para exercer chantagem argumentativa em prol da aprovação do reforço das regras de ajuste fiscal já constantes do teto. Em uma analogia grosseira, a tramitação da PEC 186/2019 (da qual decorreu a EC 109/2021) teria sequestrado fiscalmente o urgente pagamento do auxílio emergencial, na medida em que o postergou nos três primeiros

meses deste ano, para, de certa forma, extorquir mais uma rodada de ajustes reducionistas do tamanho do Estado brasileiro.

Em suma, a finalidade da própria Emenda Emergencial está em xeque e é preciso denunciarmos, com ênfase, a lesão ao princípio da boa-fé objetiva na desconsideração cínica e contraditória (*venire contra factum proprium*) tanto da vedação ao manejo de créditos extraordinários para atender a despesas previsíveis, quanto do limite fixado constitucionalmente de R\$44 bilhões para a continuidade do auxílio emergencial em 2021.

Aliás, esse subteto de R\$44 bilhões para o auxílio emergencial em 2021, por si só, é uma contradição em seus próprios termos, porque, se a despesa efetivamente é imprevisível e urgente a ponto de demandar crédito extraordinário, sequer precisaria apresentar fonte de custeio, já que seria impossível antever seu custo total.

Ideal seria que os poderes políticos da União tivessem planejado uma ampliação aprimorada do Bolsa-Família, de modo a corrigir a ilícita fila de espera causada pelos controversos limites de pagamento a que o programa tem sido submetido.

Entre o ideal e o real, a sociedade brasileira assiste ao mais puro e simples desvendamento acerca da cínica condução de muitas das alterações constitucionais brasileiras em matéria orçamentária.

Não é pouco tomarmos consciência de que nossa Constituição Cidadã tem sido tratada voluntariosamente como uma espécie de LDO de quórum qualificado, a qual tem sido semestralmente redesenhada e, por vezes, solenemente descumprida para manter intocada nossa histórica e brutal desigualdade, bem como para atender ao curto prazo eleitoral dos governantes de ocasião.

O risco comum que perpassa aludidas falhas fiscais é o de captura patrimonialista do interesse público, por trás da roupagem formalista e protocolar de que se reveste a legislação orçamentária.

O trato voluntarioso e instável do erário não só explica parcialmente a evolução das contas públicas brasileiras, como também revela o paradoxo em que as regras fiscais se encontram.

A pretexto de aumentar a impositividade orçamentária, majoram-se os espaços de maior risco de captura patrimonialista. Com isso, resta, pragmaticamente, preterido o planejamento como meio operacional de eleição legítima de prioridades.

Reconhecer a complexa correlação de problemas, nesse contexto, é apenas um ponto de partida para pensar rotas de aperfeiçoamento do processo legislativo orçamentário. O que se pode demandar (e, mais do que nunca, é preciso que seja demandado) é a extensão do horizonte de controle sobre o cumprimento dos programas de trabalho inscritos na lei anual de orçamento à luz dos seus impactos fiscais e regulatórios, das metas e estratégias

do planejamento setorial e sobre as motivações apresentadas para eventuais distanciamentos entre o orçado e o executado.

Tal controle estendido deve ser exercido durante o curso da execução orçamentária e não apenas pelos órgãos que detêm formalmente a competência de controle externo – uma vez que a integração entre controle interno (art. 74 da CR/1988) e externo (art. 71 da Constituição) já é princípio que ordena as finanças públicas no Brasil –; mas também deve estar ao alcance da cidadania que, no exercício do seu direito de representação (arts. 5º, XXXIV, “a”, e 74, §2º da CR/1988), poderia garantir discursivamente – em sua condição difusa, efervescente e plural – o caráter democrático da execução das peças orçamentárias em todos os níveis da federação.

O ciclo da política pública reclama maior vinculação ao planejamento, para que se tenha uma execução orçamentária, de fato, mais motivada e aderente ao prognóstico positivado em lei como obrigação de fazer. Daí é que decorre a legitimidade do percurso adotado pelo gestor como capaz de resolver os problemas diagnosticados junto à sociedade como prioridades de ação governamental.

Nesse escopo reflexivo, o controle difuso e plural assumiria o seu primordial papel (pedagógico) de retroalimentar o planejamento e as leis orçamentárias, aprimorando o exame não só dos problemas sociais, mas também das propostas de atuação integrada com o mercado/terceiro setor e das possíveis soluções eleitas democraticamente como prioridades de ação governamental para o próximo ciclo da política pública.

Para tanto, impõe-se o próprio diálogo anterior sobre qual é conjunto de prioridades estatais e como executar os projetos e atividades que lhes concernem em termos de serviços públicos, donde a essencialidade do planejamento a nortear o processo legislativo orçamentário.

Talvez essa seja uma sensível razão ensejadora do manejo abusivo da discricionariedade (quicá arbitrariedade) na seara orçamentária brasileira: não se sabe claramente como as leis orçamentárias promovem – ou não – a “efetiva entrega de bens e serviços à sociedade”, tal como pugna o §10 do art. 165 da Constituição de 1988.

Regras fiscais se superpõem enquanto a distância entre a realidade e o ordenamento vigente parece desafiar a tese ilusória de que basta alterar sucessivas vezes a Constituição, para que o patrimonialismo fiscal persistente apenas mude de nome ou formato jurídico.

O processo legislativo orçamentário brasileiro reclama mirada substantiva, sob pena de tantas emendas constitucionais – incorrer, mais uma vez, na frágil repetição de regras que tendem a prosseguir arbitrária e irresponsavelmente descumpridas.

No Brasil, a ocorrência de centenas de milhares de mortes majoritariamente evitáveis implica, no mínimo, a incidência do regime de responsabilidade objetiva a que se refere o art. 37, §6º da Constituição, por força das incontestáveis ações e omissões estatais que concor-

reram para o aludido resultado. Eis o contexto em que o conceito de “justiça de transição” merece ser invocado para pautar a necessidade de reparação coletiva e intergeracional até mesmo para superar os alegados limites fiscais trazidos pelo teto de despesas primárias.

Ideal seria considerarmos as mortes acumuladas durante a pandemia com a mesma higidez normativa e seriedade analítica como são tratados, por exemplo, as metas e os riscos fiscais que indicam a sustentabilidade da dívida pública. Essa é a razão pela qual caberia falarmos – direta ou indiretamente – também em déficit de vidas perdidas para a Covid-19 por inépcia estatal.

Assim ressituido o balanço entre variáveis jurídico-econômicas, precisamos claramente assumir que o déficit de centenas de milhares de vidas perdidas impõe, nesta quadra da nossa experiência constitucional, um sério e honesto esforço de justiça de transição. Trata-se de instituto usualmente aplicado na responsabilização dos crimes cometidos por ditaduras, em esforço de desvendamento da verdade histórica e durante o processo de restauração de regimes democráticos. Sua finalidade estrutural é a reparação a direitos humanos lesados em larga escala por ações e omissões governamentais.

Trazer a busca por uma transição justa para o presente momento fiscal brasileiro é ousadia teórica que se justifica para refutar as teses de que (1) a Constituição de 1988 não caberia no orçamento público e (2) seria necessário negar-lhe eficácia orçamentário-financeira em nome de uma reducionista concepção de restrição fiscal inscrita no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias pela Emenda 95/2016.

Essa é uma pauta urgente, na medida em que antevemos o risco de que o teto de despesas primárias imponha – direta ou indiretamente – a paulatina paralisação de serviços públicos essenciais ao longo dos próximos exercícios financeiros até 2036, dada a repercussão federativa dos gastos da União para o custeio de tais serviços, a exemplo do que se sucede no Sistema Único de Saúde – SUS e na educação básica obrigatória.

Segundo Martin Sandbu, comentarista de economia do *Financial Times*, o mundo passa por uma profunda transição na interpretação das regras fiscais¹. Ao invés de “responsabilidade fiscal” para reduzir carga tributária e formar superávits primários em favor tão somente dos credores da dívida pública, seria preciso ampliar a tributação e a própria dívida pública em favor também do bem-estar social e ambiental.

Aludido comentarista nos conclama à reflexão sobre os danos causados pela ortodoxia fiscal, já que ela não é politicamente neutra e beneficia primordialmente os credores de liquidez e do rentismo, em detrimento dos serviços públicos e dos trabalhadores precarizados. Trata-se de uma fissura profunda em conceitos e princípios fiscais que orientavam o consenso normativo-econômico mundial desde a década de 1970.

¹ SANDBU, Martin. *Financial Times*. Disponível em: <https://www.ft.com/content/38aee220-ad44-455a-853d-ad171e73c00>. Acesso em: 26 ago. 2021.

Como se pode ler na versão traduzida pelo jornal Folha de S. Paulo², o alerta de Martin Sandbu, em síntese, é o seguinte:

Tenha em mente *que interesses são servidos pelas ideias prevalentes sobre responsabilidade fiscal*. Durante muito tempo houve a convicção de que a captação pública bloqueia o investimento privado, ao tornar os financiamentos mais caros para o setor privado. Impostos mais altos, naturalmente, eram vistos como redutores da lucratividade das empresas privadas.

A velha ortodoxia, em outras palavras, convinha às pessoas dotadas de ativos generosos e àquelas que desfrutavam de renda porque eram donas ou controladoras de capitais. O poder desses interesses – em termos de definir as ideias reinantes sobre o que deve ser encarado como política séria, assim como também em forma de lobby direto – pode ser visto na resposta da maioria dos países ao salto anterior da dívida pública causado pela crise financeira mundial. A ortodoxia fiscal estava por trás do esforço para reduzir os gastos públicos em muitos países.

É muito mais difícil imaginar cortes significativos nos orçamentos públicos hoje. Em parte porque *os danos do passado agora são visíveis*, e justificar novos danos se tornou muito mais difícil. Em parte porque a pandemia mesma concentra as atenções nos *serviços públicos inadequados e em outros trabalhadores essenciais mal pagos*. Muito mais do que há uma década, os buracos nos orçamentos agora terão de ser cobertos por aumentos de impostos.

Não existe motivo para esperar que *os beneficiários da “responsabilidade fiscal” do passado abandonem a luta em defesa de seus interesses*. *Se aumentos de impostos significativos forem de fato inevitáveis, a luta passará a ser travada em torno de definir sobre quem incidirá o peso da tributação*: que impostos devem subir, e por quanto. Essa deve ser a mais feroz batalha de política econômica, se e quando retornarmos a alguma aparência de normalidade.

No Brasil, o conflito de teses interpretativas também está posto para debate entre nós. De um lado, há os que defendem, como “âncora fiscal” o teto previsto pela Emenda 95/2016. Para esses, o “Novo Regime Fiscal” é um fim em si mesmo e, caso fosse seguido dogmaticamente, traria a retomada do cenário projetado anteriormente para as contas públicas. Volta ao passado de “normalidade” do ajuste fiscal é o que alguns esperam de forma quase automática (quicá inercialmente). Ocorre, contudo, que aludida promessa de austeridade incidente apenas sobre as despesas primárias não passa de frágil e equivocado viés reducionista do papel do Estado sobre o processo de desenvolvimento econômico.

Por outro lado, há quem busque brechas parciais e artifícios arditos para ampliar a capacidade de ação governamental em face dos efeitos da calamidade pública. Assim ma-

² SANDBU, Martin. Covid-19 acaba com verdades tradicionais da responsabilidade fiscal. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 5 ago. 2020. (Grifos meus). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/covid-19-acaba-com-verdades-tradicionais-da-responsabilidade-fiscal.shtml>. Acesso em: 26 ago. 2021.

nobras obtusas e inconstitucionais têm sido manejadas, sobretudo, com o uso de créditos extraordinários fora das hipóteses de imprevisibilidade e urgência.

A bem da verdade, manter o teto a qualquer preço ou burlá-lo finalisticamente são estratégias míopes que negam a premente necessidade de atualização das regras fiscais brasileiras. Nesse sentido, devemos racionalmente aceitar que alterar o teto dado pela Emenda 95/2016 é exigência da realidade que não pode ser vilanizada, como se fosse uma espécie de pecado ou afronta a dogma religioso. Aliás, vale lembrar que o teto já foi alterado pela Emenda 102/2019, em relação à exceção aberta para repartição federativa dos recursos oriundos da cessão onerosa do pré-sal (inciso V inserido ao §6º do art. 107 do ADCT).

O enfrentamento da calamidade pública decorrente da Covid-19 se ressentiu da omissão em planejar a gestão da crise de forma mais longeva. Caso tivesse sido adotado, um plano bienal no âmbito do Orçamento de Guerra teria permitido maior transparência e racionalidade decisória para o ciclo orçamentário brasileiro.

Precisamos repensar o ciclo orçamentário para os próximos anos à luz do déficit de tantas vidas perdidas em face da pandemia da Covid-19. Há de haver, entre nós, uma espécie de justiça fiscal de transição que promova a recuperação da centralidade do dever de preservar vidas e que também resguarde custeio suficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais por meio de planejamento federativamente equilibrado das ações de enfrentamento dos efeitos da Covid-19.

Vale lembrar que está por trás do impasse do orçamento no Brasil é algo profundamente mais sutil e estrutural e implica três questões: quem paga a conta dos direitos que socialmente contratamos em condições de igual dignidade para todos os cidadãos brasileiros? Qual é a razão de ser do Estado brasileiro, sobretudo em face das suas complexas inter-relações com a sociedade e o mercado? Qual é o nível de desigualdade real que suportamos em prol da livre iniciativa do mercado e livre organização da vida em sociedade, para que o pressuposto formal da igualdade de direitos não seja hipocrisia retórica?

Para responder a tais perguntas é preciso reconhecer, no âmbito das finanças públicas, que há sempre disputas entre maior ou menor endividamento público, maior ou menor tributação, maior ou menor leque de serviços públicos, maior ou menor financiamento inflacionário, dentre outras. Trata-se de sopesar com igualdade a equação sobre os meios disponíveis para assegurar universalidade, modicidade de custeio (ou, por vezes, gratuidade) e continuidade de políticas públicas que operacionalizam nosso rol pactuado de direitos fundamentais.

O desafio é administrar os diversos conflitos distributivos entre perdedores e ganhadores em tempos de evidenciada escassez e de maior clareza sobre a desigualdade não só no Brasil, como no mundo, sobretudo, após a crise de 2008, o que se tornou ainda mais evidente durante a pandemia da Covid-19.

Em nosso país, as escolhas centrais sobre (1) “quem paga a conta?”, (2) “qual a razão de ser do Estado?” e (3) “qual nível de desigualdade é admitido?” não têm sido especificamente submetidas ao crivo de todos os cidadãos nos ciclos eleitorais. Não temos sido claramente perguntados sobre qual é a ordenação de prioridades do Estado brasileiro, o que, por sinal, é o eixo que deveria definir a própria essência e a sobrevivência do nosso pacto constitucional civilizatório.

É verdade que muito temos debatido em nossa sociedade sobre liberalismo econômico para fomentar individualmente a majoração da produtividade e o foco “meritocrático” no empreendedorismo, mas não é possível haver competição justa por oportunidades de *chegada*, sem igualdade efetiva nas condições de *partida*.

Desigualdades não só existem, como são ampliadas no nosso ciclo orçamentário estatal. É possível provocar aqui que há no Brasil um verdadeiro *orçamento de castas*. Vemos, em nossa realidade fiscal, uma sistêmica ordenação de prioridades alocativas alheia ao processo democrático-deliberativo e ao nosso ordenamento, que admite e justifica a ausência de quaisquer limites para as dívidas consolidada e mobiliária da União (cuja impugnação de inconstitucionalidade por omissão na falta de regulamentação é premente), bem como escolhe não fixar quaisquer freios consistentes na Emenda 95/2016 para as renúncias fiscais. Tampouco podemos nos olvidar das desequilibradas interfaces entre política fiscal e políticas monetária, creditícia e cambial, decorrente da relação intertemporalmente incestuosa e pouco transparente entre Banco Central e Tesouro Nacional.

Precisamos, mais do que nunca, falar sobre ordenação de prioridades alocativas nas relações entre Estado, sociedade e mercado, para que nossa democracia e nosso pacto constitucional sobrevivam aos riscos de captura e autodestruição. Há de haver evidenciação e processamento legítimo das escolhas trágicas, sobre quem ganha e perde, a que custo e diante de qual ordem temporal de priorização, sob pena de fragmentação social profunda.

3 CONCLUSÃO

Em face de todas as observações aqui realizadas, fato é que a necessidade de revisão do teto dado pela Emenda 95/2016 se tornou o centro do debate fiscal brasileiro. Planejar a transição para o cenário pós-Covid-19 é esforço de justiça fiscal que pode ser feito de forma transparente e equilibrada até para que seja resguardado o custeio dos serviços públicos essenciais.

Se já fomos capazes de rever o teto na EC 102/2019 e de adotar prontamente o Orçamento de Guerra por meio da EC 106/2020, não podemos interditar reflexão equitativa sobre nossas regras fiscais e, sobretudo, acerca do regime jurídico da nossa dívida pública. Para tanto é preciso fixar o piso de proteção social no federalismo brasileiro para resguardar a continuidade dos serviços públicos.

Afinal, no suposto confronto entre a Constituição de 1988 e o orçamento regido pelo teto da Emenda 95/2016, devemos nos lembrar que o orçamento e o próprio teto só são legítimos em face daquela. Precisamente por isso, o maior desafio orçamentário de todos os entes políticos é responder – de forma desnudada e dramática – qual é a razão de ser do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

SANDBU, Martin. Covid-19 acaba com verdades tradicionais da responsabilidade fiscal. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/covid-19-acaba-com-verdades-tradicionais-da-responsabilidade-fiscal.shtml>. Acesso em: 26 ago. 2021.

SANDBU, Martin. *Financial Times*. Disponível em: <https://www.ft.com/content/38aee220-ad44-455a-853d-add171e73c00>. Acesso em: 26 ago. 2021.

INTERESSE PÚBLICO E *PUBLIC CHOICES*: APORTES DA TEORIA NO PROCESSO DE TOMADA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

Doutor em Direito pela Universidade do
Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Professor Adjunto da Universidade Federal
Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)
Professor Adjunto da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
Cofundador e diretor do Instituto de Direito
Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O interesse público. 3 O interesse público e a indeterminabilidade. 4 O interesse público e a *public choice*. 5 *Public choice*, legitimidade e transparência. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de um Estado traduz ou veicula o pacto fundamental de uma sociedade organizada não apenas quanto a sua organização jurídico-política, mas igualmente dos bens e valores tidos como essenciais, inclusive, no que se refere aos interesses que serão perseguidos por aquela comunidade.

No caso brasileiro a Constituição Federal de 1988 de caráter eminentemente analítico prevê uma série de princípios, objetivos, direitos, garantias e programas a serem perseguidos não apenas na ordem econômica ou social, mas que igualmente, se espraiam para a Administração Pública, que passou a encontrar seu regime básico na lei fundamental.

Desta feita, a definição de interesse público deixada a cargo de um amplo espaço de conformação legislativa e discricionariedade administrativa nas Constituições do século 19 encontra no século XX um grau de juridicização, que envolve o reconhecimento que a própria comunidade naquela deliberação permanente já definiu escolhas fundamentais quanto ao bem comum.

Não obstante a definição de quais sejam os interesses públicos embora dentro dessas escolhas fundamentais ainda se sujeita à um grau de indeterminação que permite a conformação legislativa ou na discricionariedade administrativa uma abertura semântica capaz de veicular distintos conteúdos.

Na Administração Pública Brasileira ainda marcada pela persistência do patrimonialismo, a ocorrência de práticas nepotistas e a corrupção em geral isto permite seja transvestido sob a designação de interesse público a realização de finalidades pessoais ou outras que se afastam do interesse da coletividade.

Pretende o referido trabalho analisar em que medida é possível reduzir a problemática através dos contributos da aplicação da teoria da *public choice* – usualmente aplicada no Direito Econômico - no processo de tomada da decisão administrativa na determinação em concreto do que seja o interesse público.

Pretende-se demonstrar que através da aplicação desta teoria é possível atribuir maior transparência e racionalidade à decisão administrativa ao reconhecer os elementos que influenciam os atores que participam do processo de densificação do interesse público compreendendo, inevitavelmente, as dificuldades que sempre envolverão a delimitação de tal conteúdo.

Para tanto analisa de início o interesse público enquanto categoria central da ação administrativa, porém, dotada de indeterminabilidade do seu sentido que permite, portanto, que tal conceito original se afaste efetivamente das escolhas que garantam a realização do que seriam os fins coletivos.

Após verifica-se a teoria da *public choice* enquanto instrumento para análise do comportamento dos sujeitos públicos e a definição de suas preferências, valores e motivações. Por fim, estuda-se a decisão administrativa e a aplicação do *public choice* como forma de garantir maior transparência e racionalidade no processo de escolha.

2 O INTERESSE PÚBLICO

A atividade administrativa, conforme sustenta a doutrina tradicional, ao contrário das particulares, não busca a satisfação de interesses pessoais, pois é essencialmente “desinteressada”, e volta-se a prossecução do interesse geral, da utilidade pública, ou ainda, de forma geral, do bem comum. O interesse público é considerado, portanto, o que orienta a ação administrativa¹.

Verifica-se, portanto, a construção como um conceito aberto. Se por um lado aparece identificada com a expressão *utilité publique* e atua como critério de competência para

¹ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 10.

definir o domínio do Direito Administrativo, por outro foi usualmente associada à *puissance publique* como critério finalista de satisfação dos interesses das sociedades².

A noção de interesse público como puramente finalista – um certo meio de satisfação dos interesses da coletividade – gera dificuldades no campo político – em razão da incerteza política que apresenta esse próprio conceito – bem como, na esfera jurídica – devido a própria falta de delimitação como fundamento jurídico apenas da disciplina administrativa³.

Por um prisma, o conceito de interesse público não é propriamente jurídico, mas tem natureza *metajurídica*, de forma que é impossível fornecer sua imagem “clara” e “estável” uma vez que varia conforme a próprio o Estado e seus fatores econômicos, sociais e afins que vão orientar a sua delimitação⁴.

Assim, o interesse público está sujeito precipuamente a variações políticas e suas características dependerão das circunstâncias políticas contingentes que irão definir quais atividades exercidas são caracterizadas de interesse geral⁵. Se insere, portanto, dentro do próprio processo de tomada de decisão pública.

Porém, há uma apropriação do conceito pelo Direito, de forma que as instituições administrativas são vistas mais do que como mecanismos empíricos de satisfação dos bens da sociedade, mas dotadas de um valor intrínseco, que permite exprimir e acaba por se identificar interesse público com o próprio Estado ou sua Administração Pública⁶.

Todavia, essa é uma expressão que tem múltiplos sentidos que dificulta a própria delimitação, e embora quase sempre seja utilizada de forma personalista a mesma não designe uma pessoa, mas um atributo cuja natureza não se pode definir de pronto, de forma que a doutrina clássica passou a identificá-la como as prerrogativas ou os poderes⁷.

O interesse público acabou por se tornar, portanto, um elemento de legitimação e reafirmação da autoridade pública, uma vez que são concedidos prerrogativas e poderes à Administração Pública, que a dotam de uma posição superior em relação aos particulares e submete à sua atividade um caráter exorbitante e derogatório do direito comum.

Porém, a expressão do que seja interesse público em concreto é definido pelo próprio Estado incumbido por sua prossecução. Embora em teoria a definição de interesse coletivo

² TIMSIT, Gérard. *Le role de la notion de fonction administrative em droit administratif français*. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1963. p. 197 e 200.

³ TIMSIT, Gérard. *Le role de la notion de fonction administrative em droit administratif français*. Op. cit., p. 200.

⁴ TIMSIT, Gérard. *Le role de la notion de fonction administrative em droit administratif français*. Op. cit., p. 200-201.

⁵ TIMSIT, Gérard. *Le role de la notion de fonction administrative em droit administratif français*. Op. cit., p. 200-201.

⁶ ROUSSET, Michel. *L'idée de puissance publique em droit administratif*. Paris: Librairie Dalloz, 1960. p. 7.

⁷ ROUSSET, Michel. *L'idée de puissance publique em droit administratif*. Op. cit.

tenda a ser definido pelos órgãos políticos, na prática, a Administração Pública acaba por formar sua própria concepção dos interesses da coletividade⁸.

É incontestável, que alguns irão sustentar que a própria existência do Direito Administrativo protege contra a arbitrariedade, em razão da submissão ao Princípio da Legalidade. Porém, isto não impede a existência de aberturas onde a arbitrariedade se instaura, bem como, que essa tutela depende de leis que confirmam proteção suficiente ao administrado⁹.

As tidas “zonas do não direito” que são os campos de atuação dos poderes concedido à Administração Pública – como as prerrogativas e a discricionariedade – não sujeitas ao controle do seu exercício, abrem amplo espaço à arbitrariedade¹⁰. Isto não significa que irão sempre ocorrer, porém, não se pode ignorar essa possibilidade.

Isso porque é inegável, que a liberdade de eleição em concreto do que são interesses da coletividade pelo Estado-Administração e o não controle do mérito dessa escolha pode conduzir ao arbítrio, em especial, em um país marcado por elementos perniciosos culturais nas instituições político-administrativas – autoritarismo, nepotismo, personalismo e patrimonialismo.

Dessa feita, é necessário buscar mais do que a definição se o interesse público é supremo ou não – embora se sustente que tal princípio como qualquer outro se sujeita a ponderação – não pode ser absoluto ainda mais em uma ordem constitucional plural voltada à proteção do homem¹¹ – tentar encontrar formas de buscar parâmetros aceitáveis para sua indeterminabilidade.

O tema será tratado a seguir.

3 O INTERESSE PÚBLICO E A INDETERMINABILIDADE

Pode-se partir para análise do tema de um individualismo metodológico que considera o sujeito seja nas suas ações públicas ou privadas como um ser dotado de preferências, valores e motivações que o conduzem dentro de uma instrumentalidade racional à realização de determinados interesses em face de outros¹².

⁸ DEBBASCH, Charles. *Science administrative*. Paris: Dalloz, 1971. p. 61.

⁹ LOCHAK, Danièle. Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire? *Revue Française d'études constitutionnelles et politiques*, n. 46, set. 1988. p. 44 e 54-55.

¹⁰ LOCHAK, Danièle. Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire? Op. cit., p. 47-48.

¹¹ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹² WEBER, Max. *The theory of social and economic organization*. New York: Oxford University Press, 1947.

Ignorar a subjetividade do agente, em especial, o administrativo, significa uma tentativa de construir um sujeito que não seja dotado de preconceções, capacidade de valorações, bem como, todos os outros elementos que o tornam um ser humano e por mais que possamos tentar buscar certo grau de objetividade ainda permeia as ações e escolhas do homem.

No campo de um Estado Democrático trata-se de perigoso aporte, pois significaria reforçar um arquétipo de um sujeito dotado de patriotismo e abnegação capaz de ultrapassar suas concepções pessoais em favor de um interesse coletivo em nome não apenas daqueles que o elegeram, mas de todos sob seu comando.

Isto importa em considerar que a arena democrática não corresponde a uma visão utópica onde o povo elege representantes para tomada de decisão política, mas onde certos indivíduos adquirem pela deliberação política ou a competição dos votos o poder de decidir em nome dos outros¹³.

Igualmente que os sujeitos públicos em uma competição decidem satisfazer a preferência dos votantes tendo em vista o interesse em sua própria reeleição¹⁴ e que, por conseguinte, a democracia como regra da maioria se afasta, em alguma medida, do que seria o objetivo de promover propriamente o interesse público¹⁵.

Não significa considerar que na arena das decisões políticas os agentes não atuem com fatores não-econômicos para a realização de suas ideologias, porém, é forçoso reconhecer que buscam muitas das vezes a satisfação dos seus interesses econômicos com a maximização do seu bem-estar¹⁶.

Todavia, o interesse público atua antes como uma presunção do que as pessoas em um contexto informado, racional, desinteressado e até mesmo benevolente escolheriam do que propriamente aquilo que os sujeitos efetivamente optam a partir de suas preferências, valores ou motivações por escolher¹⁷.

Representa ante um valor que deve ser perseguido na ação estatal – inclusive enquanto princípio jurídico que se liga ao caráter conformativo do Direito – do que propriamente um fato comprovado pela empiria ou deduzido da racionalidade – já que a escolha pública envolve outras questões que não apenas o que poderia tentar se deduzir que seja o interesse da coletividade.

¹³ SCHUMPTER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*. Nova York: Routledge, 1943.

¹⁴ DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. Nova York: Harper & Row, 1957.

¹⁵ ARROW, Kenneth. *Social choices and individual values*. Washington: Cowles Foundation, 1951.

¹⁶ SEARS, David; FUNK, C. Self-interest in Americans' political opinions. In: MANSBRIDGE, J. J. *Beyond self-interest*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

¹⁷ LIPPMAN, Walter. *The public philosophy*. Nova York: Routledge, 1989.

Compreender a definição do interesse público para além de uma concepção utópica de que o Estado atua de forma desinteressada para atender o melhor fim da coletividade é reconhecer que na realidade o que chamamos de Administração Pública corresponde a pessoas no exercício de cargos dotadas de individualidade e de interesses próprios, que influenciam nessa escolha.

Não há como reconduzir a legitimidade da definição do interesse público ao próprio processo democrático, como se a tomada de decisão política representasse a vontade dos governantes, que ao investir o titular faria com que suas escolhas fossem adequadas ao interesse coletivo ignorando as falhas da representação.

Neste sentido, uma primeira afirmação que pode se fazer é que interesse público não é um mero processo de agregação de preferências individuais¹⁸. Reduzir o processo de tomada de decisão à regra da maioria é ignorar que isto funciona apenas para escolhas binárias em um ambiente single-dimensional¹⁹.

Seria inocência considerar que escolhas coletivas em um ambiente multidimensional produzirá equilíbrios já que está sujeita a manipulação política²⁰ por agentes que manuseiam o processo de forma a garantir a realização de seus interesses. Ainda que pensemos em interesse público em um contexto de deliberação pública encontraremos sempre limites.

Não apenas em tempos de *fake news* o processo majoritário que envolve a deliberação democrática envolve sempre mais do que uma dialética habermasiana em um contexto plural e racional, mas um contexto em que a retórica atua em um processo de convencimento, que ultrapassa muita das vezes os fundamentos lógicos e representam manipulação hoje, inclusive, midiática.

Não se limita apenas a tomada de decisão política, porém, a própria decisão administrativa dentro da discricionariedade que visa atender o interesse público, ainda quando dotada de mecanismos de democratização pelo menos em um sentido inicial – como audiências e consultas públicas – importam em dificuldade de delimitá-la para além de interesses parciais.

Isso porque é de longa data na literatura o reconhecimento que indivíduos racionais que tenham preferências transitivas sobre mais de duas alternativas podem não conseguir escolher coletivamente qual a alternativa, se elas forem votadas sucessivamente aos pares usando a regra da maioria²¹.

¹⁸ ARROW, Kenneth. *Social choices and individual values*. Op. cit.

¹⁹ BLACK, Duncan. On the rationale of group decision-making. *Journal of Political Economy*, The University of Chicago Press, v. 56, n. 1, p. 23-34, feb. 1948.

²⁰ RIKER, William. *Liberalism against populism*. San Francisco: W.H. Freeman, 1982.

²¹ Como já versava o teorema de Condorcet, o grupo deseja tomar uma decisão por maioria de voto. CONDORCET. *Essay on the application of analysis to the probability of majority decisions*. Paris: De l'Imprimerie Royale, 1785.

Há quem sustente, inclusive, que nenhuma regra de tomada de decisão coletiva seria capaz de alcançar um resultado a partir das preferências dos indivíduos sobre propostas alternativas²² o que produziria sempre uma construção parcial do interesse público em uma sociedade e, por efeito, uma dificuldade na identificação de uma vontade coletiva.

Assim, seja no sistema de votação falseado pelo controle da agenda e da manipulação, no agente político que realiza as escolhas que maximizam o interesse em sua reeleição ou na própria burocracia que tem interesses em si²³ há uma falha na identificação do interesse público, que precisamos discutir.

Incontestemente é a centralidade que a noção que o interesse público assume na própria dimensão do Estado – enquanto organização político-jurídica para atendimento de tais fins de um povo em dado território – e do próprio Direito – já que voltado precipuamente à realização de interesses coletivos como a paz social.

Entretanto, talvez haja uma questão mais profunda na dificuldade de designação do que seja interesse público não somente pela impossibilidade de uma imparcial e desmotivada escolha, mas talvez em razão da própria impossibilidade de tentar sintetizar em um único conceito demandas tão distintas e talvez inconciliáveis que marcam uma sociedade contemporânea e pluralista.

Ainda que considerado que é possível a existência de um interesse comum isto não gera, só por si, a criação de um grupo de interesse, havendo grandes grupos na sociedade, que permanecem latentes e como tal incapazes de pressionar o governo para a obtenção de políticas favoráveis aos seus membros²⁴.

Por um lado, há uma pluralidade de grupos de interesses que são capazes de auxiliar na designação da noção de interesse público para a sociedade. Porém, atuam antes como meras “coligações distributivas”, que buscam apenas maior rendimento ou fornecimento de bens coletivos para os seus membros²⁵.

Por outro, é inevitável que o governo precisa de intermediários em relação às preferências dos cidadãos para fornecer informação (enviesadas) sobre as demandas retirando um preço (influência) na definição das políticas²⁶ e, portanto, na densificação do que seja efetivamente o interesse público.

²² ARROW, Kenneth. *Social choices and individual values*. Op. cit.

²³ TULLOCK, Gordon. *Government failure: a primer in public choice*. Washington: Cato Institute, 2002.

²⁴ OLSON, Mancur. *The logic of collective action* (public goods and the theory of groups). Cambridge: Harvard University Press, 1965.

²⁵ OLSON, Mancur. *The rise and decline of nations*. London: Yale University Press, 1982.

²⁶ DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. Op. cit.

Torna-se necessário superar, portanto, o ideal democrático do interesse público calçado na suposição de que a escolha administrativa que densifica o interesse público seja realizada por atores políticos, burocráticos e não-estatais educados, informados e voltados à satisfação dos interesses da coletividade.

Ao revés, tais atores sociais são orientados por preferências, valores e motivações que o fazem o votar no “mercado” político seja para maximização do bem-estar individual ou a realização de ideologias, sempre apartadas do que seria em um contexto ideal racional e desinteressado de uma noção de interesse coletivo.

Tais decisões relativas ao interesse público acabam ocorrendo além disto em um mercado político marcado por um cenário de concorrência imperfeita com informação assimétrica, que não permite a alguns dos atores envolvidos ter paridade ou compreensão adequada dos riscos e custos. Neste contexto, que se torna interessante pensar na teoria da *public choice*.

4 O INTERESSE PÚBLICO E A PUBLIC CHOICE

Uma dificuldade associada à noção de interesse público pode ser a visão inadequada do interesse público como um valor em si, quando deveria ser tido como um processo²⁷ que demanda, portanto, a compreensão dos elementos que permeiam os sujeitos envolvidos e resulta no processo de densificação do seu conteúdo.

Nesse sentido, é possível tentar fixar o que seria um conceito de interesse público tendo em vista um determinado nível de estrutura do processo de decisão coletiva anterior ao próprio processo de tomada de decisão democrática sujeito, portanto, às dificuldades previamente analisadas.

Isso porque, no estágio constitucional da decisão coletiva – escolha das regras – é possível gerar consensos mais alargados do que no estágio parlamentar – escolha sob regras²⁸ de forma que a definição do interesse público ocorre de forma equilibrada quando a lei da organização político-jurídica estatal fixa parâmetros.

A grande problemática na delimitação do que é interesse público talvez decorra exatamente da tentativa de se buscar uma determinação em concreto, que não incida nas problemáticas já mencionadas. O encontro de um possível conceito do que seja o interesse coletivo envolva a verificação de parâmetros prévios.

Não significa considerar que compete a Constituição determinar o conteúdo do interesse público, que é variável e contingente em uma sociedade, mas que a partir de consensos fundamentais acerca dos bens e valores essenciais da sociedade, objetivos e programas de ação estatal fixa as margens para delimitar o interesse público.

²⁷ LEWIS, Carol. In pursuit of the public interest. *Public Administration Review*, sep./oct. 1996.

²⁸ BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent*. Carmel: Liberty Fund, 1962.

Em outro vértice, a manipulação da agenda pelos políticos e a tomada de decisão baseada em interesses próprios pela burocracia podem ser contidos em um modelo político marcado pelo reforço de garantias, procedimentos e órgãos institucionais que atuem como freios e contrapesos *checks and balances*.

A Separação dos Poderes com existência de parlamento bilateral, separação da função executiva e legislativa, corte constitucional independente e níveis de governo federalista são ingredientes para o funcionamento adequado de uma democracia eminentemente liberal.²⁹

Porém, embora a Constituição veicule consensos fundamentais a noção adotada de discricionariedade administrativa – espaço de escolha amplo e sem controle pela jurisdição – resultado de um desenho institucional autoritário francês³⁰ impede que o estádio constitucional da decisão coletiva limite o estádio administrativo.

De caráter analítico, porém, de natureza principiológica, a tessitura aberta das normas constitucionais junto a interpretação extensiva dada à discricionariedade administrativa permite garantir no âmbito da densificação do interesse público um campo aberto para a realização de preferências, valores e motivações do sujeito.

Em outro campo, esbarra o institucionalismo como instrumento de equilíbrio e controle democrático no mal funcionamento das instituições políticos estatais e não-estatais, em um contexto marcado pelo déficit democrático das instâncias, desinteresse e apatia pela participação política e falta de acesso à informação inteligível³¹.

Neste viés, a teoria da *public choice* pode ser capaz de contribuir com a análise do comportamento dos atores que agem politicamente - eleitores, políticos ou burocracias – de forma a extrair as preferências, valores e motivações que envolvem o processo de tomada de decisão pública³².

5 PUBLIC CHOICE, LEGITIMIDADE E TRANSPARÊNCIA

Inegável que o risco é um elemento na política no processo de tomada de decisão em várias áreas embora pouco discutido sendo necessária à definição de formalizar um processo de manuseio/controle do risco e a incorporação na legislação e na ação administrativa³³.

²⁹ RIKER, William. *Liberalism against populism*. Op. cit.

³⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Controle social, informação e Estado federal. A interpretação das competências político-administrativas comuns. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição federal de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

³² BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent*. Op. cit.

³³ FISHER, Elizabeth. *Risk and the challenges for administrative law*. Londres: Hart Publishing, 2010.

Para tanto, é necessário ter uma aproximação mais sofisticada dos conceitos de *knowledge* e de expertise não como caixas pretas transplantadas, ou seja, tidas como categorias neutras ou pragmáticas, mas como conceitos mobilizados e definidos em uma estrutura institucional particular³⁴.

Por esta razão, a utilização da *public choice* na definição do interesse público ao permitir conhecer não os elementos normativos ou institucionais – como a expertise – por trás da decisão administrativa, mas os elementos pré-normativos dos agentes públicos é capaz de garantir maior legitimidade e transparência na ação administrativa.

Como é sabido, agrega-se ao princípio da legalidade a legitimidade como indissociável projeção do princípio democrático, de modo a exigir da atuação da Administração Pública não apenas a sua conformidade com a ordem jurídica globalmente considerada, mas, também, com a vontade emanada da sociedade pluralisticamente definida.

Com as transformações ocorridas na concepção da legalidade e a percepção de áreas da atividade administrativa que escapam do domínio da lei formal, a legitimidade que antes permanecia circunscrita à própria lei torna-se insuficiente, sendo necessários fundamentos capazes de garantir o fundamento de sua atuação³⁵.

Sob um primeiro ângulo, a legitimidade é construída a partir de um contexto aberto, livre e igualitário de deliberação pública, onde todos os cidadãos possam participar com iguais capacidades para influenciar e persuadir nas decisões *administrativas*, garantindo uma maior legitimidade e racionalidade na gestão pública³⁶.

Isto porque, a troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da *res publica* e por via reflexa o interesse público, pois se determinada política consegue superar as críticas formuladas pelos demais participantes da deliberação, de início pode ser considerada legítima e racional³⁷.

No segundo vértice, é aferida pelos resultados produzidos no exercício da atividade administrativa, a partir da necessária coincidência entre os interesses públicos obtidos na deliberação com a sociedade e o desempenho minimamente eficiente dos seus agentes na persecução destes respectivos interesses³⁸.

³⁴ FISHER, Elizabeth. *Risk and the challenges for administrative law*. Op. cit.

³⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Op. cit.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Na Administração Pública, onde a discricionariedade administrativa representa resíduo dessa legitimidade, as opções legítimas traduzem-se no dever de boa administração, ou seja, na escolha dos meios que possam produzir o que sejam os melhores resultados em atendimento do interesse público³⁹.

Intimamente ligado à própria concepção de Estado Democrático de Direito e ao princípio democrático está a transparência administrativa, que busca trazer a efetividade ao exercício dos direitos políticos mediante a visibilidade dos atos praticados pelos poderes estatais

A transparência administrativa erige-se como um princípio que transcende o dever formal de informação, mas conduz a visibilidade da atuação estatal e a viabilização da efetividade participação popular na deliberação pública acerca dos interesses sociais almejados, a saber, do chamado interesse público⁴⁰.

Neste tocante, erige-se o princípio da transparência atos estatais, como instrumento capaz de viabilizar mediante a visibilidade na gestão pública o debate político⁴¹ o fortalecimento sociocultural da cidadania e fomento da participação popular, bem como, o aperfeiçoamento da gestão estatal e dos instrumentos jurídicos de controle social.

Isto apenas é possível através da definição e conhecimento dos mecanismos, que de fato atuam sob o processo de decisão administrativa que densifica o interesse público algo que pode ser aperfeiçoado através da aplicação da teoria da *public choice* na respectiva matéria.

6 CONCLUSÃO

É da própria natureza do conceito de interesse público a sua indeterminação e em sociedades pluralistas marcadas por sua pluralidade e complexidade a definição pelos agentes públicos de quais sejam os interesses a ser tutelado é um dos problemas que envolvem as principais teorias democráticas.

Todavia, verifica-se que a aplicação da teoria da *public choice* é capaz de garantir maior transparência e racionalidade no processo de escolha, permitindo, portanto, um controle efetivo pela sociedade ao conhecer o que informa os atores sociais e políticos envolvidos na tomada de decisão administrativa.

Por efeito, é possível sustentar que a *Public Choice* pode funcionar como programa de pesquisa sobre a formação da decisão administrativa garantindo acesso ao conhecimento dos fatores que influencia no processo de escolha e concretização do interesse público

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Op. cit.

⁴⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴¹ MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. *Interesse Público*, n. 36, maio/abr. 2006.

Desta feita, permite demonstrar as insuficiências existentes na formação do que seja interesse público garantindo que possam ser encontrados mecanismos que permitam uma identificação melhor das demandas da sociedade e a escolha em uma seara de debate da definição de quais serão realizados.

Isto porque, garante a análise do comportamento dos atores que participam desta definição do interesse público e das políticas contribuindo com maior segurança jurídica ao permitir o conhecimento dos fatores extrajurídicos que exercem e influenciam a atuação estatal.

Exterioriza-se o processo de determinação de preferências, valores e motivações superando a construção ou a identificação da definição romântica do processo de seleção do interesse público como neutro e avalorativo voltado à realização efetivamente do quem sejam as necessidades da coletividade.

REFERÊNCIAS

- ARROW, Kenneth. *Social choices and individual values*. Washington: Cowles Foundation, 1951.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Controle social, informação e Estado federal. A interpretação das competências político-administrativas comuns. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição federal de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BLACK, Duncan. On the rationale of group decision-making. *Journal of Political Economy*, The University of Chicago Press, v. 56, n. 1, p. 23-34, feb. 1948.
- BUCHANAN, James. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M. *The logical foundations of constitution of liberty*. The Collected Works of James M. Buchanan. v. 1. Indianapolis: Liberty Fund, 1984.
- BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent*. Carmel: Liberty Fund, 1962
- CONDORCET. *Essay on the application of analysis to the probability of majority decisions*. Paris: De l'Imprimerie Royale, 1785.
- DEBBASCH, Charles. *Science administrative*. Paris: Dalloz, 1971.
- DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. Nova York: Harper & Row, 1957.
- FISHER, Elizabeth. *Risk and the challenges for administrative law*. Londres: Hart Publishing, 2010.
- LEWIS, Carol. In pursuit of the public interest. *Public Administration Review*, sep./oct. 1996.
- LIPPMAN, Walter. *The public philosophy*. Nova York: Routledge, 1989.

- LOCHAK, Danièle. Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire? *Revue Française d'études constitutionnelles et politiques*, n. 46, set. 1988.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. *Interesse Público*, n. 36, maio/abr. 2006.
- OLSON, Mancur. *The logic of collective action (public goods and the theory of groups)*. Harvard University Press, 1965.
- OLSON, Mancur. *The rise and decline of nations*. London: Yale University Press, 1982.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965.
- RIKER, William. *Liberalism against populism*. San Francisco: W.H. Freeman, 1982.
- ROUSSET, Michel. *L'idée de puissance publique em droit administratif*. Paris: Librairie Dalloz, 1960.
- SEARS, David; FUNK, C. Self-interest in Americans' political opinions. In: MANSBRIDGE, J. J. *Beyond self-interest*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*. Nova York: Routledge, 1943.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- TIMSIT, Gérard. *Le role de la notion de fonction administrative em droit administratif français*. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1963.
- TULLOCK, Gordon. *Government failure: a primer in public choice*. Washington: Cato Institute, 2002.
- WEBER, Max. *The theory of social and economic organization*. New York: Oxford University Press, 1947.

GOVERNO ELETRÔNICO, BUROCRACIA E CONTROLE: O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PREDITIVA NA APLICAÇÃO DA LEI N. 13.655, DE 2018

FÁBIO DE SOUSA SANTOS

Doutorando e mestre em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)
Procurador do Estado de Rondônia

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Estado, burocracia e processo decisório. 3 Controle da Administração Pública e as alterações da Lei n. 13.655, de 2018. 4 Inteligência artificial e o poder da predição. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A ubiquidade do Estado e da temática relativa à tecnologia nos mais diversos círculos de debate torna a intersecção entre tais temas praticamente uma certeza, senão uma necessidade. A amplitude dos temas torna imperativo que as abordagens também possam ser as mais diversas. Chamam atenção, entretanto a necessidade de dar maior concretude, com as ferramentas contemporâneas de gestão, às disposições introduzidas na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro pela Lei 13.655 de 2018. Nesta linha, a pesquisa realizada neste artigo teve como proposta central investigar a correlação e a pertinência das ideias weberianas de burocracia no contexto do Governo eletrônico e das tecnologias digitais, em especial da inteligência artificial. A investigação proposta tem implicações, na dimensão orgânica do Estado, tanto nas entidades que realizam função administrativa ativa quando nas entidades que exercem a função administrativa controle.

A parte inicial do trabalho trata do processo decisório das entidades estatais, relacionando-os com os conceitos derivados da ideia weberiana de burocracia, tal como a dominação racional. São abordados aspectos relacionados ao governo eletrônico, e as correlações da digitalização da sociedade e do Estado com os conceitos expostos. ainda É analisado o conceito de “dado” e a importância estratégica desta figura no universo contextual da análise proposta. A segunda divisão do trabalho aborda o papel do controle no exercício da atividade administrativa, com ponto de partida na construção do pressuposto de sua inerência ao

Estado de Direito e ao ambiente democrático. Discorre-se sobre a influência das alterações na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, em especial as que se destinam a ampliar o espaço de deferência do Controlador para a Gestor. A terceira e última parte do artigo mergulha no uso do ferramental tecnológico contemporâneo e sua aptidão para materializar a burocracia, na expressão da teoria weberiana, como domínio pelo conhecimento. Inicia conceituando inteligência artificial, sempre com um foco instrumental na análise, tentando fugir à utilização de acordos semânticos mais amplos.

A metodologia empregada foi centrada na pesquisa bibliográfica e documental, com o uso do método indutivo, identificando e coletando, a partir de perspectivas particulares¹, os elementos teóricos que serão reunidos para a adequada percepção geral dos fenômenos pesquisados, com o destaque para os conceitos mais relevantes para o trabalho, tais como inteligência artificial, modelo decisório e burocracia. A análise foi eminentemente qualitativa,² fundada na análise do conhecimento teórico-empírico para lhe atribuir cientificidade, já que os dados serão colhidos na própria literatura e legislação.

2 ESTADO, BUROCRACIA E PROCESSO DECISÓRIO

As sociedades contemporâneas atribuem às figuras estatais um conjunto considerável de atividades, mesmo naquelas onde a presença destas é vista com certa desconfiança. Embora haja uma variância a depender do perfil do Estado nacional, é inegável a necessidade de atribuir ao Estado, enquanto figura política, o papel de ponto de referência das ordens social, política e econômica.³ O exercício de tal conjunto de funções conduz à necessidade da existência de uma estrutura de entidades responsáveis pelas expressões práticas do Estado, como membros ou órgãos de um corpo. O conjunto de entidades públicas que executam algum tipo de atividade administrativa, é rotulado como Administração Pública.⁴ Acresça-se a esta complexidade institucional, as decorrências da formatação de um Estado democrático de Direito contemporâneo, qual seja, a necessidade de existência de centros díspares de poder. Sobe-se mais um degrau na escala da complexidade inerente.

Imagine-se, a título de exemplo, um projeto de lei que visa estabelecer a regulação de uma determinada questão econômica: Há uma série de escolhas (e, portanto, decisões) quando da sua redação, uma outra escolha quanto à oportunidade de sua propositura, outra cadeia de decisões durante a tramitação legislativa. Decide-se também quando o chefe do Poder executivo a sanciona. Esta lei certamente servirá de fundamento para outras decisões,

¹ PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 91.

² CHIZZOTTI, Antonio. *Pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais*. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 27-28.

³ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 67.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 225.

tomadas já no âmbito administrativo, nas diversas unidades da Administração Pública responsáveis por sua aplicação. Se questionada judicialmente, essa decisão cristalizada na lei pode servir de esteio a um ato decisório judicial.

As relações humanas, sejam elas sociais, econômicas ou políticas, são moldadas e modeladas com a mediação de sistemas de decisão⁵. Os tipos legais, veiculando proibições, permissões ou modelos incentivados de ação, e sua materialização, nada mais são do que uma expressão da cadeia de decisões ao qual determinada sociedade se submete. Em uma sociedade democrática regida por um Estado de direito, tão importante quanto quais decisões estão atreladas às figuras estatais, é o mecanismo pelo qual se chega a tais decisões, isto é: o processo organizacional através do qual o Estado se manifesta. Esta constatação é feita a partir do reconhecimento de que o formato institucional da administração pública, incluído seu controle, é elemento central para a compreensão do mecanismo das entidades do Estado⁶, eis que os atos decisórios podem estar inseridos em diversos contextos institucionais e espalhados em uma longa régua do tempo.

Uma decisão em um processo de contratação pública realizado hoje no Brasil, por exemplo, é fruto de um processo decisório iniciado no início da década de 90 do século passado, quando da elaboração da Lei 8.666. Não deve causar espanto a hipótese de, no encaideamento das decisões tomadas no macroprocesso, as circunstâncias poderem atribuir maior peso a uma etapa do processo de modelagem da conduta do Estado-contratante feita no passado distante. Portanto, sob um olhar macroscópico, mas não por isso menos correto, a complexidade nos sistemas de decisão do Estado até aqui apontada tem elementos organizacionais e institucionais, mas também um elemento temporal inerente.

Os sistemas de decisão, então, são os verdadeiros blocos constitutivos das organizações complexas contemporâneas – categoria evidentemente integrada pelo Estado – e tais organizações são a forma moderna de manifestação do ser humano.⁷ Importante anotar que não se prega aqui a necessidade de abandono de formas normativas rígidas no ordenamento, especialmente porque a lógica de utilização de formas regulatórias menos flexíveis tem como resultado pretendido a promoção da segurança jurídica e da igualdade sob o ponto de vista intersubjetivo, geográfico e também intertemporal.⁸

A expressão burocracia tem, no jargão comum, um sentido infeliz: representa sinônimo de ineficiência e morosidade. É, neste sentido, comumente atrelada com cotidianidade ao funcionamento ordinário da Administração Pública e apontada não só como uma de

⁵ CROZIER, Michel. *O fenômeno burocrático*. Trad. A. Gili Sobrinho. Brasília: Ed. Unb, 1981. p. 306.

⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. Comparative administrative law: an introduction. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. *Comparative administrative law*. Northampton, Ma: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 01-19. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1748707>. Acesso em: 15 abr. 2017.

⁷ CROZIER, Michel. *O fenômeno burocrático*. Op. cit., p. 306.

⁸ BALDWIN, Robert. *Rules and government*. New York: Oxford Press, 2004. p. 11-13.

suas mazelas, mas como sua principal característica. O sentido weberiano da expressão, entretanto, pinta um quadro bem diverso. O Estado Ocidental contemporâneo é formado tendo como um de seus caracteres celulares o elemento burocrático. Para adimplir com as exigências de funcionamento e expansão do capitalismo, o exercício das funções do Estado precisaria ser conectado com a capacidade de determinar comportamentos concretos através de um elemento racional, cuja legitimidade advém da lei, e não de estatutos informais, com espaço pra arbitrariedades. Para Max Weber, “administração burocrática significa: dominação em virtude de conhecimento”⁹. A crença na legitimidade da dominação do agente estatal burocrático é buscada pelo apelo à racionalidade característica do homem da modernidade. Sua multiplicação pelo globo pode ser creditada ao ganho de eficiência que tal forma de administração impôs¹⁰.

A atualidade traz a necessidade imperiosa do Estado em transpor-se para o ambiente digital, organizando-se para facilitar a execução de atividades complexas, sob a forma de Governo Eletrônico ou *E-Government*¹¹. A manifestação do Estado no ambiente digital pode então apresentar-se de três diferentes maneiras: governo eletrônico (Ex: serviços ao público em ambiente eletrônico); Administração eletrônica (Ex: relacionamentos entre entidades, como a gestão de conhecimento); e Governança Eletrônica (interação com o cidadão para a melhoria da governança). O funcionamento das entidades estatais passa também a incorporar uma dinâmica de acesso e tratamento de dados em formato eletrônico, transformando o Estado em partícipe desta transformação do ambiente digital para além do aspecto regulatório.

Dado pode ser descrito como uma representação de uma pessoa, um evento ou um objeto, através de variáveis, características ou atributos¹². Se tomarmos uma pessoa natural como entidade, são os dados mais comuns a ela relacionados: seu nome, estado civil, o número do cadastro de pessoas físicas ou do passaporte. Entretanto, também são dados relacionados a um determinado indivíduo: as utilizações de determinado serviço público, sua origem étnica, sua orientação sexual, sua orientação política, seu peso, histórico de doenças, padrões de compra, de movimentação geográfica, dentre outras.

A acessibilidade de um grande volume de dados abre uma porta de fundamental relevância para o tema proposto: Permite que as aplicações utilizadas pelo Estado possam deixar de ser baseadas em regras e passem a ser baseadas em dados¹³. Embora as regras

⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São Paulo: Imprensa oficial, 2004. p. 147.

¹⁰ MOTTA, Fernando C. Prestes; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Introdução à organização burocrática*. 2. ed. rev. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004. p. 32

¹¹ ROVER, Aires José; GALINDO, Fernando. *O governo eletrônico e suas múltiplas facetas*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010.

¹² KELLEHER, John D.; TIERNEY, Brendan. *Data science*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2018. (The MIT Press Essential Knowledge Series). p. 39.

¹³ SOUSA, Wesley Gomes de; MELO, Elis Regina Pereira de; BERMEJO, Paulo Henrique De Souza *et al*. How and where is artificial intelligence in the public sector going? A literature review and research agenda. *Government*

nas quais se baseiam as aplicações não são, imperiosamente, regras jurídicas, no âmbito das entidades públicas é possível afirmar a necessidade de um alto grau de sobreposição destas normas. Um dos benefícios mais claros é que a aplicação de princípios ou de valores abstratos pode ser direcionada, pelos dados, de forma a oferecer uma melhor aderência à realidade que se destina a regulação. Tratar-se há deste tema mais adiante.

Sem dúvida, no contexto de uma sociedade cada dia mais digital, os dados devem ser tratados como ativos de importância ímpar, não só porque “são o novo petróleo”, mas porque cristalizam forma de conhecimento com potência para reconstruir e reafirmar o papel da burocracia weberiana. Nas organizações públicas devem ser empregadas técnicas idôneas para atingir os objetivos da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. Os objetivos podem ser imediatos ou objetivos instrumentais ampliados, tais como democracia e igualdade, bem como a economicidade nas ações estatais¹⁴, tornando imperativa a imposição do factual, expresso por meio dos dados.

3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ALTERAÇÕES DA LEI N. 13.655, DE 2018

Tendo em conta os elementos do conceito weberiano de burocracia, o respeito pelo Estado ao conjunto de normas que regulamenta a sua ação é importante peça do fundamento lógico da sua legitimidade. Tal respeito deve abarcar as normas instrumentais e a observância dos valores eleitos como relevantes para as entidades públicas, na medida em que “a burocracia, legitimada pelo procedimento, é instrumento da democracia”¹⁵.

O funcionamento das instituições públicas passa, portanto, pelo monitoramento de sua operação,¹⁶ eis que há uma inerência do controle no Estado de Direito, em virtude da necessária vinculação entre a Administração Pública e o conjunto de decisões enraizadas no ordenamento jurídico-constitucional. Tom Daly atribui ao controle papel de sobrelevada importância, enxergando-o como substância inerente ao Estado democrático de Direito, na medida em que a fragilização do accountability institucional é marcada pelo autor como um dos sinais mais claros da decadência democrática¹⁷.

Information Quarterly, v. 36, n. 4, oct. 2019. p. 2.

¹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A concepção de gestão pública norte-americana e sua (in)compatibilidade com a realidade socioeconômica dos Estados latinoamericanos em desenvolvimento. *Revista do Direito Unisc*, Santa Cruz do Sul, v. 41, n. 1, p. 41-64, dez. 2013. Quadrimestral. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/4115>. Acesso em: 08 mar. 2016.

¹⁵ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 41.

¹⁶ NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge, 1990.

¹⁷ DALY, Tom Gerald. Democratic decay: conceptualizing an emerging research field. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 9-36, 2019. p. 31.

O controle pode ser materializado em diversas instituições, dada a sua inerência à figura do Estado de Direito. No sistema de jurisdição adotado pelo Brasil (o sistema inglês) é possível apontar o Poder Judiciário como uma instituição e controle por excelência¹⁸. A realidade institucional brasileira é, entretanto, profícua na criação de instâncias de controle. Além do controle exercido pelo Poder Judiciário, há o controle interno das próprias entidades, bem como o controle realizado pelo Poder Legislativo, Tribunais de Contas e Ministério Público.¹⁹ O cidadão pode, por diversas vias diferentes, utilizar desses veículos institucionais para o exercício mediato do controle das ações do Estado, seja em defesa de direitos subjetivos próprios, seja, por exemplo, pra proteção do patrimônio público²⁰.

O Administrador público brasileiro, portanto, pode ser confrontado por uma diversidade de canais, o que pode ser sinal de duas diferentes situações (ou ambas): a) uma reduzida confiança na sua capacidade de observar as normas que regulamentam sua atividade; b) ou um baixo compromisso do gestor brasileiro com a burocracia evidenciado por uma variedade de mecanismos de controle . . . Falha o gestor ou exagera o controle?

Outro elemento contextual de relevância para a realidade brasileira, é o fato de que o ordenamento nacional, em especial a Constituição Federal traz um conjunto de escolhas já realizadas em termos de políticas públicas, impondo ao Estado a condição de devedor inexorável de obrigações da intimidade da dignidade humana e da cidadania plena²¹. O constrangimento constitucional é, a um só tempo, ao Administrador Público responsável pela execução das políticas públicas, portanto, a jusante das escolhas constitucionais; e às instituições responsáveis pelo controle, que também estão vinculadas a observância das mesmas normas constitucionais, eis que responsáveis pela sua imposição.

A importância das instituições de controle, entretanto, não pode converter-se numa possibilidade de existência de um papel institucional de completa sobreposição ou de desconfiança *a priori* do administrador público. Tanto quanto a Constituição Federal brasileira, ao lado de garantir a independência dos Poderes da república, determina que estes sejam exercidos em harmonia, sendo inerente ao sistema constitucional brasileiro a ocorrência de competências sobrepostas, com a salvaguarda de preponderâncias localizadas nas zonas

¹⁸ GABARDO, Emerson. Understanding brazilian administrative law, the related literature, and education: a comparison with the system in the United States. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vienna, v. 9, p. 371-397, mar. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/19753528/Understanding_brazilian_administrative_law_the_related_literature_. Acesso em: 25 mar. 2017.

¹⁹ MOTTA, Fabricio M. Apontamentos sobre o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, jan. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=1218>. Acesso em: 20 maio 2018.

²⁰ BRASIL. *Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 26 ago. 2021. Art. 1º.

²¹ VALLE, Vanice Regina Lirio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, 2013. p. 390.

de especialização orgânica²². É neste contexto que surge, no Brasil, a Lei Federal n. 13.655 de 25 de abril de 2018 alterando o Decreto-Lei n. 4.567, de 07 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro), incluindo “disposições sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

Dois são os dispositivos que apresentam maior interesse pra análise proposta neste artigo: o art. 21 estipula que “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”; e o artigo 22 determina que na “interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”. O último dispositivo, em seu parágrafo primeiro, estende a necessidade da análise circunstancial para que a entidade de controle analise a “regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”²³.

A Lei parece atender à advertência de Raymundo Faoro, que já reconhecia que “o passado tem, entretanto, suas próprias pautas, seu curso, embora não caprichoso, obra dos homens e de circunstâncias não homogêneas.”²⁴. A distensão temporal entre as ações de controle e a execução das escolhas administrativas pode causar uma desconexão da realidade observada pela entidade de controle, formalizada nos autos dos processos e os problemas objeto da ação do Administrador. Mas este não parece ser o único móvel da legislação. Ainda que se considere que a representação da realidade seja idêntica em ambas as instâncias temporais, não é raro o Administrador “tomar decisões fundamentadas e de boa-fé”, e mesmo assim ser processado pessoalmente só porque o controlador tem opiniões diferentes²⁵.

O cenário traçado pela legislação oportuniza que as opiniões institucionais sobre a expressão prática das regras existentes no ordenamento convirjam numa análise eminentemente consequencialista. Tal direção pode ser definida como uma expressão legal da necessidade de deferência para com as escolhas do Administrador Público no âmbito do exercício de suas funções. Isto é, há um reconhecimento de que não há fundamento para a presunção

²² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governança: nova fronteira do direito regulatório. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 163.

²³ BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 18 maio 2018.

²⁴ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001. p. 822.

²⁵ ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Apresentação. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 05. Disponível em: <http://antonioaugustooanastasia.com.br/wpcontent/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 13 maio 2018.

de que os órgãos de controle têm prioridade nas construções das soluções de problemas estatais, mesmo que tais construções sejam eminentemente jurídicas²⁶. Não há, portanto, nas instituições de controle, a atribuição do exercício de uma espécie de poder moderador da Administração Pública, a quem seria conferido o direito de decidir, ainda que de forma equivocada, por derradeiro.

As alterações incluídas na LINDB, exigem da entidade de controle um exercício de alteridade, demandando ação no sentido de avaliar elementos que estão conectados com a realidade ao qual se submete o controlado, ou seja, o Administrador Público, bem como o destinatário da ação estatal. Este dever se torna ainda mais contundente na existência de múltiplas alternativas à disposição do Administrador²⁷. Este último relevo ganha cores mais fortes na consciência de que o macroprocesso decisório de determinadas ações estatais não é feito, como regra, com a participação de órgãos das principais instâncias de controle. A controle é exercido sobre uma ação administrativa com forma definida, ainda que não de maneira definitiva, o que pode causar uma completa desconexão contextual entre as instâncias decisórias.

Por obvio, alguns elementos são fundamentais para mitigar essa dissociação e o grande exemplo destes elementos é a necessidade de documentação das ações da Administração pública. Para além, é neste momento que as ferramentas do Governo Eletrônico e da revolução digital ganham importância. Podia o gestor realizar outra ação além da materializada? Se teria, quais seriam as consequências? Quais seriam os custos? Era razoável esperar de alguém, nas mesmas condições, uma decisão diversa? As respostas a todas estas perguntas podem estar na análise do conjunto de dados à disposição dos agentes públicos e de controle e seu acesso pode ser facilitado, de sobremaneira, pelas ferramentas tecnológicas empregadas no âmbito do Governo Eletrônico.

4 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PODER DA PREDIÇÃO

Ainda na década de 50 do século XX, o matemático britânico Alan Turing já propôs o questionamento acerca da possibilidade de máquinas exercitarem atividades dotadas de inteligência. No objetivo de responder à pergunta se “podem as máquinas pensar?”, Turing afirmou que “até o final do século o senso comum e a opinião educada geral terão se alterado

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 206.

²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari; DALLARI, Adilson de Abreu *et al.* *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n. 7.448/2017*. S.I.: s.n., 2017. Disponível em: http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20180428170434_103.pdf. Acesso em: 12 maio 2018.

tanto que será possível falar de máquinas pensando sem esperar contradição.”²⁸. A previsão se mostrou, sem dúvidas, plenamente acertada.

O termo inteligência artificial foi cunhado anos mais tarde, por John McCarthy, que define a expressão como sendo “a ciência e engenharia de construir máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes”²⁹. A utilização de acordos semânticos é sempre uma saída viável, especialmente quando o foco da pesquisa é discutir outros aspectos relacionados ao emprego da tecnologia. Juarez Freitas utiliza-se desta técnica, definindo a referida expressão como “sistema cognitivo de máquina, adaptável e relativamente autônomo, emulatório da inteligência decisória humana”³⁰. A evidente tautologia dos conceitos apontados, torna necessário recorrer a outra técnica para o seu melhor entendimento. Embora a junção possa dar a uma expressão um sentido dissociado das palavras que deram origem à mesma, uma explicação mais adequada do conceito pode ser obtida pela análise dos seus componentes.

Inteligência é um conceito historicamente relacionado às entidades biológicas, como os seres humanos e outros animais. Pode ser associada a diversas expressões, tais como capacidade, resolutividade, conhecimento, sabedoria, resolutividade. Resumidamente, e de maneira mais instrumental para a análise proposta neste artigo, pode-se definir inteligência como a “habilidade para atingir certos objetivos.”³¹.

A expressão *artificial* é comumente atrelada a um sentido negativo. Quando qualificada determinada pessoa com tal objetivo, dificilmente a situação pode ser enquadrada como o reconhecimento de uma qualidade positiva. Entretanto, no contexto tecnológico artificial pode ser melhor descrita como *sintética*, isto é: resultado da ação humana (portanto, não natural) no sentido de promover a engenharia de determinado objeto. Tais características sobrelevam a marca de um produto tipicamente funcional, pensado pelo produtor com um viés finalístico. Melhor dizendo: é a função desejada para o objeto que qualifica e direciona o seu processo de desenvolvimento e sua própria constituição³².

²⁸ TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. *Mind*, Oxford University Press: London, New Series, v. 59, n. 236, out. 1950. p. 443. No original: “I believe that at the end of the century the use of words and general educated opinion will have altered so much that one will be able to speak of machines thinking without expecting to be contradicted.”.

²⁹ MCCARTHY, John. *What is artificial intelligence?* 2007. Disponível em: <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020. No original: “It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs.”.

³⁰ FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019. p. 16.

³¹ MCCARTHY, John. *What is artificial intelligence?* Op. cit., p. 4.

³² SIMON, Herbert A. *The sciences of the artificial*. 3. ed. [2019 edition]. Cambridge, MA: The MIT Press, 2019. p. 3-5.

Inteligência artificial pode ser definida de duas formas, a partir da ação de máquinas ou sistemas computacionais, sob duas ópticas diversas: a) inteligência artificial é a capacidade da máquina de reproduzir o processo cognitivo e decisório humano, ou seja, realizar tarefas para as quais se requer, no ser humano, inteligência, ou; b) é a capacidade, exercitada por uma máquina, de entendimento, raciocínio e ação³³. O primeiro conceito qualifica-se pela comparação, evidenciando as capacidades desta tecnologia num plano relacional com seu criador. O ser humano, por processos constitutivos seus, introduz no mundo uma entidade capaz de igualar (e, talvez, superar) suas realizações. A segunda definição marca-se pela natureza do processo levado a cabo pelo agente, materializando ações que são histórica e simbolicamente atreladas à qualidade de *ser humano*. De toda sorte, ambas evidenciam as capacidades desta tecnologia, pelo potencial de atingir marcas significativas em termos de realizações da humanidade

Não é adequado observar a inteligência artificial como uma figura homogênea, mas sim como um conjunto de tecnologias cuja gradação da “inteligência” pode ser observada. Neste sentido, o conceito pode ser classificado de diversas formas. A primeira classificação cujo destaque é importante é binária: Inteligência artificial geral ou restrita. A inteligência artificial da cultura pop, “capaz de abstrair conceitos de experiências limitadas e transferir conhecimento entre domínios diversos”,³⁴ é classificada como inteligência artificial geral. Aquela presente no dia a dia, é classificada como inteligência artificial restrita, na medida em que é aquela cujo foco de ação é limitado, sendo desenvolvida como ferramenta para resolver um problema específico: jogar xadrez, reconhecer um rosto, observar padrões etc.³⁵.

É também de especial utilidade a classificação que diz respeito ao resultado da ação inteligente produzida pelo sistema. Neste critério, podem ser identificados sete tipos diferentes: 1) *Sistemas que agem*: tem capacidade de seguir regras diretas e simples para a execução de ações digitais ou não ; 2) *Sistemas que predizem*: consegue, a partir de um conjunto determinado de dados, estipular cenários como resultado de uma conjunto predeterminado de elementos; 3) *Sistemas que aprendem*: sistemas que possuem a capacidade de executar determinadas ações sem serem explicitamente programados para tal; 4) *Sistemas que criam*: são aqueles capazes de gerar “produtos”, como documentos ou imagens; 5) *Sistemas que conectam*: sistemas capazes de perceber aspectos emocionais de usuários; 6) *Sistemas que dominam*: conseguem, a partir de uma pequena quantidade de informações, estipular um padrão abstrato e genérico, bem como planos de longo prazo; e 7) *Sistemas que evoluem*: tem a capacidade de se adaptar, alterando os recursos e métodos empregados

³³ RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter; DAVIS, Ernest *et al.* *Artificial intelligence: a modern approach*. 3. ed. Boston: Pearson, 2016. (Prentice Hall Series in Artificial Intelligence). p. 2.

³⁴ YAO, Mariya; ZHOU, Adelyn; JIA, Marlene. *Applied artificial intelligence: a handbook of business leaders*: Nova Iorque: Topbots, 2018. Kindle Edition. posição 219.

³⁵ INTERNATIONAL TECHNOLOGY LAW ASSOCIATION (United States of America). *Responsible AI: a global policy framework*. Mclean: International Technology Law Association, 2019. p. 18.

para atingir suas funções. Os sistemas que dominam e os sistemas que evoluem são considerados *sistemas do amanhã* e se relacionam com o conceito de inteligência artificial geral³⁶.

Importante observar que tecnologias mais avançadas cronologicamente não necessariamente são as mais adequadas para atingir o resultado pretendido na sua aplicação e que o fato do Governo Eletrônico se caracterizar, de maneira mais restrita, a oferta aos cidadãos de serviços estatais em ambiente digital³⁷, não se pode descuidar da necessidade de observância da principiologia própria da Administração Pública. As aplicações de cada uma das “espécies” devem seguir uma diretriz de capacidade de atingir o objetivo pretendido pelo criador da solução tecnológica, com o menor emprego de recursos possível. A simplicidade da construção do modelo computacional executado conduz a uma maior transparência do seu modo de funcionamento, já que, em contraste, pelo são apresentas ressalvas à utilização de ferramentas de decisão ou auxílio à decisão do administrador público baseadas em tecnologias como aprendizado profundo, em função da existência de uma *caixa preta* informacional acerca do modelo decisório empregado pela máquina³⁸.

As aplicações possíveis são virtualmente ilimitadas. Por exemplo, a inteligência artificial, aliada às pegadas digitais deixadas por todos nós, e ao acesso massificado aos dados na esfera pública, permite a realização ações direcionadas a públicos por critérios específicos e altamente personalizados – as *micro-bolhas* –, a exemplo de práticas já usuais no ambiente de mercado³⁹. Seria possível direcionar ao cidadão ações ou políticas estatais com alto grau de personalização, tanto quanto é viável a um serviço de streaming recomendar um filme ou série ao usuário. Dentre as diversas funções que podem ser executadas por uma ferramenta de Inteligência artificial, o recorte do presente trabalho tem como objetivo avaliar a aplicabilidade da função preditiva daquela.

A inteligência artificial com função preditiva tem como característica a capacidade de, dado um acervo de dados, estipular o valor de lacunas informacionais⁴⁰. Isso torna a ferramenta capaz de antecipar cenários ou resultados decorrentes de alterações de diversos elementos, bem como ser capaz de identificar os dados centrais dentro de determinadas cenários, que tem o maior poder de influência na mudança ou política que se deseja efetivar. Um exemplo certamente auxilia na visualização. Imagine-se que determinada municipalidade

³⁶ YAO, Mariya; ZHOU, Adelyn; JIA, Marlene. *Applied artificial intelligence*: Op. cit.

³⁷ BRAGA, Lamartine Vieira; GOMES, Ricardo Corrêa Gomes. Governo eletrônico e seu relacionamento com o desenvolvimento econômico e humano: um estudo comparativo internacional. *Revista do Serviço Público*, v. 66, n. 4, p. 523-556, 24 dez. 2015. p. 527.

³⁸ CORVALÁN, Juan G. GPT-3 artificial intelligence, pretoria, and algorithmic oracles in law. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-52, 2020. DOI: <https://doi.org/10.47975/IJDL/1corvalan>. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/2>. Acesso em: 10 dez. 2020.

³⁹ MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago, 2019. p. 157-158.

⁴⁰ KELLEHER, John D.; TIERNEY, Brendan. *Data science*. Op. cit., p.12.

deseja incrementar a arrecadação de tributos, com o menor custo possível. O uso da de uma ferramenta preditiva pode auxiliar essa instituição a identificar a chance deste ou daquele crédito ser recebido, dada a adoção dos mecanismos de cobrança existentes. A predição aqui pode ser utilizada como um elemento constante do processo de planejamento de determinada ação estatal.

Vista à distância, é uma poderosa ferramenta para reduzir a assimetria informacional do processo decisório, podendo, acoplada a outras formas tecnológicas, ser o motor por trás de uma ferramenta de decisão a ser utilizada em uma entidade estatal, criando um verdadeiro agente público sintético. Nessa linha, a ferramenta de automação pode facilmente ser apontada como a solução de diversos problemas tipicamente relacionados com a Administração Pública, como a morosidade ou a corrupção, especialmente diante da ilusão da neutralidade das decisões tomadas por ferramentas robotizadas⁴¹. Existem riscos éticos graves na deificação das ferramentas tecnológicas. O tema, entretanto, não é o foco do presente trabalho.

No contexto da utilização de ferramentas preditivas no âmbito do processo de controle, especialmente no curso do que preveem os artigos 21 e 22 da LINDB, esta ferramenta parece servir como uma luva aos ditames da lei. Se feita ainda no processo de planejamento da política sob atividade de controle, a predição levada a cabo por uma ferramenta tecnológica permite estabelecer, de forma mais clara e precisa, o cenário das escolhas feitas pelo Administrador Público. A encruzilhada decisória e os caminhos a serem trilhados pelo gestor podem ser objeto de virtualização pela ferramenta tecnológica: o que tem potência para se tornar real, com grau de fidelidade proporcional aos dados apresentados, será exposto ao gestor e poderá ser usado no processo de controle posteriormente formalizado.

A ferramenta de predição pode ser ainda utilizada *a posteriori*, isto é, dentro do processo de controle quando a ação já foi materializada ou está em vias de materialização. Neste caso, a ferramenta tecnológica permite ao controlador ou ao judiciário reconstruir cenários e alternativas, estabelecendo com maior precisão a realidade e as dificuldades às quais o gestor estava exposto quando da tomada de decisão. Numa visão de controle dialógica, diante de um direito Administrativo que caminha a cada dia mais num sentido da cooperação, afastando-se da “tradicional imperatividade e subordinação da Administração Pública”⁴², o caminho do abandono de um controle essencialmente punitivo e castrador parece aberto. É impossível ainda esquecer da evidente disparidade das capacidades tecnológicas das entidades públicas subnacionais brasileiras. Tal contexto conduz ao pensamento de que as

⁴¹ OSOBA, Osonde; WELSER IV, William. *An intelligence in our image*. Santa Mônica: RAND Corporation, 2017. p. 11.

⁴² VALLE, Vivian Cristina Lima López. *Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa*. 2017. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 97.

instituições de controle terão importante papel no fomento e disponibilização de ferramentas com tais características, passando a participar, ainda que indiretamente, do próprio processo de preparação e planejamento da decisão pública.

O processo de controle ou planejamento da Administração Pública não pode ser simplesmente substituído por uma ferramenta tecnológica. A sociedade na qual qualquer entidade estatal é um sistema complexo e “quando confiamos exclusivamente em computação para responder questões complexas, estamos confiando na *falta de inteligência artificial*”⁴³. A inteligência artificial preditiva, é um modelo computacional⁴⁴, executado por uma máquina com capacidade cognitiva e inteligências restritas. Os verdadeiros executores das fases críticas do processo decisório são os agentes públicos de carne e osso imbuídos na função de controle e de administrador público, aos qual se confere, no ambiente do Governo Eletrônico, uma poderosa ferramenta para o exercício de suas funções.

5 CONCLUSÃO

O fenômeno burocrático na contemporaneidade encontra expressão visível em duas maneiras, reconhecíveis e abordadas no desenvolvimento do presente trabalho. A primeira se manifesta na complexidade orgânico-institucional verificável no aparato do Estado, isto é: no conjunto orgânico que representa a Administração Pública. Uma sociedade complexa e cada vez mais digital requer um aparato estatal capaz de, na qualidade de instrumento desta sociedade, responder aos desafios inerentes à tal dimensão: uma administração pública digital.

A segunda se verifica em uma necessária releitura da burocracia weberiana sob a lente do Governo Eletrônico, com a expressão contemporânea do domínio do conhecimento: isto é, a manipulação dos dados disponíveis em abundância, em especial na dimensão digital da sociedade. O acesso aos dados, decorrente de maneira clara da digitalização destes, amplia a disponibilidade das informações necessárias ao exercício da dominação racional, figura típica da teoria weberiana.

Neste cenário de complexidade, o controle da administração tem inerência necessária, por implicação lógica do Estado de Direito, sendo condição partícipe da própria caracterização de um ambiente democrático. No Brasil em especial, não há centralização do controle em uma figura orgânica, sendo possível identificar um conjunto de instituições, além do próprio cidadão, como partícipes do exercício da atividade de Controle. O Poder Judiciário e as Cortes de Contas ganham destaque na medida da possibilidade do exercício do *enforcement* de suas decisões.

⁴³ BROUSSARD, Meredith. *Artificial unintelligence: how computers misunderstand the world*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2018. Edição do Kindle. posição 238.

⁴⁴ BROUSSARD, Meredith. *Artificial unintelligence: Op. cit.*, posição 156.

As alterações da Lei 13.655 de 2018 importam para a estrutura do exercício da atividade de controle a análise de elementos que, na prática do exercício da atividade de controle no Brasil, se verificavam estranhos. As preocupações nitidamente consequencialistas expressadas pela legislação, acabam por estabelecer um liame legal de compartilhamento da responsabilidade pelas consequências da atividade decisória dos órgãos de controle e do gestor público.

Embora a expressão tenha caído no uso comum, inteligência artificial é conceito cuja compreensão ainda requer maior aprofundamento. As referências tautológicas, comumente empregadas na doutrina, dão a dimensão da dificuldade de definir de maneira precisa a expressão. Instrumentalmente, pode-se concluir que tal expressão delimita um conjunto de instrumentos que, em maior ou menor grau, mimetizam o exercício da racionalidade tipicamente humana, com vistas à realização de uma tarefa definida. As diversas espécies identificadas pela literatura expressam ideia no sentido de que o conceito engloba instrumentos com diferenças sensíveis, embora algumas espécies (como aprendizado de máquina) sejam mais comumente referidas quando o tema é tratado.

A capacidade preditiva da inteligência artificial, dentro do cenário exposto, constitui ferramenta com elevado grau de aderência às necessidades expostas pelas alterações da Lei 13.655 de 2018. Embora a lei não trate expressamente do emprego de ferramentas tecnológicas, a estrutura da legislação deixa espectro de liberdade suficiente para que se entenda que o controlador e os demais partícipes da dialética do processo de controle podem empregar tecnologia para a formação do convencimento do julgador e do controlador.

Há precondições ainda não preenchidas por todas as instituições públicas: a necessidade de digitalização dos dados e os problemas de infraestrutura das entidades federativas subnacionais são os mais críticos. Ultrapassada esta etapa e embora existam dificuldades outras e riscos no uso deste tipo de ferramental (inclusive as objeções de natureza ética no emprego de determinadas tecnologias), os frutos possíveis de longe ultrapassam os eventuais malefícios, especialmente porque tecnologia tem aptidão para oferecer um caminho viável para contornar as dificuldades inerentes à ineficiência no atendimento das demandas, rótulo comum à Administração Pública nacional brasileira⁴⁵.

REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Apresentação. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Segurança Jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://antonioaugustooanastasia.com.br/wpcontent/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 13 maio 2018.

BALDWIN, Robert. *Rules and government*. New York: Oxford Press, 2004.

⁴⁵ MODESTO, Paulo. 2010. *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 397.

BRAGA, Lamartine Vieira; GOMES, Ricardo Corrêa Gomes. Governo eletrônico e seu relacionamento com o desenvolvimento econômico e humano: um estudo comparativo internacional. *Revista do Serviço Público*, v. 66, n. 4, p. 523-556, 24 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 18 maio 2018.

BROUSSARD, Meredith. *Artificial unintelligence: how computers misunderstand the world*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2018. Edição do Kindle.

CHIZZOTTI, Antonio. *Pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais*. Petrópolis: Vozes, 2006.

CORVALÁN, Juan G. GPT-3 artificial intelligence, preterita, and algorithmic oracles in law. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-52, 2020. DOI: <https://doi.org/10.47975/IJDL/1corvalan>. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/2>. Acesso em: 10 dez. 2020.

CROZIER, Michel. *O fenômeno burocrático*. Trad. A. Gili Sobrinho. Brasília: Ed. Unb, 1981.

DALY, Tom Gerald. Democratic decay: conceptualizing an emerging research field. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 9-36, 2019.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

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

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson. Understanding brazilian administrative law, the related literature, and education: a comparison with the system in the United States. *Vienna Journal On International Constitutional Law*, Vienna, v. 9, p. 371-397, mar. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/19753528/Understanding_brazilian_administrative_law_the_related_literature_. Acesso em: 25 mar. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. A concepção de gestão pública norte-americana e sua (in)compatibilidade com a realidade socioeconômica dos Estados latinoamericanos em desenvolvimento. *Revista do Direito Unisc*, Santa Cruz do Sul, v. 41, n. 1, p. 41-64, dez. 2013. Quadrimestral. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/4115>. Acesso em: 08 mar. 2016.

INTERNATIONAL TECHNOLOGY LAW ASSOCIATION (United States of America). *Responsible AI: a global policy framework*. Mclean: International Technology Law Association, 2019.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- KELLEHER, John D.; TIERNEY, Brendan. *Data science*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2018. (The MIT Press Essential Knowledge Series).
- MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari; DALLARI, Adilson de Abreu. Et. Al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n. 7.448/2017*. S.l.: s.n., 2017. Disponível em: http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20180428170434_103.pdf. Acesso em: 12 maio 2018.
- MCCARTHY, John. *What is artificial intelligence?* 2007. Disponível em: <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- MODESTO, Paulo. 2010. *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MOTTA, Fabrício M. Apontamentos sobre o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, jan. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=1218>. Acesso em: 20 maio 2018.
- MOTTA, Fernando C. Prestes; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Introdução à organização burocrática*. 2. ed. rev. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.
- NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge, 1990.
- OSOBA, Osonde; WELSER IV, William. *An intelligence in our image*. Santa Mônica: RAND Corporation, 2017.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. Comparative administrative law: an introduction. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. *Comparative administrative law*. Northampton, Ma: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 01-19. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1748707>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- ROVER, Aires José; GALINDO, Fernando. *O governo eletrônico e suas múltiplas facetas*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010.
- RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter; DAVIS, Ernest et al. *Artificial intelligence: a modern approach*. 3. ed. Boston: Pearson, 2016. (Prentice Hall Series in Artificial Intelligence).
- SIMON, Herbert A. *The sciences of the artificial*. 3. ed. [2019 edition]. Cambridge, MA: The MIT Press, 2019.
- SOUSA, Weslei Gomes de; MELO, Elis Regina Pereira de; BERMEJO, Paulo Henrique De Souza et al. How and where is artificial intelligence in the public sector going? A literature review and research agenda. *Government Information Quarterly*, v. 36, n. 4, oct. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. *Mind*, Oxford University Press: London, New Series, v. 59, n. 236, out. 1950.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governança: nova fronteira do direito regulatório. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. *Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa*. 2017. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São Paulo: Imprensa oficial, 2004.

YAO, Mariya; ZHOU, Adelyn; JIA, Marlene. *Applied artificial intelligence: a handbook of business leaders*. Nova Iorque: Topbots, 2018. Kindle Edition.

REFORMA ADMINISTRATIVA: A PEC 32/20 E O RISCO DE RETROCESSOS NO REGIME JURÍDICO DOS CARGOS EM COMISSÃO E DA ESTABILIDADE

FABRÍCIO MOTTA

Doutor em Direito do Estado pela
Universidade de São Paulo (USP)
Mestre em Direito Administrativo pela
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Professor de Direito Administrativo na
Universidade Federal de Goiás (UFG)
Conselheiro do Tribunal de Contas dos
Municípios do Estado de Goiás

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Regime jurídico dos cargos em comissão: retrocessos à vista. 3 Estabilidade: o mito do privilégio. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Reformas administrativas – em maior ou menor extensão, com este ou com outro nome – são tentadas ou realizadas há tempos imemoriais, em diversos Estados. Em importante e conceituado estudo intitulado “Por que reformas administrativas falham”, Flávio da Cunha Rezende assume como premissa principal o fato de que “as reformas administrativas são políticas formuladas com o propósito geral de elevar a performance do aparato burocrático do Estado, e que estas, de modo geral, visam a dois objetivos gerais: o ajuste fiscal, e a mudança institucional”¹.

Após longa investigação sobre explicações doutrinárias correntes para os dilemas de implementação de reformas administrativas, o autor adere à *teoria da falha permanente* para explicar a extinção do Ministério da Administração e Reforma do Estado e a falta de cooperação para o alcance dos objetivos da chamada reforma gerencial, iniciada em meados de 1995. A teoria da falha permanente busca explicar como organizações podem

¹ REZENDE, Flávio da Cunha. *Por que reformas administrativas falham?* Revista Brasileira de Ciências Sociais [online], v. 17, n. 50, p. 123-142, 2002. ISSN 1806-9053.

apresentar reduzida performance e alta sobrevivência, sugerindo que “diante de reformas que visam a mudanças mais profundas nas instituições, nas relações de poder e nos mecanismos internos da burocracia, os atores estratégicos nem sempre estão de acordo sobre os possíveis ganhos com a elevação da performance. Assim, eles raramente cooperam “espontaneamente” com as reformas, sobretudo com aquelas que pretendem modificar os padrões de funcionamento do aparato burocrático, como as reformas administrativas, pois elas alterariam, com a elevação da performance, os benefícios historicamente acumulados com a manutenção da ordem institucional e o padrão de funcionamento das organizações, sobretudo em condições de baixa performance. De maneira geral, a elevação do desempenho não produziria, portanto, incentivos suficientes para mobilizar os atores em torno da cooperação com as políticas de reforma”². No que se refere especificamente à reforma gerencial, orientada pelo Plano Diretor da Reforma do Estado, Flávio Resende aduz que a forte pressão pela realização do ajuste fiscal não foi suficiente – ao contrário – para angariar cooperação de atores estratégicos com relação às mudanças institucionais propostas para além das questões fiscais.

O Plano Diretor da Reforma do Estado continha, indubitavelmente, propostas de mudanças institucionais voltadas à melhoria da performance estatal no desempenho de suas competências constitucionais (agências reguladoras, agências executivas, organizações sociais, contratos de gestão e avaliação de desempenho, por exemplo, foram institutos concebidos com esse propósito). Institutos como a avaliação de desempenho, por exemplo, ainda aguardam regulamentação, enquanto o contrato de gestão previsto no art. 37, §8º tem tido escassa utilização, além de ser ainda questionado com relação à sua aptidão jurídica para produzir os efeitos desejados.

Sem aprofundar na questão da falha sequencial em razão dos limites deste espaço, é possível perceber que a nova proposta de reforma administrativa (PEC 32/20) não contém regras verdadeiramente voltadas ao incremento de performance do setor público, assim entendidas aquelas que objetivam criar condições para desempenho eficiente, eficaz e efetivo na criação e execução de políticas públicas e serviços públicos (ambos considerados em *sentido amplo*).

As regras da PEC 32/20 relativas aos diferentes vínculos jurídicos para o exercício das funções públicas não trazem inovações voltadas à melhoria de desempenho do setor estatal, ao contrário. As diversas propostas relativas à restrição de vantagens remuneratórias, por exemplo, possuem claro objetivo de contribuir para diminuição de gastos, sem relação direta com melhoria de desempenho. Ainda assim, possuirão efeito prático relativo, sendo “normas placebo”, na correta percepção de Paulo Modesto: “chovem no molhado e proibem o que já está proibido e, ainda mais, proibem em plano geral e permitem no varejo

² REZENDE, Flávio da Cunha. *Por que reformas administrativas falham?* Op. cit.

das únicas situações em que elas ocorrem”³. No propósito de conter os gastos públicos, “a PEC 32/2020 apresenta diversos efeitos com impactos fiscais adversos, tais como aumento da corrupção, facilitação da captura do Estado por agentes privados e redução da eficiência do setor público em virtude da desestruturação das organizações. Por sua vez, os efeitos previstos de redução de despesas são limitados, especialmente no caso da União”⁴.

A despeito do caráter geral de retrocesso em razão da ausência de ligação das regras propostas com qualquer racionalidade relacionada ao incremento de eficiência do desempenho da Administração Pública, o objeto deste artigo será a análise das alterações propostas para o regime jurídico dos cargos em comissão e da estabilidade dos servidores efetivos.

2 REGIME JURÍDICO DOS CARGOS EM COMISSÃO: RETROCESSOS À VISTA

A proposta de alteração no regramento constitucional dos cargos em comissão constitui eloquente exemplo de que a PEC 32/20 não só pode *não aperfeiçoar*, mas *piorar* o cenário de descaso da Administração Pública para com o dever de eficiência e a observância dos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade – cânones, por sua vez, do princípio republicano.

A disciplina constitucional dos cargos em comissão e funções de confiança é, aparentemente, singela: à exceção de algumas menções envolvendo regime remuneratório, o regime jurídico constitucional se limita ao texto constata do inciso V do art. 37 (cuja redação atual foi conferida pela EC n. 19/98):

art. 37. [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A leitura do texto permite extrair regra principal: *só podem ser criados cargos em comissão quando suas atribuições exijam um vínculo de confiança entre seus ocupantes e aqueles que os nomeiam, para exercício de atividades de direção, chefia e assessoramento.*

³ MODESTO, Paulo. PEC 32 – Notas Sobre a Proposta de Emenda Constitucional da Reforma Administrativa da Gestão Bolsonaro. *Direito do Estado*, 16 dez. 2020. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/paulo-modesto/pec-32-notas-sobre-a-proposta-de-emenda-constitucional-da-reforma-administrativa-da-gestao-bolsonaro>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁴ BRASIL. Senado Federal. *Nota Técnica 69/2021*. Aspectos fiscais da PEC 32/2020 (“Reforma Administrativa”) e proposta de medidas alternativas. Brasília, DF: Consultoria de Orçamentos, fiscalização e controle do Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/estudos/tipos-de-estudos/notas-tecnicas-e-informativos/nota-tecnica-69-2021-aspectos-fiscais-da-pec-32-2020-201creforma-administrativa201d-e-proposta-de-medidas-alternativas/view>. Acesso em: 26 ago. 2021.

Claramente se percebe a existência de uma *limitação material* (natureza das atribuições) e de outra *limitação intersubjetiva* (vínculo de confiança, não aferível por concurso público). A jurisprudência do STF, em interpretação sistemática, aprofundou a limitação intersubjetiva proibindo o *nepotismo* (por intermédio da Súmula Vinculante n. 13) e identificou necessário *parâmetro de proporcionalidade* (sendo necessário “que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui”)⁵.

Uma breve pesquisa na jurisprudência do STF utilizando-se como argumento de pesquisa a expressão “cargos em comissão” é capaz de afastar a aparente simplicidade do regime jurídico-constitucional. Mais do que isso, uma pequena amostra do que se encontra nessa pesquisa é capaz de assustar quem imagina compreender o alcance dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública: a) no Estado do Tocantins foram criados 28.098 cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais⁶; b) em Goiás, Lei Estadual excepcionava o nepotismo ao permitir a admissão ou a permanência de até dois parentes de autoridades em cargos em comissão⁷; c) já foram criados, dentre muitos outros, cargos em comissão de Oficial de Justiça e Oficial de Secretaria⁸ e ainda cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação⁹.

A PEC 32 propõe novo regime jurídico constitucional para os cargos em comissão, transformando-os em “cargos de liderança e assessoramento”, “destinados às atribuições estratégicas, gerenciais ou técnicas” (redação proposta para o inciso V do art. 37). As expressões direção, chefia e assessoramento são vagas, mas doutrina e jurisprudência têm sedimentado trabalho árduo de densificação e esclarecimento de seus contornos conceituais. Na redação proposta para o art. 39, lei complementar federal disporá sobre normas gerais de ocupação de cargos de liderança e assessoramento (inciso III); sem excluir a competência suplementar dos entes federativos (§1º). Para evitar delongas, “até que seja editada a lei complementar de que trata o caput, os entes federativos exercerão a competência legislativa

⁵ O STF fixou tese acerca dos requisitos para a criação de cargos em comissão, quais sejam: “a) a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre as autoridades nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir” (RE 1041210 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI).

⁶ ADI 4125, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento em 10/06/2010.

⁷ ADI 3745, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 15-5-2013

⁸ ADI 3174, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 23-8-2019

⁹ ADI 3602, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-4-2011

plena, para atender a suas peculiaridades” (art. 39, §1º-A). Finalmente, caberá ao Chefe de cada Poder dispor “sobre os critérios mínimos de acesso aos cargos de liderança e assessoramento a que se refere o inciso V do caput e sobre a sua exoneração” (redação proposta para o art. 37, §18).

A regra proposta aparenta enrijecer o regime dos cargos em comissão (por meio da previsão de uma norma geral nacional, em lei complementar), mas flexibiliza como nunca a disciplina infraconstitucional ao remeter aos chefes do Executivo, Legislativo e Judiciário a competência para disporem, unilateralmente, sobre os critérios mínimos para acesso aos cargos.

A proposta abrirá as portas (ou comportas) para a criação dos tais cargos de liderança e assessoramento de acordo com os critérios particulares de cada chefe de Poder. Difícil imaginar maior retrocesso na profissionalização da gestão pública, notadamente em uma Administração Pública que resiste a abandonar os embalos do sonho patrimonialista após quase 132 anos de Proclamação da República. Se parecia fácil compreender o alcance das regras atuais, não é difícil imaginar o que ocorrerá com a aprovação das alterações propostas.

3 ESTABILIDADE: O MITO DO PRIVILÉGIO

No regramento jurídico da estabilidade dos servidores ocupantes de cargos efetivos reside outro grave risco de retrocesso constante da PEC 32/20. Inicialmente, é possível perceber que o texto proposto cria nova nomenclatura (“cargos, vínculos e empregos públicos”¹⁰) com acréscimo de regras voltadas à restrição da estabilidade e da acumulação remunerada de cargos. Apesar de concordar, em abstrato, com a tese segundo a qual “somente servidores ocupantes de cargos típicos de Estado poderão adquirir estabilidade”, a proposta pouco diz a respeito de quais seriam tais cargos, limitando-se a remeter a disciplina da questão a lei complementar nacional¹¹. A restrição da estabilidade não veio acompanhada de reforço no processo administrativo de desligamento, abrindo a possibilidade de utilização indevida para favorecimentos e perseguições. A perda de cargo por avaliação periódica de desempenho, que aguarda regulamentação desde a EC 19/98, continuará aguardando outro diploma legislativo para ter eficácia (desta vez, lei ordinária)¹².

Importante desde já enfrentar alguns pensamentos comuns relativos à estabilidade no serviço público visando desconstituir o *mito* de que seria injustificável privilégio. Podemos fazer isso tentando identificar o que a *estabilidade não é* ou *não permite* para, posteriormente, tentar identificar o que é ou para que serve.

¹⁰ Redação proposta para os incisos I a IV do art. 37 da CF

¹¹ Art. 39-A, §1º

¹² Art. 41, III

Estabilidade não impossibilita a demissão de servidores públicos que não cumprem seus deveres. Com efeito, o servidor público estável pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (art. 41, parágrafo primeiro, incisos I e II da Constituição Federal). Em casos de inassiduidade habitual, improbidade ou insubordinação grave em serviço, por exemplo, o servidor público pode ser demitido por intermédio do devido processo administrativo (art. 132 e seguintes da Lei 8.112/90, aplicável à Administração Pública Federal). Sejam sinceros e reconheçamos que a estabilidade *dificulta*, mas não impede que servidores desidiosos sejam desligados do serviço público. A dificuldade reside não propriamente no instituto da estabilidade, mas sobretudo nos excessos burocráticos e na omissão condescendente dos que possuem atribuições para o processamento.

Estabilidade não protege o servidor ineficiente, que entrega à sociedade desempenho abaixo do esperado. Além da possibilidade de enquadramento em algum tipo administrativo infracional que determine o início de processo para apuração e eventual demissão, há previsão específica de perda do cargo mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, assegurada ampla defesa (art. 41, §1º, III da CF). O problema é que essa avaliação periódica de desempenho deverá ser tratada por lei complementar e que o Legislativo não se dedica ao assunto desde 1998, época de promulgação da Emenda Constitucional n. 19. A culpa não é da estabilidade, mas do descaso do Congresso Nacional¹³.

Estabilidade não engessa o volume de gastos com pessoal, impedindo redução de despesas que comprometam o equilíbrio das contas públicas. O servidor estável pode perder o cargo em razão de excesso de gastos do respectivo ente desde que, primeiramente: a) sejam reduzidas em pelo menos vinte por cento as despesas com cargos em comissão e funções de confiança e b) sejam exonerados os servidores não estáveis. Após esse percurso, se as medidas “não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal” (art. 169, §4º da Constituição Federal).

Finalmente, a *estabilidade não cristaliza os cargos e carreiras, impedindo adequações necessárias à evolução das necessidades públicas em razão da mudança dos processos tecnológicos*, por exemplo. Cargos podem ser extintos, e os servidores estáveis ficam em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (art. 41, §3º da Constituição).

¹³ A esse respeito, confirmam o interessante artigo de Ana Carla Abrão, Armínio Fraga Neto e Carlos Ari Sundfeld: ABRÃO, Ana Carla; FRAGA NETO, Armínio; SUNDFELD, Carlos Ari. Avaliar desempenho é reformar o Brasil. *Estadão*, 13 out. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,avaliar-desempenhos-e-reformar-o-brasil,70003047723>. Acesso em: 26 ago. 2021.

A estabilidade dos servidores públicos esteve presente em todas as Constituições brasileiras. Seria esse fato mera comprovação da força da “burocracia administrativa”, contra a qual não ousariam se insurgir parlamentares? Seria a estabilidade um mero privilégio de elites do funcionalismo público que se organizariam para mantê-la, a todo custo e à toda prova?

Graciliano Ramos, um de nossos maiores escritores, foi político. Em 1927, foi eleito Prefeito da pequena Palmeira dos Índios, em Alagoas, e legou para a posteridade seus relatórios de gestão, comentados em livro saboroso escrito pelo também alagoano professor Fábio Lins Carvalho. Graciliano já denunciava há quase um século a existência de *poderes paralelos ao poder oficial*, ou mesmo estruturas informais de poder incrustados na própria estrutura da Administração Municipal. Em particular, Graciliano denunciava o coronelismo, forma de poder concentrado (envolvendo os poderes econômico, social e político) detido pelas elites locais, especialmente associadas aos proprietários rurais.

Antecipando-se em várias décadas as conclusões de Raymundo Faoro (autor de *Os donos do poder*) e de Victor Nunes Leal (que escreveu *Coronelismo, Enxada e voto*), o mestre Graça já sabia muito bem da extensão da autoridade dos “coronéis” e como isso era um obstáculo à gestão pública comprometida com valores como a impessoalidade e a igualdade¹⁴.

A *estabilidade* é instituto jurídico com vocação *instrumental*, concebido para garantir o desempenho impessoal do servidor público. Trata-se de meio imaginado para impedir que a influência política (notadamente político-partidária) comprometa o desempenho da missão de bem servir o público, por temor de qualquer tipo de represália ou consequência negativa.

Teresa Cristina Padilha de Souza, em dissertação de mestrado, bem resume a questão:

o principal objetivo da estabilidade é garantir imunidade aos servidores em relação a perseguições políticas e demissões injustas. O servidor público precisa sentir-se seguro para poder ter como prioridade única prestar serviços à sociedade, e não a seus superiores hierárquicos, por pressão ou visando a obtenção de simpatias ou privilégios. Protegendo o servidor, a estabilidade está protegendo a sociedade, impedindo que os órgãos do setor público se transformem em “cabides de emprego” e palcos de nepotismo, clientelismo e cartorialismo. Além disso, a estabilidade tem como preceito básico impedir a descontinuidade administrativa que pode acarretar, na maioria dos casos, a perda da memória técnica e cultural das organizações e do próprio Brasil. Diante dessas premissas, fica também evidenciada a forma como a estabilidade atende perfeitamente aos princípios weberianos de hierarquia e impessoalidade.

¹⁴ Graciliano Ramos e a administração pública: comentários aos seus relatórios de gestão à luz do Direito Administrativo moderno / Fábio Lins de Lessa Carvalho. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

lidade, caracterizados como preceitos básicos de uma administração voltada para a eficiência e a racionalidade. Sob essa ótica, começam a fazer sentido os motivos para a participação da estabilidade em todos os dispositivos legais relativos ao regime dos servidores públicos. Começam também a transparecer as razões pelas quais, apesar de ter contrariado todo o discurso neo-liberal de enxugamento da máquina burocrática, a Constituição de 1988 retomou todo o funcionalismo público brasileiro ao regime estatutário, trazendo consigo a exigência de concurso público para ingresso nas carreiras do setor, e tomando esses servidores estáveis após dois anos de estágio probatório¹⁵.

Um fiscal de rendas pode ser pressionado pelo chefe para fiscalizar e autuar empresas que não tenham contribuído para a campanha do atual Chefe do Executivo. Um agente ambiental pode ser aconselhado a fazer vistas grossas para um contundente desmatador que é parente de um Deputado. Um professor de universidade pública pode ser perseguido porque tem convicções econômicas liberais, da mesma forma que um professor de escola pública pode ser ameaçado por suas opiniões que o ligam à esquerda.

Juntamente com outros instrumentos, a estabilidade configura *sistema de garantia* reconhecidos ao servidor em prol da sociedade: o servidor público sabe que, exercendo corretamente e de forma impessoal suas atribuições, não será demitido, punido, não terá seu salário reduzido e – eventualmente – terá até direito a uma aposentadoria justa. Só cedem os que querem; não há razão para qualquer temor jurídico-político. Se essas garantias são utilizadas por alguns como escudo para não trabalhar ou fazê-lo de forma ineficiente, o ordenamento jurídico prevê outros remédios. Só não dá para culpar o remédio pelos excessos do paciente.

Derrubados os *espantalhos que dão sustentação ao mito*, precisamos reconhecer que é preciso avançar na profissionalização da Administração Pública. A estabilidade merece ser reavaliada, em seus requisitos e exigências, desde que não se esqueça a razão de sua existência. O alcance da estabilidade, por exemplo, deve ser debatido para que seja possível concluir quais funções efetivamente necessitam desta garantia enquanto instrumento de desempenho impessoal, sem que seja necessariamente considerada como regra geral. De outro lado, não é possível pensar em quebra da estabilidade como instrumento para redução de despesas com pessoal, assim como não é adequado concebê-la de forma totalmente dissociada da avaliação de desempenho. Nesse particular, precisamos também refletir sobre a construção de um sistema de avaliação de desempenho adequado, justo e impessoal, que aproveite, mas não se limite a reproduzir os métodos privados, em razão da diversidade de propósitos e realidades.

¹⁵ SOUZA, Teresa Cristina Padilha de. *Mérito, estabilidade e desempenho*: influência sobre o comportamento do servidor público. 2002. 127f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública, FGV, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3759/000324042.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 ago. 2021.

4 CONCLUSÃO

A proposta de reforma administrativa consubstanciada na PEC 32/20 não contém regras verdadeiramente voltadas ao incremento de performance do setor público. Este artigo tentou demonstrar esta afirmativa por meio da análise de dois institutos jurídicos centrais na proposta de reforma: cargos em comissão e estabilidade dos servidores efetivos. No tocante aos cargos em comissão, o risco de retrocesso se materializa no fortalecimento do patrimonialismo por meio do enfraquecimento dos critérios de impessoalidade, moralidade e profissionalização já debilitados no regramento constitucional atual. Quanto à estabilidade dos servidores públicos efetivos, o mesmo sentido de reforço ao patrimonialismo verificado na busca de servidores fiéis não ao Estado, mas ao Governo. Estabilidade não é privilégio – os que assim a consideram, se servidores, precisam abrir seus olhos; se chefes, precisam assumir suas responsabilidades.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Ana Carla; FRAGA NETO, Armínio; SUNDFELD, Carlos Ari. Avaliar desempenho é reformar o Brasil. *Estadão*, 13 out. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,avaliar-desempenhos-e-reformar-o-brasil,70003047723>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Nota Técnica 69/2021*. Aspectos fiscais da PEC 32/2020 (“Reforma Administrativa”) e proposta de medidas alternativas. Brasília, DF: Consultoria de Orçamentos, fiscalização e controle do Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/estudos/tipos-de-estudos/notas-tecnicas-e-informativos/nota-tecnica-69-2021-aspectos-fiscais-da-pec-32-2020-201creforma-administrativa201d-e-proposta-de-medidas-alternativas/view>. Acesso em: 26 ago. 2021.

MODESTO, Paulo. PEC 32 – Notas Sobre a Proposta de Emenda Constitucional da Reforma Administrativa da Gestão Bolsonaro. *Direito do Estado*, 16 dez. 2020. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/pec-32-notas-sobre-a-proposta-de-emenda-constitucional-da-reforma-administrativa-da-gestao-bolsonaro>. Acesso em: 26 ago. 2021.

REZENDE, Flávio da Cunha. Por que reformas administrativas falham? *Revista Brasileira de Ciências Sociais* [online], v. 17, n. 50, p. 123-142, 2002. ISSN 1806-9053.

SOUZA, Teresa Cristina Padilha de. *Mérito, estabilidade e desempenho*: influência sobre o comportamento do servidor público. 2002. 127f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública, FGV, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3759/000324042.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 ago. 2021.

TRATAMENTO NORMATIVO DA PANDE- MIA: POLÍCIA ADMINISTRATIVA E RESPONSABILIDADE FISCAL

FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA

Doutor e Livre-Docente pela
Universidade de São Paulo (USP)
Professor Titular de Direito Administrativo
na Universidade de São Paulo (USP)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Linhas gerais do tratamento normativo da polícia administrativa na pandemia. 3 Linhas gerais do tratamento normativo da responsabilidade fiscal na pandemia. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com grande satisfação, participei do XXXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), sob a presidência do caro amigo e ilustre professor Maurício Zockun.

Na ocasião, tive a honra de integrar painel ao lado do professor Sérgio de Andrea Ferreira e da professora Raquel Mello Urbano de Carvalho, sob a coordenação do professor Bruno Barbirato.

Sendo agora convidado a apresentar texto para integrar os Anais do evento, optei por reproduzir, de modo um pouco mais desenvolvido, a minha apresentação oral na ocasião. Justifico aos leitores, nesse sentido, o tom mais discursivo do texto, compreendendo, de todo modo, ser um formato compatível com a proposta da publicação.

O tema insere-se no contexto do tratamento jurídico da crise sanitária em decorrência da pandemia da Covid-19.

Com efeito, desde o início da pandemia, o Brasil vivenciou intenso movimento normativo e jurisdicional, buscando a adaptação de seu sistema normativo à necessidade extraordinária de defesa da sociedade e os indivíduos, nos parâmetros constitucionais.

Esse, aliás, o principal elemento que, de início, importa destacar: apesar de certas oscilações, especialmente presentes em manifestações políticas da Presidência da Repú-

blica nos primeiros meses de 2020, cogitando da adoção de estado de sítio ou mesmo de alguma solução para além dos limites traçados pela Constituição, prevaleceu, com firme convicção do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e dos poderes constituídos da maioria dos Estados e Municípios, a compreensão política da essencialidade da preservação do Estado de Direito – evitando-se o risco de a pandemia ser usada como pretexto para seu solapamento – e a compreensão jurídica de que o sistema constitucional brasileiro já propiciava as bases para o adequado tratamento da situação excepcional, mesmo no plano da legalidade ordinária (quero dizer, sem recurso às figuras do estado de sítio ou do estado de defesa).

É o que passo a destacar no tópico seguinte.

2 LINHAS GERAIS DO TRATAMENTO NORMATIVO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA NA PANDEMIA

Muito prontamente, desde o início da pandemia, o direito brasileiro adaptou-se, mediante a edição de leis que visavam a cobrir os principais aspectos da ação estatal em face da crise sanitária, notadamente: medidas de polícia administrativa em defesa da saúde pública; medidas de adaptação das relações de trabalho, com vistas à preservação de empregos e defesa atividade produtiva; medidas de garantia de segurança jurídica de relações privadas, no quadro típico descrito pela teoria da imprevisão; medidas de facilitação de contratação direta, pela administração pública, de objeto relacionado à contenção da pandemia; medidas de reorganização do funcionamento de serviços administrativos, conforme sua maior ou menos essencialidade; medidas de contenção de gastos administrativos, considerando a previsível redução das fontes de receitas públicas; medidas de adaptação de regras de responsabilidade fiscal.

Nesta exposição, optei por desenvolver dois desses aspectos. Começo pelas linhas gerais da principal norma sobre polícia administrativa na pandemia, a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Trata-se de Lei que contém típicas medidas de polícia, com restrição de direitos individuais em benefício da saúde pública, compatíveis com a ordem constitucional. Tomem-se como exemplo algumas das possibilidades trazidas por seu artigo 3º: I – isolamento; II – quarentena; III – determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; IV – estudo ou investigação epidemiológica; V – exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; VII – requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa.

Nesta breve e genérica abordagem do regime legal, gostaria de destacar quatro de seus principais aspectos, relativos às medidas de polícia administrativa.

Em primeiro lugar, a Lei n. 13.979/20 explicita a especial importância do conhecimento técnico-científico como fundamento das decisões administrativas.

O parágrafo 1º do mesmo artigo 3º assim dispõe: “§1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

Ora, especialmente em tempos nos quais certas forças políticas operam – não apenas no Brasil, mas com especial destaque para nossa realidade – para desacreditar a ciência e desvalorizar o conhecimento racional, é alentador verificar a opção do legislador por enfatizar esses elementos, elevando-os ao plano da própria legalidade, ou seja, fazendo-os como motivos necessários para a validade dos atos a serem praticados pelas autoridades públicas.

É certo que a Lei mesma não define os critérios para que uma “evidência” seja considerada “científica”. No entanto, implicitamente, entende-se que devam ser seguidos os critérios correntes nos próprios meios de produção de conhecimento científico, aferidos, no limite, pelo Poder Judiciário.

No caso concreto da experiência vivida no Brasil, desde a vigência da referida Lei, esse aspecto da motivação cientificamente lastreada passou a ser predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e do Poder Judiciário em geral.

Assim, encontram-se na jurisprudência do STF diversos casos em que se invoca o parâmetro científico para o controle de legalidade ou de constitucionalidade, assim como situações em que o Tribunal considera que certos fundamentos (supostamente técnico-científicos) não são suficientes (contrastando, p. ex., argumentos técnicos de órgãos distintos na área da saúde¹).

A ideia de que “a gravidade da situação por todos enfrentada exige a tomada de providências estatais, em todos as suas esferas de atuação, mas sempre através de ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes, e fundadas em informações e dados científicos comprovados”² aparece, com variações de formulação, em diversos julgados do STF.

Por vezes, até referências a estudos científicos internacionais são feitas: “não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou

¹ Por exemplo, casos em que autoridades estaduais de saúde propõem certas medidas restritivas que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária demonstra serem contraproducentes.

² SS n. 5.362, Min. Dias Toffoli (Presidente), julgamento em 7.3.2020; ACO n. 3.364, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, julgamento em 23.3.2020.

venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo *Imperial College of London*, a partir de modelos matemáticos (*The Global Impact of Covid-19 and Strategies for Mitigation and Suppression*, vários autores; *Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce Covid-19 mortality and healthcare demand*, vários autores)³.

Em segundo lugar, relacionando-se com esse aspecto referido no acórdão acima citado, destaco a abertura da Lei para uma integração ao tratamento que internacionalmente vem sendo dado à pandemia.

Um elemento nesse sentido é a remissão que a Lei faz, no parágrafo único de seu artigo 2º, ao Regulamento Sanitário Internacional, como referência para a definição de conceitos com os quais ela trabalha: “As definições estabelecidas pelo Artigo 1 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto n. 10.212, de 30 de janeiro de 2020, aplicam-se ao disposto nesta Lei, no que couber”.

Outro, agora no parágrafo 2º, III, do artigo 3º, novamente citando a mesma norma internacional, internalizada no direito brasileiro, é a previsão do direito ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto n. 10.212, de 30 de janeiro de 2020”.

E mais um elemento é a abertura a que decisões de agências estrangeiras, cuja credibilidade a Lei reconhece (artigo 3º, VII), possam equivaler a decisões da ANVISA, para a finalidade de utilização no Brasil de medicamentos e insumos em geral: “autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: 1. Food and Drug Administration (FDA); 2. European Medicines Agency (EMA); 3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency; 4. National Medical Products Administration (NMPA)”.

Em terceiro lugar, a Lei valoriza uma execução federativamente descentralizada das medidas administrativas de contenção da pandemia.

Com efeito, a Lei, no artigo 3º, parágrafo 7º, com mais desdobramentos nos outros artigos introduzidos posteriormente entre o 3º e o 4º, determina que certas das medidas res-

³ ADPF n. 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgamento em 8.4.2020.

tritivas por ela previstas sejam aplicadas descentralizadamente, por decisão de autoridades administrativas estaduais ou municipais.

É verdade que a Lei (da União) incide em violações do espírito federativo na medida em que pretende vincular a tomada de certas decisões administrativas por autoridades estaduais ou municipais a prévias decisões do Ministro da Saúde.

Ora, em matéria de competências administrativas, nada há na Constituição da República que justifique um raciocínio análogo ao das competências legislativas concorrentes. Ou seja, não existe autorização para que – excepcionando a regra da autonomia dos entes federativos – uma autoridade federal, exercendo função administrativa, condicione o exercício de competências administrativas de autoridades estaduais ou municipais, nem mesmo mediante supostas “normas gerais” de natureza administrativa.

Em suma, tratando-se de função administrativa, as autoridades federais exercem seu poder decisório sobre as matérias que sejam de sua competência “privativa” – e, nesse passo, impondo-se a todos os sujeitos de direito no País, inclusive Estados e Municípios –; entretanto, não podem interferir com decisões de autoridades estaduais ou municipais em matérias de competência comum.

Na prática, no caso da pandemia da Covid-19, não houve conflito nesse aspecto, pois o ministro da Saúde, efetivamente, editou portaria que deu margem a que estados e municípios seguissem adotando suas decisões; e os estados e municípios, no mais das vezes, até incluíram nas *considerações* de suas decisões referência – o que seria desnecessário, ou mesmo descabido, pelo argumento acima exposto – à portaria do Ministro da Saúde como fundamento do ato então praticado.

E nas situações em que o Presidente da República verbalizou publicamente sua intenção de interferir com decisões de Governadores e Prefeitos, o Supremo Tribunal Federal rapidamente reagiu, na linha do acórdão acima citado:

não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos [...].

Em quarto lugar, a aplicação da Lei n. 13.979/20, ainda no tocante às medidas restritivas típicas de polícia administrativa, valeu-se muitas vezes de mecanismos de *soft law*, traduzindo sob a forma expressa de “recomendações”, ou mesmo de supostas “obrigações” desacompanhadas de sanção, as regras de conduta que esperavam da população.

Assim, diferentemente do que se passou em diversos outros países, no Brasil pouco se viu de medidas de força ou de punição, por parte da polícia, quanto a condutas individuais de circulação nas vias públicas.

Do mesmo modo, a “compulsoriedade” de vacinação não se revestiu da possibilidade de tomada de medidas coercitivas para compelir fisicamente a que as pessoas se vacinassem. Essa foi a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito: “A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes”⁴.

Proibições mais efetivas ocorreram quanto a funcionamento de estabelecimentos comerciais, ou quanto à realização de eventos (como festas, apresentações culturais).

Possivelmente, é verdade, o recurso a medidas de *soft law* haja decorrido antes da percepção da certeza da ineficácia, por inviabilidade prática de fiscalização, das medidas proibitivas, do que de uma convicção de que a população conscientemente atendesse a simples recomendações. De fato, ao longo desses meses o que se verificou no Brasil foi a adesão bastante irregular e inconstante por parte da população (e mesmo de certas autoridades públicas) a essas medidas.

3 LINHAS GERAIS DO TRATAMENTO NORMATIVO DA RESPONSABILIDADE FISCAL NA PANDEMIA

Passando agora ao segundo ponto principal desta apresentação, dentro do quadro normativo editado no contexto da pandemia, como de início delineado, a Lei Complementar n. 173/20 visa a criar um regime transitório em termos de responsabilidade fiscal. Não se trata, de rigor, de excepcionar a Lei Complementar n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), eis que esse regime especial tem seu cabimento previsto na própria LRF, nos seguintes termos: “Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:[...]”.

Com efeito, assim dispõe a Lei Complementar n. 173/20: “Art. 1º. Fica instituído, nos termos do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, exclusivamente para o exercício financeiro de 2020, o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus Sars-CoV-2 (Covid-19).”

⁴ ADI n. 6.586, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, julgamento em 17.12.2020.

Na sequência, a LC n. 173/20 passa a detalhar, dentro das hipóteses traçadas pela LRF, quais medidas típicas da situação de calamidade pública efetivamente devem incidir no presente caso.

De rigor, a compreensão da LRF já dispensaria que as providências originalmente aventadas em seu artigo 65 fossem veiculadas por outra lei complementar, bastando para tanto o decreto legislativo que reconhecesse a calamidade pública, seguida de medidas administrativas de execução da LRF. Note-se que os comandos empregados nos parágrafos e incisos do citado artigo 65 já são claramente determinantes, mediante o uso do tempo futuro, sem previsão de nenhuma condicionante legislativa a mais entre o decreto legislativo e as medidas administrativas. Entretanto, a LC 173/20 justifica-se porque veio não apenas aplicar, mas ainda a alterar o regime original da LRF, acrescentando outras consequências às hipóteses do artigo 65.

Nessa situação, há que se entender que tem efetiva força de lei complementar de finanças públicas os dispositivos da LC 173/20 que hajam alterado as regras de responsabilidade fiscal, dentro da competência legislativa da União para tanto.

Todavia, outras regras contidas na LC 173/20, que extrapolem a competência da União estabelecida nos artigos 163 e 169, da Constituição da República, não podem ser consideradas como constitucionalmente oponíveis aos demais entes da Federação.

Parece-me importante a clareza quanto a essa premissa de repartição de competências legislativas para que se entenda adequadamente o alcance da possibilidade jurídica da União de impor o dito “Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus Sars-CoV-2 (Covid-19)”.

Isso porque, ao lado das já apontadas alterações no regime da LRF, a competência privativa da União, mediante lei complementar para tratar de finanças públicas, deve limitar-se ao previsto nos já referidos artigos 163 e 169 da Constituição⁵, lembrando que, de resto, a competência legislativa em matéria de direito financeiro é concorrente (CR, art. 24, I).

⁵ Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

- I - finanças públicas;
- II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;
- III - concessão de garantias pelas entidades públicas;
- IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;
- V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta;
- VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.
- VIII - sustentabilidade da dívida, especificando:
 - a) indicadores de sua apuração;
 - b) níveis de compatibilidade dos resultados fiscais com a trajetória da dívida;
 - c) trajetória de convergência do montante da dívida com os limites definidos em legislação;

Soa estranho, portanto, que a pretexto de exercer essa competência prevista nos artigos 163 e 169 da Constituição, a União estabeleça um “Programa Federativo” que tem ares de um “acordo”, mas que verdadeiramente é uma imposição unilateral da União.

Admita-se que incluída nessa imposição há diversos elementos que podem ser considerados benéficos ou favoráveis aos Estados e Municípios, tais como suspensão de pagamentos de dívidas que estes hajam contratado junto àquela, ou a entrega de recursos federais, na forma de auxílio financeiro, aos Estados e aos Municípios.

Contudo, não podem os demais entes federativos (autônomos) ser compelidos por lei da União a aceitar tais benefícios.

Aliás, a LC n. 173/20 não apenas não dá a opção de não-adesão ao Programa Federativo, como ainda retira parte dos “benefícios” de entes federativos que exerçam seu

d) medidas de ajuste, suspensões e vedações;

e) planejamento de alienação de ativos com vistas à redução do montante da dívida. Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso VIII do caput deste artigo pode autorizar a aplicação das vedações previstas no art. 167-A desta Constituição.

[...]

Art. 164-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem conduzir suas políticas fiscais de forma a manter a dívida pública em níveis sustentáveis, na forma da lei complementar referida no inciso VIII do caput do art. 163 desta Constituição.

Parágrafo único. A elaboração e a execução de planos e orçamentos devem refletir a compatibilidade dos indicadores fiscais com a sustentabilidade da dívida.

[...]

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos.

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no §4º.

constitucional direito de ação: “Art. 2º [...] § 6º. Os valores anteriores a 1º de março de 2020 não pagos em razão de liminar em ação judicial poderão, desde que o respectivo ente renuncie ao direito sobre o qual se funda a ação, receber o mesmo tratamento previsto no inciso I do § 1º deste artigo, devidamente atualizados pelos encargos financeiros contratuais de adimplência”.

E, a agravar a situação, os benefícios impostos pelo Programa Federativo são ainda acompanhados de restrições na autonomia administrativa dos demais entes da Federação.

Essas restrições encontram-se notadamente no artigo 8º da LC n. 173/20, que vale aqui transcrever:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

I - conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública;

II - criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;

V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII - adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º da Constituição Federal;

IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do caput deste artigo não se aplica a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 2º O disposto no inciso VII do caput não se aplica em caso de prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, observado que:

I - em se tratando de despesa obrigatória de caráter continuado, assim compreendida aquela que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por período superior a 2 (dois) exercícios, as medidas de compensação deverão ser permanentes; e

II - não implementada a prévia compensação, a lei ou o ato será ineficaz enquanto não regularizado o vício, sem prejuízo de eventual ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º A lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual poderão conter dispositivos e autorizações que versem sobre as vedações previstas neste artigo, desde que seus efeitos somente sejam implementados após o fim do prazo fixado, sendo vedada qualquer cláusula de retroatividade.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao direito de opção assegurado na Lei n. 13.681, de 18 de junho de 2018, bem como aos respectivos atos de transposição e de enquadramento.

§ 5º O disposto no inciso VI do caput deste artigo não se aplica aos profissionais de saúde e de assistência social, desde que relacionado a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 6º (VETADO).

§ 7º O disposto nos incisos IV e V do caput deste artigo não se aplica aos cargos de direção e funções previstos nas Leis n.ºs 13.634, de 20 de março de 2018, 13.635, de 20 de março de 2018, 13.637, de 20 de março de 2018, 13.651, de 11 de abril de 2018, e 13.856, de 8 de julho de 2019, e ao quadro permanente de que trata a Lei n. 12.550, de 15 de dezembro de 2011.

Ora, retomando o argumento logo acima lançado, as restrições constantes desse artigo 8º – afetando típicas medidas de administração, em matéria de servidores públicos –, que não guardem relação com as competências da União para tratar daquilo que genericamente se pode dizer “responsabilidade fiscal”, não me parece possam, à luz da Constituição, ser impostas aos demais entes federativos.

O fato Estados e Municípios estarem atingidos pela pandemia, e, portanto, pela calamidade pública, não implica necessariamente desequilíbrio nas suas contas. Um Estado pode, com efeito, nem precisar se beneficiar das exceções do artigo 65 da LRF, no contexto

do tratamento dado pela LC n. 173/20. E, mesmo que esteja com saúde financeira, ver-se-á tolhido em todos os aspectos de sua autonomia administrativa, objeto do citado artigo 8º.

Enfim, uma lei complementar da União pode incluir regras novas de responsabilidade fiscal, mas sempre nos parâmetros constitucionais: toda lógica da LRF deriva do previsto no artigo 169 da Constituição, o qual toma “limites de gastos com pessoal” por critério de controle, não legitimando a União a restringir medidas de gestão de pessoal por parte dos demais entes autônomos da Federação quando não estiver em questão o desrespeito a tais limites.

No entanto, apreciando a arguição de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da LC n. 173/20, entre eles o acima destacado artigo 8º, o Supremo Tribunal Federal entendeu-os compatíveis com o artigo 169 da Constituição da República e não violadores da autonomia federativa. Verifique-se o seguinte trecho de ementa de acórdão:

6. A norma do art. 8º da LC 173/2020 estabeleceu diversas proibições temporárias direcionadas a todos os entes públicos, em sua maioria ligadas diretamente ao aumento de despesas com pessoal. Nesse sentido, a norma impugnada traz medidas de contenção de gastos com funcionalismo, destinadas a impedir novos dispêndios, congelando-se o crescimento vegetativo dos existentes, permitindo, assim, o direcionamento de esforços para políticas públicas de enfrentamento da calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19. 7. Os arts. 7º e 8º da LC 173/2020 pretendem, a um só tempo, evitar que a irresponsabilidade fiscal do ente federativo, por incompetência ou populismo, seja sustentada e compensada pela União, em detrimento dos demais entes federativos. A previsão de contenção de gastos com o aumento de despesas obrigatórias com pessoal, principalmente no cenário de enfrentamento de uma pandemia, é absolutamente consentânea com as normas da Constituição Federal e com o fortalecimento do federalismo fiscal responsável. 8. As providências estabelecidas nos arts. 7º e 8º da LC 173/2020 versam sobre normas de direito financeiro, cujo objetivo é permitir que os entes federados empreguem esforços orçamentários para o enfrentamento da pandemia e impedir o aumento de despesas ao fim do mandato do gestor público, pelo que se mostra compatível com o art. 169 da Constituição Federal. Não há redução do valor da remuneração dos servidores públicos, uma vez que apenas proibiu-se, temporariamente, o aumento de despesas com pessoal para possibilitar que os entes federados enfrentem as crises decorrentes da pandemia de Covid-19, buscando sempre a manutenção do equilíbrio fiscal⁶.

⁶ ADI n. 6.442, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, julgamento em 15.3.2021 (julgamento conjunto com as ADIs ns. 6.447, 6.450 e 6.525).

4 CONCLUSÃO

Em breves considerações finais, a par das observações conclusivas apresentadas ao longo da argumentação acima exposta, resta notar uma tendência de o direito constitucional brasileiro, tal como interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, no contexto da pandemia, ser marcado por uma postura pró-descentralização federativa em matéria de polícia administrativa da saúde pública, mas uma postura centralizadora (de resto, acompanhando tradição de nossa Federação) no tocante ao controle legislativo federal da responsabilidade fiscal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. *Lei complementar n. 173, de 27 de maio de 2020*. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus Sars-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. *Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

LIMITES À TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO

Doutor em Direito pela Universidade
Federal de Minas Gerais (UFMG)
Professor de Direito Administrativo na
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Modalidades de terceirização. 3 A terceirização interna no direito trabalho brasileiro. 4 A terceirização na Administração Pública. 4.1 Panorama normativo. 4.2 Panorama jurisprudencial. 5 Conclusão. 5.1 A importância da distinção entre terceirização externa e interna. 5.2 A necessária delimitação da terceirização na Administração Pública. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objetivo examinar os desdobramentos, para a administração pública, das mais recentes normas legais e decisões de tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), referentes à terceirização do trabalho.

Com a edição da Lei n. 13.467/2017, que instituiu a chamada “Reforma Trabalhista”, e as decisões exaradas em agosto de 2018 pelo STF, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324 e o Recurso Extraordinário (RE) n. RE 958.252, consolidou-se no direito brasileiro a faculdade de os empregadores terceirizarem toda e qualquer atividade, superando-se a restrição – até então imposta pela jurisprudência trabalhista – de que somente o trabalho temporário e as atividades-meio poderiam ser objetos de terceirização, conforme a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Subsiste, no entanto, a necessidade de atentar para o âmbito possível de adoção do trabalho terceirizado na administração pública, tendo em vista as normas específicas aplicáveis a esse setor, de cunho constitucional e infraconstitucional.

2 MODALIDADES DE TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização, como o vocábulo denota, implica a inserção de um outro sujeito no processo produtivo, uma outra empresa por meio da qual os empregados prestarão a atividade laboral.

Márcio Túlio Viana distingue duas grandes formas de terceirização: a *interna* e a *externa*.¹

Na primeira, um empregador – denominado *tomador de serviços* – busca trabalhadores de outro empregador e insere-os em sua estrutura produtiva. Até as recentes transformações do direito brasileiro, era válida a terceirização interna nas modalidades de inserção de trabalhadores temporários e que exercessem atividades não finalísticas da empresa destinatária da terceirização.

Na *terceirização externa*, o empregador exclui de sua estrutura alguma etapa do ciclo produtivo, para que seja executada por outra empresa, que é autônoma em relação à beneficiária final de sua atividade. O clássico exemplo é o da indústria automobilística, que se tornou simples montadora de veículos, com as peças que são produzidas por inúmeras outras empresas.

Mais adiante veremos que ambas as modalidades podem ser efetivadas também pela administração pública, mas, tal como no setor privado, com diferentes pressupostos e consequências jurídicas. A análise da terceirização no setor público ocorre, por vezes, desconsiderando essa distinção, o que nos parece trazer equívocos, especialmente a tentativa de justificar aspectos da terceirização interna com base na modalidade externa.

As mencionadas recentes alterações, havidas no direito brasileiro, referem-se à modalidade *interna*.

Normalmente, o termo *terceirização* é utilizado para fazer referência a esta categoria. Assim, doravante, neste texto, quando utilizado sem especificação da modalidade, o termo indicará a terceirização interna.

3 A TERCEIRIZAÇÃO INTERNA NO DIREITO TRABALHO BRASILEIRO

A terceirização foge à conformação clássica do direito trabalhista, que se funda na relação de trabalho bilateral, ou seja, aquela que envolve apenas dois sujeitos: o empregador e o empregado, tal como definidos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).²

¹ VIANA, Márcio Túlio. As várias faces da terceirização. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 141-156, jan./jun. 2009.

² “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”
“Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Até a década de 1970, vigorou, com quase exclusividade, essa clássica relação de emprego. A única exceção, prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), era a figura da subempreitada, prevista no art. 455.

Esse panorama muda com a publicação da Lei 6.019/1974, que dispôs sobre o trabalho temporário em empresas urbanas e, entre outros dispositivos, previu, no art. 4º, o trabalho temporário terceirizado:

Art. 4º. Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

Adveio depois a Lei 7.102/1983, dispondo sobre segurança para estabelecimentos financeiros e a constituição e funcionamento de empresas particulares prestadoras de serviços de vigilância e de transporte de valores, permitindo que essas duas atividades pudessem ser executadas por empresas especializadas, contratadas pelos estabelecimentos financeiros (art. 3º). Mais adiante, a Lei n. 8.863/1994 alterou a redação da Lei 7.102/1983, estendendo a possibilidade de contratação dessas empresas para o transporte de cargas e para a prestação de “atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas” (art. 10 da Lei 7.102/1983).

A circunstância de o legislador ter editado essas normas para tratar da terceirização em casos específicos resultou do entendimento dominante, então reforçado pela legislação, de que a legislação trabalhista somente admitia, em princípio, a relação de trabalho bilateral, sendo exceções estritas as referidas hipóteses de terceirização.

Lastreado nessa legislação, o TST editou, em 1986, o Enunciado de Jurisprudência 256, afirmando que, com exceção dessas duas hipóteses, a terceirização seria ilícita e o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços deveria ser reconhecido.³

Porém, já ao tempo de edição desse Enunciado jurisprudencial, na década de 1980, como observam Gabriela Delgado e Helder Amorim: “iniciava-se um gradual processo de expulsão de atividades do interior das empresas, com a progressiva organização de um mercado de serviços, tomando impulso o processo de terceirização, ao largo de autorização legal.”⁴.

³ Enunciado 256: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

⁴ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014. p. 40.

Esse processo ampliou-se nos anos 1990, mas, no plano legislativo, não se fez mais que uma pequena ampliação das hipóteses em que se autoriza a terceirização. A Lei n. 8.863/1994, incluiu alguns parágrafos na Lei 7.102/1983. Entre eles o § 2º, prevendo que as empresas privadas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, além de proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras, transportar valores e garantir o transporte de cargas, também poderão prestar “atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas”.

Porém, aquilo que não se alcançou pela via legislativa acabou sendo, pelo menos em parte, obtido por meio da alteração da jurisprudência trabalhista, que flexibilizou as hipóteses de terceirização, para autorizar a ampla contratação indireta de trabalhadores nas atividades-meio das empresas. Após julgar vários casos neste rumo, em 1993 o TST editou a Súmula 331 que, entre outras disposições, a par da afirmação da legalidade das terceirizações previstas nas Leis 6.019/1974 e 7.102/1983, acrescentou que também seria válida a terceirização dos serviços “de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.”

Desde então tomou vulto a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da distinção entre atividade-fim e atividade-meio do empregador, incluindo vozes que questionavam o cabimento dessa distinção.

Nesse contexto, adveio a Lei n. 13.467/2017, que alterou a Lei 6.019/1974 em vários aspectos.

A nova Lei ampliou o objeto de regulação da Lei 6.019/1974, mas, com inobservância da boa técnica legislativa, não modificou a sua ementa, que continua a referir-se ao “Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas” como objeto principal. O novo conteúdo da Lei 6.019/1974 ficou mais bem expresso no novo art. 1º que, se antes apenas se referia ao “regime de trabalho temporário”, passou a indicar que “As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei.”.

Mas a regra que mais nos importa neste estudo é aquela contida no art. 4º-A, inserido na Lei 6.019/1974, que passou a determinar:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de *qualsquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal*, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Em 2018, o STF julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324, que impugnava, de modo amplo, as “decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho” com a orientação expressa na Súmula 331.

Nesse julgamento, por maioria de votos, o STF fixou tese na qual se afirma:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

O fundamento básico dessa tese, expresso na ementa do julgado, da lavra do Ministro relator, Roberto Barroso, é o de que

A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

No mesmo ano, essa orientação foi reafirmada pelo Plenário do STF, ao julgar, com repercussão geral, o Recurso Extraordinário (RE) n. 958.252, da relatoria do Ministro Luiz Fux.

Com isso, para o setor privado, está assentada no direito brasileiro a faculdade de ampla terceirização, seja de atividades-meio ou de atividades-fim das empresas, não mais tendo aplicabilidade, neste aspecto, a Súmula 331 do TST.

4 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Panorama normativo

A autorização legal para terceirização de atividades na administração pública é anterior à sua previsão para o setor privado, tendo sido originariamente trazida pelo Decreto-Lei 200/1967, nos seguintes termos:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Posteriormente, a Lei Federal 5.645/1970, cujo objeto principal é estabelecer diretrizes para a classificação de cargos civis da União e das autarquias federais, veio explicitar, no parágrafo único do art. 3º, de modo exemplificativo, atividades que deveriam ser objeto de terceirização:

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Na vigência dessas normas, o Tribunal de Contas da União (TCU) consolidou interpretação do §7º do art. 10 do Decreto-Lei 200/1967, no sentido de resguardar a observância da regra constitucional do concurso público para provimento de cargos componentes da estrutura de carreiras da administração pública. Os reiterados pronunciamentos do TCU neste sentido levaram, em 1976, à edição da Súmula 97 desse Tribunal, que dispõe:

Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei n. 5.645, de 10/12/70 (Decreto-lei n. 200, de 25/02/67, art. 10, §§ 7º e 8º), não se admite, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo referido Plano.

Sob a regência da Constituição de 1988, considera-se que a possibilidade de terceirização pela administração pública encontra respaldo especialmente no seu art. 21, XXI, que estabelece: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]”. Sendo a terceirização um contrato de prestação de serviços, trata-se de uma possibilidade albergada por esse dispositivo.

Cabe ainda lembrar que a Lei 8.666/1993 – lei nacional de licitações e contratações – contém referências, em termos gerais, à contratação de prestação de serviços e à “execução indireta” de serviços, especialmente no art. 6º, II⁵, e no art. 10⁶.

O citado parágrafo único do art. 3º da Lei 5.645/1970 foi revogado pela Medida Provisória 1.573-7/1997 que, depois de mais sete reedições, foi convertida na Lei 9.527/1997. Com a revogação operada pela referida MP, o Governo Federal optou pela regulamentação do art. 10, §7º, do Decreto-lei 200/1967 por meio do Decreto 2.271/1997.

O conteúdo material nuclear do Decreto 2.271/1997 encontrava-se no seu art. 1º, que previa no *caput* a execução indireta das “atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”. Arrolavam-se, no §1º, as atividades que deveriam ser “de preferência, objeto de execução indireta” (“conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”). E vedava-se, no § 2º, a execução indireta das “atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

O Decreto 2.271/1997 regulamentava a terceirização apenas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Quanto às empresas estatais, o seu art. 9º apenas determinava que as contratações seriam disciplinadas por resoluções do Conselho de Coordenação das Empresas Estatais.

Não obstante o Decreto-Lei 200/1967 dispor sobre a organização da Administração Federal, considera-se que a regra do §7º do art. 10 foi recepcionada pela Constituição de 1988 como norma de cunho nacional – ou seja, é também aplicável à administração dos Estados, Distrito Federal e Municípios – tendo em vista que o art. 22, XXVII, CF, estabelece ser competência privativa da União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Também o Decreto 2.271/1997 foi expedido com referência apenas à Administração Federal, mas o conteúdo do referido art. 1º foi observado pelos Estados, DF e Municípios, uma vez que apenas desdobrava em detalhes aquilo que se consideravam consequências do §7º do art. 10 do Decreto-Lei 200/1967.

⁵ “Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: [...] II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

⁶ “Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: [...] I - execução direta; II - execução indireta, nos seguintes regimes: [...]”.

Esse Decreto foi revogado pelo Decreto 9.507/2018, que atualmente regula a matéria. Diferentemente do diploma anterior, o novo Decreto também regulamenta a terceirização nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista federais.

Para a administração direta, autárquica e fundacional, os limites da terceirização encontram-se previstos no art. 3º do Decreto 9.507/2018:

Art. 3º. Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º. Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do *caput* poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

O § 2º desse artigo determinava ainda que “Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.”. Mas esse dispositivo foi revogado pelo Decreto n. 10.183/2019.

Não se deve interpretar essa revogação como abertura para terceirização de atividades de fiscalização e consentimento, pois essas consistem em manifestações do poder de polícia e o inc. III do mesmo artigo veda a execução indireta dos serviços “relacionados ao poder de polícia”. Assim, o único propósito válido da revogação do referido parágrafo é o de permitir que serviços meramente auxiliares ao exercício do poder de polícia, mas não consistentes no desempenho desse poder, possam ser terceirizados. Assim, por exemplo, as atividades de limpeza e conservação dos imóveis onde estão sediados os órgãos exercentes do poder de polícia.

Para as empresas públicas e sociedades de economia mista federais, as vedações à terceirização encontram-se previstas no art. 4º do Decreto 9.507/2018:

Art. 4º. Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes

de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º. As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do *caput* poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º. Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º. Não se aplica a vedação do *caput* quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º. O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

Como vedação de caráter geral, que abrange a administração direta e indireta, o art. 5º do Decreto 9.507/2018 dispõe:

Art. 5º. É vedada a contratação, por órgão ou entidade de que trata o art. 1º, de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que tenham relação de parentesco com:

I - detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação; ou

II - autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021), em aspecto inovador em relação à Lei 8.666/1993, traz referências específicas à aos contratos de terceirização, *in verbis*:

Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:

I - indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado;

II - fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado;

III - estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado;

IV - definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos;

V - demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação;

VI - prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado.

Parágrafo único. Durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

Visto esse panorama histórico da legislação, pode-se concluir que a orientação básica permanece desde o Decreto-Lei 200/1967 até a recente Lei 14.133/2021 e passando pelos referidos decretos.

No âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional, a terceirização somente é cabível para *atividades materiais* e que sejam meros *instrumentos* ou *complementos* das atribuições que caracterizam a área de atuação do órgão ou entidade.

Por *atividade material* quer-se *excluir a emissão de atos jurídicos*, ou seja, de manifestações que impliquem a criação, modificação ou extinção de direitos. Assim, a mão de obra terceirizada somente pode executar materialmente, ou seja, dar concretude às decisões contidas nos atos jurídicos emitidos pela administração pública.

E, ainda, a terceirização pode abranger a prática de atividades que *não* caracterizam as competências legais do órgão ou da entidade da administração pública, mas sejam meros instrumentos para que esta possa exercer tais atribuições. Assim, por exemplo, as atividades de conservação e limpeza dos prédios públicos e os serviços de informática, necessários a que as diversas unidades da administração pública tenham condições materiais para cumprir suas finalidades legais.

Quanto às empresas estatais, sendo pessoas de direito privado, possuem regime jurídico que é, em diversos aspectos, mais aproximado ao das empresas privadas, mas, por serem entidades da administração pública, permanecem regidas pelos princípios do art. 37, *caput*, CF, e pelas regras de direito público, constitucionais e legais, que lhes forem endereçadas.

Como visto, o art. 4º do Decreto 9.507/2018 veda a terceirização, nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista, de “serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários”, salvo quando se tratar de cargo extinto ou em processo

de extinção (§3º). Essas atribuições caracterizam o cerne da atuação da empresa e, por isso, devem ser preenchidos por empregados admitidos mediante concurso público, como determina o art. 37, II, CF.

Exceções a essa regra somente são admissíveis em situações excepcionais, relacionadas a necessidades temporárias (art. 4º, I e II, do Decreto 9.507/2018), ou providências necessárias para viabilizar a atuação eficiente da empresa em mercado concorrencial (art. 4º, III e IV, do Decreto 9.507/2018). Ademais, o conselho de administração ou órgão equivalente da empresa estatal deve estabelecer quais atividades serão passíveis de terceirização, conforme o §4º do mesmo art. 4º.⁷

4.2 Panorama jurisprudencial

Os tribunais brasileiros, sejam aqueles do Poder Judiciário, sejam as cortes de contas, reverberam em seus pronunciamentos aquelas limitações à terceirização expressas nos atos normativos acima analisados.

Uma das objeções feitas à constitucionalidade da ampliação da terceirização, efetuada pela Lei 13.429/2017, foi a de que a sua aplicação no âmbito da administração pública levaria à ofensa a preceitos da CF, especialmente o art. 37, II, que estabelece a obrigatoriedade do concurso público como meio para a investidura em cargos ou empregos públicos de provimento efetivo.

Sem ingressar no mérito de outros argumentos que buscam sustentar a inconstitucionalidade da terceirização ampliada pela Lei 13.429/2017, no tocante especificamente à administração pública, o que nos parece importante é não pretender a aplicação total, sem ressalvas, daquilo que se estipulou nessa Lei, que foi produzida para ser aplicada ao setor privado.

Assim como fizeram os citados decretos federais, cabe ao administrador público, em qualquer nível de poder da Federação, atentar para a necessidade de que a terceirização não extrapole certos limites, de modo a ofender princípios e regras constitucionais específicas para a administração pública.

No contexto posterior à edição da Lei 13.429/2017, não há orientação jurisprudencial que autorize amplamente a terceirização de atividades, nos mesmos moldes do setor privado.

No STF, essa matéria foi objeto de referência no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.685, realizado no chamado “Plenário Virtual” em junho de

⁷ Assim, embora comungando da preocupação dos autores, no sentido de que não se deve caminhar para uma “terceirização sem limites”, não nos parece que essa possa ser consequência do Decreto 9.507/2018, desde que esse ato infralegal seja interpretado em harmonia com as normas constitucionais e legais. (Cf. DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. *Revista LTr*, São Paulo, v. 82, n. 11, p. 1321-1324, nov. 2018.)

2020. Tratava-se de ação por meio da qual se impugnava a referida Lei 13.429/2017. Um dos fundamentos da impugnação era o de que, se aplicada à administração pública, com a autorização para terceirizar atividades-fim, a referida Lei implicaria ofensa à norma do art. 37, II, CF.

Por maioria de votos, o STF julgou improcedente o pedido. Entre os votos vencedores, apenas o do Ministro Relator, Gilmar Mendes, fez referência ao tema da aplicação da Lei à administração pública, afirmando que isso não implica ofensa ao preceito constitucional relativo ao concurso público, pois as normas legais inseridas na Lei 6.019/1974 devem ser aplicadas em consonância aos princípios constitucionais. Confirmam-se as manifestações do Relator:

[...] a contratação de empresa que forneça serviço temporário não afasta a observância dos demais princípios do art. 37 da Constituição. A terceirização da atividade não implica burla a regra do concurso público, na medida em que não implica a investidura em cargo ou emprego público. Sua utilização, no entanto, deve observar todos os princípios que regem a administração pública, não podendo ser desvirtuada.

[...]

O concurso público é a única via de ingresso em cargo ou emprego público e qualquer forma de utilização, pela administração pública, do serviço temporário para burlar a regra constitucional do concurso público já encontra sanção em nosso ordenamento e na jurisprudência do STF.

Portanto, a contratação de empresa de serviço temporário para terceirizar o desempenho de determinadas atividades dentro da administração pública não implica em violação à regra do concurso público, uma vez que não permite a investidura em cargo ou emprego público, devendo a Administração observar todas as normas pertinentes a contratação de tais empresas.⁸

Outro julgado do Plenário do STF que, recentemente, tocou no tema da terceirização na administração pública foi o relativo à ADI 2.238. Neste feito, questionava-se a constitucionalidade de vários dispositivos da Lei Complementar Federal n. 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal), inclusive o §1º do art. 18, que prescreve: “Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’”.

A alegação dos requerentes, na ADI, no tocante ao referido §1º, era a de que o dispositivo representaria burla à exigência constitucional do concurso público, ao admitir a substituição de servidores e empregados públicos por terceirizados. Esse argumento já fora rejeitado pelo STF no ano 2000, quando da apreciação de pedido cautelar de suspensão dos efeitos do citado parágrafo, ocasião em que a ementa do julgado registrou:

⁸ ADI 5.685, Tribunal Pleno, Relator: Gilmar Mendes, julgado em 16/06/2020.

Art. 18, § 1º: a norma visa a evitar que a terceirização de mão-de-obra venha a ser utilizada com o fim de leadear o limite de gasto com pessoal. Tem, ainda, o mérito de erguer um dique à contratação indiscriminada de prestadores de serviço, valorizando o servidor público e o concurso.⁹

Em 2020, o STF reiterou o entendimento expresso há 20 anos, assim se manifestando, conforme o voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes:

[...] a função do § 1º é impedir que expedientes fraudulentos de substituição de servidores por pessoas contratadas via terceirização sejam utilizados para contorno à previsão limitadora e estabelece um requisito para que seja computado: contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

Importante ponderar que os contratos de terceirização de mão de obra a que alude o § 1º do art. 18 relacionam-se apenas “à substituição de servidores e empregados públicos”, ou seja, “a LRF não se refere a todo e qualquer contrato desta natureza, mas apenas àquela terceirização da atividade finalística estatal, ficando de fora da regra a terceirização das atividades-meio” (MARCUS ABRAHAM. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 171).

Nesse sentido, cite-se o que estabelece o Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional, aprovado pela Portaria STN 462/2009:

[...]

A LRF não faz referência a toda terceirização, mas apenas àquela que se relaciona à substituição de servidor ou de empregado público. Assim, não são consideradas no bojo das despesas com pessoal as terceirizações que se destinem à execução indireta de atividades que, simultaneamente:

- a) sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade (atividades-meio), na forma de regulamento, *tais como: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática – quando esta não for atividade-fim do órgão ou Entidade – copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações;*
- b) não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou seja, relativas a cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente;
- c) não caracterizem relação direta de emprego como, por exemplo, estagiários.¹⁰

Registra, então, a ementa do julgado:

⁹ ADI 2238 MC, Tribunal Pleno, Relator: Ilmar Galvão, julgado em 09/08/2007.

¹⁰ ADI 2.238, Tribunal Pleno, Relator: Alexandre de Moraes, julgado em 24/06/2020, negritos no original.

Ao se a referir a contratos de terceirização de mão de obra, o art. 18, § 1º, da LRF não sugere qualquer burla aos postulados da Licitação e do Concurso Público. Impede apenas expedientes de substituição de servidores via contratação terceirizada em contorno ao teto de gastos com pessoal.¹¹

Verifica-se que, até o momento, as modificações legislativas e os pronunciamentos do STF não alteraram as normas básicas que limitam a terceirização na administração pública desde as décadas de 1960 e 1970, ou seja: 1) a determinação para que a terceirização restrinja-se a atividades materiais instrumentais ou acessórias às atribuições legais do órgão ou da entidade e 2) a vedação de que a terceirização atinja as atividades contidas nas atribuições legais dos cargos de provimento efetivo e dos empregos permanentes que compõem os planos de carreira da administração pública.

Esta posição é também afirmada pelos tribunais de contas, conforme ilustrado pelos seguintes pronunciamentos do Tribunal de Contas da União (TCU) e pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG).

O TCU assim se manifestou recentemente:

É possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios ou complementares realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da IN MPDG 5/2017 e do Decreto 9.507/2018, desde que não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da pessoalidade e da subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do mencionado decreto, de modo que, entre outras, não constituam atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.¹²

Atividades concernentes à análise de prestações de contas podem ser executadas de forma indireta quando se configurarem como acessórias, instrumentais ou complementares, de acordo com o Decreto 9.507/2018, a exemplo de avaliação preliminar para conferência de documentos e triagem de processos.¹³

O TCEMG, cuja jurisprudência se expressa no mesmo sentido da Súmula 97 do TCU, após as alterações havidas na Lei 6.019/2017, manteve também o entendimento, conforme se constata da resposta à Consulta n. 1.024.677, efetuada pelo Município de Contagem e

¹¹ ADI 2.238, Tribunal Pleno, Relator: Alexandre de Moraes, julgado em 24/06/2020.

¹² Acórdão 1.184/2020, Plenário, Relator: Augusto Nardes, Boletim de Jurisprudência n. 310, de 01/06/2020.

¹³ Acórdão 721/2019, Plenário, Relator: André de Carvalho, sessão de 27/03/2019, Boletim de Jurisprudência n. 258, de 15/04/2019.

que visava a esclarecer a aplicação, à administração pública, das novas disposições trazidas pela Lei 13.429/2017. Da ementa que resume o pronunciamento do TCE-MG, destaca-se:

As normas da Lei n. 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam à administração direta, às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.¹⁴

5 CONCLUSÃO

Muitas são as implicações decorrentes das necessárias distinções entre terceirização externa e interna e entre a terceirização interna no setor privado e na administração pública.

Porém, em necessário recorte metodológico, para que possamos nos ater aos limites deste texto, encaminhamos as conclusões desta reflexão em torno de dois aspectos essenciais dessas distinções, a seguir expostos.

5.1 A importância da distinção entre terceirização externa e interna

Não podem ser tratadas como processos de mesma natureza a terceirização de mão de obra e a efetivação de parcerias da administração pública com particulares, com ou sem fins lucrativos, para prestação de serviços públicos e realização de atividades de interesse social. Estas são as hipóteses de delegação de serviços públicos (CF, art. 175) e de parcerias com entidades do terceiro setor, tais como as organizações sociais (OS – Lei Federal 9.637/1998), as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP – Lei Federal 9.790/1999) e as organizações da sociedade civil (OSC – Lei Federal 13.019/2014).

¹⁴ Consulta n. 1.024.677, Tribunal Pleno, Rel. Cons. Cláudio Terrão, Sessão de 04/12/2019, disponibilizada no DOC do dia 20/12/2019.

Tal abordagem incorre no equívoco de tratar as já referidas modalidades externa e interna de terceirização como se fossem fenômenos de mesma natureza. Assim como já acima explanado em relação ao Direito do Trabalho, também no Direito Administrativo é crucial não confundir as duas categorias.

A Constituição Federal, no art. 175, estabelece que o Poder Público tem o dever de prestar serviços públicos, mas pode fazê-lo “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão”. A Lei 8.987/1995 regulamenta esse dispositivo constitucional e contém as normas gerais sobre concessão e permissão de serviços públicos, que são modalidades de delegação de sua prestação a pessoa jurídica, ou consórcio de empresas, ou ainda – no caso da permissão – a pessoa física, que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

No caso das parcerias com as OS, OSCIPs e OSCs, trata-se de um ajuste de colaboração entre a administração pública e uma entidade privada sem fins lucrativos, para que esta exerça uma atividade de interesse social, mediante contrapartidas da entidade administrativa parceira. Nestas parcerias, a entidade privada exerce a totalidade ou parte da atividade objeto da parceria, com a administração apoiando-a mediante contrapartidas, que podem ser em dinheiro ou bens de outra espécie.

Os particulares que exercem as atribuições objeto da delegação ou parceria têm, nos limites da lei e do ajuste efetuado, autonomia para organizar-se e instrumentar-se, visando à prestação do serviço. Inclui-se nisso a possibilidade de transferir a terceiros as atividades que desenvolvem, nas modalidades de terceirização interna e externa, conforme as normas trabalhistas e aquelas relativas à delegação de serviços públicos. Neste aspecto, o §1º do art. 25 da Lei 8.987/1995 prevê que “a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”. Norma de mesmo conteúdo encontra-se no art. 94, II, da Lei 9.472/1997, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações.¹⁵

Ao delegar a prestação de um serviço público e ao atribuir uma atividade de interesse social, nos moldes acima indicados, o poder público deixa de exercer essas tarefas por seus próprios órgãos ou entidades, transferindo a sua execução a uma pessoa autônoma em relação à pessoa estatal delegante. Por isso, essa terceirização é *externa* e não implica a inserção de mão de obra dentro das repartições administrativas.

A terceirização externa é, portanto, mais ampla e de natureza distinta da terceirização interna. Por isso, àquela não se aplicam os limites, acima indicados, relativos à terceirização interna.

¹⁵ A constitucionalidade do art. 25, §1º, da Lei 8.987/1995 e a interpretação de que ele autoriza a terceirização de atividades-fim das empresas concessionárias de serviços públicos foram declaradas pelo STF, na ADC 26 (Tribunal Pleno, Relator: Edson Fachin, julgado em 23/08/2019).

5.2 A necessária delimitação da terceirização na Administração Pública

Como visto no item 3.1, no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional, a terceirização somente é cabível para *atividades materiais* e que sejam meros *instrumentos* ou *complementos* das atribuições que caracterizam a área de atuação do órgão ou entidade.

Nas empresas estatais, também se deve preservar da terceirização as atividades principais, que caracterizam o objeto de atuação dessas entidades e que são exercidas pelos empregados ocupantes dos postos que integram os seus planos de cargos e salários.

A terceirização na administração pública, seja nas pessoas de direito público ou de direito privado, não pode se dar, portanto, na mesma amplitude em que está autorizada para a iniciativa privada. As restrições previstas nas normas legais e infralegais acima analisadas decorrem dos princípios e regras constitucionais que estabelecem os parâmetros básicos de estruturação e funcionamento da administração pública, diferenciando-a do setor privado. Tais princípios e normas encontram-se por todo o texto constitucional, mas especialmente nos arts. 37 a 42.

Não há sentido em interpretar que o texto constitucional tenha estabelecido diversas normas para moldar essa diferenciação e que, ainda assim, possam as autoridades administrativas, por uma livre decisão, como se fora um empresário no exercício da autonomia privada, transferir o exercício de toda e qualquer atividade administrativa para a mão de obra de uma empresa particular.

Não se trata, então, de preservar apenas o concurso público como método de legitimação dos indivíduos que exercerão as funções administrativas, mas da necessidade de resguardar o perfil constitucional da administração pública, com todas as particularidades que lhe foram atribuídas pelo poder constituinte¹⁶.

Deve-se, porém, reconhecer que a preservação do instituto do concurso público, como mecanismo imprescindível para a observância da impessoalidade da administração pública, é um dos mais relevantes fatores que levam às analisadas restrições à terceirização nesse setor.

Se todas as atividades da administração pública, direta e indireta, pudessem ser objeto de terceirização, a regra constitucional que determina o concurso público como procedimento necessário para a ocupação dos postos de trabalho nesse setor tornar-se-ia

¹⁶ Nesse sentido, cf.: ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2014.

facilmente contornável. Todo administrador público que não desejasse cumprir a regra da Constituição poderia simplesmente terceirizar todas as atividades do órgão ou entidade¹⁷.

Essa conclusão vale tanto para as pessoas de direito público, quanto para as de direito privado, inclusive as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas.

E nem se argumente com a regra do art. 173, §1º, II, CF, que determina a sujeição das exploradoras de atividades econômicas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, incluídas as normas trabalhistas. Sabe-se que nenhuma norma jurídica pode ser interpretada isoladamente. Essa regra constitucional não se sobrepõe às demais. Sendo uma disposição ampla, encontra restrições nas demais normas da mesma Constituição, naquilo em que estas estabelecerem regras próprias às empresas estatais. Donde se conclui que, embora o regime predominante seja o de direito privado, na verdade as empresas estatais, mesmo exploradoras de atividades econômicas, possuem um *regime misto*, com parcial derrogação do direito privado por normas de direito público previstas na Constituição, especialmente aquelas inscritas no art. 37¹⁸.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. *Revista LTr*, São Paulo, v. 82, n. 11, p. 1321-1324, nov. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virgínia Kirchmeyer. A terceirização pela administração pública no direito administrativo: considerações sobre o Decreto n. 2.271/97, a Instrução Normativa n. 2/08 e suas alterações, a ADC n. 16 e a nova Súmula n. 331 do TST. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 14, n. 157, p. 16-23, jan. 2015.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Terceirização na administração pública: possibilidades e limites. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 30, n. 4, p. 381-412, abr. 2014.

VIANA, Márcio Túlio. As várias faces da terceirização. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 141-156, jan./jun. 2009.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁷ Nesta mesma senda, as considerações de: FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virgínia Kirchmeyer. A terceirização pela administração pública no direito administrativo: considerações sobre o Decreto n. 2.271/97, a Instrução Normativa n. 2/08 e suas alterações, a ADC n. 16 e a nova Súmula n. 331 do TST. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 14, n. 157, p. 16-23, jan. 2015.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 521.

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (LAI) E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) COMO VETORES DE TRANSPARÊNCIA E EFICIÊNCIA: UM ENSAIO HUMANISTA SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

JOSÉ RENATO NALINI

Doutor e mestre pela Universidade de São Paulo (USP)
Docente da pós-graduação da Uninove
Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo (Biênio 2014-2015)

VERA LUCIA ANGRISANI

Doutoranda em Direito Empresarial pela Uninove
Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

FERNANDO ANTONIO TASSO

Doutorando em Direito Empresarial pela Uninove
Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O inter-relacionamento entre a LAI e a LGPD. 3 Derrogação e complementariedade. 4 Uma visão ética da principiologia da LGPD. 5 O tratamento adequado de dados pela administração pública segundo a visão humanista. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica trata o direito administrativo e o direito empresarial como silos comunicantes unicamente pela matriz constitucional que lhes é comum. Enquanto aquela disciplina trata das relações entre os entes públicos e destes com as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, esta tem por enfoque a empresa, enquanto fenômeno social gerador de riquezas, sua relação com outros entes da mesma natureza e com a pessoa natural.

A despeito desse aparente distanciamento, possuem relação de existência e simbiose a cuja sorte de uma está, necessariamente, atrelada à da outra. Um Estado forte tende

a proporcionar um ambiente de negócios que estimula a empresa e a circulação de bens e riquezas que, por seu turno, reverte ao ente público a contrapartida arrecadatória.

A regulação do mercado impõe às empresas a observância de normas de conformidade que visam, sobretudo, ao desempenho da atividade econômica organizada dentro dos parâmetros constitucionais que regem a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.¹

O modelo econômico estatuído em nossa Constituição Federal está, obrigatoriamente, ajustado aos Direitos Humanos revelado pela declaração de que a organização da atividade econômica tem a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, sendo este inter-relacionamento entre a atividade econômica do modelo Capitalista e os Direitos Humanos, constitucionalmente coercitivo.²

A dignidade da pessoa humana é fundamento de primeira grandeza do Estado de Democrático de Direito que investe a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel de Estados, Municípios e do Distrito Federal na missão de prover a organização do poder público destinado a assegurar dentre outros direitos humanos, os da liberdade, igualdade e justiça.³

A relação entre o Estado e a empresa se reflete, portanto, no principal de seus fundamentos - prover a todos uma existência digna - sendo legítimo concluir que quanto mais aderente for a atuação do poder público aos seus princípios fundantes da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, melhor estará a proporcionar um ambiente propício ao desenvolvimento da empresa.

Nesse contexto se inserem as normas de conformidade objeto deste estudo – a Lei de Acesso à Informação (LAI) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – que, no recorte de incidência sobre as atividades do poder público, prestigiam o valor republicano da transparência, faceta externa no princípio da publicidade.⁴

O presente artigo partirá de uma análise teleológica e sistemática dessas duas leis regulatórias para identificar se a superveniência da lei protetiva de dados pessoais trouxe maior transparência ao poder público, em alinhamento com os preceitos éticos e o imperativo Constitucional do Capitalismo Humanista.

¹ Art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil.

² GARCIA, Manuel Enriquez; SAYEG, Ricardo Hasson. Capitalismo humanista. In: BALERA, Wagner; LIMA, Carolina Alves de Souza (Coords.). *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Tomo 12: Direitos Humanos. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. p. 7.

³ Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil

⁴ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 241.

2 O INTER-RELACIONAMENTO ENTRE A LAI E A LGPD

A Lei de Acesso à Informação foi, ao tempo de sua promulgação, norma que causou grande impacto nas estruturas administrativas do poder público, em todas as esferas federativas e em todos os poderes, ao impor o mapeamento e classificação de todas as informações passíveis de divulgação pelo ente público bem assim como a criação de um canal de acesso às informações que já não eram voluntariamente disponibilizadas pelo ente público.

Alcançada a primeira década após a implementação da LAI, os entes públicos tratam com trivialidade e eficiência os inúmeros pedidos de acesso a informações públicas, o que demonstra que, para cumprir a missão de provê-las, os entes públicos investiram no aprimoramento da governança corporativa e na gestão documental.

A entrada em vigor da LGPD no dia 18 de setembro de 2020 trouxe aos agentes de tratamento de dados a obrigatoriedade de observância de uma norma essencialmente prescritiva de deveres quando do tratamento de dados pessoais coletados. Sob o ponto de vista do poder público, é evidente sua interrelação com a LAI a começar pelos diversos dispositivos que buscam nesta o conteúdo de definições legais⁵, o paralelismo e contornos procedimentais⁶, ao mesmo tempo em que reconhece com ela não se confundir.⁷

O paralelismo entre a LAI e a LGPD não se resume às meras referências legais, tornando-se, na verdade, inquestionável quando analisada a finalidade de dar concretude ao princípio constitucional da publicidade, sob o viés republicano da transparência, pois enquanto a primeira viabiliza o acesso de qualquer cidadão aos dados produzidos pelo poder público, a lei protetiva de dados pessoais impõe o dever aos entes públicos, assim como aos atores privados, de empregar transparência nas atividades que envolvam o tratamento de dados pessoais, permitindo ao seu titular o exercício dos direitos consagrados em toda a LGPD.

A transparência pública visada com a implementação da LAI tem por pressuposto a concretização dos preceitos Constitucionais enunciados em sua ementa, como o acesso à informação de interesse particular, coletivo ou geral dos órgãos públicos, sob a contrapartida de responsabilidade do gestor público faltoso ou serôdio⁸; a possibilidade do uso do *habeas data* como direito instrumental de acesso e retificação da informação⁹; a previsão

⁵ A definição de poder público é trazida no artigo 23 da LGPD por remissão ao artigo 1º da LAI.

⁶ Ao prever prazos e procedimentos para exercícios de direito do titular dos dados pessoais, a LGPD prescreve em seu artigo 23, §3º observância à LAI, bem assim quando trata do uso compartilhado de dados pelo poder público no artigo 26, §1º, inciso I.

⁷ A instituição do encarregado pelo tratamento de dados pessoais não dispensa o poder público de instituir as autoridades de que trata a LAI.

⁸ Artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal

⁹ Artigo 5º, inciso LXXII da Constituição Federal

de acesso do cidadão aos registros informativos e informações sobre atos de governo¹⁰ e, finalmente, o acesso ao acervo patrimonial cultural que passaram a ser tratados sob a disciplina da gestão documental governamental.¹¹

A LGPD, por seu turno, enuncia como seus fundamentos o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.¹²

Identifica-se nas normas em destaque, por vezes, a menção direta da regra constitucional e, por outras, a reprodução dos direitos e garantias nela enunciados, porém ambas com uma mesma finalidade, a de prestigiar os princípios administrativos da publicidade e da eficiência.

A concretização dos preceitos constitucionais, na forma preconizada pela Lei 12.527/2011, se dá pelo exercício da transparência ativa¹³, pelo qual o poder público disponibiliza de antemão os dados públicos referentes às suas atividades, e pela transparência passiva, colocando à disposição em seus portais eletrônicos um canal oficial de Solicitação de Informações ao Cidadão (SIC) para que as proveja mediante solicitação do interessado.¹⁴

A Lei 13.709/2018 impõe igual dever de transparência às atividades do poder público que envolvam o tratamento de dados pessoais ao prever em seu artigo 23, inciso I a obrigatoriedade de serem informadas ao titular as hipóteses que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos.

Contrariando o senso comum de que a implementação de normas de proteção de dados pessoais teria, por vezes, a missão de impor obstáculos ao acesso à informação e, por outras, de inovar no ordenamento jurídico para restringir o desempenho de atividades empresariais de tratamento de dados, é legítimo concluir que ambas as leis possuem eminente caráter prescritivo, jamais proibitivo.

Ademais, ao tempo em que prescrevem normas que prestigiam a publicidade dos atos da administração, seja em seu conteúdo ou seu arcabouço procedimental, distante da

¹⁰ Artigo 37, §3º, inciso II da Constituição Federal

¹¹ Artigo 216, §2º da Constituição Federal

¹² Artigo 2º da Lei 13.709/2018

¹³ Artigo 8º da Lei 12.527/2011

¹⁴ Artigo 10 da Lei 12.527/2011

ideia de impedir o desempenho de qualquer atividade que envolva tratamento de dados pessoais, buscam tornar-se clara e compreensível a forma e duração da atividade de tratamento.

O conceito de integridade contextual desenvolvido por Hellen Nissenbaum preconiza que a proteção de dados não trata de direito ao sigilo ou ao controle, mas de um fluxo apropriado de informações pessoais, conforme normas informacionais orientadas pelos contextos sociais.¹⁵

Tais normas buscam, com destaque para a LGPD, impor à administração pública um devido processo informacional, que tem por premissas que o tratamento de dados pessoais seja uma atividade transparente, justificada por uma base legal¹⁶ e em observância aos princípios norteadores do tratamento de dados¹⁷ e, responsável, por observar normas de prevenção e segurança.

3 DERROGAÇÃO E COMPLEMENTARIEDADE

Postulada a estreita relação entre a Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais decorrente da identidade teleológica e da função concretizadora de preceitos constitucionais afirmando-se, por outro lado, que a lei geral possui a função de referencial normativo¹⁸, coloca-se a questão de em que medida a norma posterior derogou a lei de acesso.

A intersecção se dá especificamente no ponto em que esta lei tratou das atividades de tratamento de informações pessoais pelo poder público em Seção específica do Capítulo IV que trata das restrições do acesso à informação.¹⁹

Louvável que antes mesmo da lei protetiva, a lei de acesso previsse um núcleo de informações que não estariam acessíveis ao público à sua discricção, por se tratar de informações que comungam com a ideia de externalidades de direitos da personalidade, quais sejam, o de respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem, indevassáveis pelo também constitucional princípio da publicidade.

A LAI demonstra indistigável apelo restritivo do acesso aos dados pessoais ao inaugurar o conjunto de prescrições referentes a tais informações com a regra que restringe seu acesso ao ente público e ao titular pelo prazo máximo de 100 (cem) anos, sendo passíveis

¹⁵ Sobre o conceito de integridade contextual, confira-se: NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*. Palo Alto: Stanford University Press, 2010.

¹⁶ Artigo 7º da Lei 13.709/2018

¹⁷ Artigo 6º da Lei 13.709/2018

¹⁸ TASSO, Fernando Antonio. Do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 276.

¹⁹ Artigo 31 da Lei 12.527/2018.

de divulgação ou acesso por terceiros mediante o consentimento expresso da pessoa a que eles se referem ou em alguma das hipóteses previstas na norma de exceção de seu artigo 31, §3º.

Tais hipóteses, que excepcionam a restrição do acesso aos dados pessoais, merecem análise atenta, pois enquanto equivalem às hipóteses de tratamento de dados pessoais previstas no artigo 7º da LGPD, o são em menor número, mas por outro lado, abrigam disposição que além de não encontrar paralelo na LGPD, tem escopo tão amplo que se choca com os princípios da norma referencial.

Assim como o consentimento é guiado à primeira base legal comum às leis de acesso e proteção, há clara identidade entre a possibilidade de utilização de dados pessoais para o tratamento médico da pessoa numa lei e a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou terceiro na outra²⁰; para a realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público geral vedada a identificação da pessoa e a realização de estudos por órgãos de pesquisa, garantida, sempre que possível a anonimização²¹; para o cumprimento de ordem judicial e a hipótese de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador²²; para a defesa de direitos humanos e sua via instrumental de exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral²³.

Questionamento pertinente envolve a compatibilidade da base legal prevista no artigo 31, §3º, inciso V e o sistema referencial de proteção de dados da lei geral, porquanto a lei de acesso prevê a possibilidade de divulgação ou acesso por terceiros de dados pessoais controlados pela administração pública quando visarem à proteção do interesse público e geral preponderante.

A resposta é negativa, diante do que dispõe o artigo 23 “caput” e inciso I da LGPD.

A regra atrela o tratamento de dados pessoais ao atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, enquanto seu inciso I determina sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, o poder público realiza o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades.

A despeito de ambas tratarem do interesse público, enquanto a LAI reputa suficiente a alegação genérica de existência de “interesse público e geral preponderante”, a LGPD reputa que o interesse público é insito de toda e qualquer atividade de tratamento de dados pessoais realizada pelos entes públicos e, sobretudo, a condiciona à explicitação das hipóteses em que o faz, mediante a indicação da previsão legal, da finalidade e dos procedimentos e práticas.

²⁰ Artigo 31, §3º, inciso I da Lei 12.527/2018 e artigo 7º inciso VII da Lei 13.709/2018

²¹ Artigo 31, §3º, inciso II da Lei 12.527/2018 e artigo 7º inciso IV da Lei 13.709/2018

²² Artigo 31, §3º, inciso III da Lei 12.527/2018 e artigo 7º inciso II da Lei 13.709/2018

²³ Artigo 31, §3º, inciso IV da Lei 12.527/2018 e artigo 7º inciso VI da Lei 13.709/2018

Vê-se que esta norma prestigia não somente o princípio administrativo da publicidade, mas o da legalidade e da moralidade.

Em abono a esse entendimento, é de se notar que o sistema de proteção de dados regulamentado em caráter geral pela LGPD demanda para sua legitimidade não apenas a existência de uma base legal, mas a observância de todos os princípios norteadores do tratamento de dados previstos em seu artigo 6º.

Conforme o ensinamento de Bruno Bioni, a observância de tais princípios, sem exclusão de qualquer deles, consiste em autêntico filtro de proporcionalidade a legitimar a atividade de tratamento de dados pessoais.²⁴

Eventual validação do “interesse público e geral preponderante” como base legal não superaria o necessário filtro de proporcionalidade, por violação ao princípio da finalidade, que deve ser específica, explícita e informada ao titular²⁵, sendo certo não bastar a mera enunciação de interesse público e ao princípio da adequação, por frustrar uma justa expectativa do titular de uso parcimonioso e responsável em detrimento do uso indiscriminado.²⁶

Conclui-se que a cláusula aberta que se dispunha a dar base legal ao tratamento de dados pessoais pela LAI não coaduna com o sistema de tratamento de dados pelo poder público preconizado pela lei protetiva, que é seu referencial normativo. A superveniência da LGPD derogou a LAI no aspecto pertinente ao tratamento de informações pessoais, que passou a dar tratamento integral a esse tema, possuindo, por outro lado, função de complementariedade sob o ponto de vista das normas de transparência pública.

4 UMA VISÃO ÉTICA DA PRINCIPIOLOGIA DA LGPD

Os princípios de tratamento de dados pessoais positivados no artigo 6º da lei protetiva decorrem de um processo histórico de consolidação dos direitos humanos calcados nos denominados *fair principles*, que têm por principal característica sua universalidade.

A Convenção 108 de Estrasburgo para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de caráter pessoal, realizada no ano de 1981, resultou no primeiro documento que, sobrepassando a soberania das nações, postulou como fundamentais os princípios da finalidade, adequação, da qualidade de dados, da necessidade, da segurança e da responsabilidade.²⁷

²⁴ Sobre os princípios como filtros de proporcionalidade, confira-se: BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

²⁵ Artigo 6º, inciso I da Lei 13.709/2018

²⁶ Artigo 6º, inciso II da Lei 13.709/2018

²⁷ COUNCIL OF EUROPE. *Convention 108*: Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data. Bruxelas: Council of Europe, 2018. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/DV/2018/09-10/Convention_108_EN.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

A LGPD consagrou referidos princípios ao patamar legal e a eles agregou outros advindos da mesma construção normativa global, como a que está presente no Regulamento Geral de Proteção de Dados²⁸ europeu, de modo a tornar a norma pátria seu equivalente protetivo aderente ao patamar mundial de proteção adequada de dados pessoais.

O princípio da finalidade (inciso I) impõe ao agente a vinculação da atividade de tratamento a propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular. Guarda estreita relação com os princípios da adequação (inciso II) e da necessidade (inciso III) pelos quais se deve esperar da atividade de tratamento uma compatibilidade com as expectativas do titular e que nada mais do que o absolutamente necessário lhe será solicitado. É de se notar que esse núcleo valorativo tem relevante conteúdo ético, por valorizar não apenas a transparência, mas o respeito à justa expectativa do titular e ao reservar à coleta de dados o mínimo necessário em detrimento da privacidade.

Ao prever como princípio o livre acesso (inciso IV) aos dados que lhe pertencem e a transparência (inciso VI) do que é feito com aquilo que de mais personalíssimo possui o titular, a LGPD preconiza um tratamento igualmente atrelado à moralidade, insumo basilar da ética e valor constitucionalmente prestigiado a balizar o poder público.²⁹

Garantir à pessoa humana a qualidade (inciso V) daquilo que dela se considerará por ser o que for de mais exato, claro, relevante a atualizado, comunga com o conceito de respeito, que encerra a ideia de reconhecer em seu semelhante um titular de igual miríade de direitos, conceito este fundado nos mais elementares preceitos da moral.

Quando o gestor público se pauta pelo valor ético de cuidado com aquilo que caracteriza a pessoa humana, seus dados pessoais, está concretizando os princípios de segurança (inciso VII) e prevenção (inciso VII), da mesma forma que quando utiliza os dados coletados procedendo a uma discriminação não abusiva nem tampouco ilegal (inciso IX), mas com a finalidade de prestigiar a máxima aristotélica da isonomia, dispensando à parte hipossuficiente da relação, um tratamento positivamente diferenciado.

A assunção da responsabilidade pelos próprios atos e a observância do dever de agir *secundum legem* encerram o conteúdo dos princípios da responsabilização e prestação de contas (inciso X) imposto ao gestor público que procede ao tratamento de dados no atual sistema normativo.

²⁸ EUR-LEX. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Bruxelas: Parlamento Europeu; Conselho da UE, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 28 jun. 2021.

²⁹ Artigo 37 “caput” da Constituição Federal.

Nada mais revelador da ética, portanto, do que a preconização de que o tratamento de dados de pessoas humanas por outras pessoas deva ser fundado em valores axiológicos que inspirem as ações de consenso da humanidade diante das ameaças que a ela se apresentam.

Portanto, a principiologia sobre a qual se baseia o sistema de tratamento de dados pessoais da LGPD, que é norma referencial, revela estar imbuída de inegável e relevante conteúdo ético, cuja observância pelos entes públicos revela de seus gestores um comportamento ético.

O comportamento ético do gestor público, mais do que uma possibilidade é um imperativo constitucional que emana do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, reforçado pelo princípio da moralidade da administração pública cuja inobservância inquina de imoral o ato administrativo a ensejar, em última análise, a incidência das normas repressivas da improbidade administrativa.

Inegável, portanto, que a proteção de dados pelo poder público é, aprioristicamente, um postulado ético.

5 O TRATAMENTO ADEQUADO DE DADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO A VISÃO HUMANISTA

A evolução do uso da tecnologia aconteceu em ritmo acelerado nos últimos anos. Pouca gente imaginava que em apenas duas décadas dos anos 2000 o mundo iria evoluir tanto.

Passaram a fazer parte no nosso dia a dia recursos jamais imaginados e que se tornaram indispensáveis, como a Internet e o celular, e que a cada dia se tornam mais populares a ponto de ficarem acessíveis para boa parte da população, independentemente de seu extrato social. Outras tecnologias, por outro lado, deixaram de ser “coisas futuristas” tais como a biometria, reconhecimento facial, a internet das coisas, a inteligência artificial e até o pagamento das contas - desde as mais simples até às mais sofisticadas - se utilizam de meios de pagamentos digitais.

Este cenário é fruto da contemporaneidade, em que as relações sociais são cultivadas por meio da Internet, onde se verifica a existência de redes extensas e de âmbito global. Essa celeridade das comunicações em tempo real fez brotar nos indivíduos o sentido de pertencimento nesses grupos virtuais, o que está intimamente ligado a suas paixões e estilo de vida e ao consumo, como o ato de comprar, que está diretamente relacionado à necessidade ou à sobrevivência do indivíduo.

A proliferação de tecnologias como *big data* e inteligência artificial impulsionam um consumo e utilização de dados num ritmo bastante acelerado. Para tanto o indivíduo deve fornecer uma série de dados pessoais (número de telefone, e-mail, CPF) e, ao entrar nessa rede virtual, ele passa a produzir uma série de dados e informações que servem de matéria-prima para o desenvolvimento econômico de mercado das maiores empresas do mundo.

A consequência para o não fornecimento desses dados é a exclusão do indivíduo desse novo mundo que a tecnologia abriu, o que gera uma sensação de repulsa social, de não pertencimento, a qual se busca evitar, ou até mesmo a impossibilidade de se realizar atividades das mais corriqueiras, já que, atualmente, a informatização se tornou uma realidade inafastável.

Ínsito a esse pertencimento emerge de imediato a noção de privacidade, intimidade e autodeterminação informacional do indivíduo,³⁰ que consubstanciam sobremaneira o valor da dignidade da pessoa humana. Adensa essa questão o fato de que o fornecimento desses dados, graças ao uso crescente de novas tecnologias pode, no mais das vezes, provocar prejuízos a direitos fundamentais essenciais ao desenvolvimento livre de suas personalidades, especialmente quando esse fornecimento de dados ultrapassar as fronteiras entre o público e o privado, tal como o ataque cibernético em massa contra agências do governo federal americano sofrido em dezembro de 2020, que foi além das fronteiras norte-americanas e atingiu, pelo menos, seis países, consoante amplamente divulgado na mídia .

Há, portanto, dicotomia que deve convergir para um ponto de equilíbrio: de um lado, a indispensabilidade de estar inserido no mundo tecnológico; de outro, a necessidade de proteger os dados pessoais dos indivíduos.

Assim a importância dos dados pessoais do indivíduo na atual sociedade, e do novo sentido que a dignidade da pessoa humana passa a adquirir na atualidade, perpassa pelo enfrentamento das consequências nas relações econômicas e sociais de toda uma coletividade ante a edição da LGPD.

Bem de ver-se que o princípio da dignidade humana insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, na qualidade de princípio fundamental da República, constitui um dos fundamentos do Estado democrático de direito, alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, cujo fim precípua é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, sob pena de gerar a instabilidade do regime democrático.³¹

³⁰ FLORIDI, Luciano. *The onlife manifesto: being human in a hyperconnected era*. New York: Springer, 2015. p. 51-53.

³¹ Nesse sentido, Flávia Piovesan diz que "A dignidade da pessoa humana, [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro." (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54).

Na era em que a humanidade abandona a era do ter e passa a presenciar a era do ser, defluiu-se que o texto fundante inseriu na ordem constitucional a visão kantiana de que os indivíduos possuem dignidade a ser preservada e respeitada. Não é ela mais uma mera previsão normativa, mas um direito que deve ser efetivado pelo Estado e por todas as suas esferas de Poder.

Nesse sentir é que o Brasil, em 14 de agosto de 2018 aprovou e sancionou a Lei 13.709/2018 que, em harmonia com importantes fundamentos da República, repete e reafirma o princípio constitucional no que tange a dignidade da pessoa humana referida no inciso VII, do artigo 2º da LGPD, “com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.” (art. 1º, LGPD)³².

Em que pese ser mencionado apenas uma única vez o princípio da dignidade humana no texto da lei protetiva, não se descarte ser um conceito estruturante para a interpretação da LGPD, bem como para a compreensão de uma cultura e sociedade que buscam a efetiva proteção dos dados pessoais do indivíduo. Afinal, não há exemplo melhor de dignidade do indivíduo do que ter protegido o acesso a dados que, se combinados, permitem a obtenção de informações fundamentais sobre a sua vida, com quem se relaciona, qual o seu perfil de compra etc., os quais não devem transcender a esfera de sua privacidade.

Tal assertiva nos remete imediatamente a quem tem o dever de proteger esses dados?

A LGPD é bastante clara ao dispor como deve ser o tratamento de dados realizado tanto pelo setor privado, quanto pelo público - este último tendo legislação específica presente no Capítulo IV – Seções I e II, e tenha sido destinado o artigo oitavo do Capítulo II como específico para tratar sobre o consentimento necessário para realização da coleta de dados, de modo que fica evidente segurança que a lei procura dar para o usuário.

Assim, não se pode negar o reforço do tratamento de dados que deve acompanhar o setor público, especialmente o Poder Judiciário, tanto na sua atividade administrativa como jurisdicional.

Não passa despercebido que, em todo o mundo, as atribuições do serviço público estão passando por transformações cada vez mais centradas na missão verdadeira de um Estado, eis que longe vai o tempo em que o Estado tomava para si as atividades dos particulares, o que vem cada vez mais senso enxugado com as privatizações. O foco, agora, está na prestação de serviços essenciais, o que também aumenta a sensibilidade dos dados a serem analisados.

³² No sentido de que as pessoas jurídicas também devem ser titulares de direito no âmbito da LGPD, tem-se: ROCHA, Felipe Borring; DALESE, Pedro. A aplicabilidade da Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais (Lei 13.709/18) às pessoas jurídicas. *Empório do Direito*, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-aplicabilidade-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lei-n-13-709-2018-as-pessoas-juridicas>. Acesso em: 26 ago. 2021.

Nesse processo de modernização do serviço público, o que se nota é que a administração pública vem concentrando esforços no sentido de aumentar a efetividade e transparência na prestação dos serviços, cada vez mais profissionalizado, em benefício do cidadão. Parafraseando o Ministro Ayres Britto em julgado do STF, a publicidade é um “dever eminentemente republicano, porque a gestão da coisa pública (República é isso) é de vir a lume com o máximo de transparência.”³³

Finalmente acordou a administração pública sabendo que o talento ou a habilidade do indivíduo, é solo onde frutificará, certamente, uma força de trabalho voltada para um atendimento mais humanizado dos cidadãos.

Porém, transparência não pode significar vulneração à dignidade dos indivíduos: os dados que devem ser divulgados são aqueles essenciais para que se assegure a lisura do serviço prestado e que possibilitam que a sociedade realize a prestação de contas do poder público, assegurando, assim, outro direito fundamental, o da inviolabilidade da vida privada previsto no inciso X do art. 5º da CRFB/88.

É que até a edição da LGPD não havia na legislação brasileira uma definição clara de dados pessoais, e o recurso até então usado foi uma estratégia de que boa parte dos dados pessoais eram sigilosos e, assim, não eram passíveis de publicização por meio de pedidos de acesso à informação. Em verdade, uma das tarefas importantes da LGPD foi a de aprimorar a definição do que é dado pessoal, deixando claro por parte do Estado como se lidar com dados do cidadão de maneira humanizada.

Para concreção de uma mudança cultural e comportamental dos integrantes de órgãos e empresas brasileiras que gerenciam bases de dados pessoais, é fundamental a compreensão dos princípios e regras da nova LGPD, bem assim a formação e capacitação de todos aqueles que trabalharão na sua aplicação.³⁴

Se de um lado é inegável que o Estado é um ator que possui uma gama expressiva de dados dos cidadãos, o que aumenta o potencial de vulneração da vida privada dos indivíduos, incontestável, por isso, que é ele e demais órgãos de fiscalização que assumirão o protagonismo de implementação, com papel de destaque ao Poder Judiciário atenderá às demandas que poderão ser ajuizadas pelos titulares de dados, mas também como aplicador da LGPD administrativamente. A questão aqui encontra relevo pelo fato de o Poder Judiciário implicar diretamente em uma maior concentração de dados sensíveis, o que redobra os cui-

³³ STF. Segundo Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 3.902. São Paulo. Relator Ministro Ayres Britto. Agravantes: Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público do Município de São Paulo – SINESP e Associação dos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos Municipais de São Paulo e outros. Decisão de 09/06/2011.

³⁴ SERPRO. *6 diferenciais Framework LGPD Educacional*. S.d. Disponível em: https://www.loja.serpro.gov.br/lgp-deducacional?gclid=CjwKCAjwmv-DBhAMEiwA7xY_rdzfR1NsZi1IOVpOhJbKw8BwQ-Ko7vEluzX1RA09_VQDe_BXxBy1YBhoCRNsQAvD_BwE. Acesso em: 9 maio 2021.

dados que devem ser tomados. Dito de outra maneira, o Poder Judiciário terá que ser parcimonioso com os dados do cidadão tanto das demandas quanto de seu setor administrativo.

Exemplificativamente, ganhou foros de relevância demandas oriundas da publicidade dada em sites da Internet sobre reclamação trabalhista, como inibidor da contratação futura do mesmo profissional, por receio do novo empregador de também vir a responder por outra demanda semelhante. Dada a magnitude, Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, por maioria, a existência de repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1307386 (Tema 1141), que trata da responsabilidade civil por disponibilização, em sites na internet, de informações processuais publicadas nos órgãos oficiais do Poder Judiciário, sem restrição de segredo de justiça ou obrigação jurídica de remoção.

Isso nos leva a uma pergunta: a proteção absoluta de dados se coaduna com a necessária transparência que é imposta ao Poder Judiciário?

Questões essa e outras que podem surgir nos leva a refletir no sentido de que, com todas as cautelas e numa visão humanista dos indivíduos tanto do aplicador da LGPD como daquele que tem seus dados potencialmente divulgáveis, hão de juntos encontrar um ponto de equilíbrio no trato da questão do limite da divulgação. Isto só o tempo dirá!

Um leme para a questão que se nos vislumbra é o espírito de fraternidade que cada dia mais a sociedade deverá alcançar com participação de todos na construção de uma sociedade fraterna baseada na convivência solidária, para que todos os cidadãos possam ter vida digna.

É claro que, com a edição da LGPD, o Judiciário, em especial alguns tribunais, tem buscado se organizar internamente, designando equipes responsáveis para lidar com o que seria a implementação da LGPD, aliás como determinado pela Resolução 363/2021, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Porém, muito há que ser trabalhado para melhor entendimento e aplicação da LGPD, não apenas na iniciativa privada, mas também e especialmente na administração pública, como já o fizeram o Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF (Resolução 9/2020) e a Corregedoria Geral da Justiça do TJSP (Provimento 23/2020).

Sobrevém, então, questionamento relevante sobre a visão humanista que deve iluminar a análise da proteção de dados pela administração pública e pelo Poder Judiciário.

Uma lei pode ser considerada como humanizada quando seu conteúdo, externalizado por seus comandos, respeita os direitos fundamentais da pessoa humana. E o aplicador do direito não só deve saber como aplicar a lei de forma justa, mas, principalmente quando se tratar de valores jurídicos abstratos, não deve decidir sem levar em conta as consequências práticas da decisão.³⁵

³⁵ Art. 20, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – Lei n. 13.655 de 25.04.2018: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos

Tanto que o Código de Ética da Magistratura Nacional³⁶, em seu artigo Art. 3º, sinaliza que “A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.”.

Não podemos deixar de destacar que a LGPD é um ganho exponencial à sociedade brasileira, especialmente pela sua visão humanista revolucionária no trato da proteção dos dados pessoais, reconhecendo que eles pertencem às pessoas como um direito fundamental, um elemento da personalidade tal qual a própria imagem.

Esse viés dá sentido ao trabalho de sucesso a ser enfrentado por aplicadores e tomadores da LGPD, no viés do preâmbulo da Constituição de 88, integrantes de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias,” serão pessoas trabalhando para pessoas.

6 CONCLUSÃO

A análise resultante dos escopos e finalidades das normas regulatórias de tratamento de dados atinentes ao poder público – Lei de Acesso à Informação e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – revela que o advento da lei protetiva de dados pessoais trouxe o referencial normativo de que carecia o sistema de proteção de dados em alinhamento com a regulação mundial do tema e em consonância com o imperativo constitucional humanista.

Essa conclusão se extrai da constatação que a positivação dos princípios norteadores do tratamento de dados pessoais exprime elevado conteúdo valorativo ético a demonstrar que o tratamento de dados pessoais no contexto do capitalismo tem absoluta compatibilidade com a produção de riquezas, segundo os preceitos do Capitalismo Humanista.

A observância pelo poder público de tais normas de conformidade expressa que o exercício do múnus que é atribuído ao gestor público se dá em alinhamento aos princípios constitucionais que regem a administração pública ao mesmo tempo em que cumpre a missão de observância de preceitos éticos que encontram na valorização das relações humanas e suas externalidades terreno para concretização.

sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

³⁶ Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008.

REFERÊNCIAS

- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- 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: 26 ago. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.
- 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, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 26 ago. 2021.
- COUNCIL OF EUROPE. *Convention 108: Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data*. Bruxelas: Council of Europe, 2018. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/DV/2018/09-10/Convention_108_EN.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.
- EUR-LEX. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Bruxelas: Parlamento Europeu; Conselho da UE, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- FLORIDI, Luciano. *The onlife manifesto: being human in a hyperconnected era*. New York: Springer, 2015.
- GARCIA, Manuel Enriquez; SAYEG, Ricardo Hasson. Capitalismo humanista. In: BALERA, Wagner; LIMA, Carolina Alves de Souza (Coords.). *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Tomo 12: Direitos Humanos. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021.
- NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*. Palo Alto: Stanford University Press, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROCHA, Felipe Borring; DALESE, Pedro. A aplicabilidade da Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais (Lei 13.709/18) às pessoas jurídicas. *Empório do Direito*, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-aplicabilidade-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lei-n-13-709-2018-as-pessoas-juridicas>. Acesso em: 26 ago. 2021.

SERPRO. *6 diferenciais Framework LGPD Educacional*. S.d. Disponível em: https://www.loja.serpro.gov.br/lgpdeducacional?gclid=CjwKCAjwmv-DBhAMEiwA7xY_rdzfR1NsZi110VpOhJbKw8BwQ-Ko7vE-luzX1RA09_VQDe_BXxBy1YBhoCRNsQAvD_BwE. Acesso em: 9 maio 2021.

TASSO, Fernando Antonio. Do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. *In*: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE: UM CAMINHO CIVILIZATÓRIO EM ÁTIMOS DE CRISE

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Professor de Direito Administrativo na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Conselheiro Federal (OAB)
Advogado

THANDERSON PEREIRA DE SOUSA

Doutorando em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Políticas públicas: ação estatal e estratégia constitucional para garantia e proteção de direitos. 3 Políticas públicas e responsividade: generatividade para a ambivalência em tempos de crise. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca das políticas públicas é uma constante nas sociedades contemporâneas, ainda mais quando se percebe a modificação do papel do Estado – hodiernamente mais regulador. Adicionalmente, tem-se o fato de que há uma triplicidade distintiva do corpo social: características individuais, sociais e políticas. Tomar decisões dentro desse contexto é um verdadeiro desafio, fazer ou deixar de fazer algo implica consequentemente em uma escolha. E esse quadro lançado em incertezas geradas por crises econômicas, políticas ou sanitárias potencializa ainda mais a complexidade sobre a ação pública.

Tomado esse enquadramento e considerada a realidade do Brasil, o presente ensaio tem como problemática a tipificação de políticas públicas na condição de ação essencialmente estatal e estratégia constitucional para proteção de direitos em tempos de crise, como a provocada pela Covid-19. Ainda, busca-se extrair a ideia de responsividade em matéria de políticas públicas a partir da Constituição de 1988, indicando como as políticas públicas desempenham papel indispensável para superar a ambivalência de tempos de crise.

O estudo tem como objetivo precípua discutir o compromisso constitucional de 1988 com as políticas públicas e como tais perfazem mecanismos para superação de crises e consolidação civilizatória, desde que criadas e executadas de modo responsivo e generativo, eliminando ambiguidades e incontinências provocadas por severos períodos de ruptura. Metodologicamente, adota-se abordagem dedutiva, apoiada nas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Apenas para adiantar algumas considerações, compreende-se que as políticas públicas não são e nem devem ser compreendidas somente como ações governamentais, mas efetivamente como ações estatais propriamente ditas, portanto, permanentes, funcionando como estratégia para garantia e tutela de direitos em decorrência de escolha constitucional extraordinária. E disso resulta, como consequência normativa, política, social e econômica, que a construção e execução responsiva de políticas públicas deve pautar-se pelo respeito ao marco jurídico constitucional e infraconstitucional que as rege especificamente, ao planejamento e à participação. Políticas públicas elaboradas responsivamente conduzem ao processo generativo de sobrepujamento de átimos de crise.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS: AÇÃO ESTATAL E ESTRATÉGIA CONSTITUCIONAL PARA GARANTIA E PROTEÇÃO DE DIREITOS

Há uma variedade de entendimentos acerca de políticas públicas, seus conceitos e papéis no âmbito da sociedade contemporânea. Uma ideia inicial liga-se diretamente à sistematização de medidas, visando gerar resultados e alterar determinados ambientes positivamente.¹ Assertivo é considerar política pública em geral sempre como uma ação,² um agir coletivo que impacta nos espaços público e privado, a ser instrumentalizado a partir de um marco normativo definido.

Sobre o tema, difundido é o escólio de Maria Paula Dallari Bucci ao conceituar política pública como programa de atuação governamental que é fruto de processos disciplinados juridicamente, mapeando os meios disponibilizados ao Estado e ao setor privado para corporificação de objetivos sociais importantes e politicamente indicados.³

Entretanto, de forma mais ampla e considerando o espectro do Estado brasileiro, a leitura da Constituição de 1988 permite observar que as políticas públicas podem ser concebidas como uma ação precisamente estatal, destinada a alterar condições primárias e avançar em termos civilizatórios – garantia e tutela de direitos constitucionalmente definidos.

¹ EASTON, David. *A framework for political analysis*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1965.

² DYE, Thomas. *Understanding public policy*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1984.

³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

Aqui, o que se pretende esclarecer é que há uma diferença significativa em racionalizar políticas públicas como ações governamentais e políticas públicas como ações estatais. É que tratar de políticas públicas como ação governamental pode implicar vinculá-las a grupos políticos eleitos em caráter temporário para administrar o país. Por outro lado, a condição das políticas públicas como ações estatais impõe reconhecer o compromisso das instituições políticas que formam o Estado (Executivo, Legislativo, Judiciário e outros atores institucionais com destacado assento constitucional) em manter processos e alterações para a organização e atendimento dos cidadãos. Se assim considerada, essa definição parece mais apropriado para a realidade brasileira e, inclusive, capaz de assegurar, em maior medida e até do ponto de vista lógico e axiológico-normativo, o cumprimento das nossas promessas constitucionais.

O avanço das modelagens de Estado desaguou no Estado social, preocupado com condições materiais indispensáveis para a consolidação de direitos e a própria ideia de dignidade humana. Nesse aspecto, José Luis Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum pontuam que houve “complexificação nesse modelo estatal, o que o teria deixado com um perfil ainda mais interventor”.⁴ E, mesmo considerado o perfil mais recente do Estado brasileiro, que tendencialmente assume um perfil mais regulador,⁵ subsiste o compromisso da Constituição com diversos direitos que demandam políticas públicas: políticas no sentido de ação estatal – portanto, de forma permanente.

Sendo – assim – um agir do Estado, as políticas públicas estão vinculadas ao desenvolvimento adequado, correspondendo àquele que alberga a proteção dos fundamentos (art. 1º) do Estado democrático de direito, seus objetivos (art. 3º) e os diversos direitos e garantias fundamentais que conformam a ordem constitucional.

É relevante registrar que os direitos fundamentais previstos na Constituição reconhecem, *a priori*, a dignidade intrínseca dos cidadãos e desenvolveram-se gradualmente para avançar num projeto de civilização. Sobre o tema, Norberto Bobbio aclara que tais direitos são pressupostos de mudanças sociais e possivelmente realizáveis do ponto de vista técnico.⁶ E, ainda, pondera que há evidente ligação entre direitos sociais e transformação social, sendo exigida a atuação pública e prestação de serviços que só ocorrerão em certos níveis de desenvolvimento econômico e tecnológico.⁷

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 13.

⁵ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliane Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 351-370, ago. 2020.

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Op. cit., p. 90.

O arrimo da soberania, cidadania, dignidade humana e valores social do trabalho e da livre iniciativa (fundamentos do Estado brasileiro) e a construção de uma sociedade mais justa, livre, igual, desenvolvida, com baixo nível de pobreza e diversificada (objetivos do Estado), dependem fortemente da atuação estatal por intermédio de políticas públicas. São esses instrumentais que garantem e garantirão, em situações diversas, a preservação dos compromissos selados no projeto constitucional de 1988. Mais do que esteios político-normativos de permanente constrangimento dos poderes constituídos e da Sociedade em geral, devem ser considerados como verdadeiro movimento de resiliência constitucional destinado ao desenvolvimento.

Para exemplificar, o art. 193 da Constituição de 1988 preceitua que a ordem social está pautada no primado do trabalho e tem como objetivos o bem-estar e a justiça social. E, no seu parágrafo único, reconhece a responsabilidade que o Estado tem de planejar as políticas sociais⁸ que garantirão e avançarão na socialidade. Políticas públicas são estratégias da ordem constitucional vigente.

Examinando a Constituição de 1988 com o Método de Análise Constitucional (MAC), Rogério Bastos Arantes e Cláudio Gonçalves Couto concluíram que 69,5% dos dispositivos do texto original tratavam de questões propriamente constitucionais, enquanto 30,5% “diziam respeito a políticas públicas”.⁹ O texto constitucional brasileiro também foi comparado a outras constituições¹⁰ e não foi encontrada similaridade nos índices de presença de políticas públicas constitucionalizadas. Ainda, os autores complementam que o reflexo da constitucionalização significativa de políticas públicas no Brasil é um verdadeiro paradoxo, tendo em vista que os efeitos não foram os esperados e o quadro de preferências elaborados pela constituinte está sempre alterando-se contingencialmente.

Por outro lado, a partir da noção de políticas públicas aqui discutido e com base nos fundamentos e objetivos do Estado, nos direitos e garantias fundamentais, na cláusula de abertura material (art. 5º, §2º) e no dever de planejar políticas sociais (art. 193), cumpre reconhecer que a Constituição de 1988 constitucionaliza políticas públicas como verdadeiras estratégias para a concretização e tutela de direitos. A ação coletiva voltada para a construção do projeto de Sociedade expresso no texto da Constituição assume, de forma clara, as políticas públicas na condição de instrumentos da atuação.

⁸ Importante aclarar que, segundo Maria Paula Dallari Bucci, o termo “políticas sociais” expresso no art. 193 da Constituição de 1988 é, também, sinônimo de “políticas públicas”, vez que estas consistem nas ações estatais para a concretização de objetivos sociais relevantes. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. Op. cit., p. 39.

⁹ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma constituição incomum. In: CARVALHO, Maria Alice; ARAÚJO, Cícero; SIMÕES, Júlio Assis (Orgs.). *Concurso ANPOCS Fundação FORD de melhores trabalhos sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Hucitec/ANPOCS, 2009. p. 27.

¹⁰ Rogério Bastos Arantes e Cláudio Gonçalves Couto fazem referência aos seguintes textos constitucionais: EUA, 1787; Argentina, 1860; México, 1917; Alemanha, 1949; Portugal, 1976; Espanha, 1978; Venezuela, 1999. Sobre o tema, ver: ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma constituição incomum. Op. cit., p. 27.

Em reforço a essa análise, cumpre recuperar as reflexões de Bruce Ackerman quando delinea um conceito de democracia dualista: o processo democrático envolve dois momentos distintos que, cada um a seu modo, revelam a soberania do povo. Sobre o povo, o autor entende que esse não se confunde com seus representantes, dessa forma, os representantes são escolhidos pelo povo para atuarem, mas, de fato, suas decisões em determinadas circunstâncias não podem ser concebidas como escolhas do povo.¹¹

Sequencialmente, Bruce Ackerman identifica dois momentos democráticos: (a) o momento constitucional, onde a soberania do povo se manifesta extraordinariamente, definindo as bases para fundação do Estado, por assim dizer; e, (b) o momento de política ordinária, no qual os representantes do povo, no cotidiano democrático, passam a decidir politicamente questões relevantes para a comunidade. No momento constitucional (primeiro momento) há grande e incontestável manifestação da vontade soberana do povo, fenômeno que se explica pelas dificuldades de consenso em relação a temas difíceis e, concomitantemente, pela complexidade de estruturação de decisões com ampla aquiescência social, que tornam o momento constitucional um período extraordinário. *A posteriori*, a política ordinária (segundo momento) deve respeitar as escolhas feitas pelo povo extraordinariamente, que funcionam como critérios de orientação para as decisões políticas presentes e futuras.¹²

Nesse contexto, parece imperativo reconhecer que a nossa ordem constitucional (momento extraordinário) estabeleceu um conjunto de normas (regras e princípios), que impõem ao Poder Público o planejamento de políticas públicas de forma estratégica para a consubstanciação de direitos fundamentais, sobretudo os do tipo social (direitos prestacionais), a patrocinar resultados que carrieem ao desenvolvimento e evitem, identicamente, contingências indesejadas.

Ora, se as políticas públicas apresentam resultados dissonantes do padrão a ser estabelecido com base na Constituição, por certo o problema não está na constitucionalização como compromisso com os direitos dos cidadãos, mas sim nos fatores reais de poder que convertem uma ação estatal e estratégica em permanente jogo de interesses, a prejudicar e frustrar cidadãos e cidadãos brasileiros e suas legítimas expectativas de avanço social/civilizatório – infelizmente a demonstrar a efetiva desnaturalização da política ordinária.

O que se quer ressaltar é que os governantes e legisladores não são eleitos para desnaturar ou negligenciar a ordem constitucional posta. O sufrágio democrático não lhes confere/outorga poderes ilimitados para a seu talante desempenhar suas funções, mas sim para buscar a concretização da ordem constitucional. Em um Estado republicano e democrático estável e saudável, não é Constituição que deve andar a reboque dos governos e parlamentos, mas sim estes é que são cativos da ordem constitucional e seus compromissos

¹¹ ACKERMAN, Bruce. *We the people – foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

¹² ACKERMAN, Bruce. *We the people – Op. cit.*

permanentes. É a política constitucional extraordinária que deve pautar o varejo da política ordinária e servir de limite aos arroubos de maiorias contingenciais.

Necessário destacar que, embora a teoria democrática de Bruce Ackerman não esteja infensa a críticas e não caiba aprofundar na sua análise, para os contornos das reflexões aqui propostas constitui sofisticada organização da percepção democrática, a desnudar nitidamente a distinção de dois momentos importantíssimos: a constitucionalização, extraordinariamente, de políticas públicas; e, ordinariamente, a constante erosão da estruturação de políticas sociais.

Nessa órbita, oportuno destacar que nos últimos anos o Brasil tem experienciado um nítido e acelerado processo de retração dos compromissos com o bem-estar e a justiça social, ainda que este programa de país não tenha sido suficientemente discutido no plano democrático,¹³ violando abertamente dispositivos da Constituição de 1988, a exemplo dos artigos 1º, 3º, 5º, 6º, 175 e 193. Ademais, a própria racionalidade de uma governança pública simbólica e esvaziada¹⁴ contribui para que as políticas públicas sejam desconsideradas como instrumentos estratégicos essenciais.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE: GENERATIVIDADE PARA A AMBIVALÊNCIA EM TEMPOS DE CRISE

É premente reconhecer que as políticas públicas exigem responsividade por parte dos agentes públicos, sejam eles do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário e demais atores institucionais. Mas é claro e inequívoco que há acentuada preponderância de comprometimento sobre o administrador público – responsável por encampar a gestão burocrática típica diretamente.

Afirmar que políticas públicas demandam responsividade implica dizer que está em evidência a imposição de comportamentos e atitudes que dão apoio e suporte ao favorecimento da realização dos direitos previstos no ordenamento jurídico, de forma que tais ações conduzam à afirmação da legislação e, outrossim, à autonomização do projeto constitucional. Ou seja, cabe aos poderes constituídos, de modo sinérgico, atuar responsivamente em matéria de políticas públicas, visando o fortalecimento instrumental dessas estratégias constitucionais, retirando-as de um espaço cinzento de possível sujeição às ambiguidades

¹³ Sobre o tema, ver: COHN, Amélia. As políticas de abate social no Brasil contemporâneo. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 109, p. 129-160, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/Y3jzjrjsLPLS9QfRhnC3kvG/?lang=pt>. Acesso em: 30 jun. 2021.

¹⁴ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CASIMIRO, Lúcia Maria Silva Melo de; SOUSA, Thanderson Pereira de. Política de governança pública federal: adequação, modelo de gestão e desafios. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUSA, Thanderson Pereira de (Orgs.). *Direito administrativo em transformação*. Florianópolis: Habitus, 2020.

decorrentes de interesses políticos ou econômicos de ocasião e em geral distintos daqueles consolidados no momento constitucional brasileiro.

Nesse contexto, responsividade envolve condutas fomentadoras em matéria de políticas públicas pelo menos a partir de três núcleos: (1) previsão normativa: constitucional, abarcando os direitos e garantias fundamentais, bem como políticas constitucionalizadas pela carta política de 1988, e infraconstitucional, relacionada aos preceitos legais de operacionalização; (2) planejamento: obrigação do Poder Público em articular as políticas sociais, conforme o art. 193 e demais disposições da Constituição; e (3) participação: inclusão de cidadãs e cidadãos no debate acerca da construção e execução de políticas públicas pertinentes à proteção da dignidade e do modelo de Estado instituído – também em conformidade com o art. 193 e, adicionalmente, o próprio princípio democrático.

Á vista disso, a dimensão da responsividade leva a um processo generativo oriundo da Constituição e de suas disposições. A constitucionalização de políticas públicas é sinalização clara de convenção e compromisso com princípios e direitos básicos e inquestionáveis. É um pacto manifesto para um caminho civilizatório de forma cíclica, a corrigir, sempre que necessário, os caminhos trilhados no âmbito da realização das opções estabelecidas. A Constituição de 1988 exterioriza a máxima preocupação com o desenvolvimento coletivo e o bem-estar presente e futuro – generativamente.

É certo que, no esteio dessas políticas, responsividade e generatividade são indispensáveis ao processo de construção e execução de programas eficientes. Exatamente por essas características, as políticas públicas são molas propulsoras de desenvolvimento, ainda que na realidade enfrentem desafios consideráveis, seja na fase de elaboração, corporificação, custeio, avaliação e aprimoramento.

Em que pese o avanço que a ordem constitucional vigente significa, ela “começa por dar sinais de fenecimento (ou, quem sabe, somente momentânea saturação), dada a (ainda) rarefeita concretização de algumas das suas promessas emancipatórias, libertárias e de igualdade social”,¹⁵ e é nessa lógica que as políticas de atuação previstas na própria Constituição servem de trava a esse cada vez mais visível processo de acinzentamento.

Avançando nesse tema, Benjamin Topper e Patrick Lagadec sustentam que a ideia de crise tem sido alterada ao longo do tempo. Ainda segundo os autores, no século XXI as crises passaram a ser “fora de escala”, incompreensíveis, interdependentes, instantâneas, amplas e acentuadas. Tais qualidades dificultam o aprestamento de combate, testando, pois, a aptidão que o Estado tem em dar respostas adequadas.¹⁶

¹⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, jan./abr. 2019. p. 108.

¹⁶ TOPPER, Benjamin; LAGADEC, Patrick. Fractal crises - a new path for crisis theory and management. *Journal Of Contingencies and Crisis Management*, [S.L.], v. 21, n. 1, p. 4-16, jan. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/1468-5973.12008>.

Por conseguinte, observa-se que as políticas públicas, com responsividade e generatividade, são uma resposta (antídoto) constitucional prévia a crises em potencial. Essas estratégias servem de sustentáculo para que, de maneira planejada, o Estado, sobremodo a Administração Pública, granjeie reações frente aos imperativos decorrentes de tempos de crise. Com efeito, no contexto brasileiro as políticas públicas devem ser consideradas e operadas na perspectiva de verdadeiros mecanismos institucionais de gerenciamento de recursos, consolidação de direitos, afirmação política, definição de metas e prospecção de resultados civilizatórios.

Refletir acerca de crises nas sociedades contemporâneas e, especialmente no Brasil, não dispensa a percepção sobre a inexorável ambivalência trazida pela modernidade. Portanto, deve-se considerar que haverá, de modo contínuo, condições que apresentarão variáveis em sentidos opostos em algum nível: por mais que o país avance em determinados períodos na promoção de direitos fundamentais, de modo igual esse progresso não será perfeito ou integral, e nem mesmo com segura dimensão de permanência – sim, poderá haver regressão significativa, mesmo que a despeito da Constituição.¹⁷ Nesse sentido, oportuno o alerta de Ingo Wolfgang Sarlet de que o Estado social convive com a crise e a perda de sua novidade, o que reforça a tese da ambivalência.¹⁸

Mas é justamente no hiato da ambivalência que políticas públicas constituem caminho para superação de átimos de crise: mecanismos constitucionais já estabelecidos e destinados exatamente para o progresso, mas também para a proibição do retrocesso social. Acertadamente, Adriana Schier e Paulo Schier sustentam que a legislação infraconstitucional não pode/poderá ser corrosiva a ponto de esvaziar o próprio texto constitucional, pelo que “da aplicação da cláusula de proibição de retrocesso entende-se que o conteúdo das leis que concretizam tais direitos não poderá ser validamente revogado sem substitutivos compensatórios”.¹⁹

Ainda, ao tratar de direitos fundamentais sociais e do retrocesso social, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que a preocupação com a proteção desses direitos é uma constante na perspectiva “de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado

¹⁷ Sobre o tema, ver: COHN, Amélia. As políticas de abate social no Brasil contemporâneo. Op. cit.; RAMACCIOTTI, Barbara Lucchesi; SOUZA, Camila Queiroz de; DANTAS, Luís Rodolfo Ararigboia de Souza. O princípio da proibição do retrocesso ambiental aplicado às políticas públicas ambientais. *REI – Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 685-706, set. 2020; PIRES, Fernando *et al.* (Org.). *Desmonte do Estado e das políticas públicas: retrocesso do desenvolvimento e aumento das desigualdades no Brasil*. Fortaleza: Praxis, 2020.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais a prestações em tempos de crise. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, Chapecó, v. 15, n. 2, p. 271-286, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espaco-juridico/article/view/6286>. Acesso em: 02 jul. 2021.

¹⁹ SCHIER, Adriana; SCHIER, Paulo. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, v. 10, p. 91-111, ago. 2015. p. 93.

de Direito”.²⁰ Para o autor, tal proteção converte-se na proibição do retrocesso social, que significa “proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador que tenham por escopo a supressão ou mesmo a restrição de direitos fundamentais”.²¹ **Ação ou omissão não podem atingir políticas públicas, vez que consequentemente atingem direitos básicos, não havendo espaço para retrocesso – pelo menos não deveria haver!**

Apesar de ser provavelmente inviável um consenso pleno em tempos de crise, mesmo assim importa reconhecer que a Constituição de 1988 fez opções às quais amarrou-se: as políticas públicas. Nossa Constituição desponta como contrato social promissório erigido em tempos de relativa calma para nos servir de arrimo e bússola justamente naqueles momentos das mais duras tempestades! Se, por um lado, não é possível evitar externalidades negativas por conta da ambivalência, de outro, políticas públicas construídas responsivamente e com generatividade são a aposta, do aspecto jurídico, para a superação de tempos delicados. E isso não significa que apenas o Estado deverá agir, implementando políticas públicas, adotando condutas fiscais inapropriadas e dispensando o debate acerca da sustentabilidade para o futuro – muito pelo contrário. Mas ao Estado incumbe o dever de articular os meios disponíveis, tanto para o setor público quanto para o privado, alavancando políticas sociais prementes e necessárias. Isto é um mandamento constitucional.

A análise do cenário catastrófico gerado pela pandemia da Covid-19 indica que a resposta ao caos, antes só imaginado em narrativas distópicas, está na adequada promoção e desenvolvimento de políticas públicas. Nesse sentido, a Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental (ANESP) averiguou que diversos países responderam à pandemia com mais políticas públicas. Itália, França, Portugal, EUA e Alemanha são exemplos, países que investiram na proteção de trabalhadores, famílias vulnerabilizadas, saúde, cultura e economia, a partir de um conjunto de medidas que vão no sentido da “manutenção dos empregos, da renda e de auxílio aos mais vulneráveis”.²²

Na mesma linha, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), em recomendações para a América Latina e o Caribe, alvitrou duas diretrizes de atuação na pandemia de Covid-19: resposta à crise sanitária e resposta à crise econômica, mas esses *feedbacks* perpassam, de forma inequívoca, pela construção e execução de políticas públicas robustas.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso social: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso social: Op. cit., p. 72.

²² ANESP. *Países reagem à crise da Covid-19 com mais políticas públicas*. 2020. Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/3/26/pases-reagem-crise-da-covid-19-com-mais-politicas-pblicas-veja-medidas>. Acesso em: 04 jun. 2021.

tas,²³ pois “não é possível separar a dinâmica de uma doença que se alastra, as medidas de controle e outras dimensões da vida social e política do país”.²⁴

A recomendação publicada pelo BID arrola os itens cruciais da gestão de crise: (i) atuação coordenada; (ii) transparência; (iii) comunicação contínua, coerente e completa aos cidadãos; (iv) planejamento para tutela de periferias e zonas rurais; e, (v) acesso/manutenção de serviços públicos essenciais.²⁵ Todos os elementos que podem ser localizados dentro de um modelo de política pública responsiva e generativa.

Aqui, a clareza desponta não no sentido de forçar as evidências, mas de demonstrar que as constatações e recomendações que têm sido adotadas no plano mundial, para o combate à crise causada pela Covid-19, estão amplamente viabilizadas/indicadas dentro do quadrante constitucional brasileiro.²⁶ Não se está a tratar de alinhamento econômico ou político, mas sim de uma escolha amplamente alinhada à Constituição de 1988 no sentido de salvaguardar suas cidadãs e cidadãos por intermédio de políticas públicas. Não fossem as políticas sociais existentes o Brasil, provavelmente, não conseguiria dar respostas concretas – apesar do “apagão” da gestão pública em momento tão turbulento.

4 CONCLUSÃO

Definir políticas públicas não é tarefa simples. Há uma imensidão de possibilidades e perspectivas. Mas parece inquestionável que o núcleo das políticas públicas está concen-

²³ BLACKMAN, Allen *et al.* *A política pública de combate à Covid-19: recomendações para a América Latina e o Caribe*. Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2020.

²⁴ HENRIQUES, Cláudio Maierovitch Pessanha; VASCONCELOS, Wagner. Crises dentro da crise: respostas, incertezas e desencontros no combate à pandemia da covid-19 no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 34, n. 99, p. 25-44, ago. 2020. p. 26.

²⁵ BLACKMAN, Allen *et al.* *A política pública de combate à Covid-19*: Op. cit., p. 30-31.

²⁶ Embora não seja objeto de análise do presente estudo e demande sim reflexões mais detidas, mas é muito interessante considerar que, inusitadamente, foi justo durante a pandemia da Covid-19 que o debate em torno do planejamento, monitoramento e avaliação de políticas públicas ganhou contornos de norma constitucional expressa, e por meio de propostas de emenda à Constituição que em nada indicavam relação com essa temática (verdadeiros jabutis legislativos!), tanto a partir da inserção do parágrafo único no art. 193 da Constituição de 1988, por meio da Emenda Constitucional n. 108, de 26 de agosto de 2020, como pela inclusão do §16 no art. 37 e do §16 no art. 165 da Constituição de 1988, por meio da Emenda Constitucional n. 109, de 15 de março de 2021. Referidos textos normativos têm a seguinte redação: EC 108/2020: “Art. 193 [...] Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas”. EC 109/2021: “Art. 37... § 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.” [...] Art. 165 [...] § 16. As leis de que trata este artigo devem observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas previstos no § 16 do art. 37 desta Constituição”. 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-compilado.htm. Acesso em: 7 jul. 2021.

trado na ação estatal, no agir coletivizado que modifica espaços públicos e privados a partir de um marco normativo próprio.

A Constituição de 1988 aponta para políticas públicas na condição de feitos essencialmente estatais/institucionais, com a função de avançar significativamente em termos civilizatórios. Tais políticas não estão (ou não deveriam estar!) à mercê de interesses econômicos ou políticos impróprios. E, portanto, podem ser, igualmente, consideradas como estratégias constitucionais para a garantia e proteção de direitos fundamentais de cidadãs e cidadãos brasileiros – com efeitos de estabilização desenvolvimentista para o presente e para o futuro (dimensão ético-intergeracional).

Ainda que no Brasil, assim como em boa parte do mundo, se perceba uma tendência de modificação do papel do Estado, que passa para uma matriz mais reguladora, persistem as políticas públicas como ação do Poder Público e estratégia constitucional. Ainda que a política ordinária se comporte esquizofrenicamente quanto ao momento constitucional, o fato é que persistem as políticas públicas.

Políticas públicas criadas e executadas responsivamente, respeitando os estatutos normativos (constitucional e infraconstitucional), o planejamento e a participação favorecem a realização de direitos e a emancipação do projeto constitucional. A responsividade conduz à generatividade, que pode ser traduzida como a capacidade de criação de respostas eficientes às demandas criadas pela ambivalência moderna – crises permanentes ou pontuais.

O Poder Público tem o dever de construir e executar responsivamente políticas públicas. Em condições de “normalidade” o agir estatal poderá ser de alinhamento, ao passo que em átomos extraordinários, a exemplo da pandemia de Covid-19, sua atuação deverá ser mais enérgica e direta. Decerto, o Estado não pode eximir-se do dever de intervir e, em última análise, cumprir seu papel e sua razão de ser (prover a coletividade, sobretudo em duros tempos de crise).

Por derradeiro, importa ressaltar que permanece vivo o caráter social do Estado brasileiro, em consonância com a Constituição de 1988. E, por certo, é o projeto constitucional vigente que prevê e aponta o caminho para a superação de crises, objetivamente, garantindo direitos fundamentais básicos e inafastáveis da tutela da dignidade do povo brasileiro. Em síntese, as políticas públicas são um compromisso constitucional com o progresso civilizatório antes, entre e pós-crisis.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people* – foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

ANESP. *Países reagem à crise da Covid-19 com mais políticas públicas*. 2020. Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/3/26/pases-reagem-crise-da-covid-19-com-mais-politicas-pblicas-veja-medidas>. Acesso em: 04 jun. 2021.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma constituição incomum. In: CARVALHO, Maria Alice; ARAÚJO, Cícero; SIMÕES, Júlio Assis (Orgs.). *Concurso ANPOCS Fundação FORD de melhores trabalhos sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Hucitec/ANPOCS, 2009.

BLACKMAN, Allen *et al.* *A política pública de combate à Covid-19: recomendações para a América Latina e o Caribe*. Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2020.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

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: 26 ago. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COHN, Amélia. As políticas de abate social no Brasil contemporâneo. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 109, p. 129-160, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/Y3jzjrjsLPLS9QfRhnC3kvG/?lang=pt>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, jan./abr. 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliâne Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 351-370, ago. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; SOUSA, Thanderson Pereira de. Política de governança pública federal: adequação, modelo de gestão e desafios. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUSA, Thanderson Pereira de (Org.). *Direito administrativo em transformação*. Florianópolis: Habitus, 2020.

DYE, Thomas. *Understanding public policy*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1984.

EASTON, David. *A framework for political analysis*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1965.

HENRIQUES, Cláudio Maierovitch Pessanha; VASCONCELOS, Wagner. Crises dentro da crise: respostas, incertezas e desencontros no combate à pandemia da covid-19 no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 34, n. 99, p. 25-44, ago. 2020.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PIRES, Fernando *et al.* (Org.). *Desmonte do Estado e das políticas públicas: retrocesso do desenvolvimento e aumento das desigualdades no Brasil*. Fortaleza: Praxis, 2020.

RAMACCIOTTI, Barbara Lucchesi; SOUZA, Camila Queiroz de; DANTAS, Luís Rodolfo Ararigboia de Souza. O princípio da proibição do retrocesso ambiental aplicado às políticas públicas ambientais. *REI* – Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 685-706, set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais a prestações em tempos de crise. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, Chapecó, v. 15, n. 2, p. 271-286, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/6286>. Acesso em: 02 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso social: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHIER, Adriana; SCHIER, Paulo. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, v. 10, p. 91-111, ago. 2015.

TOPPER, Benjamin; LAGADEC, Patrick. Fractal crises - a new path for crisis theory and management. *Journal Of Contingencies and Crisis Management*, [S.L.], v. 21, n. 1, p. 4-16. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/1468-5973.12008>.

MUTABILIDADE E REEQUILIBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM RAZÃO DA PANDEMIA¹

KARINA HOUAT HARB

Doutora em Direito Administrativo pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Professora de Direito Administrativo da Universidade
Municipal de São Caetano do Sul (USCS)
Professora da Pós-Graduação *lato sensu* da PUC-SP, da
Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de
São Paulo (ESPGE) e da Escola Brasileira de Direito (EBRADI)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Reequilíbrio dos contratos administrativos no direito administrativo pré-crise. 3 Reequilíbrio dos contratos administrativos no direito administrativo da crise. 4 Reequilíbrio dos contratos administrativos no direito administrativo pós-crise. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da pandemia da Covid-19, passou a humanidade a viver um momento absolutamente atípico, com gravíssimas consequências para a saúde, exigindo do Poder Público medidas de urgência como restrição à circulação de pessoas e exercício de atividades, a fim de tentar evitar a disseminação da doença e preservar o direito fundamental à vida.

Tais medidas embora vitais, acabaram por gerar impactos de diferentes ordens, especialmente na seara econômica, dentre os quais, alguns afetaram gravemente os contratos administrativos que tem por objeto *infraestrutura e concessão de serviços públicos* por implicarem, em determinados setores, queda abissal da demanda e aumento do custo, em razão das medidas categorizadas como *fato do príncipe* e *fato da Administração*, respectivamente, decorrentes da *força maior ou caso fortuito* que se vive, o que levou no âmbito do Direito Administrativo aos debates sobre o tema das contratações públicas na busca de solução para sua preservação e reequilíbrio.

¹ Reflexões ponderadas no PAINEL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS do XXXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo em 04 de novembro de 2020, do qual participaram a convite do presidente Maurício Zockun, a professora Joana Paula Batista e o ministro Benjamin Zymler, sob a moderação da Dr^a. Maira Calegari, aos quais agradeço a oportunidade de aprendizado.

Sensível e atento a esse cenário, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) trouxe como tema de seu tradicional Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, na edição de 2020, “O Direito Administrativo do Pós-Crise”, tendo como um de seus painéis – que serviu de inspiração para o presente artigo – o debate acerca da *mutabilidade e reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos em razão da pandemia*, contribuindo, com suas reflexões sobre o tema, na busca de soluções para questões acerca dessa temática que se faz necessária sobretudo por ainda vivermos a pandemia e seus impactos cujos reflexos serão sentidos no pós- crise.

Diante deste cenário e considerando que a *mutabilidade* é característica que *singulariza o regime jurídico dos contratos administrativos* em razão de sua *finalidade* de consecução do *interesse público*, gerando, em contrapartida a garantia do *equilíbrio econômico-financeiro* ao contratado, indaga-se: os *impactos* advindos da pandemia do Sars-Cov-2 causador da Covid-19, ensejam o reequilíbrio econômico-financeiro destes contratos?

Como se enquadram nas *categorias jurídicas* legalmente previstas e quais medidas podem ser adotadas com fundamento no ordenamento jurídico pátrio para solução dos impactos nos *contratos administrativos*?

As respostas a estas indagações serão buscadas nas ponderações a seguir.

2 REEQUILÍBRIO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO PRÉ-CRISE

No Direito Administrativo anterior à pandemia, os contratos administrativos em geral, asseguram com base na “teoria das áleas”, a *garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro* como direito fundamental do contratado que assume os chamados *riscos ordinários* do contrato (inerentes à atividade empresarial do contratado ou concessionário), enquanto os *extraordinários* (álea econômica, fato do príncipe, caso fortuito ou força maior) são alocados ao Estado, o qual, dessa forma, responde em eventual ocorrência destes eventos.

Esse Direito, na medida em que as demandas e relações jurídicas da Administração Pública foram se tornando mais complexas – notadamente nos *contratos de longo prazo*, chamados de *incompletos* pela complexidade que se revestem, como os de *concessão de serviço público* – passou a adotar a *matriz de risco* para alocar como responsável pelas áleas, a parte que tem mais condições de gerenciá-los, levando ao compartilhamento entre particular e Estado das ditas áleas extraordinárias, repartição esta que também se previu em contratos de PPP, em atendimento aos princípios constitucionais de *eficiência* e *economicidade* e ao dever estatal de *prestação de serviço público adequado*, nos termos da lei.

Desse modo, a resposta do Direito Administrativo prévio à crise que atualmente ainda se vivencia, ante os impactos advindos da pandemia da Covid-19, que afetam o *equilíbrio*

econômico-financeiro dos contratos administrativos, sejam aqueles cujo regime jurídico é *integral Lei 8.666/93*, sejam os *contratos de PPP ou de concessão de serviço público*, seria a seguinte: uma vez comprovados, estes impactos ensejam reequilíbrio econômico-financeiro por revisão dos contratos – desde que não haja *matriz de risco* dispendo o contrário em contratos de concessão ou PPP – em razão dos desequilíbrios advirem de uma *pandemia* passível de ser categorizada como um evento de *caso fortuito* ou *força maior*, da qual decorreram inúmeros atos/medidas da Administração Pública em todas as esferas da federação, visando controlar a expansão da doença, categorizáveis juridicamente como *fatos do princípio*, indo desde a *restrição à circulação de pessoas* e à *atividade empresarial*, até o *lockdown*, ou como *fatos da Administração* (exigência de álcool em gel, periodicidade mais frequente de limpeza em próprios públicos, como estações de metrô, ônibus, dentre tantas outras medidas de limpeza e higienização impostas para prevenção da Covid-19).

Oportuno lembrar que o *fato do princípio* consiste em medida geral expedida pelo Poder Público para a coletividade, que incide na equação econômico-financeira de um contrato administrativo, desequilibrando-a, enquanto o *fato da Administração* é uma medida praticada diretamente pela própria Administração Pública contratante, que incide no contrato administrativo gerando ônus ao cumprimento da sua execução e, conseqüentemente, desequilibrando também a sua equação. Ambos são áleas contempladas pela tradicional teoria consagrada pelo ordenamento jurídico pátrio, no artigo 65, II, “d” da Lei 8666/93, aplicável às *concessões comuns de serviços públicos*, por força do artigo 124² do mesmo diploma, aptas a ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, se ocorrerem, assegurando a garantia constitucional prevista no artigo 37, XXI da Constituição da República.

Esse regime jurídico de per si, já mitigava o equivocado entendimento repetido por décadas segundo o qual, nas contratações que tem por objeto a concessão de serviço público, a expressão “*por sua conta e risco*” implicava a atribuição de todos os riscos ao concessionário, por decorrer de interpretação incompatível com a Constituição da República e com a Lei Geral de Concessões, que já albergava a divisão de riscos entre concessionário e concedente, seja por atribuir a este último aqueles que expressamente prevê, como a ocorrência do *fato do princípio*, seja pela aplicação subsidiária da Lei Geral de Licitações, na hipóteses de “*fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do princípio, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*”³ (posteriormente, com a edição da Lei das PPPs, houve a previsão expressa da possibilidade de repartição objetiva de riscos entre as partes, como uma de suas diretrizes⁴).

² Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

³ Artigo 65, II, d

⁴ Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
[...]

A despeito da previsão das áleas extraordinárias e extracontratuais, nenhum dos diplomas legais especificou quais *riscos* elas contemplariam, gerando impasses acerca do seu enquadramento e, conseqüentemente, a quem atribui-los nos *contratos de concessão de serviço público* nos quais, em razão do longo prazo de duração, a probabilidade de ocorrência é muito maior, o que – aliado aos vultosos investimentos e à complexa equação econômico-financeira – acabou por demonstrar a insuficiência desse tratamento genérico e simplista da divisão de riscos e levou à necessária adoção da *matriz de riscos* nestes contratos e, posteriormente – com a importação deste modelo – nos *contratos de PPP*, conferindo maior segurança jurídica a estas espécies de contratação pública ao permitir uma divisão mais precisa, minimizando problemas futuros por definir, de antemão, quais dos *riscos* inerentes passíveis de previsão, devem ser considerados como de responsabilidade do concessionário, quais competem ao poder concedente e quais são compartilhados.

Assim, nos contratos administrativos que não contenham *matriz de risco*, quais sejam, aqueles celebrados sob o regime jurídico da Lei 8666/93 e as *concessões de serviço público* mais antigas que apenas reproduzem genericamente a regra de que a parte privada executa a concessão “por sua conta e risco” (art. 2º, II, da Lei 8.987/1995), prevalece o entendimento de que a contratada ou a concessionária responderá pelos riscos enquadráveis na álea ordinária enquanto o ente contratante ou o Concedente, pelos eventos enquadráveis na álea extraordinária, sem que haja preocupação com maior rigor para enquadramento em uma ou outra categoria destas áleas, em razão de que a resposta legal para a ocorrência de qualquer uma delas (*fato do príncipe, teoria da imprevisão, fato da administração, caso fortuito ou força maior*) será a mesma, qual seja, a assunção do risco pelo Estado. Já naqueles em que há *matriz de risco*, há que se verificar o que ela dispõe, pois muitas vezes reduzem a chamada álea extraordinária ao compartilhar ou alocar riscos dela ao concessionário, trazendo-as para dentro do contrato.

Considerando assim o tratamento anterior, parece que nosso regime jurídico administrativo contratual já possuía as respostas que indicariam as soluções no caso concreto, a depender do objeto e de como o instrumento contratual estivesse avançado, contudo, a questão não é simples em razão do fato gerador se tratar de uma *pandemia*, evento nunca antes imaginado no século em que vivemos, nem a causa, nem os seus efeitos, tampouco os impactos causados, cujas soluções ainda se buscam!

Nesse diapasão, vale lembrar que o *caso fortuito* e a *força maior* consistem em *eventos da natureza ou humanos imprevisíveis, inevitáveis e alheios à vontade e ao comporta-*

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

II – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

mento do contratado e do contratante, capazes de impedir, definitiva ou temporariamente, a execução contratual. Dentre tais eventos, se insere a pandemia decorrente da Covid-19, que se classifica portanto na categoria das áleas de *caso fortuito* ou *força maior*, cujo enfrentamento ante a mundialmente inédita gravidade, exigiu, como já dito, da nossa Administração Pública em maior ou menor intensidade a depender do lugar, vale repetir, a *adoção de medidas restritivas à circulação de pessoas e às atividades econômicas, inclusive com lockdown e suspensão absoluta de muitas destas*, como meio de enfrentamento da disseminação do novo coronavírus, que podem ser classificadas – no que tange aos contratos administrativos – como *fato do príncipe* ou *fato da Administração*.

Ocorre que, em que pese o evento pandêmico restar perfeitamente enquadrado nas categorias de *caso fortuito* ou *força maior* como acima demonstrado⁵, agora é muito diferente da realidade que vivíamos, pois no Brasil – quiçá no mundo – tínhamos nos deparado com evento de *caso fortuito* ou *força maior* desta magnitude, tampouco, conseqüentemente, com os eventos dele decorrentes. Historicamente o que estávamos acostumados a pensar eram riscos de períodos de fortes chuvas, de eventuais inundações ou de longas secas, de greve, geológicos, dentre outros eventos que ocorriam e eram considerados no planejamento das contratações públicas, em especial as concessões de serviços públicos e obras públicas. Portanto, quando se falava de *força maior* não se tinha ideia de impactos como esses advindos da pandemia.

Por estes motivos, dentre outros tantos, surgiu no ano de 2020, o chamado “*Direito Administrativo da Crise*”, composto por *legislação e diversos normativos de emergência* elaborados para dar as respostas jurídicas necessárias à esta situação. Entretanto, nenhum diploma legal tratou dos reequilíbrios contratuais motivados pelos impactos advindos da pandemia. Para tratar especialmente desta questão, foi apresentado o Projeto de Lei n. 2139/2020, de autoria do Senador Antonio Anastasia, dispondo sobre o “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas contratuais da Administração Pública, no período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de coronavírus (covid-19)” que segue tramitando no Congresso Nacional.

3 REEQUILÍBRIO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO DA CRISE

O maior desafio atinente às contratações públicas que surgiu com a pandemia e persiste até hoje – haja vista que, lamentavelmente, ainda sequer saímos dela – é saber quais contratos foram impactados, o que reequilibrar em cada um deles e como fazê-lo, ou seja, quais mecanismos jurídicos adotar. Indubitavelmente são indagações difíceis, pois não há e nem haverá uma solução genérica. Por ainda vivermos a pandemia, não temos como,

⁵ Como inclusive reconheceu a Advocacia Geral da União no Parecer n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU.

nem somos ainda capazes de mensurar a dimensão dos impactos causados pelas medidas adotadas para enfrentamento da Covid-19 em cada contrato administrativo afetado, por isso reequilíbrio econômico-financeiro só será possível no futuro. Daí a necessidade e a importância do particular contratado e do Poder Público documentarem tudo que puderem para viabilizar pleitos futuros de revisão contratual.

Entretanto, embora somente no futuro é que será possível a realização do reequilíbrio econômico-financeiro das contratações públicas, até lá, impõe-se a adoção imediata de medidas mitigadoras para a preservação dos contratos administrativos, em razão do interesse público ser a finalidade destes, em especial daqueles que têm por objeto a concessão de serviços públicos, a fim de buscar assegurar aos usuários sua continuidade, dever legal advindo da Constituição da República quando assegurou e incumbiu ao Estado o dever de prestá-los de forma adequada, direta ou indiretamente.

Assim, há duas categorias de contratos administrativos a analisar: os *celebrados pelo regime da Lei 8.666/93*, dentre os quais destacam-se os de *terceirização* severamente impactados pela pandemia em virtude da suspensão de atividades presenciais nos órgãos e escolas públicas, por exemplo, e os *contratos de concessão de serviços públicos e PPP*, dentre os quais aqueles que tem por objeto as concessões de aeroportos, rodovias e transporte coletivo, com quedas profundas de demanda e receita, em razão da restrição à circulação de pessoas decorrente da pandemia da Covid-19.

E quais medidas contempladas no regime jurídico dos contratos administrativos são hábeis a viabilizar a preservação dos instrumentos cujo equilíbrio econômico vem sendo brutalmente afetado em decorrência das medidas sanitárias, restritivas econômicas e de circulação adotadas para combater a pandemia e salvar vidas? Esse o grande desafio da questão!

A solução terá que ser caso a caso, vez que o evento causador é o mesmo, mas os impactos são muito diferentes a depender do objeto contratual e das medidas adotadas pelo Poder Público em cada lugar.

Primeiramente, vale reiterar que, quando se verificar juridicamente possível diante das circunstâncias do caso concreto, aplica-se a regra geral do art. 65, II, “d” da Lei 8666/93 aos contratos por ela regidos e subsidiariamente aos de *concessão comum de serviço público*, por força art. 124 da Lei 8666/93, se não houver *matriz de risco*, ou seja, demonstrado o prejuízo categorizado em *álea extraordinária*, em princípio, o Estado deve reequilibrar sim, uma vez comprovados os impactos, conforme garante a Constituição da República.

Entretanto, como nem a *lei*, nem a *matriz de risco* quando previram *caso fortuito ou força maior, fato do príncipe e fato da administração*, consideraram dentre tais categorias o risco de uma *pandemia*, certamente em muitos dos contratos ligados a alguns setores de serviços públicos e de infraestrutura, os impactos sejam tão graves a ponto de se constatar no futuro que não é possível reequilibrá-los nem com a regra geral, nem pela matriz de risco se houver.

Em tais situações, a solução será a **renegociação** destes contratos para salvá-los no futuro, evitando sua *extinção* quer pela *essencialidade dos serviços públicos para os usuários*, quer pelo dever de *prestação do serviço adequado* que abarca a *continuidade do serviço público* ou por qualquer outra finalidade de *interesse público*, seja pela *função social da contrato*, pela *função social da empresa*, ou para “garantir o desenvolvimento nacional” – um dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme artigo 3º da Constituição – que depende fundamentalmente de *infraestrutura e serviços públicos* como portos, rodovias, energia, cujos investimentos e execução/prestação encontram-se em grande parte com as empresas contratadas e concessionárias, contribuindo para a “erradicar a pobreza”, outro objetivo republicano, a “*busca do pleno emprego*” ou ainda, outro(s) ditame(s) constitucional(is).

Estas hipóteses já impulsionaram a se pensar no “*Direito Administrativo Pós-Crise*”, oportuna temática deste *XXXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo* no qual foram antecipados profícuos debates a respeito, de curial importância pela contribuição de ideias e propostas das necessárias soluções futuras que já se faz mister pensar!

Assim, não há solução unívoca, genérica ou simples, razão pela qual se impuseram desde o início da pandemia e ainda no presente, a adoção de medidas mitigadoras para preservar os contratos administrativos afetados pela pandemia até o futuro próximo, no qual, avaliado o grau de impacto contrato a contrato, as possibilidades serão: o reequilíbrio-econômico-financeiro conforme a regra geral, as leis setoriais ou a matriz de risco contratual se houver e, quando não for possível reequilibrar, a sua *renegociação consensual* para que se evite a opção mais gravosa, qual seja, a *extinção do contrato*.

Como exemplo de medidas mitigadoras necessárias houve o sobrestamento de obrigações e encargos, como nas concessões aeroportuárias, um dos setores mais afetados chegando a quedas de demanda de mais de 90% no início da pandemia⁶, a suspensão e o diferimento do pagamento de outorga, além de desconto em valores de arrendamento a serem pagos pelas concessionárias. Pode-se citar, ainda como exemplo, nas contratações do setor de transporte coletivo urbano, a redução da frota circulante e nas concessões de rodovias, a suspensão da aplicação de sanções pelo não cumprimento de obrigações no prazo avençado contratualmente.

Já nos *contratos de terceirização*, regidos pela Lei 8.666/93, drasticamente afetados pela suspensão temporária de aulas e de trabalho presencial em diversos órgãos e entes públicos de todas as esferas, houve a edição de diversas providências gerais por

⁶ “Abril de 2020 registrou o pior movimento em 25 anos no Aeroporto de Brasília. Naquele mês, foram contabilizados apenas 45.577 usuários. O número representa queda de 96,5% na movimentação de pessoas quando comparado ao mesmo período de 2019.”. PASSOS, Larissa. Aeroporto de Brasília registra ‘pior movimento em 25 anos’, diz Inframerica. *G1*, Distrito Federal, 31 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/01/24/aeroporto-de-brasilia-registra-em-2020-pior-movimento-em-15-nos.ghtml>. Acesso em: 26 ago. 2021.

meio de lei e de medidas provisórias emergenciais – notadamente as Medidas Provisórias 927/2020⁷ e 936/2020⁸ – as quais, ao permitirem a “redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho”, com o Governo Federal assumindo o pagamento até determinado valor e período, configuram também *atos do príncipe* que impactaram positivamente na equação econômico-financeira dos contratos de prestação de serviço para o Poder Público, na medida em que diminuem ou amenizam os desequilíbrios causados por estes fatos, devendo, portanto, serem consideradas por ocasião da sua recomposição na revisão contratual.

Acabaram, portanto, de alguma forma mitigando os impactos da pandemia no setor de prestação de serviços, de um modo geral, e nas contratações públicas que o tem por objeto, sem, contudo, resolver ou dar conta do desequilíbrio da equação econômico-financeira que, certamente, exigirá a revisão na forma da lei, posto que os impactos sofridos nestas contratações foram para salvar vidas, não se caracterizando, portanto, como álea ordinária atribuível ao contratado.

A *revisão* dos contratos administrativos é, como sabido, o mecanismo jurídico para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante a execução tal como avençado inicialmente e, pode ser realizada pelas diversas formas tradicionais previstas no regime jurídico-administrativo, já utilizadas e interpretadas, inclusive, pela jurisprudência, como a *revisão tarifária*, *aumento da contraprestação pecuniária paga ao contratado nos contratos sob a égide da Lei 8666/93 ou nos de PPP*, *o pagamento de indenização pelo Estado*, *prorrogação do prazo contratual*, *extensão do prazo*, *aumento de subsídio nas concessões de serviço público ou de aporte público nas PPPs*.

Alguns desses mecanismos serão de difícil aplicação como a *revisão* que implique o *aumento de tarifa de serviços públicos*, face a devastadora crise econômica que o país enfrenta em decorrência da restrições de atividades econômicas e circulação impostas pela pandemia, geradoras de desemprego que culminou no aumento da situação de miséria de milhões de brasileiros que hoje passam fome e moram nas ruas, bem como na redução de arrecadação de tributos, razão esta que, por sua vez, acaba também por restringir a aplicação de medidas como *pagamento de indenizações* de grande vulto em concessões e PPPs, evidenciando que – para além das situações em que o reequilíbrio econômico-financeiro da contratação se mostre inviável – mesmo nos contratos em que há solução jurídica prevista,

⁷ “Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências.”

⁸ “Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.”

sua aplicação será por vezes difícilima ante a realidade devastada que se vive, o que reforça o imperativo das medidas mitigadoras já referidas, a fim de que se minimizem os impactos até o futuro quando será possível mensurar efetivamente os seus efeitos.

Nesse cenário atual, a *extensão do prazo contratual* de contratos de concessão de serviço público e PPP, enquanto mecanismos de dilação do prazo para reequilíbrio econômico-financeiro por meio da prolongação da prestação de serviços ao usuário, sem onerá-lo com aumento da tarifa, é medida que pode ser bem utilizada, contudo, enfrenta resistência pelos órgãos da Administração Pública e pelos órgãos de controle que acabam por confundir-na com a *prorrogação contratual*, medida excepcional e restritamente admitida.

Para as hipóteses futuras, nas quais restar demonstrado que nem as medidas de compensação adotadas no presente, nem as medidas previstas nas regras do regime jurídico geral e setorial pertinente acima demonstradas, são suficientes para realizar o reequilíbrio econômico-financeiro, ou seja, quando se evidenciar que não há como manter o contrato tal qual avençado, ou se extingue ou, se repactua o contrato, reconstruindo por vezes integralmente a sua equação econômica, por meio da renegociação.

A opção pela *extinção* – além de motivada por princípio, como qualquer outro ato administrativo – deve, ainda, ter suas consequências bem avaliadas por força do artigo 20 da LINDB, o qual 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” devendo ser demonstrada “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

A busca por soluções se deve ao fato de ser vital a preservação dos contratos para a *continuidade dos serviços públicos*, como também das obras públicas de infraestrutura e demais atividades administrativas essenciais ao atendimento de demandas básicas de toda a coletividade, sem, contudo, descuidar de se exigir prévia e simultaneamente as comprovações e documentação que demonstrem os efetivos impactos causados, hábeis a configurar o atendimento do *princípio da motivação*.

Além disso, a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro é também vetor constitucional que direciona para a busca de preservação dos contratos administrativos, o que implicitamente reconhece a *mutabilidade* como característica destas avenças. Basta interpretar a Constituição da República para facilmente se chegar a essa conclusão, o que leva, nas hipóteses em comento, à necessidade de renegociação do contrato. Esta solução, contudo, por remeter à *consensualidade no Direito Administrativo*, sempre enfrentou resistência dos órgãos de controle (mesmo após a edição da Lei 9.307/06 e da Lei 8987/95) e gerou temor nos gestores em razão do *princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública* ser um dos pilares de seu regime jurídico.

A possibilidade de renegociação dos contratos administrativos no ordenamento jurídico pátrio advém da própria *Constituição da República* e há tempos é contemplada por diplomas legais, inclusive do *regime jurídico administrativo* de forma compatível com os seus tradicionais pilares como o sobre princípio da *indisponibilidade do interesse público*.

O raciocínio que se faz para chegar a essa conclusão parte da compreensão de *função administrativa*, enquanto dever de realizar o interesse público na forma da lei, o que leva de fato à *indisponibilidade do interesse público* pelos órgãos e administradores públicos, na medida em que não lhes cabe dispor livremente sobre os interesses da coletividade, mas tão *somente atuarem* para o cumprimento de tal dever - por meio de poderes conferidos por lei para tanto - *debaixo de determinações advindas do ordenamento jurídico*.

E dentre os comandos do nosso ordenamento jurídico, há na Lei Maior a garantia do equilíbrio econômico-financeiro assegurada em contrapartida exatamente à *mutabilidade* como característica mais marcante a peculiarizar o regime jurídico dos contratos administrativo, em razão de ser o *interesse público* - sua finalidade - dinâmico e cambiante, o que consagra, portanto a mutabilidade como sua principal característica e traz a referida garantia do artigo 37, XXI como forma de preservação destes contratos, além do artigo 175 também incumbir ao Estado, o dever de prestação de serviço público adequado o qual, contempla, na forma da lei, a sua continuidade.

São comandos trazidos pela Constituição da República que visam preservar os contratos administrativos por reconhecerem a sua mutabilidade e permitirem a adequação em relação aos eventos futuros e incertos, passíveis de ocorrer no prazo de duração avençado, ou seja, os riscos, o que demonstra que a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro não se restringe à um direito fundamental do contratado., indo além.

Além destes, os comandos consagrados nos deveres constitucionais de *eficiência e economicidade* impostos à Administração Pública, também servem de fundamento jurídico à finalidade de preservação dos contratos administrativos, o que contempla a possibilidade de sua *renegociação*.

Para tanto, a legislação infraconstitucional trouxe diversos mecanismos como as *revisões* fundamentadas nas já mencionadas leis gerais como a 8.666/93, 8.987/95, 11.079/2004 e leis setoriais, as quais não darão conta de solucionar todas as situações de desequilíbrio contratual causadas pela pandemia posto que nem as leis, nem os contratos e nem mesmo as matrizes de risco quando existentes, consideraram esse evento *pandemia* nas categorias de *caso fortuito, força maior, fato do príncipe e fato da administração*.

Tampouco a legislação de crise emergencial trouxe solução, vez que ainda tramita o PL 2139 que buscou tratar das relações contratuais da Administração Pública, o que leva à consensualidade aplicável às hipóteses, ainda que não aprovado o referido projeto de lei,

pois além de possuir suporte constitucional, encontra-se também prevista na legislação infraconstitucional administrativa, especialmente na Lei de Concessões de Serviços Públicos, na Lei das PPPs e em diversas leis setoriais, em razão do longo prazo, dos vultosos investimentos, da maior complexidade e da continuidade dos serviços públicos, evidenciando mais uma vez a divisão dos contratos administrativos em duas categorias: a destes últimos e outra daqueles integralmente regulados pela Lei 8.666/93.

Mesmo na Lei 8.666/93, a possibilidade de alteração unilateral do contrato para “melhor adequação às finalidades de interesse público” (artigo 58, I), impõe em tal hipótese que “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual” (artigo 58, §2º), bem como que referidas cláusulas “não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado” (artigo 58, § 1º).

Vale destacar também a Lei 13.448/2017 ao tratar das chamadas *relicitações*, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, consigna expressamente em seu artigo 31 que as controvérsias sobre *direitos patrimoniais disponíveis* decorrentes dos contratos nos setores que trata, “podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias”, assim definindo-as:

§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Além de fundamento jurídico para soluções consensuais nas legislações integrantes do regime jurídico administrativo, vale a lembrança que o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.095/15) tem como uma de suas principais inovações o incentivo a autocomposição, já observada de início no seu artigo 3º, § 2º que de forma enfática determina que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Nesse sentido há a Lei 13.140/2015 que “dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” e a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) que em seu artigo 1º, § 1º prevê que a “administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”.

4 REEQUILÍBRIO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO PÓS-CRISE

Demonstrado todo o arcabouço jurídico que fundamenta a possibilidade de renegociação para preservação dos contratos severamente afetados pelas providências adotadas em razão da pandemia e já aplicadas medidas mitigadoras dos impactos para preservar sua existência até que seja possível reequilibrar ou renegociar a sua equação econômico-financeira, o grande desafio será estabelecer quais os limites de alterações em sede de renegociação, pois esta jamais será um cheque em branco para o gestor e o contratado.

Sem a pretensão de exaurir a resposta, até porque isso não se faz possível no presente, sendo este o debate que se levará para o Direito Administrativo Pós-Crise, pode-se afirmar de antemão que o *interesse público* que tem por finalidade cada contrato, funcionará como a grande moldura para a reestruturação de suas bases.

Mas há que se definir casa a caso as bases para que não ocorram oportunismos e outras irregularidades. Aliás desnecessário encarecer a essencialidade da *lealdade, moralidade e boa-fé* que deve permear as partes não somente nas *contratações* e suas *revisões*, como também nas *renegociações* determinadas por um evento de *força maior*, como a inédita e trágica pandemia que se vive, para que não se aproveitem da situação, tampouco busquem vantagens ilícitas.

Nesse sentido, todos esses impactos decorrentes da pandemia devem ser encarados como uma janela de oportunidades pela qual tanto os agentes públicos, quanto os particulares contratados ajam efetivamente com *boa-fé*, especialmente quanto aos longuíssimos processos de revisão periódica ou extraordinária das concessões de serviços públicos que devem se tornar mais céleres e eficientes. Ademais, devem a *motivação* e a *transparência* serem efetivamente praticadas pelos agentes públicos em atendimento aos constantes reclamos dos órgãos de controle, os quais, por sua vez, devem ser menos refratários à *consensualidade na Administração Pública*, evitando assim o nocivo “*apagação das canetas*” decorrente do “*Direito Administrativo do Medo*”.

Por fim, a pandemia acabou por propiciar a promulgação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos a qual, no afã de conferir maior *segurança jurídica* às contratações públicas no *Direito Administrativo Pós-Crise*, trouxe a possibilidade de adoção de *matriz de riscos* no geral e a sua obrigatoriedade em contratações de grande vulto ou determinados regimes de execução e diretrizes para alocação dos riscos (artigo 103).

Ainda como novidade estabeleceu a Lei 14.133/21 um capítulo⁹, no qual expressamente permite que “nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação,

⁹ CAPÍTULO XII - DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

o comitê de resolução de disputas e a arbitragem” (artigo 151) aplicáveis “às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações” (artigo 151, parágrafo único), sendo certo que, os “contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias” (artigo 153).

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, é inegável que a pandemia advinda da Covid-19, sem precedentes na história mundial recente, para além da triste constatação dos milhões de óbitos ocorridos e das gravosas consequências à saúde da população, acabou também por ocasionar prejuízos sociais e econômicos com implicações no Direito Administrativo, especialmente no campo das contratações públicas, que reage na busca de soluções para preservação dos contratos administrativos com observância da segurança jurídica e do interesse público.

Nesse sentido, o que se observa é que a discussão em torno dos contratos administrativos ocasionada (ou ampliada) pela pandemia, acabou por acelerar a edição de diversos diplomas legislativos em trâmite e aguardados há certo tempo, como a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/21) na qual, restou consagrada a obrigatoriedade da *matriz de riscos* nas contratações de grande vulto, integradas e semi-integradas, podendo ainda ser usada nos demais contratos administrativos, de forma facultativa (artigo 22), além dos *métodos de resolução consensual de conflitos* (artigos 151/153) anseio já clamado por grande parte da doutrina e trazido em debates, como o ocorrido no painel do XXXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, originando o presente artigo.

As previsões legais que trazem a ampliação da adoção de matriz de risco para além dos contratos de concessão de serviços públicos e PPPs, serão de grande valia para as contratações futuras advindas a partir do novo regime jurídico, se alocadas de forma eficiente e planejada como exige a NLLC.

Contudo, há que se seguir no presente, no qual ainda se vive a pandemia da Covid-19, na busca de soluções – que serão contempladas pelo Direito Administrativo Pós-Pandemia – para o realinhamento dos desequilíbrios causados aos contratos administrativos celebrados sob a égide da Lei 8.666/93, aos contratos de concessão de serviços públicos celebrados sem matriz de risco e, ainda, aos contratos de PPP e de serviços públicos celebrados com matriz de risco que em muitos casos não solucionam em razão do evento configurador do *caso fortuito ou força maior* consistir em uma, até então, impensável e imponderada pandemia.

Para tais situações, a conclusão a que se chega é que a *consensualidade*, agora também expressamente prevista na NLLC, será – em número significativo de contratos

administrativos – a única solução à preservá-los, quando o *desenvolvimento nacional, o interesse público, a eficiência, a economicidade e a continuidade do serviço público* assim o exigirem, por permitir a renegociação para repactuação da equação econômico-financeira insuscetíveis de serem reequilibradas pela *revisão contratual extraordinária*, cuja forma de realização e limites aplicáveis serão definidos com maior rigor e profundidade no *Direito Administrativo Pós-Crise*¹⁰.

REFERÊNCIAS

PASSOS, Larissa. Aeroporto de Brasília registra 'pior movimento em 25 anos', diz Inframerica. *G1*, Distrito Federal, 31 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/01/24/aeroporto-de-brasilia-registra-em-2020-pior-movimento-em-15-nos.ghml>. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁰ O PL 2139 prevê, em seu artigo 6º, §2º, para o processo de recomposição da equação econômico-financeira a ser instaurado após o encerramento do período de calamidade pública ou da situação de emergência (§1º) o seguinte:

Artigo 6º, §2º Caso haja acordo entre as partes, poderá ser estabelecido uma nova equação econômico-financeira para o contrato, inclusive com revisão da matriz de riscos originalmente prevista, que reflita o novo desenho de obrigações pactuado para proporcionar a continuidade do contrato no contexto socioeconômico decorrente da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19).

EMPRESAS ESTATAIS E OPORTUNIDADES DE NEGÓCIOS

LUCIANO FERRAZ

Pós-doutorado em Direito pela Universidade Nova de Lisboa
Doutor e mestre em Direito Administrativo pela Universidade
Federal de Minas Gerais (UFMG)
Professor Associado III de Direito Administrativo na UFMG
Professor Adjunto III de Direito Financeiro e
Administrativo na PUC Minas (Coração Eucarístico)

SUMÁRIO: 1 Empresas estatais: origem e regime jurídico. 2 Estatuto jurídico das empresas estatais. 3 Oportunidades de negócio no estatuto jurídico das empresas estatais e seu desenho institucional. 4 Conclusão. Referências.

1 EMPRESAS ESTATAIS: ORIGEM E REGIME JURÍDICO

A empresa estatal, como modernamente é conhecida, teve origens no Século XIX e nas primeiras décadas do Século XX. As preocupações com o oferecimento de serviços de utilidades públicas (*public utilities*), resultantes do processo de crescimento urbano, justificaram a instituição de estruturas empresariais diferentes para atuação em domínios economicamente exploráveis, tais como fornecimento de água, saneamento, transporte, energia elétrica.¹

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, o pensamento liberal calcado no protagonismo da iniciativa privada, lhe atribuía o desempenho das atividades qualificadas como *public utilities*, embora admitisse o exercício da regulação desses serviços por agências estatais, na medida em que fosse necessário assegurar a livre concorrência e evitar a exploração monopolista privada.

Na Europa, no período entre guerras do Século XX, por sua vez, “as estatizações e nacionalizações europeias estiveram lastreadas na premissa de que a propriedade pública poderia alterar a distribuição de poder na sociedade, engendrando um novo equilíbrio de for-

¹ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10-11.

ças no qual o trabalho adquiriria importância vis-à-vis o capital”, com o objetivo de assegurar a plenitude dos ideais keynesianos (demanda efetiva e pleno emprego).²

No Brasil – país em que as empresas estatais tiveram relevantíssimo papel –, ressaltadas iniciativas pioneiras do período colonial (1808-1889) foi na instalação da indústria de base - a partir do Governo Vargas, que as empresas estatais foram utilizadas pelo Estado como principal combustível do desenvolvimento econômico, destacando-se iniciativas como a criação da Companhia Siderúrgica Nacional (1941), da Companhia Vale do Rio Doce (1942), da Fábrica Nacional de Motores e da Companhia Nacional de Álcalis (1943), da Petróleo Brasileiro S.A (1953).³

Desde o advento do Decreto-lei 200/67 (Reforma Administrativa do Governo Federal), pelo menos, não existem maiores controvérsias quanto à submissão dessas empresas do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e suas subsidiárias (integrais ou parciais) às técnicas de organização e regência típicas do Direito Privado.

O figuro empresarial, com efeito, é o predominante na estruturação e no funcionamento das empresas estatais, a despeito da existência de alguns “nichos de publicização”, em virtude da maior ou menor participação do Estado no capital, no controle e no tipo de atividades que elas possam vir a desempenhar.

A Constituição de 1988 reconheceu a distinção entre o regime jurídico das empresas estatais e o regime jurídico da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas. E essa distinção, sobre decorrer explicitamente do art. 173 da Constituição (especialmente depois da EC 19/98), encontra-se refletida na amplitude de normas jurídicas derogatórias do Direito Privado que impregnam o nascimento e a vida de cada uma dessas empresas, ditando-lhes um regime jurídico híbrido ou privado-público.

2 ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

No dia 30 de junho de 2016 entrou em vigor no Brasil a Lei 13.303/16 (com período de adaptação de 24 meses), que dispõe exatamente sobre o regime jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, empresas controladas pelas empresas estatais e consórcios de empresas em que elas atuam na condição de operadora.

A Lei 13.303/16 regulamenta o art. 173, §1º da Constituição, inaugurando um arcabouço legislativo padrão aplicável (diretamente ou por equiparação)⁴ às empresas estatais

² COUTINHO, Diogo R.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 1, jan./dez. 2019.

³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Prefácio. In: MACHADO, Raphael Boechat Alves. *Sociedade de economia mista: uma análise a partir da Lei 13.303/16*. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 22.

⁴ FERRAZ, Luciano. Novo estatuto das empresas estatais é constitucional. *Consultor Jurídico*, 20 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-constitucional>. Acesso em: 26 ago. 2021.

de todas as esferas da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sejam elas exploradoras de atividades econômicas, prestadoras de serviços públicos ou, ainda, exercentes de atividades estatais de outra ordem (v.g., fomento, planejamento econômico, fiscalização).

A intenção de se prever na Lei 13.303/16 regras específicas sobre licitações e contratos para as empresas estatais – diversas daquelas que se aplicam à Administração Direta, Autarquias e Fundações Públicas –, a par de cumprir mandamento expresso do art. 173, §1º, III da Constituição (com a redação dada pela EC 19/98), cumpriu também um objetivo relevante, o de objetar um movimento que se encontrava em curso desde a Constituição de 1988, o de “autarquização” das empresas estatais, notadamente no âmbito dos órgãos controladores públicos, em ordem a compatibilizar, com anos de atraso, seu caráter privado com os princípios reitores do universo estatal.

Seguir com um pensamento ultrapassado no sentido de que o simples pertencimento à Administração Pública transforma as empresas estatais em organizações autárquicas é um equívoco: “desconsiderar estas peculiaridades é ignorar que a Constituição reservou às estatais um espaço particular de autonomia, sujeito a um corpo de vinculações próprias. É dizer, significa interpretar o tema com base na experiência pregressa e não de acordo com a axiologia constitucional”.⁵

Com efeito, “a exigência de se instalar um corpo próprio de regras (vinculada à observância dos princípios da Administração) só faz sentido ao se compatibilizar estas regras com a natureza empresarial das estatais, e ainda com o pressuposto de que elas agem em regime de mercado, organizando suas contratações por meio de regra de Direito Privado.”.⁶

Bem verdade que a Lei 13.303/16, em matéria de licitações (não de contratos), perdeu a oportunidade de avançar mais no sentido de conceder uma espécie de “alforria dogmático-pública” às empresas estatais quanto mais no âmbito de atividades econômicas em sentido estrito. A lei avançou pouco rumo ao ambiente privado das empresas em geral, com quem as empresas estatais concorrem muitas vezes sem a mesma liberdade e autonomia. Significativas amarras, infelizmente, permanecem e lidar com elas é um desafio permanente à eficiência e à sobrevivência das empresas estatais.

De fato, o Estatuto das Empresas Estatais previu um procedimento licitatório próprio, e preservou a aplicação da modalidade pregão para os certames de bens e serviços comuns (art. 32, IV da Lei 13.303/16). Quanto às hipóteses de contratações diretas, a lei praticamente reproduziu a listagem prevista na Lei 8.666/93,⁷ embora tenha seus méritos no

⁵ STROBEL GUIIMARÃES, Bernardo *et al.* *Comentários à Lei das Estatais* (Lei n. 13.303/16). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 169.

⁶ STROBEL GUIIMARÃES, Bernardo *et al.* *Comentários à Lei das Estatais...* Op. cit., p. 168.

⁷ Assim se passa: (a) com os incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/93 que correspondem aos incisos I e II do art. 29 da Lei 13.303/16; (b) com o inciso V do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso III do art. 29 da

tema objeto central do presente estudo, o das oportunidades de negócio e a prevalência de aspectos subjetivos de escolha na contratação.

3 OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO NO ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS E SEU DESENHO INSTITUCIONAL

A questão sobre a necessidade de estabelecer parâmetros de escolha para parceiros de negócio nas empresas estatais, gerou controvérsias antes da Lei 13.303/16. No âmbito do TCU, como se vê do Acórdão 1.068/2009 – 2ª Câmara, relativa às Centrais Elétricas Brasileiras S/A (Eletrobrás), prevalecia a orientação de que “previamente à celebração de pactuações de grande vulto, em que haja a possibilidade de os pactuantes usufruírem vantagens negociais em licitações futuras, proceda à audiência ou chamamento público, de forma a possibilitar a ampliação do número de empresas potencialmente interessadas em associações da espécie”.

Porém, o estabelecimento de parcerias negociais estratégicas é uma questão que, na grande maioria das vezes, envolve aspectos de natureza subjetiva do parceiro, e não se coaduna com critérios de julgamento objetivo típicos das licitações. Interessa mais “o quem” do que “o que” para o sucesso da parceria.

A fim de tentar dirimir essa controvérsia, a Lei 13.303/16 dispôs no art. 28, §3º, II e §4º da Lei 13.303/16, *verbis*:

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do

Lei 13.303/16; (c) com o inciso VI do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso IV da Lei 13.303/16; (d) com o inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso V do art. 29 da Lei 13.303/16; (e) com o inciso XI do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso VI do art. 29 da Lei 13.303/16; (f) com o inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso VII do art. 29 da Lei 13.303/16; (f) com o inciso XVII do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso VIII do art. 29 da Lei 13.303/16; (g) com o inciso XX do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso IX do art. 29 da Lei 13.303/16; (h) com o inciso XXII do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde parcialmente ao inciso X do art. 29 da Lei 13.303/16; (i) com o incisos XXIII do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde e foi revogado pelo inciso XI do art. 29 da Lei 13.303/16; (j) com o inciso XXVII do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao e II do art. 29 correspondem aos mesmos incisos do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso XII do art. 29 da Lei 13.303/16; com o inciso XXXVIII do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso XIII do art. 29 da Lei 13.303/16; (k) com o inciso XXXI do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso XIV do art. 29 da Lei 8.666/93; (l) com o inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso XV do art. 29 da Lei 13.303/16; (m) com as alíneas “a”, “b”, “c” e “e” do inciso I e com a alínea “a” e “b” do inciso II do art. 17 da Lei 8.666/93 que correspondem ao inciso XVI do art. 29 da Lei 13.303/16; (n) com a alínea “a” do inciso II do art. 17 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso XVII do art. 29 da Lei 13.303/16; (o) com as alíneas “c” e “d” do inciso II do art. 17 que correspondem ao inciso XVIII do art. 29 da Lei 13.303/16; com inciso I do art. 25 da Lei 8.666/93 que corresponde ao inciso I do art. 30 da Lei 13.303/16; (p) com o inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93 que corresponde parcialmente ao inciso II do art. 30 da Lei 13.303/16.

respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30. (Vide Lei n. 14.002, de 2020)

§ 1º (omissis)

§ 2º (omissis)

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I – (omissis)

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Note-se que as disposições transcritas do Estatuto das Empresas Estatais admitem como hipótese de desnecessidade do dever de licitar (*nomen iuris*: não-incidência) o enlace bilateral ou plurilateral da empresa estatal com agentes privados, em ordem a explorarem conjuntamente oportunidades de negócio definidas e específicas, assim compreendidas “as parcerias e outras formas associativas, societárias e contratuais” e “as operações realizadas no mercado de capitais”.

A definição do tipo de parceria – e do parceiro com quem se deve desenvolvê-la –, encontra-se, como se disse, lastreada em aspectos de mercado e em análises de perfis não objetivos, em que prevalecem razões de ordem subjetiva na escolha. Identifica-se aqui uma característica muito aproximada da noção de *affectio societatis* do direito privado⁸, corro-

⁸ A visão do TCU sobre a dimensão da *affectio societatis* na formação de parcerias estratégicas nas empresas estatais é carregada de um sentimento “retrô” ou “vintage”, que se presta a interpretar realidades presentes com lupa no passado, mesmo com as inovações legislativas implementadas. No Acórdão 3230-Plenário, rel. min. Bruno Dantas, por exemplo, destaca-se a seguinte passagem do relatório técnico que confirma a afirmativa. “184. A *affectio societatis* pode ser definida como o elemento subjetivo consistente na intenção do sócio de constituir e de permanecer em uma sociedade. É o animus, a disposição da pessoa física ou jurídica, de participar da sociedade, mediante a aceitação das suas normas, funcionamento e objetivo da sociedade. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de ser possível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado ante a quebra da *affectio societatis*, tendo como *leading case* o REsp 111.294/PR, além de outros julgados relevantes, como os REsp 507.940/RJ, 1.321.263/PR e 917.531/RS. 185. Contudo, no voto condutor do Acórdão 1797/2019-TCU-Plenário, relativo à contratação por dispensa de licitação da empresa Branes Negócios e Serviços S.A. pela Caixa Econômica Federal, o Ministro Bruno Dantas destacou divergências doutrinárias sobre a afeição societária, argumentando que tal conceito não deve servir de fundamento nem mesmo para a escolha do parceiro privado com o qual a empresa estatal fará um acordo societário e, com muito mais razão, também não pode ser invocado como fundamento para a inexistência da licitação (TC Processo 029.884/2012-8, peça 245, p. 9).

borando, por assim dizer, a *ratio legis* de que o art. 28, §3º, II e §4º da Lei 13.303/16 está a exigir união de escopos entre partes, a fim de explorarem conjuntamente a oportunidade de negócio.

A argumentação alinha-se ao entendimento de que:

a hipótese do inciso II do §3º do art. 28 valoriza os casos em que a escolha do parceiro societário, contratual ou associativo (formação) – ou o descasamento com ele (extinção) – se funda mais precisamente em aspectos de natureza subjetiva (o quem) do que em aspectos de natureza objetiva (o que), apresentando-se a parceira notável relevância para o cumprimento da finalidade pública subjacente, a ponto de dar ensejo à inviabilidade de competição. Isso porque, também aqui a prevalência de aspectos subjetivos na escolha do parceiro impede a instauração de procedimentos competitivos lastreados pelo princípio do julgamento objetivo. O afastamento do ver de licitar, no caso, tem como substrato material a ausência de critérios objetivos para comparação de propostas.⁹

Na mesma direção, dispõe o Enunciado 27, aprovado pelas Jornadas de Direito Administrativo do CJF (Conselho da Justiça Federal), no ano de 2020, segundo o qual

a contratação para celebração de oportunidade de negócios, conforme prevista pelo art. 28, § 3º, II, e § 4º da Lei n. 13.303/2016 deverá ser avaliada de acordo com as práticas do setor de atuação da empresa estatal. A menção à inviabilidade de competição para concretização da oportunidade de negócios deve ser entendida como impossibilidade de comparação objetiva, no caso das propostas de parceria e de reestruturação societária e como desnecessidade de procedimento competitivo, quando a oportunidade puder ser ofertada a todos os interessados.

Convém acentuar que o legislador reconhece nos dispositivos em exame a presença de aspectos extraeconômicos que justificam a união do parceiro privado à empresa estatal, com o objetivo legítimo de caracterizar uma verdadeira oportunidade de negócios. Nesse tipo de parceria, por vezes “as condições e os requisitos do negócio estarão necessariamente relacionados às características de complementaridade desejadas em um parceiro pela estatal, de modo a suprir suas deficiências, lacunas e limitações”.¹⁰

No voto condutor do Acórdão 2.488/2018-TCU-Plenário, que examinou possíveis irregularidades em parceria desse tipo (oportunidade de negócio) celebrada pela Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), o ministro relator, Benjamin Zymler, destacou a necessidade de acionamento de potenciais parceiros em projetos de relevância estratégica (TC Processo 022.981/2018-7, peça 158, p. 17), mediante a realização de consultas ordinaria-

⁹ FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Empresas estatais e suas subsidiárias – requisitos constitucionais para a transferência do controle acionário. *Revista Interesse Público*, ano 20, n. 112, p. 15-35, nov./dez. 2018.

¹⁰ TCU – Acórdão 3.230/2020, Plenário, rel. min. Bruno Dantas.

mente levadas a efeito no domínio privado, mercê de instrumentos como as RFI (*Request for Information*) e as RFP (*Request for Proposal*), visando sobremaneira a obter subsídios para a definição do modelo de parceria mais adequado e para viabilizar a escolha do melhor parceiro para a empresa. Mais à frente, todavia, o relator ponderou que a existência de possíveis concorrentes não necessariamente implica a necessidade de ser realizado processo competitivo, já que a escolha pode decorrer de avaliações subjetivas, que devem estar embasadas em critérios bem definidos.

O voto condutor faz alusão, ademais, a trecho de parecer emitido pelo professor Marçal Justen Filho para o caso, destacando o eminente relator que

a escolha do parceiro privado, em contratações dessa ordem, envolve uma avaliação 'estratégica'. Isso exige o desenvolvimento de atividades de discussão e avaliação, não abrangidas num procedimento formal predeterminado. É indispensável examinar as condições apresentadas pelo potencial parceiro, inclusive no tocante à sua trajetória empresarial pretérita. Há questões relacionadas à identidade de objetivos buscados. É essencial a avaliação quanto à filosofia empresarial praticada.¹¹

Não obstante isso, o enquadramento de iniciativas contratuais no conceito legal de oportunidades de negócios, pelo menos do ponto de vista da moldura do art. 28, §3º, II e §4º da Lei 13.303/16, não compreende todo e qualquer tipo de contrato, mesmo que ele seja muito importante ou relevante para a empresa estatal. É que, conquanto edificáveis sob vestes de direito privado, as parcerias ou alianças estratégicas exigem uma subsunção adequada ao preceito da Lei 13.303/16, que reclama particularidades não identificáveis em todo e qualquer tipo de contratação, obrigando assim à análise do seu objeto.¹²

Na doutrina nacional, Marçal Justen Filho adverte que a referência às formas contratuais de associação na hipótese legal referida deve ser interpretada com cautela, aduzindo que a regra típica (art. 28, §3º, I e §4º da Lei 13.303/16)

não compreende contratos bilaterais, em que a empresa estatal é obrigada a realizar uma prestação como contrapartida pela obtenção de vantagem contemplada na obrigação assumida por outro sujeito privado. Contratar um prestador de serviços não constitui uma solução jurídica subsumível ao conceito legal de parceria referida

¹¹ Referência constante do processo TC Processo 022.981/2018-7, peça 158, p. 28.

¹² A noção de "subsunção adequada" é correlativa da hipótese de não incidência tributária, conforme corretamente é apontado por: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Dicotomia entre serviço público e atividade econômica e o regime licitatório das empresas estatais. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 431-444

no §4º do art. 28. A referência a soluções societárias ou contratuais compreende a pactuação de contratos de natureza associativa, com cunho organizacional.¹³

O preceptivo legal é deveras atinente a formatos societários, associativos ou contratuais (v.g., sociedades, associações, consórcios), que se fundamentam e se identificam pela união de escopos e pela ausência de antagonismo obrigacional nas relações, situação que autores alienígenas identificaram como atos complexos (Otto Gierke), atos coletivos (León Duguit), contratos plurilaterais (Tullio Ascarelli).

Com efeito, para negócios jurídicos dessa estirpe, Maurice Hauriou já havia apontado há tempos, de acordo com Fran Martins, que a distinção

entre as sociedades que se formam mediante contrato, que são aquelas que têm vida limitada, temporal, e aquela cuja duração não está subordinada à vontade subjetiva de indivíduos determinados. A estas últimas sociedades, para as quais as pessoas dos sócios têm diminuta importância deu Hauriou o nome de sociedades institucionais. O ato criador será, assim, um ato institucional e não um contrato.¹⁴

A contribuição do insigne jurista francês foi admoestada por Marçal Justen Filho, em comentário específico sobre o Estatuto das Empresas Estatais do Brasil. Para o jurista brasileiro, a natureza cooperativa ou conjugada do vínculo jurídico não afasta a possibilidade de delimitação objetiva e temporal do ajuste, porque o dispositivo cuida de uma ampla sorte de “soluções organizacionais de atuação conjugada, de cunho cooperativo, ainda que versando sobre objeto delimitado e com duração temporária”.¹⁵

A observação de Marçal, convém destacar, é pertinente à dimensão ultra societária e multifacetada das oportunidades de negócios aludidas no art. 28, §3º, I e §4º da Lei 13.303/16, porém não retira a exatidão do termo proposto por Maurice Hauriou – “contratos institucionais” – para o objetivo de divisar contratos de associação dos contratos sinalagmáticos em sentido próprio.

O afinamento do interesse econômicos dos partícipes (no primeiro caso) vis-à-vis o antagonismo desses mesmos interesses (no segundo caso), deixa ver que assim o é, porquanto “segundo as regras clássicas dos contratos entre as partes contratantes sempre existe antagonismo de interesses que o acordo de vontades visa a disciplinar: a compra e venda, contrato básico do comércio, serve de exemplo”.¹⁶

Destaca-se a seguinte lição:

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 303.

¹⁴ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1991. p. 210.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. Op. cit., p. 303.

¹⁶ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Op. cit., p. 210.

Forma-se o acordo de vontades quanto à coisa, ao preço e às condições, e a esse ato se dá o nome de contrato; mas o interesse das partes continua antagônico, uma entregando a coisa, mediante o pagamento do preço, e a outra recebendo o preço, em troca da entrega da coisa. No contrato de sociedade assim não acontece, pois os interesses, em vez de serem antagônicos, são paralelos; quem a outrem se associa com a finalidade de constituir uma sociedade não está imbuído de um interesse contrário ao do seu sócio. Têm ambos, o mesmo interesse na partilha dos lucros líquidos da sociedade. Não estão, assim, as partes em oposição, mas ambas se caracterizam por terem pontos de vistas idênticos.¹⁷

Como se vê, o critério legal para acomodar a formação de parcerias institucionais de colaboração com a empresas estatais, na moldura do art. 28, §3º, II e § 4º da Lei 13.303/16, sem embargo de comportar um acentuado grau de discricionariedade e de plasticidade na escolha do parceiro, não autoriza a subsunção atípica de contratos reveladores de interesses antagônicos.

Nessa linha de argumentação, o TCU, no Acórdão 3.230/16-Plenário, rel. min. Bruno Dantas, ponderou sobre a necessidade de rigor conceitual na aplicação do critério, chamando atenção para que:

[o] caráter associativo de parcerias, sejam societárias ou contratuais, para diferenciar da mera realização de contrato administrativo com terceiros, para o qual é exigida licitação. No entanto, existem numerosas formas de associação entre empresas, dentre elas *joint ventures*, *risk-sharing agreements*, *revenue share*, podendo ser estabelecido acordo de acionistas para tratar da administração do negócio [...] Desse modo, há a necessidade de avaliar a comunhão de interesses de longo prazo entre a estatal e a empresa privada (perenidade), as práticas empresariais adotadas, os projetos em curso e outras circunstâncias. Portanto, não se trata apenas de selecionar um parceiro privado segundo um critério de disponibilidade de recursos econômicos.

4 CONCLUSÃO

De acordo com a fundamentação exposta neste ensaio, vislumbra-se importância elementar na nova regra do art. 28, II e §§3º e 4º da Lei 13.303/16, cujo escopo é o de oportunizar que, no ambiente das oportunidades de negócio, escolhas a cargo das empresas estatais sejam feitas não exclusivamente pelo objeto da parceria, mas também com base em predicados que residem nos próprios sujeitos com quem a estatal se dispõe a explorar a oportunidade de negócio.

¹⁷ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Op. cit., p. 210.

Fica, contudo, a advertência de que a natureza do vínculo autorizado pelo legislador é pertinente aos contratos institucionais (Maurice Hauriou), dos quais resultam propriamente as referidas parcerias de negócio (risco e resultado comum), não se dirigindo a contratos com objetos antagônicos e contrapostos, reveladores de realidades que devem ser tratados noutra sorte de perspectiva.

REFERÊNCIAS

COUTINHO, Diogo R.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 1, jan./dez. 2019.

FERRAZ, Luciano. Novo estatuto das empresas estatais é constitucional. *Consultor Jurídico*, 20 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-constitucional>. Acesso em: 26 ago. 2021.

FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Empresas estatais e suas subsidiárias – requisitos constitucionais para a transferência do controle acionário. *Revista Interesse Público*, ano 20, n. 112, p. 15-35, nov./dez. 2018.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Prefácio. In: MACHADO, Raphael Boechat Alves. *Sociedade de economia mista: uma análise a partir da Lei 13.303/16*. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO, Raphael Boechat Alves. *Sociedade de economia mista: uma análise a partir da Lei 13.303/16*. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1991.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Dicotomia entre serviço público e atividade econômica e o regime licitatório das empresas estatais. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STROBEL GUIIMARÃES, Bernardo *et al.* *Comentários à Lei das Estatais* (Lei n. 13.303/16). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

A CONSENSUALIDADE POSSÍVEL EM LITÍGIOS JUDICIAIS QUE ENVOLVEM O PODER PÚBLICO

MARCOS DE LIMA PORTA

Doutor e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC-SP)
Professor do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Magistrado Estadual da Vara de Fazenda Pública de São Paulo

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Consensualidade em ações judiciais que envolvem o Poder Público. 3 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O monopólio da jurisdição no Brasil está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Ele estabelece que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Como o Estado de Direito brasileiro é um instrumento de igualdade entre e para todos e todas, essa previsão normativa serviu para evitar que a “lei do mais forte” imperasse nas questões intersubjetivas, assegurando a universalização da justiça, e permitindo seu maior acesso.

Outras previsões constitucionais foram estabelecidas e que vão ao encontro desse preceito fundamental, contribuindo para a formação de um ambiente no qual a jurisdição opera, por exemplo, assegurando-se a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, a duração razoável do processo, entre outros.

2 A CONSENSUALIDADE EM AÇÕES JUDICIAIS QUE ENVOLVEM O PODER PÚBLICO

Esse novo cenário jurídico gerou a propositura de ações judiciais de maneira exponencial pelas pessoas; por conta disso, novas providências e incumbências surgiram para os estudiosos do direito, entre elas, o estudo e a cultura da resolução dos conflitos.

Constatou-se que, de nada adiantaria assegurar-se o acesso de todos e todas à justiça se ela resultasse congestionada e sem dar as respostas que a sociedades esperava. A preocupação com a resolução do conflito em si, entre eles o judicial, passou a ser, então, uma nova realidade de relevo e importância.

Na busca de se atender ao ideário da democracia semidireta, elemento essencial do Estado de Direito pátrio a tendência contemporânea caminhou para a desjudicialização dos conflitos. São vários os argumentos que sustentam esse proceder, tais como: a existência de uma justiça de baixa qualidade, em decorrência de uma estrutura arcaica e própria de um antigo contexto, a morosidade, a frustração e o desprestígio da justiça. É a chamada justiça de multiportas (ou Tribunal de multiportas).

Contudo, para as hipóteses de judicialização dos conflitos, especialmente aquelas que envolvem o poder público e o interesse público, um novo método passou a ser adotado, que repercute, segundo Mancuso¹:

[...] na própria natureza da relação processual, que vai deixando seu tradicional perfil adversarial, que ao final transmuda as partes em vencedor e vencido, para converter-se num foro dialético e de aproximação entre os contraditores, em ordem a uma possível solução consensual, a que a doutrina vem chamando de processo de estrutura cooperatária, desenvolvido no plano de uma justiça co-existencial. [...] Trata-se de uma concepção atualizada e contextualizada da Jurisdição, compatível com a explosão de litigiosidade, ocorrente ao interno da sociedade massificada e competitiva, aderente à modernidade e ao ideário de uma democracia pluralista e participativa. [...].

Essa situação ganhou dimensão maior no contexto atual, por conta da pandemia da Covid-19, que instalou um novo normal nas vidas das pessoas, gerando momentos de tristeza, de confusão, de angústia.

A busca da autocomposição dos conflitos, atribuída ao juiz, com o auxílio preferencialmente dos conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, X, do CPC/2015) a menção em mais de 44 vezes dos termos conciliação e mediação neste diploma legal, a previsão no art. 6º, desse *codex*, do princípio da cooperação das partes para a solução do conflito de maneira mais justa e efetiva, entre outras, no âmbito do Poder Judiciário, confirmam a civilidade do novo método.

Mais especificamente, ele, significa nas palavras de Bacellar²:

métodos consensuais: são também denominados não adversarial, e definem-se pelo feito voluntário em que terceiro imparcial colhe informações sobre o conflito, identi-

¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 727-728.

² BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 29.

fica e relaciona de forma ampla todas as questões apresentadas pelos interessados, investiga (por meio de perguntas) as necessidades, os sentimentos, as posições e os interesses, estimulando-os a encontrar, como resultado, por eles mesmos, as soluções desejadas (solução ganha/ganha).

E conclui:

Há cooperação sem produção de provas ou necessidade de que os interessados convençam o terceiro (conciliador ou mediador) de que estão com a razão, pois a solução será construída pelos interessados, por meio da fala, da escuta e da decisão informada, a partir das suas próprias razões, sem quaisquer imposições: o resultado é pelo método consensual, na forma autocompositiva, todos ganham.

Nesse contexto, em relação às ações judiciais que envolvem o Poder Público é possível observar que há, a tempos, previsão normativa da autocomposição do litígio, por exemplo, no Decreto-Lei n. 3365/41 que trata do processo de desapropriação comum. O art. 22 menciona sobre a concordância sobre o preço, cabendo ao juiz homologar por sentença. A utilização deste dispositivo tem contribuído para evitar a sobrecarga de processos judiciais e a satisfação das partes quanto à solução do conflito instaurado.

Evidente que esta previsão normativa ganhou maior efetividade com os novos princípios que norteiam a jurisdição e o processo judicial, estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil. Passou, pois, a ter um novo colorido dentro do contexto atual.

Há outras previsões normativas dessa ordem, por exemplo, o contido na lei da ação civil pública, art. 13, par. 2º, e o termo de ajustamento de conduta, previsto no art. 5º, parágrafo 6º, da Lei 7.347/85. Também há a Lei 11.941/2009 e a Lei 13.140/2015.

Por fim, há a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb) que, em art. 27, parágrafo 2º, expressamente, prevê o seguinte: Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Esta lei trouxe juridicidade à gestão pública adotando uma concepção filosófica pragmática de proceder. Como se não bastasse, este diploma jurídico, em seu art. 26, prestigiou a consensualidade no contexto do direito público visando atender ao princípio da eficiência.

E esse termo consensualidade implica, no contexto do direito público, seguindo o pensamento de Palma³, pelo menos, em três sentidos: a) um mais corrente, de sentido amplo, que significa a convergência de vontades (acordo de vontades); e, b) em sentido amplíssimo que consiste na participação dos particulares junto à administração pública sem

³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. Capítulo 3.

que exista formalização contratual. Nesse caso, servem os exemplos da audiência pública e da consulta pública. O administrado participa dessas atividades, externa sua vontade, e pode contribuir para a formação de uma futura postura administrativa; e, finalmente, c) em sentido estrito que abrange os acordos integrativos e os acordos substitutivos.

Em relação à primeira vertente, há a possibilidade de consenso entre os entes públicos e terceiros em variadas hipóteses exemplificativas:

- a) sobre assuntos de direito processual e não de direito material (indisponibilidade). Um exemplo que pode ser dado, diz respeito ao consenso entre as partes e juiz sobre a fixação de prazo para a apresentação de memoriais em um processo judicial. Neste aspecto processual o procurador do ente público tem autonomia jurídica para deliberar a respeito desses temas. A indisponibilidade reside tão-somente quanto ao direito material;
- b) Quando o ente público tem autorização legal para celebrar acordo. Ex. acidente de trânsito que danifica um veículo oficial. O ente público promove uma ação de ressarcimento e o requerido, um particular, assume a responsabilidade pelo evento e aceita pagar o valor atribuído em tantas vezes. Este parcelamento já está previsto em lei o que remete para o consenso a quantidade de parcelas, a multa no caso de inadimplemento, entre outras;
- c) Quando a matéria já se encontra pacificada nos Tribunais judiciais e há autorização jurídica do ente público para a celebração de acordo. Ex. CEJUSC com as multas de trânsito. O STJ pacificou entendimento sobre a possibilidade de indicação de condutor infrator fora do prazo indicado pelo proprietário do veículo; este ingressa com uma ação judicial e o juiz determina que os autos sejam encaminhados para o CEJUSC (O Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas). Lá, o Procurador do Município propõe ao autor se tem interesse em indicar o condutor faltoso; se houver e isto ocorrer, o juiz deve lavrar um termo de acordo transferindo a pontuação da multa para o condutor infrator. Nesse caso, o consenso se efetivou, por parte do ente público, graças à uma autorização jurídica;
- d) Quando se tratar de direito disponível, de natureza patrimonial. Neste caso, o juiz deve apurar com elementos objetivos do processo se o valor fixado se ajusta ou viola o princípio da tutela do patrimônio público, que é corolário do princípio da indisponibilidade do interesse público. Por exemplo, no caso de uma desapropriação amigável, conforme já foi mencionado neste trabalho, para que ocorra a válida homologação é necessário que exista nos autos um laudo pericial, produzido sob o crivo do contraditório. Após, o perito chegar ao valor justo a ser ressarcido, o juiz faz a avaliação entre este e o valor do acordo e, se

se convencer, homologa e extingue o processo. Caso contrário, não homologa e o processo segue, podendo chegar ao seu final com uma extinção sem resolução do mérito. Não tem a mesma validade jurídica, portanto, não se presta para tanto, o laudo provisório ou o laudo administrativo; este porque feito unilateralmente e aquele porque, conforme o próprio nome diz, é provisório, portanto, não retrata a real situação do bem objeto da desapropriação.

Em relação ao sentido estrito da expressão consensualidade, Palma aponta duas hipóteses: os acordos integrativos e os acordos substitutos. Ainda que ela trate deles sob o ambiente do direito administrativo, do processo administrativo, é possível visualizá-los no ambiente judicial.

Os primeiros dizem respeito ao consenso endoprocedimental que consistem na possibilidade de se negociar o como vai se dar o exercício da atividade estatal. Serve de exemplo as hipóteses em que são movidas ações civis públicas pelo Ministério Público visando regularizar determinada área ocupada indevidamente. O consenso, na hipótese, vai se dar em relação à forma pela qual o ente público requerido vai exercer sua competência administrativa, em qual prazo, e segundo quais critérios técnicos e objetivos que serão observados. Outro exemplo relevante: ação civil pública movida por associação de moradores visando a cessação de barulho causado por ausência de manutenção de uma avenida. O ente público é acionado, figura no polo passivo da ação, e em audiência de tentativa de conciliação o ente público aceita fazer cessar o barulho adotando uma medida que foi sugerida pelo autor da ação ou pelo representante do Ministério Público, por exemplo, durante o período noturno fazer desvios na pista.

Um segundo grupo bem apresentado por Palma, diz respeito aos acordos substitutivos. Eles substituem uma decisão final tomada visando melhor atender o interesse da sociedade. Esta situação também se verifica na via judicial. Tome-se o exemplo de um processo judicial onde foi fixada uma condenação de obrigação de pagar uma multa. Na fase executiva o ente público constata que o executado não tem bens para satisfazer este julgado. O executado, no entanto, oferece para pôr fim ao processo plantar tantas mudas de plantas em tantos meses, ou se oferece para prestar serviço em determinada atividade. Entre não receber e adotar uma destas medidas, salvaguarda o interesse público escolher esta segunda possibilidade. Daí o acordo substitutivo na fase judicial. Um detalhe ainda deve ser destacado: a proposta deve ter correlação lógica com o direito material em si discutido no processo judicial de conhecimento. Se a matéria é ambiental, uma conduta que pode ser estabelecida é a de plantar tantas mudas de árvores em tantos meses, ou trabalhar por tantas horas no plantio de determinadas árvores. O caso concreto é que vai definir respeito ao direito em vigor.

Para fazer frente a esta nova concepção de jurisdição, de consensualidade nos casos que envolvem o poder público e o interesse público, imprescindível que o Poder Judiciário esteja preparado e apto para exercer esse seu novo papel.

Na atualidade, muito já se fez sobre isso, por exemplo, há a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece a política judiciária nacional. Entre seus pilares, está a necessidade de tratamento adequado do conflito além de oferecer os meios adequados para a sua solução, em especial, a via consensual, com a conciliação, a mediação e a negociação.

O CNJ também criou um cadastro nacional de mediadores judiciais e conciliadores⁴.

Em São Paulo, em nível estadual, foi instituído o “Programa Município Amigo da Justiça”. O Provimento 9877/2020, disciplina este assunto e, segundo o relatório NUPEC 2020 do TJSP, já conta com a adesão de 19 Municípios: “O Programa visa difundir a política de mediação e conciliação junto aos prefeitos e procuradorias municipais, em especial a priorização de métodos extrajudiciais para cobrança de dívidas municipais e suporte ao Cejusc do Município”⁵.

Em São Paulo, a Escola Paulista da Magistratura promoveu o 10º curso de mediadores e conciliadores⁶, e a ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) disponibiliza cursos em Educação à distância sobre a mediação e a conciliação⁷.

Ainda que tenha havido preocupação com a formação e aperfeiçoamento do juiz, dos servidores, dos conciliadores e dos mediadores, no que diz respeito às fazendas públicas, avanços necessitam ser feitos. Faz parte do planejamento estratégico do Poder Judiciário a meta 3 do CNJ que prevê o aumento do índice de conciliação em 2 pontos percentuais. Espera-se que num futuro próximo esse novo ambiente se torne cada vez mais realidade nessa área da justiça, do direito público.

3 CONCLUSÃO

O monopólio da jurisdição no Brasil se constitui uma garantia fundamental que assegura a universalização da justiça e evita que “a lei do mais forte” impere.

Alinhado a outras previsões normativas constitucionais, surgiu um novo ambiente, onde ações judiciais em larga escala foram ajuizadas.

A preocupação em dar vazão a isto exigiu estudo dos processualistas sobre a resolução de conflitos.

⁴ BRASIL. CNJ. *Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores*. S.d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ccmj/pages/publico/login.jsf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁵ SÃO PAULO. TJSP. *Conciliação e mediação: material de divulgação*. S.d. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Conciliacao/MaterialDivulgacao>. Acesso em: 1º ago. 2021.

⁶ EPM. *EPM abre inscrições para novo curso de formação de mediadores e conciliadores*. 2020. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/noticia/60275?pagina=61>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁷ ENFAM. *Políticas de mediação e conciliação*. S.d. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/politicas-de-mediacao-e-conciliacao/>. Acesso em: 26 ago. 2021.

A tendência atual à desjudicialização abriu um leque de opções aos jurisdicionados (modelo de tribunal multiportas). Contudo, para os casos ajuizados, o método que passou a existir, de acordo com o Estado de Direito atual, é o não adversarial, ou chamado de consensual, de estrutura cooperatória.

Para os casos que envolvem o poder público e o interesse público, esse método deve ser aplicado, implicando consensos e, como consequência, resolução do conflito judicial.

Este trabalho procurou tratar destes temas, trazer certas hipóteses em que a consensualidade se aplica, no âmbito do Poder Judiciário, às causas que envolvem o poder público e o interesse público, ajustando os interesses e ao direito brasileiro em vigor.

Finalmente, foram dedicadas algumas linhas sobre a formação e aperfeiçoamento dos juízes, servidores, conciliadores e mediadores, tema de suma importância, afinal, a educação judicial dá autonomia, senso crítico, aperfeiçoa o Poder Judiciário e fortifica o Estado Democrático e Social de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. CNJ. *Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores*. S.d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ccmj/pages/publico/login.jsf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. CNJ. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 26 ago. 2021.

ENFAM. *Políticas de mediação e conciliação*. S.d. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/politicas-de-mediacao-e-conciliacao/>. Acesso em: 26 ago. 2021.

EPM. *EPM abre inscrições para novo curso de formação de mediadores e conciliadores*. 2020. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/noticia/60275?pagina=61>. Acesso em: 26 ago. 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SÃO PAULO. TJSP. *Conciliação e mediação: material de divulgação*. S.d. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Conciliacao/MaterialDivulgacao>. Acesso em: 1º ago. 2021.

AS COMPETÊNCIAS NORMATIVAS DA AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA) EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL 14.026, DE 2020, MODIFICATIVA DO “MARCO LEGAL” DO SANEAMENTO

MAURÍCIO ZOCKUN

Livre-docente e Doutor pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo (PUC-SP)
Professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo (PUC-SP)
Advogado

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Diretrizes constitucionais para o saneamento básico: os confins do art. 21, XX, da Constituição da República. 3 Conceito de norma geral (e a sua distinção de normas especiais). 4 Regulação e regulamentação. 5 Competência da ANA para editar regulação normativa primária e nacional sobre o saneamento básico. 5.1 Competência normativa para regulação nacional. 5.2 Edição de normas de referência: regulação nacional do serviço de saneamento básico. 5.3 Análise de impacto regulatório (AIR). 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Tem-se atribuído aos municípios o inexcusável dever constitucional de organizar e prestar o serviço público de saneamento básico. Isto se deve ao fato de o bem jurídico subjacente a essa noção qualificar-se como assunto de *interesse local*, atraindo a competência dessa atividade nos termos do art. 30, V, da Constituição da República¹. Apenas na hipótese de criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, edificadas no seio de lei complementar aprovada pela Assembleia legislativa estadual², a sobredita competência erige-se em favor do Estado. Isso se deve ao fato de o bem jurídico em

¹ Nesse sentido: TACITO, Caio. Serviços de saneamento básico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 242, p. 199-202, out. 2005. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v242.2005.42987>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42987/44602>. Acesso em: 26 jul. 2020.

² Nesse sentido: STF, Tribunal Pleno, ADI 1.841, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20/9/2002.

apreço transmudar-se de interesse intramunicipal (ou local) para intermunicipal, deflagrando o nascimento da hipótese autorizadora do exercício da competência estadual para organizar a prestar o serviço de saneamento básico³.

Ao exercer a competência assinalada no art. 21, XX, da Constituição da República, o Congresso Nacional editou a Lei federal 11.445, de 2007, e previu as “diretrizes nacionais para o saneamento básico”. Sob o declarado propósito de atualizar “o marco legal do saneamento básico”, a Lei federal 14.026, de 2020, modificou a designação da Agência Nacional de Águas, acrescentando-lhe a expressão “Saneamento Básico”, atribuindo-lhe uma nova competência: a edição de normas de referência sobre o serviço de saneamento.

Eis o tema que passará a receber a nossa atenção.

2 DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS PARA O SANEAMENTO BÁSICO: OS CONFINS DO ART. 21, XX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição da República outorga à União competência para veicular previsões normativas fixadoras das “diretrizes para o saneamento básico”. Neste contexto, interessa-nos edificar (i) o conteúdo jurídico subjacente a esse instituto jurídico; e (ii) a natureza jurídica das normas editadas a esse propósito⁴.

Em inúmeras passagens, a Constituição da República prevê em favor das pessoas políticas a competência para edição de leis veiculadoras de “diretrizes”.

A União, por exemplo, pode legislativamente fixar as “diretrizes da política nacional de transportes”, o que atualmente se aperfeiçoa por meio dos arts. 35 a 36 da Lei federal 13.844, de 2019, cuja observância se impõe aos Estados e municípios⁵.

À União compete, ainda, fixar as “diretrizes e bases da educação nacional”, nos termos do art. 22, XXIV, da Constituição da República. O alcance dessa espécie de competência legislativa da União restou indubitavelmente fixado mais adiante no Texto Constitucional. Isto porque, no art. 24, IX, da Constituição da República, afiançou-se à União, Estados e Distrito Federal a competência legislativa concorrente para disciplinar a educação, caso em que ao Congresso Nacional cumpre editar normas gerais⁶. Logo, a Constituição da República

³ Nesse sentido: STF, Tribunal Pleno, ADI 1.842, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 19/9/2013.

⁴ Sobre a classificação das normas jurídicas: LEAL, Victor Nunes. Classificação das normas jurídicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 931-948, out. 1945. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v2.1945.8761>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8761>. Acesso em: 26 jul. 2020.

⁵ O que foi didaticamente fixado por meio da Portaria 235, de 2018, do antigo Ministério dos Transportes,

⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.720, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, DJe 30/6/2017; STF, Tribunal Pleno, ADI 2.501, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19/12/2008.

assinala em suas múltiplas passagens que a competência legislativa da União para dispor sobre as “diretrizes” resulta, implicitamente, na competência para edição de normas gerais.

Bastariam esses fundamentos para justificar a ideia segundo a qual compete à União editar normas gerais sobre saneamento básico. Mas outros argumentos somam-se a este. Com efeito, é indubitoso que o saneamento básico se qualifica como função pública umbilicalmente associada à saúde humana⁷. A tutela desse bem jurídico – seja no plano legislativo, seja na concretização dos comandos normativos nele veiculados – é constitucionalmente cominada à concorrente e cumulativa competências legislativa e administrativa de todas as pessoas políticas⁸.

Desse modo, o denominado “marco legal” do saneamento básico – com as alterações recentemente veiculadas na Lei federal 14.026, de 2020 –, veiculam normas gerais sobre esta função estatal.

3 CONCEITO DE NORMA GERAL (E A SUA DISTINÇÃO DE NORMAS ESPECIAIS)

Neste contexto, qual o espectro de abrangência das normas gerais?

Segundo nos parece⁹, o artigo 24, parágrafo primeiro, da Constituição da República, prescreve que, havendo competência concorrente entre as pessoas políticas para legislar sobre determinado plexo de relações intersubjetivas, a lei produzida pelo Poder Legislativo da União veiculará normas gerais sobre o tema.

A expressão “normas gerais” é empregada de forma plurissignificativa na linguagem da Ciência do Direito. Deveras, se pretendermos classificar as normas jurídicas a partir de sua estrutura (um dos possíveis critérios classificatórios existentes) teremos normas jurídicas gerais, abstratas, concretas e individuais.

Ocorre que esse juízo é imprestável para apartar as normas gerais das demais espécies veiculadas no ordenamento jurídico. É que qualquer uma delas poderá ser uma norma geral à luz da classificação estrutural apontada acima. Desta forma, a dessemelhança entre elas prevista constitucionalmente não reside nesse elemento classificatório.

⁷ Nesse sentido: (i) BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, estados e municípios. *Revista de informação legislativa*, v. 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002; e (ii) SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico das concessões de serviço público municipal saneamento básico. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 199-207, jan./mar. 2008.

⁸ Arts. 23, II; 24, XII; 30, VII e 198, todos da Constituição da República.

⁹ ZOCCUN, Maurício. *Regime constitucional da atividade notarial e de registro*. São Paulo: Malheiros, 2018. (Cap. V, itens 16 e 17); e ZOCCUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratação à luz da Constituição da República. In: VALIM, Rafael, DAL POZZO, Augusto Neves, CAMMAROSANO, Marcio (Coords.). *Regime diferenciado de contratações públicas – RDC* (Lei n. 12.462/2011; Decreto n. 7.581/2011): aspectos fundamentais. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 3-15.

Daí porque usualmente qualificam-se como normas gerais as normas jurídicas que veiculam em seu conteúdo mandamentos (i) genéricos a serem observados inexoravelmente por ulteriores atos normativos que pretendam dispor, total ou parcialmente, a respeito do plexo de direitos e obrigações de sujeitos de direitos advindo das possíveis relações jurídicas que tenham por objeto certo bem juridicamente tutelado e (ii) que podem ser aplicados de maneira uniforme e indistinta nas localidades em que se verifique o surgimento de relações jurídicas decorrentes de suas disposições obrigatórias¹⁰.

A esses predicados soma-se outro, identificado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que nelas incluiu o dever de (iii) estabelecer um padrão mínimo de conduta a ser observado por todos os entes políticos, fixando elementar e irredutível plexo de garantias¹¹, sem, contudo, exaurir o seu objeto¹².

Sob essa perspectiva, as normas gerais são normas de produção normativa ou normas de estrutura que, adicionalmente, disciplinam o mínimo essencial do tema por elas legislado. Deste modo, qualificam-se como normas especiais os comandos prescritivos que pretendem disciplinar o comportamento humano em vista dos padrões ditados nas normas gerais¹³, campo especialmente relevante na disciplina normativa relacionado ao saneamento básico em relação aos Estados, Distrito Federal e municípios.

Com efeito, segundo preceitua o art. 24, §§ 2º e 3º, da Constituição da República, no lícito campo de tratamento normativo do saneamento básico por meio de normas gerais, o Congresso Nacional pode (i) exaurir a sua competência, caso em que as demais pessoas políticas podem legislar de modo suplementar; ou (ii) não esgotar, total ou parcialmente, a sobredita competência, caso em que as demais pessoas políticas poderão, respectivamente, legislar de modo pleno ou suplementar.

Foi neste último campo que obrou a Lei federal 11.445, de 2007, que, em sua primitiva redação, nada dispôs sobre a *competência* para o exercício da *função normativa primária* volvida à *regulação nacional* da prestação do serviço público de saneamento básico.

¹⁰ Nesse sentido é o pensamento de, dentre outros: ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro e tributário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 10, p. 45-80, out./dez. 1969; e, ZOCKUN, Maurício. *Regime jurídico das obrigações tributárias acessórias*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 125-127).

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar./abr. 2011. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹² No mesmo sentido: BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: Op. cit. Arts. 23, II; 24, XII; 30, VII e 198, todos da Constituição da República.

¹³ Daí a conclusão óbvia no sentido de que: toda norma geral é veiculada em lei geral, mas nem toda lei geral veicula norma geral. De outra banda, pode haver norma especial veiculada em lei geral, mas não lei especial veiculada em norma geral.

Com efeito, a redação original dessa lei conferia às “entidades reguladoras” estaduais e municipais a competência para o pleno exercício dessa *função normativa primária*¹⁴ afeta à prestação desses serviços. Mas não foi só.

Além disto, essa lei também previu a possibilidade de essa *competência normativa primária* ser delegada à entidade reguladora integrante de outra esfera a regulação da prestação desses serviços públicos (art. 23, § 1º). É dizer: os municípios – pessoas políticas a quem ordinariamente se atribuiu a titularidade do serviço público de saneamento – podem delegar ao Estado (ou a outro município) a competência para *regular* a prestação desse serviço.

Esse panorama foi substancialmente alterado com o advento da Lei federal 14.026, de 2020, que fixou em favor da ANA a prerrogativa para o exercício dessa *regulação nacional*, cujos atos normativos produzidos a esse propósito são de observância cogente pelas demais pessoas políticas. Aliás, a exteriorização dessa nova competência da ANA está pedagogicamente estampada na alteração da própria denominação dessa agência reguladora federal: de Agência Nacional de Águas, essa autarquia passou a ser denominada de Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

Mais do que uma modificação de nome, a alteração empreendida estampa a concreta mutação da competência normativa prevista em favor da ANA: a *regulação nacional* em matéria de saneamento básico.

É sobre esta competência que passamos a nos debruçar.

4 REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

A Constituição da República emprega o vocábulo *regulação* para designar a competência conferida ao Estado para produzir ato jurídico¹⁵ veiculador do comando normativo primário¹⁶ ou secundário¹⁷, este último volvido à fiel execução da lei. Em algumas passagens da Constituição da República aglutina-se sob esse rótulo tanto a função normativa primária

¹⁴ Ao nosso juízo, essa competência qualifica-se como hipótese de sujeição especial (ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. A relação de sujeição especial no direito brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 121-137, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1141). Esse pensamento já foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal em alguns votos, caso da Min^a. Rosa Weber (STF, Tribunal Pleno, Rel^a. Min^a. Rosa Weber, ADI 4.874, DJe 1º/2/2018).

¹⁵ Art. 25, § 2º; 91, §2º.

¹⁶ Arts. 5º, XXXI, XLVI, LXXI; 18, § 2º; 20, § 2º; 146, II; 155, § 1º, III; 155, § 3º, III; 172; 173, § 3º.

¹⁷ Art. 49, V; 84, IV; 87, II; 105, I, 'h'; 105, parágrafo único, I.

como a secundária¹⁸. Daí poder-se afirmar a existência de *regulação normativa primária*¹⁹ e *regulação normativa secundária*²⁰.

Não vemos nessa *regulação normativa primária* uma hipótese de transferência de competência normativa parlamentar para inovar o ordenamento jurídico ou mesmo quebra do princípio da legalidade²¹. Como assinalamos anteriormente, entendemos ser hipótese de *sujeição especial* que, delimitando os confins da legalidade constitucionalmente fixada, autoriza a inovação do ordenamento jurídico de modo inaugural²².

Já a *competência regulamentar* (ou *regulamentação*) consiste na prerrogativa de editar atos normativos *secundários*, volvidos à fiel execução da lei. Neste contexto, o exercício da *competência regulamentar* impõe-se como um dever, sem o que não se viabiliza o desempenho da denominada *função regulamentar* ou *função regulamentadora*²³.

Percebe-se, pois, haver coincidência entre os conceitos de *regulação normativa secundária* e *competência regulamentar*: eles designam um mesmo objeto. Por esta razão, reserva-se o conceito de *regulação* aos casos de *regulação normativa primária*.

Nesse contexto, as agências reguladoras podem ser investidas tanto na prerrogativa para realizar a *regulação* como para *regulamentar*²⁴, sendo que, na primeira hipótese, os

¹⁸ Art. 102, I, 'q'.

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, admite a regulação normativa primária a ser realizada pelas agências reguladoras, sob o manto da sujeição especial, tese que comungamos (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. Cap. IV, item 23). No mesmo sentido: CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁰ Antes a multiplicidade de referências constitucionais à regulação, bastante variado é o conceito de regulação. Nesse sentido: MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, abr. 2002. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v228.2002.46658>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46658/44479>. Acesso em: 23 ago. 2020.

²¹ Nesse sentido: (i) ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. *Revista de informação legislativa*, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000; e (ii) ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. *Revista digital de direito administrativo*, v. 6, n. 1, p. 202-224, 2019.

²² E isso com implícito fundamento constitucional, *ex vi* art. 51, IV; 52, XIII e 84, VI, 'a', todos da Constituição da República.

²³ Daí porque o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade da Lei federal 9.782, de 1999 afirmou que a competência prevista em favor das agências reguladoras se qualifica como *função normativa (primária)* e não como *função regulamentar*. E com base nessa competência normativa primária, a agência reguladora poderia produzir atos (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico e (iii) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial.

²⁴ Como se reconheceu no voto proferido pela Min^a. Rosa Weber nos autos da Ação direta de inconstitucionalidade 4.874 (STF, Tribunal Pleno, ADI 4.874, DJe 1º/2/2018).

confinos daquela competência devem estar delineados em lei²⁵. A essa dúplici competência atribuída às agências reguladoras tem-se referido como *poder normativo*²⁶.

5 COMPETÊNCIA DA ANA PARA EDITAR REGULAÇÃO NORMATIVA PRIMÁRIA E NACIONAL SOBRE O SANEAMENTO BÁSICO

5.1 Competência normativa para regulação nacional

Ao nosso juízo, com o advento da Lei federal 14.026, a ANA passou a gozar de competência normativa primária para *regulação nacional* do serviço público de saneamento básico, razão por que as prescrições editadas a esse propósito devem ser servilmente observadas pelas demais pessoas políticas e suas entidades reguladoras. Explica-se.

Na hipótese de o Congresso Nacional editar lei veiculando *norma geral* cuja irradiação dos seus efeitos demande a edição de atos normativos primários ou secundários, qual será a pessoa política competente para produzi-los? Permita-nos antecipar a resposta: essa atribuição competirá ao Chefe do Poder da pessoa política a quem se atribuiu a competência para edição da *norma geral*²⁷.

Com efeito, no campo da *regulação* (como forma de *sujeição especial*), isso se justifica pelo fato de essa prerrogativa emergir da mesma competência que autoriza a produção de lei nacional sobre a matéria (como forma de *sujeição geral*). Já no campo da *competência regulamentar*, essa competência é fruto do *dever* de a autoridade competente dar fiel execução à *lei nacional*.

Neste contexto, se a Nação brasileira fez publicar lei veiculando *norma geral*, a mesma pessoa que produziu essa norma será competente para *regulá-la e regulamentá-la*.

²⁵ Sobre o tema: (i) ZOCKUN, Maurício. Controle de preços de medicamentos pela CMED. Obrigatoriedade de seus fabricantes e distribuidores aplicarem, na sua venda, desconto compulsório (CAP) sobre o denominado "preço fábrica". A formação do "preço fábrica" e o usufruto facultativo de isenções tributárias condicionadas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 51-52, p. 179-193, 2009; e (ii) JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. Daí não nos parecer acertado afirmar que nestes casos há *delegalização* [caso, por exemplo, de Sérgio Guerra, ao comentar o voto proferido pelo Ex-Ministro Eros Grau na Ação direta de inconstitucionalidade 2.591 (GRAU, Eros Roberto. Função normativa do Conselho Monetário Nacional: regulação sistêmica e a capacidade normativa de conjuntura. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 254, p. 261-273, maio 2010. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v254.2010.8083>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8083/6871>. Acesso em: 23 ago. 2020)].

²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras... Op. cit.

²⁷ Esse raciocínio não se aplica ao Poder Judiciário, pois o Supremo Tribunal Federal entendeu que esse órgão do Estado tem feição nacional. Sendo o Poder Judiciário *uno*, os múltiplos Tribunais e Justiças se caracterizam em meras repartições internas de atribuições para mais adequadamente efetivar a prestação jurisdicional. Sobre o assunto: STF, Tribunal Pleno, ADI 3.854, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/6/2007.

Como o Congresso Nacional e o Poder Executivo federal representam, cumulativamente, o Poder Legislativo e Executivo nacional e federal, cumpre ao último *regular e regulamentar* as leis nacionais (sendo possível a fixação ou delegação dessa competência para outras pessoas integrantes da sua estrutura orgânica, caso das autarquias).

Foi isto que, precisamente, se deu com a edição Lei federal 13.979, de 2020.

Deveras, sabemos que essa lei pretendeu veicular *normais gerais* disciplinadoras das medidas a serem nacionalmente adotadas para o enfrentamento da Covid-19. Um dos seus dispositivos (art. 3º, §9º) conferiu ao Chefe do Poder Executivo federal a prerrogativa de arrolar os serviços públicos e atividades essenciais, cuja prestação e exercício não podem ser interrompidos por medida limitadora imposta por ato oriundo das demais pessoas políticas.

Nesse contexto, o Presidente da República editou o Decreto 10.282. Esse ato não se qualifica como *regulamento federal*, mas como *regulamento nacional*. Isso porque nele se arrolam os serviços públicos e atividades essenciais *nacionalmente* indispensáveis e que, portanto, não podem ter o seu exercício integralmente turbado pelas demais pessoas políticas²⁸. Por igual razão, a edição desse *ato regulamentar nacional* não impede que as demais pessoas políticas editem *ato regulamentar suplementar*²⁹.

Daí ser competência do Chefe do Poder Executivo federal ou de pessoa integrante da Administração federal *regular nacionalmente* ou *regulamentar nacionalmente* a prestação do serviço de saneamento, nos limites e confins fixados pela Lei federal 14.026, de 2020.

5.2 Edição de normas de referência: regulação nacional do serviço de saneamento básico

O art. 1º, *caput*, da Lei federal 9.984 (Lei da ANA), passou a prever que a ANA será “responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico”. Em outra passagem reitera-se o propósito dessas “normas de referência” volvidas ao mesmo propósito (art. 3º, *caput*).

²⁸ Inúmeras medidas liminares concedidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal reconheceram a feição nacional desse *decreto regulamentar*, razão por que suspenderam os efeitos de atos estaduais e municipais que pretendiam impedir o desempenho dessas atividades. Nesse sentido: (i) STF, Medida cautelar na Reclamação 40.014, de 15/4/2020; (ii) STF, Suspensão de Tutela Provisória 172, de 8/4/2020; e (iii) STF, Suspensão de Liminar 1.315, de 17/4/2020.

²⁹ O que foi igualmente assegurado por decisões proferidas no âmbito da Suprema Corte no curso das medidas de enfrentamento da Covid-19. Por meio delas impediu-se o Poder Executivo federal de imprimir ao referido *ato regulamentar nacional* atributo de *ato regulamentar privativo*, impeditivo do exercício, pelos Estados e municípios, da edição de *ato regulamentar supletivo*. Neste sentido: (i) STF, Suspensão de Liminar 1.334, de 26/5/2020; e (ii) Suspensão de Tutela Provisória 175, de 15/4/2020.

A natureza nacional dessas “normas de referência” emerge das prescrições veiculadas no art. 4º-A da Lei da ANA. Isso porque nele se prevê em favor da ANA a competência para fixar a *regulação nacional* aplicável à prestação desse serviço público, cuja observância é cogente pelos titulares desses serviços, quais sejam: os municípios e os Estados, no âmbito das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, bem como as respectivas entidades reguladoras.

E qual a amplitude dessas “normas de referência”, no bojo da qual, como vimos, será prevista a *regulação nacional* da prestação desses serviços públicos?

a) *padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico* (art. 4º-A, §1º, I, da Lei federal 9.984).

Segundo o art. 3º Lei federal 11.145, os “sistemas de saneamento básico” compreendem as infraestruturas e instalações operacionais³⁰ voltadas à prestação dos serviços de abastecimento de água potável³¹, esgotamento sanitário³², limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos³³ e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas³⁴.

Até então cada ente público pôde *regular de modo pleno* os padrões de qualidade e eficiência de prestação dos sobreditos serviços. Desse modo, até que sobrevenha a *regulação nacional* a ser editada pela ANA, estas normas continuarão produzindo regularmente os seus efeitos (*ex vi*, art. 24, § 3º, da Constituição da República), não sendo necessariamente revogadas após o seu advento (*ex vi*, art. 24, § 4º, da Constituição da República).

³⁰ Art. 3º, I, da Lei federal 11.445.

³¹ “constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição” (art. 3º, I, ‘a’, da Lei federal 11.445). O Decreto federal 7.217 regulamentou esse dispositivo prevendo que o “sistema de abastecimento de água” deve ser entendido como a “instalação composta por conjunto de infraestruturas, obras civis, materiais e equipamentos, destinada à produção e à distribuição canalizada de água potável para populações, sob a responsabilidade do Poder Público” (art. 2º, XXIV).

³² “constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente” (art. 3º, I, ‘b’, da Lei federal 11.445).

³³ “constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana” (art. 3º, I, ‘c’, da Lei federal 11.445).

³⁴ “constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes” (art. 3º, I, ‘d’, da Lei federal 11.445).

b) *regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico* (art. 4º-A, § 1º, II, da Lei federal 9.984)

A fixação de diretrizes nacionais para mensuração do valor da remuneração dos serviços públicos de saneamento básico não é propriamente uma novidade entre nós. Sendo esta remuneração realizada por meio da instituição e cobrança de taxa, esta disciplina já está fixada em norma geral (arts. 77 a 80 do Código Tributário Nacional). Dando-se esta remuneração por meio de tarifa, a Lei federal 6.528, de 1978, previa em favor do extinto Ministério do Interior a prerrogativa de fixar as normas gerais de tarifação no âmbito do Plano Nacional de Saneamento – PLANASA³⁵.

Segundo o art. 4º-A, § 1º, II, da Lei federal 9.984, a regulação nacional da tarifa a ser cobrada pela prestação desses serviços deve levar em consideração “a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico”. Neste contexto, cumprirá à ANA estabelecer os critérios técnicos que balizem e orientem a fixação do valor dessas tarifas pelos Estados e municípios, inclusive para fins de concessão desse serviço.

Apesar de a lei ter conferido à ANA a prerrogativa de fixar a *regulação tarifária geral*, disto não decorre a competência para fiscalizar a servil obediência dessa *regulação* pelos Estados e municípios. Afinal, eventual conflito federativo instalado a esse propósito entre as pessoas políticas poderia ser solucionado pela via consensual por meio da mediação ou da conciliação³⁶ ou, ainda, na via contenciosa, pelo Supremo Tribunal Federal³⁷.

Logo, cumprirá aos órgãos reguladores estaduais e municipais, aos Tribunais de Contas, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à sociedade valer-se dos instrumentos jurídicos colocados à sua disposição para apurar (e, eventualmente, impugnar) o (des)compasso entre a matriz tarifária prevista no edital (e na minuta do contrato de concessão) e as balizas nacionalmente fixadas pela ANA esse propósito. E mais: é recomendável que essa fiscalização (especialmente pelos Tribunais de Contas) seja realizada previamente à publicação dos certames, evitando-se, assim, agravos aos consumidores, à sociedade em geral e aos potenciais interessados na concessão, ainda mais considerando os longos prazos das concessões.

³⁵ Segundo o art. 12 do revogado Decreto federal 82.587, de 1978, “a estrutura tarifária deverá representar a distribuição de tarifas por faixas de consumo, com vistas à obtenção de uma tarifa média que possibilite o equilíbrio econômico-financeiro das companhias estaduais de saneamento básico, em condições eficientes de operação”. A proposta de revisão fixação, revisão e reajustes eram submetidos à prévia aprovação de entidades e órgãos do Governo federal (art. 9º, ‘b’ e ‘c’, do Decreto federal 82.587).

³⁶ Fundado na Lei federal 13.140.

³⁷ Art. 102, I, ‘f’, da Constituição da República.

c) *padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos* (art. 4º, § 1º, III, da Lei federal 9.984)

Outra relevante inovação a ser concretizada por meio dessas “normas de referência”, a serem nacionalmente editadas pela ANA, diz respeito à fixação de cláusulas gerais das minutas dos contratos de concessão ou instrumentos afins, viabilizadores da prestação indireta³⁸ desses serviços públicos³⁹.

Chama atenção aspectos que pedagogicamente devem estar contemplados nestes instrumentos negociais padronizados, a saber: (i) metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, (ii) especificação da matriz de riscos; e (iii) mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades.

Nesse sentido, a ANA precisará edificar os requisitos mínimos e essenciais que deverão estar contemplados na matriz de risco a ser elaborada pelos Estados e municípios, aí compreendendo-se (i) a identificação e detalhamento das situações de riscos potenciais, assim como (ii) os critérios objetivos para distribuí-los (os riscos) entre o poder concedente e o concessionário. E concretamente edificada a matriz de risco, a parte a quem se atribuiu a assunção de um determinado risco não poderá invocar a sua ocorrência como causa ensejadora do reequilíbrio econômico-financeira da relação estabelecida.

Como a *regulação nacional* sobre a matéria não poderá exaurir o objeto regulado – mas apenas fixar padrões mínimos a serem observados pelas “entidades reguladoras” estaduais e municipais –, nada impede que as demais pessoas políticas detalhem de modo mais minucioso e particularizado as situações de risco, aprimorando, ainda mais, a distribuição exclusiva ou compartilhada dos riscos entre os sujeitos da relação⁴⁰. Esta ideia está explíci-

³⁸ Pois na prestação direta desses serviços, esse dever constitucional e o regime de remuneração são fixados diretamente em lei (e não em instrumentos negociais).

³⁹ A padronização de instrumentos foi levada a efeito, por exemplo, pelo Conselho Nacional de Justiça que, ao editar a Resolução 81, de 2009, fixou a minuta nacional do edital do concurso volvido ao provimento de serventias extrajudiciais declaradas vagas. De seu turno, essa minuta deverá ser servilmente observada pelos Tribunais de Justiça do País na realização dos noticiados concursos, observada a natural margem de liberdade para, observadas as previsões gerais nela contidas, dispor do modo suplementar sobre matérias relevantes localmente (caso, por exemplo, dos deveres funcionais veiculados em normas expedidas pela Corregedoria-Geral de Justiça).

⁴⁰ Sobre a matriz de risco, especialmente nos contratos de concessão: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 23 ago. 2020. Sobre a extensão da ideia de matriz de risco, aplicável ao controle interno, leia-se: PIRONTI, Rodrigo. Controle interno. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/146/edicao-1/controle-interno>. Acesso em: 23 ago. 2020.

tamente contemplada no art. 4º-A, § 3º, IV, da Lei federal 9.984, que pedagogicamente prevê a possibilidade de *regulação suplementar* para atender as peculiaridades locais e regionais.

d) *metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados* (art. 4º-A, §1º, VII, da Lei federal 9.984)

A indenização por investimentos não amortizados é um tema desafiador, especialmente em vista da longa duração dos contratos de concessão e a inexistência de critério legal a ser utilizado para esse propósito⁴¹. Daí porque a fórmula para o cálculo da indenização por investimento não amortizado ou depreciado é rotineiramente prevista no bojo do contrato de concessão, não raramente tão lacônica como a própria lei⁴². Esta vicissitude enferma largamente as relações jurídicas entabuladas entre o poder público e pessoas prestadores do serviço de saneamento: seja como contrato de programa, seja como concessão⁴³.

A nova lei procura romper essa inegável omissão no campo próprio da *regulação nacional*, a exemplo do que já se procedeu em outros setores regulados⁴⁴.

Ante a diversidade e multiplicidade de situações jurídicas relacionadas ao tema, deve a ANA instaurar amplo debate com a sociedade para edificação de uma *regulação* que dê maior segurança jurídica tanto para os contratos ainda em vigor como aqueles que serão entabulados a partir do novo parâmetro nacional de indenização aplicável à hipótese.

⁴¹ Não se trata de situação nova, com se lê do alentado parecer elaborado em 1961 por Aliomar Baleeiro, que empreendeu grande esforço e importou as múltiplas soluções econômicas para fixação da justa indenização nestes casos (BALEIRO, Aliomar. Concessão de serviço público - Energia elétrica – Encampação – Desapropriação – Justa indenização – Custo histórico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 67, p. 277-317, maio 1962. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v67.1962.22866>. Disponível em: <http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/22866/21630>. Acesso em: 24 ago. 2020).

⁴² Nesse sentido: KLEIN, Aline Licia. Formas de extinção das concessões e seus efeitos. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/81/edicao-1/formas-de-extincao-das-concessoes-e-seus-efeitos>. Acesso em: 23 ago. 2020.

⁴³ Como observou André Luiz Freire: FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/379/edicao-1/saneamento-basico-titularidade-regulacao-e-descentralizacao>. Acesso em: 23 ago. 2020.

⁴⁴ A exemplo das concessões rodoviárias, com a edição, pela ANTT, da Resolução 5.680, de 2019 que “Estabelece a metodologia para cálculo dos valores de indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais”.

5.3 Análise de impacto regulatório (AIR)

Um novo universo regulatório se abre à ANA com o advento da Lei federal 14.026: a edição da *regulação nacional* sob a denominação de “normas de referência”.

Nesse contexto, é imperiosa a observância do art. 6º da Lei federal 13.848, conhecida como lei geral das agências reguladoras federais. Segundo esse preceito normativo, a edição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos, consumidores e usuários devem ser precedidas da AIR, não sendo o caso de dispensá-lo ao fundamento do seu baixo impacto, nos termos do arts. 2º, II e 4º, III, do Decreto federal 10.411, de 2020.

Urge, pois que os múltiplos aspectos *regulatórios nacionais* sejam edificados apenas para tutela do interesse público, mas que os destinatários dessa atividade estatal possam com ela colaborar, concretizando-se a gestão democrática da coisa pública⁴⁵.

6 CONCLUSÃO

A Lei federal 14.026, de 2020, inovou o ordenamento jurídico e previu em favor da ANA um vasto plexo de competências para edição de *regulação nacional* sobre a prestação de serviço público de saneamento, cujos preceitos gerais deverão ser observados pelas demais pessoas políticas, não obstante elas possam *regular de modo suplementar*.

Nesse contexto, há um duplo dever: de não apenas regular, mas de regular de modo democrático, o que impõe à ANA a elaboração das “normas de referência” por meio da AIR.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. *Revista de informação legislativa*, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000.

ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. *Revista digital de direito administrativo*, v. 6, n. 1, p. 202-224, 2019.

ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro e tributário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 10, p. 45-80, out./dez. 1969

BALEEIRO, Aliomar. Concessão de serviço público - Energia elétrica – Encampação – Desapropriação – Justa indenização – Custo histórico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 67, p. 277-317, maio 1962. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v67.1962.22866>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/22866/21630>. Acesso em: 24 ago. 2020

⁴⁵ ZOCKUN, Maurício. A participação popular como forma de atendimento ao princípio da eficiência no direito administrativo brasileiro. *Revista Internacional de Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 129-136, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, estados e municípios. *Revista de informação legislativa*, v. 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.874, Rel^a. Min^a. Rosa Weber, DJe 1^o/2/2018.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.720, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, DJe 30/6/2017.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, ADI 3.854, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/6/2007.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, ADI 2.501, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19/12/2008.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, ADI 1.842, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 19/9/2013.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, ADI 1.841, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20/9/2002.

BRASIL. STF, Suspensão de Tutela Provisória 175, de 15/4/2020.

BRASIL. STF, Suspensão de Tutela Provisória 172, de 8/4/2020.

BRASIL. STF, Suspensão de Liminar 1.334, de 26/5/2020.

BRASIL. STF, Suspensão de Liminar 1.315, de 17/4/2020.

BRASIL. STF, Medida cautelar na Reclamação 40.014, de 15/4/2020.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FAGUNDES, Marina Aidar de Barros; CARVALHO, André Castro. Entidades reguladoras como guardiãs de contratos de saneamento básico: panorama regulatório na aplicação de revisões e reajustes tarifários no Brasil. *Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)*, vol. 5, n. 1, 2018.

FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/379/edicao-1/saneamento-basico:-titularidade,-regulacao-e-descentralizacao>. Acesso em: 23 ago. 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 23 ago. 2020.

GRAU, Eros Roberto. Função normativa do Conselho Monetário Nacional: regulação sistêmica e a capacidade normativa de conjuntura. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 254, p. 261-273, maio 2010. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v254.2010.8083>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8083/6871>. Acesso em: 23 ago. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KLEIN, Aline Lícia. Formas de extinção das concessões e seus efeitos. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/81/edicao-1/formas-de-extincao-das-concessoes-e-seus-efeitos>. Acesso em: 23 ago. 2020.

LEAL, Victor Nunes. Classificação das normas jurídicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 931-948, out. 1945. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v2.1945.8761>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8761>. Acesso em: 26 jul. 2020.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, abr. 2002. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v228.2002.46658>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46658/44479>. Acesso em: 23 ago. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar./abr. 2011. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

PIRONTI, Rodrigo. Controle interno. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/146/edicao-1/controle-interno>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico das concessões de serviço público municipal saneamento básico. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 199-207, jan./mar. 2008.

TACITO, Caio. Serviços de saneamento básico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 242, p. 199-202, out. 2005. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v242.2005.42987>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42987/44602>. Acesso em: 26 jul. 2020.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. A relação de sujeição especial no direito brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 121-137, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1141.

ZOCKUN, Maurício. *Regime constitucional da atividade notarial e de registro*. São Paulo: Malheiros, 2018.

ZOCKUN, Maurício. A participação popular como forma de atendimento ao princípio da eficiência no direito administrativo brasileiro. *Revista Internacional de Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 129-136, 2015.

ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratação à luz da Constituição da República. In: VALIM, Rafael, DAL POZZO, Augusto Neves, CAMMAROSANO, Marcio (Coords.). *Regime diferenciado de contratações públicas – RDC* (Lei n. 12.462/2011; Decreto n. 7.581/2011): aspectos fundamentais. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 3-15.

ZOCKUN, Maurício. *Regime jurídico das obrigações tributárias acessórias*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZOCKUN, Maurício. Controle de preços de medicamentos pela CMED. Obrigatoriedade de seus fabricantes e distribuidores aplicarem, na sua venda, desconto compulsório (CAP) sobre o denominado “preço fábrica”. A formação do “preço fábrica” e o usufruto facultativo de isenções tributárias condicionadas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 51-52, p. 179-193, 2009.

COMO DEVERÁ SER CALCULADA A INDENIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS FEITOS PELAS ATUAIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAANEAMENTO CASO O MUNICÍPIO DECIDA ROMPER O CONTRATO?

PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA

Doutor e mestre em Direito do Estado pela
Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Professor de Direito Administrativo
Procurador do Estado do Paraná
Advogado

RAQUEL DIAS DA SILVEIRA

Doutora e mestre em Direito Administrativo pela
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Membro da Comissão de Gestão Pública e
Controle da Administração da OAB-PR
Professora de Direito Administrativo
Advogada

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A necessidade de aplicação da Lei n. 8.987/1995. 3 Das hipóteses de extinção da concessão na Lei Geral de Concessões. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Propõe a Comissão Científica do XXXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, presidido pelo eminente professor Maurício Zockun¹, resposta a seguinte indagação: “como deverá ser calculada a indenização dos investimentos feitos pelas atuais prestadoras de serviços públicos de saneamento (exemplo: empresas estatais), caso o Município decida romper o contrato?”

¹ Realizado entre os dias 4 a 7 de novembro de 2020, em São Paulo, via Internet, em virtude da pandemia do coronavírus.

Antes da resposta, que possui múltiplas facetas, conforme mostraremos em frente, entendemos que algumas considerações deverão ser realizadas, notadamente em razão de que a nova Lei de Saneamento, ao longo de seus 24 artigos, não traz nenhum dispositivo tratando da temática apresentada.

Com efeito, num país que se notabiliza muito mais pela quebra contratual (quer na esfera pública, quer na esfera privada) do que o escorreito cumprimento da avença, em todas as suas cláusulas, seria muito oportuno de que a nova Lei, ao menos tratasse do tema, eis que o mesmo, é extremamente interessante e de fundamental importância para as finanças dos Municípios, que como se sabe, em matéria de saneamento, são o poder concedente.

Contudo, a nova Lei assim não desejou fazê-lo. Muito embora a Lei Federal n. 14.026² traga inovações interessantes, prometa (algo que já se antevê difícil) otimistas metas de universalização e possua algumas claras inconstitucionalidades (que por evidente não serão objeto do presente texto), o cumprimento da mesma, pelos municípios concedentes e as contratadas para o desiderato (empresas estatais, notadamente estaduais e empresas privadas), é de fundamental importância para o futuro do Brasil.

Nosso país, em termos de saneamento básico, vive, ou melhor apontando, sempre viveu, uma situação trágica. Imensas regiões, não só no distante interior, mas mesmo dentro dos territórios das grandes metrópoles, ainda não possuem saneamento básico condizente com a dignidade da pessoa humana. O risco à saúde, à segurança e a continuidade do serviço, mesmo nas cidades de maior IDH³ do Brasil, são portentosos e talvez, ao lado da educação e da saúde, o saneamento seja uma das “chagas abertas” do nosso país.

Aliás, o saneamento possui estreita relação com a saúde pública. A Organização Mundial de Saúde calcula que para dólar investido em água e saneamento economiza-se 4,3 dólares em saúde global.⁴

² BRASIL. *Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020*. Atualiza o marco legal do saneamento básico [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

³ O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida resumida do progresso a longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O objetivo da criação do IDH foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral e sintética que, apesar de ampliar a perspectiva sobre o desenvolvimento humano, não abrange nem esgota todos os aspectos de desenvolvimento. PNUD. *Índice de desenvolvimento humano*. S.d. Disponível em: www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html. Acesso em: 25 jul. 2021.

⁴ “A Organização Mundial da Saúde (OMS) afirmou que, para cada dólar investido em água e saneamento, são economizados 4,3 dólares em custos de saúde no mundo, enquanto 2,5 bilhões de pessoas ainda sofrem com a falta de acesso a serviços de saneamento básico e 1 bilhão pratica a defecação ao ar livre. O relatório da Organização foi publicado nesta quarta-feira (19), marcando o Dia Mundial dos Banheiros. A assistência internacional a favor das melhorias na qualidade dos serviços de água e saneamento aumentou seu comprometimento financeiro em 30% entre 2010 e 2012 – de 8,3 bilhões para 10,9 bilhões –, especialmente para as regiões mais vulneráveis, como a África Subsaariana e o sudeste e o sul da Ásia. Estima-se que, para cada dólar investido

De outro vértice, a Covid-19 demonstrou que regiões com bons serviços de saneamento enfrentam a pandemia em muito melhores condições do que outras onde o serviço é precário ou inexistente, conforme estudo levado a cabo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV):

Menos despesas com saúde e menor efetividade dos gastos produziram um quadro conhecido de sucateamento de sistema de saúde, menor volume de leitos hospitalares, escassez de médicos e - não menos importante - menor acesso a água, saneamento e higiene - em inglês, WASH (water, sanitation and hygiene). O Brasil se enquadra obviamente nessa descrição. Apesar do reconhecimento da prioridade do tema - desde 2016 se desenha e trabalha para aprovar um novo marco legal para o saneamento - os avanços tardam. Mas a crise não. E nos pega despreparados. Para além do tratamento, a prevenção é medida essencial para conter a disseminação do vírus. Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde (OMS) destaca que a melhor forma é manter bons hábitos de higiene, dentre eles lavar as mãos com água e sabão frequentemente. Nesse cenário de pandemia, fica ainda mais evidente como o setor WASH é de extrema importância para toda a população.⁵

Assim, é evidente que a nova Lei irá impactar o Brasil nos próximos anos, restando saber se para melhor ou para pior, o que dependerá, basicamente, da atuação dos gestores municipais, estaduais e federais na aplicação da Lei e das concessionárias (sejam estatais ou empresas privadas) em cumprirem os contratos de concessão que serão assinados a partir da nova lei.

Ademais, e a experiência mostra que a partir das reformas neoliberais introduzidas pelo governo Fernando Henrique Cardoso e mantidas nos governos Luís Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff, Michel Temer e o atual mandatário, foram inúmeros os casos em que o não-cumprimento das cláusulas contratuais, nas concessões, quer pelo concedente, quer pelo concessionário, foi uma constante, sendo que as agências reguladoras mantiveram-se, durante todo o longo período citado, inertes, num verdadeiro abandono ao cidadão-consumidor e expressa violação de uma série de direitos constitucionalmente assegurados à população brasileira.

em saneamento básico e água, o PIB global cresce em 1,5% e sejam economizados 4,3 dólares em saúde no mundo. Por isso, é essencial que os esforços voltados para o tema estejam entre as prioridades da agenda de desenvolvimento pós-2015. No entanto, graves lacunas no financiamento direcionado à causa ainda impedem o progresso. Milhares de pessoas no mundo se tornam mais suscetíveis a doenças como a diarreia – a segunda maior causa de morte entre crianças abaixo dos cinco anos –, o cólera, a hepatite e a tifoide, por conta de condições precárias de saneamento, água e higiene. Além disso, a disseminação do ebola na África Ocidental vem sendo exacerbada pela debilidade do estado desses serviços nas comunidades e, sobretudo, nas instalações médicas locais”. RGS ENGENHARIA. OMS: Para cada dólar investido em água e saneamento, economiza-se 4,3 dólares em saúde global. 2020. Disponível em: <https://www.rgsengenharia.com.br/blog/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-4-3-dolares-em-saude-global>. Acesso em: 25 jul. 2021.

⁵ DUTRA, Joisa; SMIDERLE, Juliana. Água e saneamento na pandemia da Covid-19. FGV CERi, abr. 2020. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/2020-04/saneamento_joisa_juliana.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

2 A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI N. 8.987/1995

Conforme antes assinalado a nova Lei de Saneamento não traz qualquer dispositivo sobre os casos em que o poder concedente deseje “romper o contrato”. Na ausência de regulação da lei especial, se passa a utilizar a lei geral, no caso a de n. 8.987/95.⁶

Antes de se analisar os casos de “rompimento de contrato” na Lei Geral de Concessões, é necessário frisar que o poder concedente não deseja mais a continuidade do contrato, ele poderá tomar dois caminhos absolutamente diversos: (I) municipalizar novamente a prestação do serviço, assumindo o serviço de saneamento em todas as suas fases ou (II) realizar licitação para a escolha da nova concessionária.

Em qualquer dos casos, como se mostra evidente, assumirá os riscos pelo rompimento do contrato com a atual concessionária, na maioria das vezes empresa estatal estadual.

A Lei Geral de Concessões, no seu Capítulo X – Da extinção da concessão, artigo 35, estabelece que a concessão pode ser extinta por (I) advento do termo contratual; (II) encampação; (III) caducidade; (IV) rescisão; (V) anulação e (VI) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

De fundamental importância para o que vem em frente, são os parágrafos do mencionado artigo: (1^o) Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato; (2^o) Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários; (3^o) A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis; (4^o) Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

Deste modo, já é possível antever que o “rompimento do contrato” implica, necessariamente, nas indenizações devidas conforme o estabelecido no contrato de concessão, devendo o poder concedente proceder os levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, remetendo-se a matéria aos artigos antes citados. São eles: (Art. 36). A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens

⁶ BRASIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. (Art. 37). Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

É possível vislumbrar, portanto, que a decisão de “romper o contrato” é extremamente perigosa, eis que poderá impactar violentamente as finanças do Município que assim o deseje, uma vez que *todos os investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido*, deverão ser objeto de indenização. Ademais, no caso da encampação, a retomada do serviço pelo poder concedente somente será possível após prévio pagamento da indenização.

Pelo exposto, podemos fazer já, uma primeira conclusão: o “rompimento do contrato”, pelos valores envolvidos para a prestação de um serviço de saneamento, sempre com grandes custos, poderá, conforme o caso, ser uma irresponsabilidade muito grande para um Município, notadamente os de menor porte econômico.

3 DAS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DA CONCESSÃO NA LEI GERAL DE CONCESSÕES

Conforme antes revelado todas as hipóteses de extinção das concessões implicam, necessariamente, e conforme o caso de maneira diversa, no dever de indenizar o concessionário por parte do poder concedente.

A primeira, e mais corriqueira, forma de extinção da concessão é o advento do termo contratual. A matéria, quer na lei, na doutrina ou na jurisprudência, segue uma lógica cartesiana. Decorrido o termo do contrato se encerra a participação da concessionária na prestação do serviço retornando o mesmo à responsabilidade do poder concedente. Caso queira prestar o serviço de forma direta, irá se apossar de todos os bens reversíveis necessários à continuidade da prestação dos serviços, tendo o dever de indenizar a concessionária pelas parcelas dos investimentos realizados ainda não amortizados ou depreciados em relação aos bens reversíveis.

Desejando continuar com o instituto da concessão deverá, no período antecedente ao advento do termo contratual, realizar os estudos necessários para a elaboração do novo edital de licitação e realizar a mesma em prazo nunca inferior ao do término do contrato, eis que, do contrário, não realizando a licitação no prazo compatível, e renovando o contrato de forma emergencial haverá, na espécie, quase certo, ato de improbidade administrativa e a autoria e materialidade de diversos artigos do Código Penal. Corriqueira no Brasil a prática, lesando-se os contribuintes e a população em geral. Diversos jornalistas bem fazer em dizer

que em casos assim não estamos diante da “privatização”, mas sim da “privataria”. Ademais, fica aqui consignado, sem maiores aprofundamentos, eis que o espaço não permite, que em termos de “privatizações” existem outras inúmeras formas de “privataria”.

Nos casos de encampação, que são aqueles em que o poder concedente retoma o serviço por razões ideológicas ou políticas, a Lei Geral exige prévia autorização legislativa e mais uma vez previamente o pagamento da indenização, nos exatos termos antes citados (indenização das parcelas de investimentos não amortizados ou depreciados dos bens reversíveis, além, e aqui é importante frisar, danos emergentes e lucros cessantes, o que poderá implicar numa indenização em valores muito acima das possibilidades do poder concedente.

Na caducidade, onde o “rompimento” do contrato não se dá por vontade do poder concedente, mas sim por culpa da concessionária, a Lei Geral exige um processo administrativo prévio, com contraditório e ampla defesa, a fim de reste consignada a culpa da concessionária em qualquer das modalidades da má prestação do serviço público. Em virtude da prática culposa da concessionária a mesma não terá o direito, como corolário lógico, à indenização.

A culpa na caducidade, possui contornos legais, encontrados no artigo 38 da Lei Geral de Concessões e são elas: (I) o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço; (II) a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão; (III) a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior; (IV) a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; (V) a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; (VI) a concessionária não atender intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço e (VII) a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do artigo 29 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.⁷

Importante realçar que na forma do parágrafo 6º do artigo supramencionado que declarada a caducidade, não resultará para ao poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

A rescisão do contrato, sem qualquer contorno legal na Lei Geral, se dá quando poder concedente e concessionária resolvem encerrar o mesmo. A indenização, em sendo assim, pela lógica, implicará na indenização daquilo que ainda não foi amortizado e depreciado.

⁷ *Mutatis mutandis* com a nova Lei de Licitações.

A anulação do contrato, mais uma vez sem qualquer discricão na Lei Geral, se dá quando “houver sido outorgada com vício jurídico”. “Se não tiver havido má-fé do concessionário, cabe-lhe indenização pelas despesas efetuadas e, no caso de já se encontrar o serviço em funcionamento, revertidos os bens, terá de ser indenizado pelas parcelas não amortizadas”.⁸

Nos casos de falência ou morte e falecimento do prestador individual a solução se encontra, no primeiro caso, na Lei de falências e recuperação judicial. No segundo, nos termos das leis civis. Tudo isso em razão dos direitos dos credores e herdeiros. Há, nas citadas leis, procedimentos a serem efetuados ao qual o direito denomina de “concurso de credores”.

4 CONCLUSÃO

Todo o direito é construído tendo como alicerce o princípio da boa-fé. Os contratos administrativos tem como ponto nuclear o equilíbrio econômico-financeiro. É evidente que, assim, a indenização é de rigor nos casos das parcelas não amortizadas ou depreciadas dos bens reversíveis e dos lucros cessantes, sempre a ser calculada com extraordinária dificuldade tendo em vista que se tratam os contratos de concessão de avenças de largo período temporal.

Em qualquer das modalidades de extinção da concessão haverá sempre a reversão dos bens necessários à prestação do serviço público e tal consequência sempre irá afetar o equilíbrio do contrato administrativo.

A extinção da concessão, mesmo por advento do termo contratual, implica quase sempre no pagamento das indenizações. Os casos podem variar de acordo com o prazo contratual para a devida composição patrimonial, capital ainda não amortizado, depreciação dos bens.

Quando a extinção se dá antes do prazo contratual, sem culpa do concessionário, surge o dever de indenizar o capital ainda não amortizado e os lucros cessantes. Havendo culpa, a reversão dos equipamentos, sempre deduzida a amortização. Muitas vezes, mesmo com a ocorrência da culpa, ainda que devidos valores pelo concessionário, há de se calcular se o mesmo não sofreu prejuízos efetivos.

O ideal, se pode concluir, é que poder concedente e concessionária, em condições normais, devem sempre cumprir os contratos. Toda a teoria contratual, quer no direito público, quer no privado, foi construída para que a avença seja sempre integralmente cumprida.

Com a invasão do neoliberalismo sobre o direito administrativo brasileiro, fenômeno que se deu a partir dos meados da década de 90 do século 20, surgiram fortes críticas sobre

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 745.

o “Estado descumpridor de contratos”. Algumas delas são procedentes. Contudo, lamentavelmente, se olvidam os “administrativistas neoliberais” que muitas e muitas das vezes, quem descumpre os termos mais fundamentais dos contratos de concessão são as empresas concessionárias, razão pela qual são, sempre, as primeiras colocadas em reclamações feitas pelos usuários aos Procons. Adicione-se a tal fenômeno, outro, da maior importância, e já citado no presente texto, qual a seja a inação das agências reguladoras, todas elas, repetindo fenômeno mundial, “capturadas” pelas concessionárias.

O cidadão usuário de serviços públicos no Brasil é o mais desprotegido do mundo dito civilizado.

Por derradeiro, agora que temos uma Lei Geral de Saneamento que empurra os Municípios a privatizar o serviço, é sempre bom lembrar que Paris, Berlim e outras 267 cidades do planeta Terra reestatizaram os serviços de saneamento sob a mesma justificativa: má prestação do serviço e tarifas abusivas.⁹

⁹ Enquanto iniciativas para privatizar sistemas de saneamento avançam no Brasil, um estudo indica que esforços para fazer exatamente o inverso - devolver a gestão do tratamento e fornecimento de água às mãos públicas - continua a ser uma tendência global crescente.

De acordo com um mapeamento feito por onze organizações majoritariamente europeias, da virada do milênio para cá foram registrados 267 casos de “remunicipalização”, ou reestatização, de sistemas de água e esgoto. No ano 2000, de acordo com o estudo, só se conheciam três casos.

Satoko Kishimoto, uma das autoras da pesquisa publicada nesta sexta-feira, afirma que a reversão vem sendo impulsionada por um leque de problemas recorrentes, entre eles serviços inflacionados, ineficientes e com investimentos insuficientes. Ela é coordenadora para políticas públicas alternativas no Instituto Transnacional (TNI), centro de pesquisas com sede na Holanda.

“Em geral, observamos que as cidades estão voltando atrás porque constatarem que as privatizações ou parcerias público-privadas (PPPs) acarretam tarifas muito altas, não cumprem promessas feitas inicialmente e operam com falta de transparência, entre uma série de problemas que vimos caso a caso”, explica Satoko à BBC Brasil. O estudo detalha experiências de cidades que recorreram a privatizações de seus sistemas de água e saneamento nas últimas décadas, mas decidiram voltar atrás - uma longa lista que inclui lugares como Berlim, Paris, Budapeste, Bamako (Mali), Buenos Aires, Maputo (Moçambique) e La Paz.

A tendência, vista com força sobretudo na Europa, vai no caminho contrário ao movimento que vem sendo feito no Brasil para promover a concessão de sistemas de esgoto para a iniciativa privada.

O BNDES vem incentivando a atuação do setor privado na área de saneamento, e, no fim do ano passado, lançou um edital visando a privatização de empresas estatais, a concessão de serviços ou a criação de parcerias público-privadas.

À época, o banco anunciou que 18 Estados haviam decidido aderir ao programa de concessão de companhias de água e esgoto - do Acre a Santa Catarina.

O Rio de Janeiro foi o primeiro se posicionar pela privatização. A venda da Companhia Estadual de Água e Esgoto (Cedae) é uma das condições impostas pelo governo federal para o pacote de socorro à crise financeira do Estado.

A privatização da Cedae foi aprovada em fevereiro deste ano pela Alerj, gerando polêmica e protestos no Estado. De acordo com a lei aprovada, o Rio tem um ano para definir como será feita a privatização. Semana passada, o governador Luiz Fernando Pezão assinou um acordo com o BNDES para realizar estudos de modelagem.

Satoko e sua equipe começaram a mapear as ocorrências em 2007, o que levou à criação de um “mapa das remunicipalizações” em parceria com o Observatório Corporativo Europeu.

O site monitora casos de remunicipalização - que podem ocorrer de maneiras variadas, desde privatizações desfeitas com o poder público comprando o controle que detinha “de volta”, a interrupção do contrato de concessão ou o resgate da gestão pública após o fim de um período de concessão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020*. Atualiza o marco legal do saneamento básico [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

A análise das informações coletadas ao longo dos anos deu margem ao estudo. De acordo com a primeira edição, entre 2000 e 2015 foram identificados 235 casos de remunicipalização de sistemas de água, abrangendo 37 países e afetando mais de 100 milhões de pessoas.

Nos últimos dois anos, foram listados 32 casos a mais na área hídrica, mas o estudo foi expandido para observar a tendência de reestatização em outras áreas - fornecimento de energia elétrica, coleta de lixo, transporte, educação, saúde e serviços sociais, somando um total de sete áreas diferentes.

Todos esses setores, foram identificados 835 casos de remunicipalização entre o ano de 2000 e janeiro de 2017 - em cidades grandes e capitais, em áreas rurais ou grandes centros urbanos. A grande maioria dos casos ocorreu de 2009 para cá, 693 ao todo - indicando um incremento na tendência.

O resgate ou a criação de novos sistemas geridos por municípios na área de energia liderou a lista, com 311 casos - 90% deles na Alemanha.

A retomada da gestão pública da água ficou em segundo lugar. Dos 267 casos, 106 - a grande maioria - foram observados na França, país que foi pioneiro nas privatizações no setor e é sede das multinacionais Suez e Veolia, líderes globais na área.

De acordo com o estudo, cerca de 90% dos sistemas de água mundiais ainda são de gestão pública. As privatizações no setor começaram a ser realizadas nos anos 1990 e seguem como uma forte tendência, em muitos casos impulsionadas por cenários de austeridade e crises fiscais.

Satoko diz ser uma "missão impossível" chegar a números absolutos para comparar as remunicipalizações, de um lado, e as privatizações, de outro. Estas podem ocorrer em moldes muito diferentes, seja por meio de concessões de serviços públicos por determinados períodos, privatizações parciais ou venda definitiva dos ativos do Estado.

Entretanto, ela frisa a importância de se conhecer os riscos que uma privatização do fornecimento de água pode trazer e as dificuldades de se reverter o processo.

"Autoridades que tomam essa decisão precisam saber que um número significativo de cidades e estados tiveram razões fortes para retornar ao sistema público", aponta Satoko.

"Se você for por esse caminho, precisa de uma análise técnica e financeira muito cuidadosa e de um debate profundo antes de tomar a decisão. Porque o caminho de volta é muito mais difícil e oneroso", alerta, ressaltando que, nos muitos casos que o modelo fracassou, é a população que paga o preço.

Como exemplo ela cita Apple Valley, cidade de 70 mil habitantes na Califórnia. Desde 2014, a prefeitura vem tentando se reapropriar do sistema de fornecimento e tratamento de água por causa do aumento de preços praticado pela concessionária (Apple Valley Ranchos, a AVR), que aumentou as tarifas em 65% entre 2002 e 2015. A maioria da população declarou apoio à remunicipalização, mas a companhia de água rejeitou a oferta de compra pela prefeitura. Em 2015, a cidade de Apple Valley entrou com uma ação de desapropriação, e o processo agora levar alguns anos para ser concluído.

Satoko afirma que há inúmeros casos de litígios similares, extremamente dispendiosos aos cofres públicos e que geralmente refletem um desequilíbrio de recursos entre as esferas públicas e privadas.

"Quando as autoridades locais entram em conflito com uma companhia, vemos batalhas judiciais sem fim. Em geral, as empresas podem mobilizar muito mais recursos, enquanto o poder público tem recursos limitados, e muitas vezes depende de dinheiro proveniente de impostos para enfrentar o processo."

Outro exemplo que destaca é o de Berlim, onde o governo privatizou 49,99% do sistema hídrico em 1999. A medida foi extremamente impopular e, após anos de mobilização de moradores - e um referendo em 2011 -, ela foi revertida por completo em 2013. Foi uma vitória popular, diz Satoko, mas por outro lado o Estado precisou pagar 1,3 bilhão de euros para reaver o que antes já lhe pertencia.

"É um caso muito interessante, porque a iniciativa popular conseguiu motivar a desprivatização", diz Satoko. "Mas isso gerou uma grande dívida para o Estado, que vai ser paga pela população ao longo de 30 anos."

CARNEIRO, Júlia Dias. Enquanto Rio privatiza, por que Paris, Berlim e outras 265 cidades reestatizaram saneamento? *BBC News Brasil*, Rio de Janeiro, 23 jun. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40379053>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

CARNEIRO, Júlia Dias. Enquanto Rio privatiza, por que Paris, Berlim e outras 265 cidades reestatizaram saneamento? *BBC News Brasil*, Rio de Janeiro, 23 jun. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40379053>. Acesso em: 25 jul. 2021.

DUTRA, Joisa; SMIDERLE, Juliana. Água e saneamento na pandemia da Covid-19. *FGV CERJ*, abr. 2020. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/2020-04/saneamento_joisa_juliana.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PNUD. *Índice de desenvolvimento humano*. S.d. Disponível em: www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html. Acesso em: 25 jul. 2021.

RGS ENGENHARIA. *OMS: Para cada dólar investido em água e saneamento, economiza-se 4,3 dólares em saúde global*. 2020. Disponível em: <https://www.rgsengenharia.com.br/blog/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-4-3-dolares-em-saude-global>. Acesso em: 25 jul. 2021.

A OBRIGATORIEDADE DE COMPLIANCE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO

Pós-Doutor em Direito pela Universidade
Complutense de Madrid-Espanha
Doutor e mestre em Direito Econômico pela Pontifícia
Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)
Advogado

MIRELA MIRÓ ZILIO

Mestra em Direito Econômico e Desenvolvimento pela
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)
Especialista em Direito Administrativo pelo
Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar
Advogada

SUMÁRIO: 1 Introdução: prevenção e combate à corrupção no âmbito das contratações públicas. 2 O artigo 25, §4º da Lei 14.133/2021. 3 Inconstitucionalidade? 4 Críticas e proposições de melhorias; 5 Conclusão: afinal, o que esperar da exigência de implementação de compliance nas contratações públicas? Referências.

1 INTRODUÇÃO: PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A contratação pública é um dos elementos centrais da atuação governamental e de concretização de políticas públicas. Contudo, não tem passado despercebido o aumento de casos desvelados de corrupção, batizados com nomes como “Lava-Jato”, “Ratatouille”, “Sodoma” e “Kamikase”, que envolvem fraudes em licitações e elevado desvio de dinheiro público.¹ Por isso, cada vez mais o Estado tem se apropriado de mecanismos e instrumentos aptos a auxiliar o combate a essa realidade, como se depreende do novo regime de Licitações e Contratações Públicas (Lei n. 14.133/2021), por exemplo, que em seu art. 11

¹ SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto. *Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 21.

prescreve como objetivos da licitação a garantia da observância da seleção da contratação mais vantajosa para a Administração Pública, o tratamento isonômico e justa competição entre os licitantes, o impedimento de contratações com sobrepreço, preços inexequíveis ou superfaturamento, e o incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável. Além disso, eleva a transparência ao patamar de princípio em seu artigo 5º e passa a exigir a implementação de programas de integridade em situações específicas, conforme disciplinam os artigos 25, §4º, 60, inciso IV, 156, §1º, inciso V e 163, parágrafo único.

Dada a limitação temática proposta, a análise do presente artigo ficará restrita ao artigo 25, §4º, da Lei 14.133/2021, à luz da importância da adoção de mecanismos de compliance no combate à corrupção nas contratações públicas, especialmente considerando o consórcio da transparência, integridade e ética, como lente de contratações sustentáveis, aqui reconhecidas como aquelas que asseguram isonomia e probidade no bojo do processo e, por conseguinte, a contratação da proposta mais vantajosa, ponderando-se, objetivamente, seus custos e benefícios sociais, econômicos e ambientais.²

Assim, o teste de sustentabilidade proposto neste artigo demonstra que a inclusão de mecanismos de integridade nas contratações públicas: (i) proíbe, em um só tempo, a ineficiência e ineficácia das compras públicas, conferindo prioridade para produção e consumo saudáveis; (ii) impõe a prevenção como regra, mediante obrigação de planejamento e antevisão de resultados e externalidades; e (iii) estimula escolhas mais responsáveis, em homenagem a ganhos futuros; reconfigurando as contratações públicas, afastando-as das falhas de mercado, dos desvios de finalidade e das fraudes, sendo, assim, instrumento de transformação cultural e prevenção e combate à corrupção.³

Partindo dessa premissa, portanto, relevante importância guarda a atuação preventiva da Administração, que, inclusive, extrai-se da legislação mais recente publicada no país e, também, da característica participativa assumida pela sociedade contemporânea que valoriza o diálogo para efetivação de seus direitos. A valorização do diálogo, por assim dizer, impulsionou o processo de perda gradual do caráter eminentemente sancionatório do Estado, abrindo-se para uma atuação mais preventiva e negocial.

No âmbito das licitações e contratos administrativos, a prevenção pode ser extraída do mapeamento de riscos e elaboração de matriz de riscos nos contratos administrativos, sendo forte aliada do controle e monitoramento de práticas ilícitas e imorais, eis que permite averiguar se os atos públicos e privados estão de acordo com as suas finalidades legais e institucionais. Além disso, a prevenção é tipicamente extraída da mitigação e correção de atos fraudulentos ou práticas corruptas para que se evitem danos futuros ao erário e à própria sociedade que usufrui de grande parte dos objetos contratados pelo Poder Público.

² FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 238-239.

³ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Op. cit., p. 242-243.

Inclusive, o novo regime jurídico das Licitações e Contratações Públicas previsto na Lei n. 14.133/2021 disciplina expressamente a matriz de riscos como cláusula contratual necessária no caso de contratação de obras e serviços de grande vulto ou quando forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada (artigo 22, §3º), definindo-a como “cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação” (artigo 6º, inciso XXVII). Ademais, dispõe de um capítulo específico para tratativa de alocação de riscos (Título III, Capítulo III). Além disso, como já destacado, para consecução dos objetivos das contratações públicas, define como dever da Alta Administração o estabelecimento de processos e estruturas de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, promovendo um ambiente íntegro e confiável, bem como eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações (artigo 11, parágrafo único).

Ainda, também ganha força a implementação de sistemas de integridade na Administração Pública e a exigência de Compliance de fornecedores, que vem compactuar com a ideia de detecção, prevenção, mitigação e repressão de fraudes e ilícitos nas compras públicas, como uma verdadeira resposta à transformação da cultura do “jeitinho brasileiro” e do custo propina nas licitações. Isso porque, as práticas direcionadas à implementação de sistemas de Compliance estão diretamente relacionadas à alteração de cultura, valores e hábitos cotidianos, tolhendo internamente condutas ilícitas e corruptas.⁴

Nesses termos, a exigência de implementação de sistemas de integridade, no âmbito das contratações públicas, pode ser compreendida em duas dimensões: uma extrínseca, que consiste numa política adotada pelo Estado para estimular a disseminação do *compliance* no mercado, e uma intrínseca, que consiste em uma exigência que tem direta relação de permanência com os objetivos primários das contratações públicas,⁵ bem como com a efetivação de princípios norteadores do direito administrativo, como legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, transparência, publicidade, motivação, probidade administrativa e julgamento objetivo das propostas.

Sabe-se que sistemas de compliance não são infalíveis, mas são necessários e incentivam a mudança cultural e auxiliam a frear práticas lesivas e fraudulentas. Esses sistemas, portanto, têm o potencial de permitir um aculturamento tanto à Administração Pública, quanto às empresas que se relacionam com aquela, sendo, por assim dizer, uma via de mão dupla, trazendo inúmeros benefícios às empresas, como o aumento do faturamento, do

⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Compliance no setor da saúde. In: NOHARA, Irene; PEREIRA, Fábio Leão Bastos (Coords.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 501.

⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de programa de integridade nas licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Orgs.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 204-205.

número de fornecedores, até mesmo a identificação de colaboradores que não estejam de acordo com os valores da instituição, bem como à Administração Pública, mediante proteção de atos lesivos, a garantia da execução contratual, a redução de riscos e a obtenção de melhores desempenhos e qualidade.⁶

Nesse sentido, importante destacar que os sistemas de compliance estão diretamente relacionados à integridade, que, justamente, permite maior confiabilidade, e, instituições mais confiáveis atraem mais fornecedores e terceiros interessados.

Não sem razão, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, indo ao encontro da valorização do combate à corrupção e do incentivo à cultura da ética, integridade e transparência, previu expressamente a obrigatoriedade de implementação de Programas de Integridade e Compliance em contratações de grande vulto, nos termos de seu artigo 25, §4º, conforme se passa a analisar.

2 O ARTIGO 25, §4º DA LEI 14.133/2021

Conforme destacado, a preocupação com a integridade de fornecedores e o combate à corrupção têm, cada vez mais, assumido importante papel no país. E isso não se resume apenas à realidade do Mercado. O próprio Estado tem adotado medidas para que suas relações com fornecedores sejam mais transparentes, íntegras, eficientes e de qualidade.⁷

Referida exigência tem por base, senão, o incentivo à criação de mecanismos e instrumentos aptos ao combate à corrupção no âmbito das contratações públicas, bem como o tratamento de riscos reputacionais que possam afetar a imagem do Poder Público e da própria empresa contratada. Nesse sentido, Sistemas de Integridade e Compliance têm sido exigidos das empresas que contratam com o Poder Público para assegurar, dentre outros parâmetros, qualidade, eficiência, vantajosidade e sustentabilidade às contratações públicas. Exatamente o que propõe o artigo 25, §4º da Nova Lei de Licitações e Contratos:

§4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

⁶ Sobre o tema cf.: PIRONTI, Rodrigo; ZILIOOTTO, Mirela. *Compliance nas contratações públicas: exigências e critérios normativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 43.

⁷ MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan, 2017. p. 11.

Tal disciplina não é novidade no ordenamento pátrio, já sendo realidade em alguns estados da federação, assim como no Distrito Federal.⁸ Mas a verdade é que há certa convergência em relação ao objetivo da disciplina do tema, e, sobretudo, a sua inclusão na nova norma geral de licitações e contratações públicas, principalmente em relação à busca pela (i) proteção da Administração Pública dos atos lesivos que resultem prejuízos materiais ou financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; (ii) garantia da execução dos contratos e demais instrumentos em conformidade com a lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; (iii) redução de riscos inerentes aos contratos e demais instrumentos, provendo maior segurança e transparência em sua execução.

Da análise do §4º do artigo 25, pode-se dizer que, naquilo que diz respeito aos seus critérios de aplicação, o mesmo se limitou a determinar os alcances objetivo e subjetivo da norma, bem como o momento e prazo para sua implementação, deixando a cargo de regulamento específicos critérios como: (i) objetivo da exigência, (ii) requisitos à constituição e comprovação da existência do programa, (iii) parâmetros de avaliação do programa; (iv) atribuição de responsabilidade à fiscalização da implementação do programa, (v) atribuição de responsabilidade à avaliação da efetividade do programa, e (vi) aplicação de penalidades em caso de descumprimento da obrigação.

⁸ RIO DE JANEIRO. *Lei Estadual n. 7.753, de 17 de out. 2017*. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do rio de janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Governo do Estado do Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://alerjrn1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/0b110d0140b3d479832581c3005b82ad?OpenDocument&Highlight=0,7753>. Acesso em: 26 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei Estadual n. 15.228, de 25 de setembro de 2018*. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da Administração Pública Estadual, da Lei Federal n. 12.846 [...]. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=64904&hTexto=&Hid_IDNorma=64904. Acesso em: 26 ago. 2021.

DISTRITO FEDERAL. *Lei Distrital n. 6.112, de 02 de fevereiro de 2018*. Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade [...]. Brasília, DF: Governo do Distrito Federal, 2018. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/3bf29283d9ea42ce9b8feff3d4fa253e/Lei_6112_02_02_2018.html. Acesso em: 26 ago. 2021.

AMAZONAS. *Lei Estadual n. 4.730, de 27 de dezembro de 2018*. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade [...]. Manaus, AM: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, 2018. Disponível em: https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2018/10303/lei_4730.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

GOIÁS. *Lei Estadual n. 20.489, de 10 de junho de 2019*. Cria Programa de Integridade a ser aplicado nas Empresas [...]. Goiânia, GO: Governo do Estado de Goiás, 2019. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/100700/lei-20489. Acesso em: 26 ago. 2021.

PERNAMBUCO. *Lei Estadual 16.722, de 09 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre a obrigatoriedade de implantação de Programa de Integridade [...]. Recife, PE: Governo do Estado de Pernambuco, 2019. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=1&numero=16722&complemento=0&ano=2019&tipo=&url=>. Acesso em: 26 ago. 2021.

MATO GROSSO. *Lei Estadual n. 11.123, de 08 de maio de 2020*. Dispõe sobre a instituição do Programa de Integridade [...]. Cuiabá, MT: Governo do Estado do Mato Grosso, 2020. Disponível em: <http://app1.sefaz.mt.gov.br/Sistema/Legislacao/legislacaotribut.nsf/7c7b6a9347c50f55032569140065ebbf/195da5eb1f0f-5596042585650065557c?OpenDocument>. Acesso em: 26 ago. 2021.

Assim, em relação ao alcance objetivo da implementação do programa de integridade, pode-se afirmar que a mesma será exigida nos contratos de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, isto é, cujo valor estimado seja superior a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), conforme determina o art. 6º, inciso XXII, da Lei 14.133.2021.

Sobre esse tema, importante destacar que a norma geral atribui a exigência de programa de integridade como obrigação contratual nas contratações de grande vulto, de modo que a definição do valor do que se considera grande vulto, isto é, superior a duzentos milhões de reais, trata-se de norma especial aplicável à União, podendo os demais entes federados definir de modo diverso o que seria grande vulto à sua realidade,⁹ privilegiando-se, assim, a observância da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) na aplicação da Lei 14.133/2021, como determina o artigo 5º desta.¹⁰

Essa distinção é importante eis que R\$ 200 milhões é, de fato, um valor de contratação vultoso, como a própria norma determina, o que, contudo, tornaria a aplicação prática da exigência bastante restrita em alguns estados e municípios, e, por conseguinte, impossibilitaria a mudança de cultura almejada e necessária no cenário das contratações públicas. Não sem razão, ao se comparar tal valor aos valores propostos nas leis estaduais e distrital que hoje disciplinam a matéria, existe uma desproporcionalidade exorbitante entre os diplomas, sendo a exigência naqueles diplomas aplicável para contratos com valores em torno de 1 milhão e 10 milhões de reais.

Além disso, veja-se que o alcance objetivo expresso na norma se limita ao valor do contrato, sem, contudo, delimitar um prazo mínimo de vigência do mesmo. Entretanto, considerando-se o prazo de seis meses determinado para a implementação do programa de integridade, pode-se dizer que a obrigação apenas incidirá aos contratos com vigência superior a seis meses, de modo que o que se entende é que, implicitamente, há determinação do alcance objetivo da norma em relação à vigência do contrato.

⁹ Nesse sentido, as normas gerais são aquelas normas que, geralmente, “não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros à atuação legislativa daquelas unidades da Federação.” É dizer, as normas gerais são abertas, traçam diretrizes, diferentemente dos atos e normas, que são editados para atender às peculiaridades de cada ente, o que fica a cargo das normas especiais. Sobre o tema cf.: SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 280-281.

¹⁰ BRASIL. *Lei n. 14.133, de 01º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 27 maio 2021.

Capítulo II. Princípios. Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

O alcance subjetivo, por sua vez, também não possui delimitação expressa no artigo 25, parágrafo 4º. Entretanto, a partir de uma interpretação sistemática da Lei 14.133/2021, notadamente do seu artigo 6º, conclui-se que a exigência será obrigatória para todas as pessoas jurídicas ou consórcio de pessoas jurídicas signatários de contratos com a Administração Pública, eis que consideradas “contratados” nos termos do artigo 6º, inciso VIII.

Em relação ao momento e ao prazo para implementação dos programas de integridade, denota-se do artigo 25, parágrafo 4º, que a obrigação se inicia no momento da assinatura do contrato, devendo ser cumprida no prazo de seis meses, conforme destacado anteriormente. Isso quer dizer que a exigência de implementação ocorrerá no momento da execução do contrato, isto é, na terceira fase da contratação, não implicando qualquer restrição ao caráter competitivo do certame.

Dessa forma, entende-se que andou bem a Lei 14.133/2021 ao incluir a exigência como obrigação contratual no artigo em comento, eis que a exigência em momento prévio a seleção do fornecedor denota flagrante inconstitucionalidade material, por violação ao princípio da competitividade.¹¹

Como se pode notar, ainda que necessários alguns ajustes para verdadeira eficácia do dispositivo em comento, importa frisar que a previsão da exigência de implementação de programas de integridade na Lei 14.133/2021, por si só, já demonstra avanço na legislação pátria, o que se espera que se reflita na prática.

3 INCONSTITUCIONALIDADE?

Conforme destacado anteriormente, a exigência prevista no artigo 25, §4º se trata de obrigação contratual, de modo que não cabe aqui a alegação de que haveria restrição à competitividade do certame no sentido de que somente as empresas possuidoras de programas de integridade poderiam participar das licitações públicas com a referida exigência, ou, ao menos, teriam vantagem em suas propostas, uma vez que não precisariam gastar tempo, dinheiro e recursos humanos com a criação de um programa no prazo estabelecido pelas normas.

É que, primeiramente, a exigência não se trata de uma condição à participação no certame, mas, sim, de uma obrigação que deverá ser concretizada após a assinatura do contrato. Assim, qualquer empresa poderá participar de certames licitatórios, possuindo ou não programas de integridade, uma vez que a exigência de implementação desses programas não é um requisito à assinatura do contrato administrativo, à participação no certame, tampouco à formulação de propostas.

¹¹ Sobre o tema cf.: PIRONTI, Rodrigo; ZILIOOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas contratações públicas*: Op. cit.

Em segundo lugar, não há inconstitucionalidade pela suposta vantagem competitiva das empresas que já possuem programas de integridade implementados, que, em tese, não precisariam inserir os custos da implementação em sua proposta. Isso porque, tal adequação decorre de uma lógica de mercado, facultada a toda e qualquer empresa, guardadas as devidas proporções de porte e perfil.¹² Por isso, não se pode falar em exigência que desprivilegia a isonomia. Da mesma forma, não há como garantir que eventuais custos serão incluídos no valor da proposta. Tudo vai depender do apetite das licitantes. Por fim, se, por uma estratégia de negócio, uma ou outra empresa já possuem programa de integridade, ponto para elas que, sem qualquer imposição, buscaram se adequar à realidade do combate à corrupção. Não há qualquer privilégio ou prejuízo à isonomia portanto, especialmente considerando-se que os sistemas de integridade são implementados de acordo com a realidade de cada empresa e visam, senão, a consagração dos princípios da moralidade, da ética, da probidade e da transparência, que, direta e indiretamente garantem isonomia ao certame.

Mas, e quando a exigência de implementação de programa de integridade ocorre em contratações cujo valor é inferior ao considerado como “grande vulto”? Também não há que se considerar qualquer inconstitucionalidade, eis que a norma geral não restringe a obrigação contratual às contratações de grande vulto, apenas define como dever da Administração Pública exigi-la nesses casos. O que significa dizer que, com fundamento no princípio constitucional da moralidade (artigo 37, caput, CRFB/1988), bem como nos princípios elencados no rol do artigo 5º da Lei 14.133/2021, especialmente o da transparência e da probidade administrativa, pode-se exigir a implementação de programa de integridade como obrigação contratual em qualquer caso, desde que, obviamente, tal disciplina esteja regulamentada e conste no Edital e na minuta do contrato, não podendo implicar qualquer surpresa aos contratantes.

4 CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES DE MELHORIAS

Superada a questão da constitucionalidade da exigência, daquilo que se depreende do artigo 25, §4º, importante ainda registrar que o mesmo determinou o prazo de seis meses, contado da celebração do contrato, para implementação do programa de integridade pelo contratado.

Conforme crítica já realizada em outra oportunidade,¹³ o prazo estipulado é muito curto, especialmente às empresas que possuem estrutura mais complexa. Isso porque a

¹² De acordo com a Portaria CGU n. 909/2015, o Relatório de Perfil é o formulário em que devem ser informadas as principais características da empresa e seu grau de interação com a Administração Pública. Sobre o tema cf.: BRASIL. CGU. *Avaliação de programas de integridade em acordos de leniência: orientações gerais às empresas*. Brasília, DF: CGU, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/acordo-de-leniencia_orientacoes-as-empresas.pdf. Acesso em: 27 maio 2021.

¹³ Sobre o tema cf.: PIRONTI, Rodrigo; ZILIOOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas contratações públicas*: Op. cit.

implementação consciente e efetiva de um programa de integridade deve iniciar com o apoio da alta administração, que deverá estar aberta à mudança cultural da organização em prol da integridade, para, na sequência, ser realizada uma análise de maturidade da empresa no aspecto de *compliance*, bem como do apetite de risco relacionado às atividades da organização. Somente após essa atuação mapeadora é que se iniciará o planejamento e estruturação do plano de integridade da organização, elaborando-se ou aprimorando-se seu código de conduta, criando-se uma estrutura sólida de *compliance*, bem como instituindo-se políticas internas de integridade, estruturação de processos e mecanismos efetivos de apuração de denúncias. Ao final da estruturação do programa, ainda será necessária a realização de treinamento dos colaboradores e, em alguns casos, até mesmo dos fornecedores, de modo a tornar clara a necessidade da observância das políticas de integridade criadas e do comprometimento dos envolvidos, sob pena de o programa de *compliance* mostrar-se ineficiente.

Como se nota, a implementação de um programa de *compliance* é atividade complexa, que, seguramente, leva mais do que seis meses a se mostrar efetiva, demandando tempo, compromisso e técnica.

Assim, considerando que eventuais regulamentos não podem inovar em relação à norma geral, ainda que a mesma determine o prazo de seis meses para a implementação, isto é, estruturação do programa, defende-se que o prazo para demonstração da sua efetividade e até mesmo do engajamento do programa seja ajustado nos instrumentos normativos pertinentes, permitindo-se, assim, a adequação plena e efetiva das organizações em um prazo maior, ainda que a implementação e estruturação do programa deva ocorrer em seis meses.

Da mesma forma, não se afasta a hipótese de alteração da redação do artigo em análise, no sentido de deixar o prazo mínimo para implementação a cargo dos regulamentos, ou, para que o prazo de implementação possa ser flexibilizado considerando o relatório de perfil do contratado, a partir de um cronograma elaborado em conjunto com o contratado, que privilegie os preceitos da dialogicidade, motivação, realidade e eficiência, todos elencados explicita ou implicitamente no rol de princípios da Lei n. 14.133/2021, em seu artigo 5º.

Tal adequação é importante especialmente porque a implementação apressada de programas de *compliance*, poderá, por exemplo, fazer com que esses programas não sejam efetivos, sendo implementados apenas para inglês ver, sem, contudo, trazer qualquer resultado ao contratado, tampouco benefícios à contratação, em total arrepio aos objetivos embasadores da obrigação contratual, e que justificam a exigência desses programas nas relações contratuais com a Administração Pública.

E a garantia da efetividade dessa exigência também irá depender da fiscalização da implementação. É dizer, não basta exigir, deve-se também avaliar. E este, sim, será um dos maiores desafios da Administração Pública, que deverá analisar internamente, dentro de cada instituição, quem tem condição de verificar o cumprimento dos parâmetros que serão estabelecidos em regulamento, e avaliar a efetividade dos programas.

Essa análise interna, entretanto, não pode se furtar ao fato de que a avaliação deve ficar a cargo das áreas responsáveis por atividades da segunda linha de defesa, isto é, controles internos. Isso significa que, haverá conflito de interesse se eventual regulamento do artigo 25, §4º deixar a cargo do fiscal ou gestor do contrato à avaliação desses programas.

É que tanto o fiscal, quanto o gestor do contrato, para além de já possuírem inúmeras atribuições, que não se confundem com atividade de segunda linha de defesa, querem, por óbvio executar o objeto contratual, preocupando-se, portanto, com as obrigações de fim, que impactam diretamente a execução do contrato. É dizer, para além desses agentes públicos não possuírem tempo, capacidade e expertise necessários para fiscalizar de modo eficiente a implementação dos programas de integridade, haverá evidente conflito de interesse e subjetividade nessa avaliação. Daí se afirmar que conferir a atribuição de avaliação da implementação dos programas de integridade aos fiscais ou gestores dos contratos é “dar a fiscalização do banco de sangue ao vampiro”.

Sabe-se que não são raras as vezes em que agentes públicos são designados a exercer determinada função sem possuir qualquer expertise para tanto, ou, ao menos conhecimento do objeto do contrato, ou, ainda, para gestão de um cem número de contratos. Ocorre, os resultados dessas designações equivocadas implicam ineficiência, execução contratual inadequada e insatisfação do usuário. Assim, a designação de agentes sem expertise na fiscalização dos programas de integridade das contratadas, ao invés de reprimir a fraude e a corrupção, pode, até mesmo, facilitar ou potencializar essas práticas, comprometendo a eficácia da própria exigência legal.

5 CONCLUSÃO: AFINAL, O QUE ESPERAR DA EXIGÊNCIA DE IMPLEMENTAÇÃO DE COMPLIANCE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS?

Conforme visto, não há dúvida que o problema da corrupção no Brasil é um obstáculo cultural. A falta de transparência, de confiança e a promiscuidade nas relações entre agentes privados e o Poder Público são fatos históricos,¹⁴ que fundamentam o “jeitinho brasileiro”. Este que é, senão, uma das formas de incorporação cultural da corrupção pela sociedade civil, driblando-se a excessiva quantidade de regulamentação, criando-se um ambiente que facilita o desrespeito aos princípios informadores da atuação administrativa.¹⁵ De acordo com Marcelo Zenkner essa expressão é utilizada para indicar condutas que “se valem

¹⁴ BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otávio. *Manual de compliance*. Rio de Janeiro: Forensense, 2019. p. 51.

¹⁵ LEAL, Rogério Gesta. Os descaminhos da corrupção e seus impactos sociais e institucionais: causas, consequências e tratamentos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, jul./ago. 2012. p. 34. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pciCntd=81184>. Acesso em: 1º jul. 2021.

de um subterfúgio às exigências formais de uma regra ou de uma lei a fim de contornar um problema derivado da burocracia estatal, das normas sociais, ou, até mesmo, da própria corrupção.”¹⁶

A corrupção, entretanto, não é um problema exclusivo do Brasil. Essa, senão, foi a conclusão de recente levantamento realizado pela Organização das Nações Unidas, que demonstrou que nenhum país está imune à corrupção, pelo que todos os anos 1 trilhão de dólares é pago em propinas e outros 2,6 trilhões de dólares são desviados por meio deste tipo de conduta.¹⁷ Ainda, de acordo com a Transparência Internacional, apresentou-se outro estudo no sentido de que até 25% do valor investido em saúde é desperdiçado em corrupção no mundo, fator que se agravou durante o período de pandemia Covid-19.¹⁸ Da mesma forma, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes destacou que nos serviços de saúde dos países desenvolvidos estima-se que fraude e abuso custam entre US\$ 12 e US\$ 23 bilhões por ano a cada governo.¹⁹ Ainda, o Fórum Econômico Mundial estimou que o custo da atividade econômica é acrescido em até 10% em média em razão de práticas corruptas.²⁰

Trazendo essa realidade ao ambiente das contratações públicas, de acordo com pesquisa realizada pela OCDE em 2015, destacou-se que o custo extra da corrupção em licitações pode chegar a 50% do valor do contrato.²¹ Nesse mesmo sentido, estudo realizado pelos economistas Claudio Frischtak e João Mourão apontou que entre 1970 e 2015 as obras de infraestrutura no Brasil tiveram sobrepreço de R\$ 100 a R\$ 300 bilhões, o que implicou custo médio anual de R\$ 6,6 bilhões.²² Da mesma forma, o Relatório FISCOBRAS de 2019 indicou que das 77 obras analisadas, 59 apresentaram indícios de graves irregularidades, o que representa um percentual de 76%. E essas irregularidades reputadas como graves re-

¹⁶ ZENKNER, Marcelo. *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 67.

¹⁷ ONU. O custo da corrupção: trilhões de dólares são perdidos anualmente, diz Gutiérrez. *ONU News*, 9 dez. 2018. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651051>. Acesso em: 1º jul. 2021.

¹⁸ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Procuring for life*. 2020. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/news/procuring-for-life#>. Acesso em: 1º jul. 2021.

¹⁹ UNODC. *Corrupção e desenvolvimento*. S.d. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf. Acesso em: 1º jul. 2021.

²⁰ WEFORUM. *Exploring blockchain technology for government transparency: blockchain-based public procurement to reduce corruption*. Insight report. Switzerland: World Economic Forum, 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/exploring-blockchain-technology-for-government-transparency-to-reduce-corruption>. Acesso em: 1º jul. 2021.

²¹ OCDE. *Seminário OCDE-CADE sobre Licitação Pública e Colusão*. Brasília, DF: OCDE, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/brazil/seminario-ocde-cade-sobre-licitacao-publica-e-colusao-discurso-de-abertura.htm>. Acesso em: 1º jul. 2021.

²² FRISCHTAK, Cláudio; MOURÃO, João. *O estoque de capital de infraestrutura no Brasil: uma abordagem setorial*. S.l.: IPEA; FGV, 2017. Disponível em: <https://epge.fgv.br/conferencias/modernizacao-da-infraestrutura-brasileira-2017/files/estoque-de-capital-setorial-em-infra-brasil-22-08-2017.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2021.

apresentam as seguintes situações: (i) sobrepreço, (ii) superfaturamento; (iii) direcionamento de licitação; (iv) má qualidade da obra contratada.²³

Nesse compasso, os anseios por mudanças culturais inspiram a criação e o fortalecimento de mecanismos aptos a monitorar, controlar e reprimir essa atuação imoral e antiética, que carrega consigo prejuízos à economia, agrava as desigualdades sociais e impede o adequado desenvolvimento econômico-social e sustentável, notadamente, de países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.²⁴

A implementação de sistemas de integridade na Administração Pública e a exigência de Compliance de fornecedores é uma dessas inspirações, especialmente considerando os principais riscos à integridade que ocorrem durante o processo de seleção do fornecedor, mediante (i) abuso de poder em favor de interesses escusos, isto é, quando o agente público utiliza essa condição para atender interesse particular, próprio ou de terceiros, deixando de cumprir suas obrigações, aceitando informações falsas ou desclassificando licitantes indevidamente, por exemplo; (ii) conflito de interesses, comprometendo-se o interesse coletivo e influenciando de maneira negativa o desempenho da função pública, em razão de situações como admissão no processo licitatório de empresa cujo sócio é parente do agente público, ou até mesmo com a sua atuação como representante ou intermediário dos interesses de empresa licitante na Administração Pública contratante; (iii) solicitação ou recebimento de vantagem indevida com interesse em processo de contratação com a Administração Pública; e (iv) falta de transparência e preferência por licitações presenciais, em detrimento da adoção de ferramentas eletrônicas, dificultando o controle social e, por conseguinte, restringindo a competitividade das contratações públicas.²⁵

Por isso, é preciso ter em mente que transparência e integridade são grandes aliadas no combate à corrupção, e que o comportamento de licitantes sempre será determinado por valores, princípios, normas de conduta e padrões de comportamento existentes.²⁶ Assim, a mudança de determinado padrão de comportamento de uma organização será um importante instrumento de autoconhecimento e aculturação para uma realidade da integridade, conformidade, ética e transparência, já que o modo como os indivíduos se comportam é reflexo do que eles veem ou percebem de outros indivíduos.²⁷

²³ BRASIL. TCU. *FISCOBRAS 2019: fiscalização de obras públicas pelo TCU*. Brasília, DF: TCU, 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-2019.htm>. Acesso em: 1º jul. 2021.

²⁴ Sobre o tema, conferir: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 14, n. 156, fev. 2014, p. 1. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf. Acesso em: 1º jul. 2021.

²⁵ ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO (ENCCLA). *Integridade nas compras públicas*. Brasília, DF: ENCCLA; TCU, 2019. p. 10-11. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2019/cartilha-integridade-compras-publicas>. Acesso em: 1º jul. 2021.

²⁶ ZENKNER, Marcelo. *Integridade governamental e empresarial*: Op. cit., p. 41.

²⁷ Tradução literal de: “How people behave often depends on how they see-and perceive others as be having. Much depends, therefore, on the reading of prevailing behavioral norms.” SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. 4. reimpr. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 277.

Diante desse cenário, se a ausência de confiança aumenta o espaço da corrupção – minimizando a transparência das ações governamentais e daqueles que se relacionam com o Poder Público, potencializando o custo propina e a existência de fraude nas contratações públicas –, o desincentivo, a redução e a repressão aos casos de corrupção devem iniciar com a proposta de um sistema mais transparente, mediante a implementação de Programas de Integridade em empresas que se relacionam com o Poder Público.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. *Lei Estadual n. 4.730, de 27 de dezembro de 2018*. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade [...]. Manaus, AM: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, 2018. Disponível em: https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2018/10303/lei_4730.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otávio. *Manual de compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. *Lei n. 14.133, de 01º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. CGU. *Avaliação de programas de integridade em acordos de leniência*: orientações gerais às empresas. Brasília, DF: CGU, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/acordo-de-leniencia_orientacoes-as-empresas.pdf. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. TCU. *FISCOBRAS 2019*: fiscalização de obras públicas pelo TCU. Brasília, DF: TCU, 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-2019.htm>. Acesso em: 1º jul. 2021.

DISTRITO FEDERAL. *Lei Distrital n. 6.112, de 02 de fevereiro de 2018*. Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade [...]. Brasília, DF: Governo do Distrito Federal, 2018. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/3bf29283d9ea42ce9b8feff3d4fa253e/Lei_6112_02_02_2018.html. Acesso em: 26 ago. 2021.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO (ENCCLA). *Integridade nas compras públicas*. Brasília, DF: ENCCLA; TCU, 2019. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2019/cartilha-integridade-compras-publicas>. Acesso em: 1º jul. 2021

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

FRISCHTAK, Cláudio; MOURÃO, João. *O estoque de capital de infraestrutura no Brasil*: uma abordagem setorial. S.l.: IPEA; FGV, 2017. Disponível em: <https://epge.fgv.br/conferencias/modernizacao-da-infraestrutura-brasileira-2017/files/estoque-de-capital-setorial-em-infra-brasil-22-08-2017.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2021.

GOIÁS. *Lei Estadual n. 20.489, de 10 de junho de 2019*. Cria Programa de Integridade a ser aplicado nas Empresas [...]. Goiânia, GO: Governo do Estado de Goiás, 2019. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/100700/lei-20489. Acesso em: 26 ago. 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de programa de integridade nas licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Orgs.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Os descaminhos da corrupção e seus impactos sociais e institucionais: causas, consequências e tratamentos. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, jul./ago. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=81184>. Acesso em: 1º jul. 2021.

MÂNICA, Fernando Borges. Compliance no setor da saúde. In: NOHARA, Irene; PEREIRA, Fábio Leão Bastos (Coords.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MATO GROSSO. *Lei Estadual n. 11.123, de 08 de maio de 2020*. Dispõe sobre a instituição do Programa de Integridade [...]. Cuiabá, MT: Governo do Estado do Mato Grosso, 2020. Disponível em: <http://app1.sefaz.mt.gov.br/Sistema/Legislacao/legislacaotribut.nsf/7c7b6a9347c50f55032569140065ebbf/195da5eb1f0f5596042585650065557c?OpenDocument>. Acesso em: 26 ago. 2021.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorrupcao.pdf. Acesso em: 1º jul. 2021

OCDE. *Seminário OCDE-CADE sobre Licitação Pública e Colusão*. Brasília, DF: OCDE, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/brazil/seminario-ocde-cade-sobre-licitacao-publica-e-colusao-discurso-de-abertura.htm>. Acesso em: 1º jul. 2021.

ONU. O custo da corrupção: trilhões de dólares são perdidos anualmente, diz Gutiérrez. *ONU News*, 9 dez. 2018. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651051>. Acesso em: 1º jul. 2021.

PERNAMBUCO. *Lei Estadual 16.722, de 09 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre a obrigatoriedade de implantação de Programa de Integridade [...]. Recife, PE: Governo do Estado de Pernambuco, 2019. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=1&numero=16722&complemento=0&ano=2019&tipo=&url=>. Acesso em: 26 ago. 2021.

PIRONTI, Rodrigo; ZILIOOTTO, Mirela. *Compliance nas contratações públicas: exigências e critérios normativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

RIO DE JANEIRO. *Lei Estadual n. 7.753, de 17 de out. 2017*. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do rio de janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Governo do Estado do Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dff/0b110d0140b3d-479832581c3005b82ad?OpenDocument&Highlight=0,7753>. Acesso em: 26 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei Estadual n. 15.228, de 25 de setembro de 2018*. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da Administração Pública Estadual, da Lei Federal n. 12.846 [...]. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=64904&hTexto=&Hid_IDNorma=64904. Acesso em: 26 ago. 2021.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleber Roberto. *Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. 4. reimp. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Procuring for life*. 2020. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/news/procuring-for-life#>. Acesso em: 1º jul. 2021.

UNODC. *Corrupção e desenvolvimento*. S.d. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf. Acesso em: 1º jul. 2021.

WEFORUM. *Exploring blockchain technology for government transparency: blockchain-based public procurement to reduce corruption*. Insight report. Switzerland: World Economic Forum, 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/exploring-blockchain-technology-for-government-transparency-to-reduce-corruption>. Acesso em: 1º jul. 2021.

ZENKNER, Marcelo. *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TRANSVERSALIDADES NECESSÁRIAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO HORIZONTAL E INTERINSTITUCIONAL ENTRE OS AGENTES DE CONTROLADORES¹

ROGÉRIO GESTA LEAL

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Doutor em Direito pela Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina)
Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)
Professor da Fundação Superior do Ministério Público (FMP)
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Fundamentos do controle da Administração Pública: aspectos teóricos e pragmáticos. 3 O que controla o controle da Administração Pública? 4 Perspectivas de controle externo da Administração Pública brasileira: a função do Tribunal de Contas. 5 O poder/dever do TCE-RS em determinar a qualquer momento a remessa de documentos as autoridades competentes para aferição de ilícitos penais e improbidades administrativas cometidos em instituições públicas controladas. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade têm sido objeto de preocupação e estudos de número cada vez maior de campos do conhecimento, como a ciência política, administrativa, contábil, a sociologia, a ciência jurídica, economia, dentre tantas outras. Isso ocorre porque os interesses que estes espaços englobam são, para além de diversos, complexos e multifacetados, exigindo a integração de saberes e práticas para que se opere com maior eficiência o atendimento de demandas sociais.

¹ Artigo para o livro do XXXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo – São Paulo – O Direito Administrativo do Pós-Crise, nos dias 04 a 07 de novembro de 2020. Este artigo foi também produzido no âmbito do Projeto de Pesquisa intitulado *Controle interno da Administração Pública no enfrentamento da corrupção: ações preventivas e curativas – intersecções com o compliance. Estudos de casos*, junto a Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Este projeto de pesquisa está inserido no Diretório de Grupos do CNPQ intitulado, Estado, Administração Pública e Sociedade, sob a liderança do autor.

As ferramentas técnicas e políticas mais importantes para a gestão responsável destes espaços públicos são os mecanismos de controles institucionais e sociais, tanto internos como externos, mas queremos enfrentar, neste trabalho, alguns aspectos dos controles externos desenvolvidos principalmente pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) e pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP-RS), verificando no que podem aprimorar.

Desde logo queremos sustentar, enquanto problema a ser discutido, que são deficitárias algumas experiências de colaboração e integração entre os agentes controladores referidos (em especial o TCE-RS e MP-RS), para os efeitos de exercitar o controle, preventiva e curativamente, dos ilícitos cometidos pelos gestores públicos, o que deixa vazios institucionais importantes no campo da responsabilização e educação destes.

Enquanto hipótese de superação destes déficits omissivos defenderemos que se desenvolvam ações de colaborações e integração de experiências e práticas de controle, de forma horizontal e transversal.

Para cumprir com esta pretensão, optamos por realizar a abordagem destes argumentos nos seguintes moldes: (1) demarcar os contornos teóricos e pragmáticos de fundamentação do controle externo da Administração Pública; (2) verificar como os instrumentos normativos e cogentes no Brasil determinam as atividades de controle externo da Administração Pública, em especial a do Tribunal de Contas; (3) identificar o *modus operandi* do controle externo exercido por esta Corte de Contas, nomeadamente em face do comando inscrito no art. 5º, inciso XIV, do seu Regimento Interno – Resolução n. 1028/2015, e suas alterações (em especial no que diz o envio as autoridades competentes, na constância do controle de contas municipais em processo de avaliação, de peças documentais que apontem práticas de improbidade administrativa e, ou, ilícitos administrativos e penais).

2 FUNDAMENTOS DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ASPECTOS TEÓRICOS E PRAGMÁTICOS

O tema do controle da Administração Pública, desde o modelo de Estado Liberal, tem apresentado vários dispositivos normativos administrativos e jurisdicionais, aptos para, a qualquer tempo, restabelecer a ordem das coisas.

Diante de tal conjuntura, a ideia de controles da Administração Pública centrava-se principalmente na subordinação das ações estatais à pauta econômica/desenvolvimentista estabelecida, regrada por leitura estreita e gramatical do princípio de subordinação do poder político aos termos da Lei. Não contente o modelo societário vigente em reduzir substancial-

mente as atribuições do Estado, ainda se preocupou em estabelecer instrumentos e mecanismos de contenção e responsabilização de suas ações.²

Outra realidade é a do Estado Democrático de Direito, compreendido aqui como Estado promovedor dos direitos e garantias fundamentais de sua cidadania (elementos objetivos de densificação dos valores³ e princípios que caracterizam este novo modelo), comprometido com toda a coletividade, e não apenas com parte dela. Aqui, o Estado tem feições e atribuições distintas – grande parte já construídas no início do século XX, com o advento do Estado Social.⁴

Se o mercado das relações econômicas contemporâneas não tem como prioridade preocupar-se com as condições materiais de vida digna da cidadania e de sua força de trabalho, e tampouco grande parte da sociedade não se encontra mobilizada/organizada suficientemente para opor resistência e mesmo demandar mudanças e ações que visem à proteção de suas prerrogativas fundamentais, resta tão-somente ao Estado (Social e Democrático), com políticas públicas, responder como poder político representativo que é aos níveis cada vez mais complexos de exclusão, tensão e conflituosidade gerados pelo modelo societal operante.

Se de um lado o Estado Democrático de Direito agrega poderes e atribuições deferidas pelo constitucionalismo contemporâneo para dar conta das demandas comunitárias complexas, por outro, tais poderes são servientes dos prévios compromissos normativos e políticos desenhados pelo mesmo texto normativo fundamental, o que o impede de desviá-los para outras finalidades ou projetos. Assim, pela simples existência de tamanhos poderes desse novo Leviathã, impõe-se pensar se é importante/necessário ter-se mecanismos e instrumentos capazes de fiscalizá-lo, para garantir o cumprimento fiel de suas obrigações (muito mais que normativas), e mais, a quem cabe o exercício dessa fiscalização.

A questão a ser demarcada aqui diz respeito ao objeto de controle dos atos do Poder Público, e a existência de mecanismos jurídico-administrativos que deem conta disto.

² Ver nosso texto: LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³ Cumpre destacar aqui, enfrentando o tema dos valores jurídicos, a reflexão de: ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985. p. 97: *La constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de norma. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido expresada en unos principios generales de Derecho, que al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete jurídico, a la jurisprudencia).*

⁴ Ver neste sentido o texto de: LOLLI, Augusto. *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*. Studio sulla qualificazione giuridica. Milano: Giuffrè, 2000. p. 47. Importa referir que na experiência do Estado Social as atribuições dos poderes estatais instituídos aumentaram demasiadamente, principalmente as do poder executivo, eis que gestor dos interesses comunitários mais cotidianos e emergentes. Por certo que, nessa fase, houve abusos e mesmo intervenções públicas em atividades privadas desproporcionais – conforme nos indica o texto de: WAGNER, Fernando. *La construcción del Estado y del Derecho Administrativo*. Madrid: Gedisa, 2001. p. 74-92, porém, importantes no sentido de proteção dos interesses das maiorias.

Não raro há percepção apressada por parte da doutrina tradicional do Direito Administrativo ao tratar o tema do controle dos atos do Poder Público sob as formas clássicas interventivas do controle interno exercido pela administração (homologação, aprovação, invalidação, revogação de procedimentos); controle por provocação do administrado (recursos administrativos, procedimentos disciplinares, etc.); controle externo pelos Tribunais de Contas; controle externo pelo Poder Judiciário (ações constitucionais e infraconstitucionais); controle externo pelo Poder Legislativo (Comissões Especiais – de Inquérito). Muitas vezes, tais abordagens deixam de definir, previamente, que matéria pode ser objeto do controle e com que dimensão.⁵

Nesse sentido, é comum que o primeiro parâmetro a ser demarcado pelo âmbito do controle do Poder Público seja o da legalidade, isto é, avalia-se o enquadramento normativo do comportamento estatal, aferindo-se sua validade positiva (campo da autorização legislativa) e sua pertinência jurídica (campo da licitude). Cumpre referir que os permissivos de ação do Estado Administrador dentro do sistema jurídico se estipulam tanto a partir dos comandos regratórios explícitos (regras jurídicas), como dos principiológicos enquanto vetores da ação político-institucional dos órgãos públicos.

Para além disto, queremos sustentar que toda e qualquer ação ou omissão do Estado em termos de gestão pública, regulada por norma cogente, é passível de controle formativo, executivo e finalístico, sempre, razão pela qual devem ser transparentes, visíveis a todos, oportunizando o exercício da aferição da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade e economicidade – art.37 e 70, *caput*, da CF/88 – dos comportamentos públicos. Por tal perspectiva, não há que se falar em necessária consolidação de afronta a direito subjetivo como condição do controle das ações públicas, mas o simples risco ou perigo de que isto ocorra já o autoriza e reclama.⁶

Em caráter exemplificativo, para esboçarmos tentativa de demarcação sobre o que importa controlar em sede de administração pública, é didática e esclarecedora a proposição de Sérgio Ferraz, quando assevera que, para controlar o desenvolvimento e a execução das funções administrativas, que se explicitam e objetivam através de atos administrativos, os seus controladores devem verificar se: (a) na origem (acrescentamos, no seus processos constitutivos) e no resultado, foram respeitados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e da publicidade (CF, art. 37, *caput*); (b) houve ou não ocorrência de danos a terceiros, impondo-se, se for o caso, a respectiva indenização; (c) se foi correta e efetivamente motivada a atuação estatal, observando-se aqui o dever

⁵ Ver o texto de: DROMI, Roberto. *Modernización del control publico*. Buenos Aires: Hispania Libros, 2005.

⁶ Veja-se que, inclusive na esfera judicial, temos mecanismos de controle prévio, em sede de cautelares específicas e inominadas, antecipações de tutela, concessões de liminares as mais diversas, no seio da própria ação popular ou ação civil pública etc. Neste sentido ver a obra de: CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 82 e seguintes.

de motivação insculpido do art. 93,X, da Constituição, o qual não se dirige tão-somente ao Poder Judiciário, mas a qualquer ação estatal.⁷

Passemos a aprofundar no que consiste o controle da Administração Pública em termos de atos que pratica cotidianamente.

3 O QUE CONTROLA O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

O controle da Administração Pública como estamos vendo decorre do dever/poder que esta possui (de forma interna e externa) para fiscalizar seus atos/fatos/negócios administrativos e, na identificação de alguma ilegalidade, anulá-los.⁸ Isso em razão dela não ter a liberdade de escolher entre anular ou não aqueles contaminados por ilegalidade, *mas deve fazê-lo*, e só em casos de relevante interesse público, especialmente diante o princípio da proteção da confiança, pode se valer de juízos de ponderação para avaliar a manutenção do ato ilegal. Neste sentido, a Lei 9.784/99 dispõe, no artigo 54, que a “*Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade*” (grifos nosso); porém, em nome do princípio da segurança jurídica e da confiança, a mesma lei limita o dever de anular ao prazo decadencial de 5 anos, a contar da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Além disso, em nome do mesmo princípio, a lei prevê a possibilidade de convalidação dos atos que podem ser sanados, pela própria Administração Pública, quando não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.⁹

Por outro lado, é fundamental lembrarmos que todo e qualquer comportamento do Estado enquanto Administração Pública se veicula através de atos administrativos, vinculados axiológico-institucionalmente a natureza do poder político, e seu exercício regulado por dicção normativa válida e vigente.¹⁰

⁷ FERRAZ, Sérgio. Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 04, 1993. p. 241.

⁸ A Súmula 473, do STF tratou do tema: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Lembremos que os poderes da Administração se apresentam como instrumentais, servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados; quem desempenha o *munus* público, tem, na realidade, deveres-poderes, onde a tônica reside, no dever, como quer: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

⁹ Ver o texto de: ARAÚJO, Florivado Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

¹⁰ Ver o texto de: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O pressuposto lógico do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 19, 1997. Na mesma linha os trabalhos de: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Em outras palavras, a manifestação de vontade que emana do Estado vem já demarcada pelo interesse que a funda, autoriza e lhe dá legitimidade, a saber: o interesse público, aqui entendido como equivalente ao interesse da comunidade (corpo vivo de todos os cidadãos, e não de parte deles). Tais interesses, por sua vez, estão inseridos no sistema jurídico brasileiro vigente constituindo plexo de prerrogativas/direitos nominados de *direitos subjetivos públicos*.¹¹

Significa dizer, com Alessi, que os atos administrativos – caracterizados aqui como estatais – se de um lado dizem respeito aos comportamentos oficiosos da Administração Pública, na condição de detentora do *ius imperium*, de outro lado apresentam-se como condutas (omissivas ou comissivas), instrumentos e mecanismos necessários à persecução dos interesses públicos previamente dispostos pelas normativas institucionais – constitucionais e infraconstitucionais.¹²

Estas condutas estão igualmente condicionados por núcleo fundamental de compromissos constitucionais, de natureza valorativa e ética, eis que dizem respeito à obrigação do Estado (junto com a sociedade) perseguir a concretização dos direitos e garantias fundamentais, tanto no que tange às expectativas materiais que deles emanam, como também no que diz respeito às suas dimensões processuais, oportunizando e reconhecendo a necessária ampliação do espaço de constituição, deliberação e execução dos interesses públicos comunitários (políticas públicas), a fim de incluir nele todos os indivíduos ou coletividades que são alcançados por tais condutas (executivas, legislativas ou judiciárias).¹³

A par desse conceito amplo de ato administrativo, somos obrigados a reconhecer que medidas como os regulamentos administrativos, os atos políticos dos agentes públicos, os atos internos, e os praticados pelo Estado, ou seus representantes, regidos pelo direito privado, também se apresentam como suscetíveis de enquadramento nesta condição.

Da mesma forma, o próprio dever da Administração Pública justificar e fundamentar seus atos, única maneira de viabilizar a fiscalização do cumprimento do disposto no art. 37, da CF/88, deve estar presente no âmbito de toda e qualquer gestão que ela pratica, seja de forma explícita ou tácita, oportunizando o cotejamento com seus compromissos constitucionais referidos.

Para se aferir a validade (legítima e legal) dos atos da Administração Pública, desta maneira, mister é que façamos um controle de substancialidade constitucional e infraconstitucional de suas motivações, fundamentos e justificativas, assim como de seus efeitos,

¹¹ Como quer Bonard, esses direitos se apresentam como resultado do enfrentamento que ocorre entre interesses privados e interesses sociais, estabelecendo relação de prioridade entre os interesses gerais sobre os individuais.: BONARD, Roger. *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*. Paris: Dalloz, 1979. p. 63.

¹² ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 274.

¹³ Ver nosso: LEAL, Rogério Gesta. *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de caso*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

afim de assegurar a não violação e, mais que isto, a promoção dos compromissos políticos veiculados pelos objetivos e finalidades da República Democrática de Direito vigente. Ocorrendo tal violação, ou havendo potencial periclitacão destes compromissos, impõe-se a auto revisão das ações do gestor público, ou mesmo seu controle externo.

Lembremos da chamada *Teoria dos Motivos Determinantes*¹⁴, que se funda na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada (aferindo-se também o móvel do agente/ato administrativo), ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, e a CF/88 o exige, ficam vinculados a esses motivos. Aliás, sobre este ponto, adverte Krell que

a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo vinculado não possui uma natureza diferente do ato discricionário, sendo a diferença, no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador, quantitativa, mas não qualitativa. A decisão administrativa oscila entre os polos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatoria depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei.¹⁵

O jurista italiano Guido Zanobini sustenta que, enquanto no direito privado o motivo se equipara a manifestação volitiva que dá vida ao ato jurídico inserto na vontade do agente, no direito público os direitos ganham relevância, pois devem estar conectados com o interesse da comuna e determinado fim público pontual.¹⁶

A eficácia, por fim, enquanto momento em que as ações estatais se encontram em condições de produzir todos os seus efeitos, também tem de levar em conta os argumentos expendidos acima.

Partindo-se, pois, do pressuposto de que toda a ação governativa é sim manifestação da vontade condicionada estatal, e se dá pela via de atos administrativos, entendemos que, por tratar-se de ação vinculada a determinados princípios e competências – normativos -, todas as exigências formais impostas a ela dão-se tanto pelo fato de serem estatais, mas, fundamentalmente, para que possam ser controlados e responsabilizados, atentando-se sempre para o interesse protegido/perseguido.

Por tais razões há os chamados pressupostos subjetivos e objetivos da gestão pública veiculada por atos administrativos, principalmente com o intuito de aferir-se quais os

¹⁴ Ver o texto de: ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 153.

¹⁵ KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Síntese, v. 23, 2004. p. 27.

¹⁶ ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1984. p. 274.

atores sociais que estão autorizados para praticarem tais atos, e com que procedimentos. No que diz respeito ao seu pressuposto subjetivo, mister é que avaliemos a capacidade de quem praticou o ato, e se tem *competência* para tanto no momento da emanção do ato. Já sobre o aspecto objetivo, temos de avaliar o momento anterior ao ato, onde encontramos a justificativa/motivação da sua necessidade. Aqui o foco de atenção se dá também em campo de certa subjetividade, eis que o administrador, inexoravelmente, precisará realizar movimento tanto de cognição como de valoração sobre a necessidade do ato, mas tal juízo axiológico vai se dar levando em conta os marcos normativos a que fizemos referência, necessariamente.¹⁷ Figueiredo ainda nos alerta:

A explicitação das razões que levam o administrador a decidir de uma maneira ou de outra, diante de determinada situação, diante de determinados pressupostos, diante de determinados fatos, é importante e indispensável. Não é possível que o administrador ou o juiz omitam a motivação. [...] No Estado Democrático de Direito, a motivação integra, de maneira inarredável, ainda que possa não estar explícita, o devido processo legal em seu sentido material. É sua pedra fundamental.¹⁸

Significa dizer que há um misto de apreciação política e normativa na delimitação da necessidade dos atos de gestão, conectada a primeira com a oportunidade e conveniência do tempo e modo da sua realização; a segunda, à possibilidade e forma de fazê-lo. Estas duas fases pré-constitutivas da gestão pública podem e devem merecer controles preventivo e curativo, interno e externo, tendo muito presente que, em regra, medidas curativas, ressarcitórias ou indenizatórias são sempre paliativos insipientes aos prejuízos já causados. Por conta disto, atenção especial merece sempre as finalidades (mediatas e imediatas, explícitas e implícitas) dos atos estatais, tendo por foco evitar desvios de poder e mesmo abusos de autoridade.

No aspecto da forma, os atos administrativos, pela doutrina tradicional, exigem procedimentos e estruturas especiais para que se expressem validamente, ou seja, em regra, toda a forma estabelecida para o ato é substancial.¹⁹ E é muitas vezes na violação das formas que a Lei reclama para estes atos que vamos encontrar grandes problemas de corrupção e defraudação dos interesses públicos, basta vermos o caso, no Brasil, do crime de contratar diretamente, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, tipificado no art. 89, da Lei

¹⁷ Ver o texto de: GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998; MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho público*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

¹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. *Revista Trimestral de Direito Público*, Maranhão, v. 15, 1996. p. 41.

¹⁹ Ver as reflexões importantes sobre estes temas de: (a) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; (b) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. Op. cit.; (c) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

n. 8.666/93²⁰, entendido como delito formal, cuja consumação ocorre independentemente da configuração de algum resultado material. E por que isto é assim? Pelo fato de que o escopo da norma penal aqui é o de fazer valer os princípios constitucionais como a impessoalidade, moralidade e a isonomia, permitindo que todos tenham possibilidade de concorrer, em igualdade de condições, para contratar com o Poder Público, e este, efetivamente, obtenha o resultado mais vantajoso para a Administração.

E assim julgou recentemente o Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal 971, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, ratificando o entendimento de que o crime de dispensar licitação é meramente formal, ressaltando o entendimento sobre a natureza formal do delito, não sendo possível que o administrador escolha quem vai efetuar determinada obra, ainda que fique provado que o poder público não fosse receber melhor proposta, pois *a exigência de licitação para a contratação pelo poder público tem como objetivo de preservar bens maiores que apenas eventuais prejuízos ao erário*.

Estes elementos estão sempre no horizonte das atividades de controle interno e externo da Administração Pública, no que se enquadram as atividades desenvolvidas pelo controle externo dos Tribunais de Contas que estamos destacando neste trabalho.

Precisamos aclarar, a partir de agora e em face das demarcações e premissas feitas até aqui, o que deveríamos esperar das atividades do Tribunal de Contas, em regra, e muito especialmente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), nas cadeias constitutivas e operacionais do controle externo.

4 PERSPECTIVAS DE CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: A FUNÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

Temos referido já há bastante tempo que, para a efetiva institucionalização dos postulados do Estado Democrático de Direito no país, torna-se cada vez mais central o tema dos controles sobre os atos da Administração Pública.²¹ Tais controles dizem com o resguardo das autonomias e independências político-administrativas de todos os entes federados, ratificando o postulado fundacional que anima a ideia de República, a saber, a garantia de se criar mecanismos de *chek and balance* entre e para os Poderes Estatais.²²

²⁰ Art. 89. Dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

²¹ Ver nosso artigo: LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 959.

²² Neste sentido ver o excelente trabalho de: SANDEL, Ernest. *Liberalism and the limits of justice*. Boston: Harvard University Press, 1999. p. 39 e ss.

Muitas formas de controle da Administração Pública foram se desenvolvendo ao longo do tempo, dentre os quais, e para começar com os tradicionais, o controle interno, que, tradicionalmente, realiza-se ora pela aplicação do princípio da hierarquia, ora pela atuação de órgãos especializados.

Pelo princípio da hierarquia, pode o órgão superior da Administração em relação aos que lhes são subordinados: rever os atos, delegar e avocar atribuições, e aplicar as penas disciplinares previstas em lei. O controle hierárquico pode ser prévio, concomitante ou posterior; faz-se *ex officio* ou mediante provocação.²³

O problema é que a crescente complexidade do aparelho estatal, a maior sofisticação técnica das questões que tocam à Administração, a multiplicação das categorias de interesses, e o incremento das exigências éticas por parte da sociedade, tornaram insuficiente – ao menos no formato histórico referido - o controle interno baseado nos elementos já indicados.²⁴

Veja-se que a Constituição de 1988 não trouxe novidades conceituais no que tange ao controle interno, assim é que continua ele, em linhas gerais, a traduzir-se na prática de *atos de invalidação, revogação, aprovação e homologação* dos fatos, atos e negócios jurídicos praticados pela Administração Pública. Provavelmente a única inovação aqui, decorrente da nova ordem constitucional, esteja concretizada no *enriquecimento conteudístico*, de *qualidade* do autocontrole, eis que se encontra balizado por diretrizes éticas, consubstanciadas nos princípios da atuação administrativa, não só os elencados pelo art.37, seus parágrafos e incisos, mas pelo sistema constitucional e infraconstitucional como um todo – notadamente os princípios constitucionais, tudo vinculado à persecução da boa-fé e da confiança, que os administrados pressupostamente têm na ação do Estado quanto à sua correção e conformidade com aquele sistema jurídico.²⁵

E se tais controles internos funcionassem de maneira permanente, os níveis de corrupção e improbidade administrativa no país seriam outros, pois haveria oportunidade de evitar ou reduzir os desvios de poder, abusos de autoridade e malversação do patrimônio

²³ Conforme: MOREIRA NETO, Diogo de F. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1991. p. 49.

²⁴ Ver o texto de: GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

²⁵ Ver o trabalho de: COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987. p. 46. Ver também o texto de: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Breve ensaio sobre o sistema de controle interno no Brasil: uma agenda para os próximos cinco anos e a redefinição do denominado modelo de gestão "gerencial". *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 128, p. 41-49, ago. 2012.

público.²⁶ Mas a verdade é que a maior experiência em nível de controles do Poder Público é no âmbito externo.

No particular, destacamos os controles que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública direta e indireta, nas diversas esferas de poder (Federal, Estadual, Distrital e Municipal), com o auxílio dos Tribunais de Contas.

O exercício desta função fiscalizadora, em auxílio ao Poder politicamente responsável pela fiscalização, entretanto, não faz do Tribunal de Contas órgão subordinado ao Poder que auxilia. Ao contrário, sua ação, bem ainda sua estrutura, independem de quaisquer Poderes do Estado.²⁷ A matéria, de resto, está contemplada exclusivamente nas Constituições Federal e Estaduais, e que, no Rio Grande do Sul, tem disciplina exposta no art.70, da Carta Política Estadual, asseverando que:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, e de quaisquer entidades constituídas e mantidas pelo Estado, quanto à legitimidade, legalidade, moralidade, publicidade, eficiência, eficácia, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembléia Legislativa mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes, observado o disposto nos arts.70 a 75 da Constituição Federal.

Já o inciso IV, do art. 71, do texto Constitucional Federal, comete ao Tribunal de Contas a competência para realizar, inclusive por iniciativa do Poder Legislativo, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos três Poderes, inclusive nas fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Para evitar o equivocado entendimento de que o Vereador, o deputado Estadual, o Deputado Federal e o Senador, são titulares da prerrogativa individual de instar o corpo técnico do Tribunal de Contas a realizar determinada ação fiscalizadora alheia às suas rotinas operacionais, mister é que fique esclarecido que é o Poder Legislativo, como instituição, o titular da prerrogativa de solicitar ao Tribunal de Contas o auxílio especial, e não o membro do Poder individualmente.²⁸ Esses agentes, frise-se, devem submeter eventual solicitação

²⁶ Como bem refere: FILGUEIRAS, Fernando. Transparência e controle da corrupção no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Orgs.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 133-161.

²⁷ Ver neste sentido o trabalho de: BOLZAN, Romildo; MILESKI, Hélio Saul. Aspectos políticos da função do Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: TCE/RS, v. 6, n. 9, 1988. Ver também o excelente texto de: MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

²⁸ Ver o interessante texto de: RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo na Administração Pública Federal*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

ao Plenário, à Mesa, às Comissões Permanentes, Temporárias, Especiais ou de Inquérito. A avaliação em cada caso, da necessidade institucional de acesso aos procedimentos privilegiados e especiais do Tribunal de Contas do Estado, cabe apenas a tais colegiados, como representação do Poder Legislativo.²⁹

Pela dicção do art. 71, da Constituição Federal, ao Poder controlado cabe adotar as providências determinadas pelo Tribunal de Contas, podendo, se delas discordar, recorrer ao controle jurisdicional, a cargo do Poder Judiciário. Tal procedimento, entretanto, não exige a autoridade controlada do cumprimento das determinações oriundas da ação desta Corte, enquanto não houver decisão do Poder Judiciário, prestador de jurisdição sobre o caso.

Por outro lado, não podemos perder de vista que, como regra geral, no direito brasileiro são sujeitos ativos da invalidação de atos, fatos e negócios jurídicos, sob o ponto de vista da institucionalidade pública, o Poder Judiciário e a Administração Pública. O Poder Judiciário poderá invalidá-los no curso de qualquer lide, quando provocado para tanto, dependendo da reação do ordenamento jurídico com relação aos atos viciados. A Administração Pública, por sua vez, é sempre parte interessada na lisura do seu agir, e poderá invalidá-los, *sponte própria*, ou quando convocada a fazê-lo, inclusive em face da ordem constitucional, pelo Tribunal de Contas.³⁰

Especificamente no caso da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, por força da Emenda Constitucional n. 7, de 28 de junho de 1995, ter incorporado expressamente o princípio da motivação como nuclear à Administração Pública, isto tem oportunizado ao Tribunal de Contas, através de manifestações de seu corpo funcional, sustentar que solicitações de ação especial que lhe chegam, oriundas de casas parlamentares, devem ser acompanhadas da devida motivação.

Com efeito, não raro encontramos situações em que falta competência institucional a reivindicação de atuação do Tribunal de Contas por parte do Poder ao qual está afeto o controle externo, oportunidade em que a instituição postulante exorbita de sua prerrogativa; contudo, isto se dá apenas quanto a carência de competência constitucional, e não quanto a inexistência de motivação para a solicitação de atuação especial da Corte, isto porque esta é intrínseca à lógica jurídica ensejadora da decisão de pedir auxílio técnico especial nestas circunstâncias.³¹

²⁹ Ver aqui o texto de: RIBAS JR., Salomão. *Uma viagem a Hessen: a função dos Tribunais de Contas e as realidades no Brasil e na Alemanha*. Florianópolis: Imprensa Oficial, 1996.

³⁰ Ver o texto de: ZAMBROTA, Luciano. O caráter vinculativo das recomendações do TCU, proferidas em decisão de tomada de contas – condição de efetividade do controle externo dos gastos públicos. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 28, p. 252-258, 2004.

³¹ Nesse sentido, ver o trabalho de: SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

No exercício desta competência, deve o Tribunal de Contas, como prevê o inc. IX, do art.71, da Constituição Federal: “[...] IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; [...]” (grifos meus). Deve, ainda, o Tribunal de Contas – de acordo com o disposto nos incisos seguintes, de números X e XI –, “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado [...], e representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”.³²

E aqui temos uma questão curial na análise do controle externo realizada pela Corte de Contas, a saber, qual o momento institucional adequado para a representação sob comento? Não entendemos que este momento esteja definido de forma estática, localizado num determinado espaço e tempo consolidado, mas tem de ser dinâmico, processual, ou seja, em qualquer situação que o Tribunal se deparar com irregularidades e ilícitos, ou indícios de sua existência, deverá, imediatamente, tomar as providências necessárias e, inclusive, representar ao Poder competente. Aliás, isso é o que diz o art. 5º, inciso XIV, do seu Regimento Interno, em especial no que diz com o envio as autoridades competentes, na constância do controle de contas municipais em processo de avaliação de peças documentais que aponhem práticas de improbidade administrativa e, ou, ilícitos administrativos e penais.

Tenhamos presente que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, objeto mais específico deste nosso estudo, assim como os demais do país, conta com Direção de Controle e Fiscalização e Serviços de Auditoria Estadual, dentre outros órgãos, que se ocupam das inspeções rotineiras ou extraordinárias do controle externo, desenvolvendo, *sponte sua*, ou por provocação, monitoramentos e averiguações da gestão pública no Estado e Municípios. Importa destacar que o art.5º, inciso III, do seu Regimento Interno, determina como sua competência realizar inspeções dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta.

Este controle culmina com a emissão de parecer prévio anual sobre as contas apresentadas pelos governantes, encaminhando à casa legislativa respectiva (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas, Câmara Distrital e Câmaras de Vereadores), que fará julgamento de caráter político, podendo acatar ou rejeitar o parecer do Tribunal de Contas. Quanto às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades mantidas e instituídas pelo Poder Público, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, III, CF), o julgamento é exclusivamente técnico, esgotando-se em termos administrativos na alçada do Tribunal de Contas.³³

³² Grifos nossos. Ver o texto de: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

³³ Ver o texto de: MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 27, n. 108, out./dez. 1990.

Aliás, no caso da Constituição do Rio Grande do Sul, temos definido (art.15, caput) o princípio da não intervenção do Estado nos Municípios, ressaltando as hipóteses elencadas nos incisos e parágrafos desta cláusula constitucional; de tal modo que a interferência do Estado (por seus três poderes) – cabendo ao Poder Legislativo Estadual apenas apreciar o decreto de intervenção (cujas competências exclusivas a sua expedição é do Governador) –, ocorre excepcionalmente e tão somente quando: (a) deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; (b) não forem prestadas contas na forma da lei; (c) não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino; (d) o Tribunal de Justiça der provimento a representação para prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial, e para assegurar a observância dos seguintes princípios: a forma republicana, sistema representativo e regime democrático; os direitos da pessoa humana; a probidade administrativa.

A própria Sociedade Civil pode requerer informações e representar junto aos Tribunais de Contas de todo o Brasil, sejam municipais, estaduais ou federal, em ação decorrente da cidadania militante, arrimados no inciso XXXIII, do art.5º, da Constituição Federal, ou ainda com amparo no § 2º, do art. 74, do mesmo Texto Político, o qual dispõe que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas [...]”; e, no caso do Rio Grande do Sul, fundado no art. 5º, da Lei estadual n. 10.547/95, batizada como Lei da Economicidade, o qual dispõe que “o serviço de ouvidoria pública, previsto pelo art. 74, § 2º, da Constituição Federal, que funciona junto ao Tribunal de Contas do Estado, será amplamente divulgado e acolherá denúncias fundamentadas de irregularidades”.

Ou seja, o sistema jurídico contemporâneo brasileiro abre múltiplos espaços para o exercício compartilhado de controle da Administração Pública, criando sinergias positivas entre instrumentos institucionais e sociais para tal fim, mas isto poderia ser melhor incrementado, notadamente se levarmos em conta as relações em sede de controle interno e externo, este a partir da lógica de maior cooperação horizontal entre os protagonistas de tais atividades.³⁴

Por tais razões queremos avaliar agora como tem se dado as atividades em especial do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), verificando em que medida podem ser melhor aquilatadas em termos de eficiência, levando em conta, além dos marcos normativos acima referidos, os termos da Lei n. 11.424, de 06.01.2000, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, e o Regimento Interno do Órgão, através da Resolução n. 1028, de 27.03.2015, que definem as suas áreas de atuação, funções e competências, e isto porque, dentre estas definições, encontra-se a previsão estabelecida

³⁴ Ver o texto de: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do TCE de Santa Catarina*, Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, ano 5, n. 6, set. 2008.

no art. art. 5º, inciso XIV, do seu Regimento Interno, já referida, no sentido de que o TCE-RS pode determinar, a qualquer momento, remessa de peças dos autos atinentes ao controle realizado, ao Ministério Público e às demais autoridades competentes, quando houver fundados indícios de ilícito penal e de atos de improbidade administrativa.

5 O PODER/DEVER DO TCE-RS EM DETERMINAR A QUALQUER MOMENTO A REMESSA DE DOCUMENTOS AS AUTORIDADES COMPETENTES PARA AFERIÇÃO DE ILÍCITOS PENAIS E IMPROBIDADES ADMINISTRATIVAS COMETIDOS EM INSTITUIÇÕES PÚBLICAS CONTROLADAS

O Tribunal de Contas do Estado, para desenvolver suas atividades, utiliza-se de determinadas prerrogativas/poderes jurídicos fundamentados nos termos dos permissivos legais, lançando mão de instrumentos compatíveis com as atribuições que lhe competem. Tais prerrogativas/poderes, entretanto, apresentam-se como instrumentais, servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados.

A principal premissa de que parte o Tribunal de Contas para agir é a de que a relação entre a atividade administrativa e a lei é de natureza subordinativa, que se manifesta quer em sentido negativo, quer em sentido positivo.³⁵ O desempenho, pois, das ações administrativas, na dicção de Mello, afiguram-se como providências intercalares que promovem a ligação fiel entre o plano abstrato das leis e a realização efetiva de seus ditames.³⁶

Em face de tais ponderações é que podemos firmar o entendimento de que as ações do Tribunal de Contas são sempre vinculadas, estando o direito positivo a lhe conferir, para a prática de atos de sua competência, elementos e requisitos necessários à sua formalização.

Agora tamanho é o universo de normas (principiológicas e regratórias) que vinculam também o gestor público, que os controles de suas ações implicam, necessariamente, interpretação dos sistemas jurídicos permissivos dos comportamentos públicos, pois a materialidade normativo-teleológica do interesse público a ser efetivado se encontra dada, no caso brasileiro, tanto por disposições infraconstitucionais, como, exponencialmente, por sua Carta Política vigente, em nível de finalidades, objetivos e princípios neurais.³⁷

³⁵ Nesse sentido: ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 11. Alerta o autor que a lei pode proibir determinadas atividades, seja no que concerne às finalidades, meios ou formas (sentido negativo), bem como pode impor a persecução de determinadas finalidades, adotando determinados meios ou formas (sentido positivo).

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, discricionariedade: seus limites e controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, abr./jun. 1988. p. 42.

³⁷ Reflexão semelhante desenvolve: FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. v. I. Madrid: Tecnos, 1996.

Em termos de desenvolvimento cotidiano das ações estatais, oportunidade em que os poderes institucionais são aferidos com maior objetividade, sabemos que as demandas sociais cada vez mais complexas estão a exigir respostas e medidas eficazes e ágeis de seus gestores, principalmente em sociedades como a brasileira em que a administração dos interesses públicos se assenta com vigor significativo nas políticas públicas estatais, em face, fundamentalmente, do alto grau de marginalização e exclusão social provocada pelo modelo econômico vigente, mas, de qualquer sorte, *no Estado, expressão máxima do coletivo, a concentração do poder está produzida e justificada pela destinação de atender a interesses coletivos definidos como interesses públicos. A atribuição de poder ao Estado é indissociável da destinação do poder do Estado.*³⁸

Desta forma, a necessária justificação do exercício do Poder do Estado precisa estar conectada com sua destinação social, perseguindo tão-somente o que diz respeito ao interesse público, sob pena de caracterizar-se como desviante ou abusivo. De outro lado, as medidas operacionais de gestão do espaço público não podem ser universalizadas ou engessadas em fórmulas e métodos de procedimentos administrativos, desconsiderando as particularidades e especificidades de cada plexo de demandas comunitárias envolvidas, pois, fosse assim, estar-se-ia aniquilando as possibilidades conjunturais de melhor atendimento daquelas demandas.

Em face disso, tem a doutrina do Direito Administrativo em geral trabalhado com a possibilidade de se dar certo campo de plasticidade e mobilidade política aos gestores públicos para que implementem políticas voltadas às suas comunidades, permitindo e mesmo fomentando a institucionalização e prática de ações gerenciais de planejamento e execução dessas políticas, assegurando liberdade de eleição quanto à forma e efetivação das obrigações institucionais atinentes à espécie.³⁹

Os temas da conveniência e oportunidade atinentes aos atos do Poder Público (o que engloba tanto Judiciário, Executivo como Legislativo), dizem respeito também a instância axiológica do exercício do poder, ou seja, espaço de decidibilidade que perquire a inflexão de juízos de valor sobre determinada conjuntura e demanda temporal, espacial e territorialmente delimitada. Esses juízos, por mais intersubjetivos que pareçam ser, à Administração Pública estão previamente colocados, ao menos genericamente, em termos de pautas (*standards*) constitucionais vigentes.⁴⁰

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 13.

³⁹ Estamos falando de certo poder discricionário do gestor, a partir de determinado conjunto ordenado, lógico-formal, de construções jurídicas, notadamente normativas, que estabelecem conceitos e princípios vinculantes ao poder público. Ver nosso texto: LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*: Op. cit.

⁴⁰ Desenvolvemos esse tema em nosso livro: LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

Diante de tal perspectiva, afastamo-nos de orientação mais antiga⁴¹ que asseverava ser o Poder Discricionário algo intrínseco à própria Administração, dizendo respeito à sua natureza de potestade, ou mesmo de posições mais modernas que o entende como mera técnica jurídica voltada à concretização de ato estatal oportuno e conveniente ao interesse público.⁴²

Por todas essas razões a atividade do controle externo, nomeadamente a dos Tribunais de Contas, ganha relevo no Brasil, destacando-se para os fins deste trabalho a previsão normativa estabelecida no art. 33, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual n. 11.424/2000, e suas alterações), quando dispõe que é da competência desta Corte: (i) realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, acompanhando a execução de programas de trabalho e avaliando a eficiência e eficácia dos sistemas de controle interno dos órgãos e entidades fiscalizados; (ii) fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos pertencentes ao Estado, repassados pelo mesmo aos Municípios mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres.⁴³

Mas como se iniciam estas atividades de controle externo? Elas se dão por conta dos calendários e agendas institucionais de cada órgão competente⁴⁴, assim como pela provocação social, conforme os termos do art. 60, da Lei Orgânica do Tribunal sob comento:

Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas, contra agentes,

⁴¹ Como, por exemplo, a de: LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. In: LEAL, Victor Nunes (Org.). *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 38.

⁴² Como quer: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Op. cit., p. 32.

⁴³ Incisos V e VI, respectivamente, do art. 33 referido. Grifos nossos.

⁴⁴ No caso do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, os procedimentos relativos aos processos de controle externo estão dispostos no art. 91, e seguintes, do seu Regimento Interno, dando conta de que: “as auditorias, as inspeções e verificações no local serão previamente programadas pelos setores competentes, atendendo, entre outros objetivos que possam ser estabelecidos pelo Tribunal de Contas em cada caso, aos seguintes: I - examinar, com vista à sua legitimidade e regularidade, os atos praticados no exercício ou gestão dos quais resulte a arrecadação de receita ou a realização de despesa, em conformidade com as competências constitucionais do Tribunal de Contas; II - permitir formar juízo a respeito da regularidade das contas do exercício ou gestão sob apreciação; e III - considerar as irregularidades detectadas em auditorias, anteriores ou em exercícios precedentes, bem como as geralmente ocorrentes em órgãos ou entidades de semelhante natureza, apontando a sua eventual reiteração, tudo no propósito de ensejar a imediata adoção das providências corretivas necessárias e a aplicação das sanções cabíveis. Parágrafo único. *A programação das auditorias, das inspeções e das outras verificações no local poderá incluir o exame de matéria por determinação da administração do Tribunal de Contas, baseada em conhecimento ou notícia de irregularidades específicas.* (art. 92)”. Grifos nossos. Essas notícias referidas no dispositivo podem se aplicar tanto a denúncias tópicas advindas do controle social, como matérias jornalísticas em geral.

órgãos ou entidades da administração pública direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades constituídas e/ou mantidas pelos Poderes Públicos do Estado ou dos Municípios.⁴⁵

Para o exercício deste mister, o Tribunal de Contas terá amplo poder de investigação, cabendo-lhe requisitar e examinar, diretamente ou através de seu corpo técnico, a qualquer tempo, todos os elementos necessários ao exercício de suas atribuições, não lhe podendo ser sonogado qualquer processo, documento ou informação, sob qualquer pretexto, nos termos do parágrafo único, do art.33, do mesmo diploma legal.

Esses dispositivos dão mais força ao estabelecido no já comentado art.5º, do Regimento Interno da Corte de Contas, o que nos autoriza a conclusão de que, quando o Tribunal estiver no exercício de suas inspeções ou auditorias, em qualquer de suas fases, em face do seu amplo poder de investigação e deparando-se com fundados indícios de ilícito penal, ou atos de improbidade administrativa, deverá determinar remessa de peças dos autos atinentes ao controle realizado ao Ministério Público e às demais autoridades competentes!

E por que *deverá* o Tribunal assim agir? Por conta do que está disposto no art. 42, de sua Lei Orgânica, ao exigir que ele, ao verificar a ocorrência de irregularidades ou ilegalidades, adote, dentre outras, as providências estabelecidas no Regimento Interno, caso contrário, poderá, com sua omissão, dar causa, ou a não evitação, ou a não responsabilização eficiente do ilícito penal e da improbidade administrativa cometidos.

A gestão do tempo em situações iminentes de crimes ou atos de improbidade contra a Administração Pública, seja com o escopo de reduzir os riscos de suas efetivações, seja para os fins de apurar responsabilidades, seja ainda para providenciar medidas garantidoras de ressarcimento e indenização pelos danos provocados, configura tarefa de urgência para os órgãos de controle. E o Tribunal de Contas não tem a faculdade/escolha de protelar decisões potencialmente inibidoras destes cenários, até em face dos riscos e perigos (diretos e indiretos, individuais, coletivos e difusos) trágicos de suas consequências.

Ao lado disto, o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, assim como a maioria dos Tribunais de Contas do país, tem previsão normativa instituidora da possibilidade colaborativa de orientação e prevenção de irregularidades também com os gestores públicos controlados, eis que prevê: (i) a formulação de consultas por parte dos administradores públicos sobre como procederem de forma legal e legítima em seus órgãos (art. 109, do Regimento Interno); (ii) a cientificação do controle interno ao Tribunal de Contas sobre irregularidades

⁴⁵ Nesse ponto não temos conhecimento se existem pesquisas consolidadas sobre o exercício deste direito por parte da Sociedade civil. O art.105, e seguintes, do Regimento Interno do Tribunal de Contas, prevê o processamento de denúncias sobre irregularidades objeto das suas competências.

ou ilegalidades por ele constatada no âmbito da gestão pública (art. 100, do Regimento Interno).⁴⁶

Ou seja, não é por ausência de previsão legal que os protagonistas do controle interno e externo da Administração Pública no Brasil vão deixar de exercer a colaboração horizontal para tais atividades, medida fundamental para que se dê com mais efetividade estas missões.

Mas por quais razões então tal colaboração parece inexistir ou ser deficitária? Seguramente por múltiplas causas, dentre as quais: (i) ausência de cultura institucional e pessoal de cooperação e trabalho em rede em face dos riscos e perigos de depredação do interesse e patrimônios públicos; (ii) conflitos e tensões por espaços de poder e protagonismos; (iii) insuficiências de mecanismos eficientes e operacionais de colaboração, logística, recursos humanos voltados a tais fins; (iv) técnicas e metodologias ultrapassadas de trabalho, processos e resultados de ações preventivas e curativas relacionadas ao enfrentamento das irregularidades/ilícitudes contra a Administração Pública (como a corrupção e a improbidade administrativa).⁴⁷

Em pesquisa recentemente realizada⁴⁸, na qual foram selecionadas, no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, o universo de 30 (trinta) decisões em sede de contas de gestão, julgadas irregulares, e prestadas pelos administradores municipais do Executivo e do Legislativo (prefeito, vice-prefeito e presidente da Câmara Municipal), foram detectadas algumas irregularidades recorrentes (levando-se em conta o número mínimo de ocorrência em, pelo menos, 10 (dez) decisões). Nestes casos, os riscos de existência de atos de improbidade administrativa e mesmo crimes contra a Administração Pública são significativos, como passamos a ver.

A irregularidade mais apontada, em *primeiro lugar*, nos processos de contas avaliados foi a *violação aos princípios da Administração Pública*, notadamente os expressos no art. 37, caput, da Constituição Federal, sem prejuízo de muitos outros que podem ser apreendidos da leitura sistemática do texto. Das 30 decisões analisadas, em 29 delas foram verificadas tais condutas, o que totaliza a ocorrência em 96,66% dos casos estudados.

⁴⁶ Se isso ocorre, ou não, desconhecemos sobre a existência de estudos consolidados. Ver o texto de: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

⁴⁷ Ver o texto de: UNGARO, Gustavo Gonçalves. Controle interno e controle social da Administração Pública. In: ALMEIDA, Eloisa Machado (Org.). *Controle da Administração Pública*. São Paulo: FGV, 2014. p. 62 e seguintes.

⁴⁸ Conforme artigo decorrente do projeto de pesquisa Sociedade de Riscos e Democracia Radical, desenvolvido junto ao PPGD da UNISC, ao longo dos anos 2018/2019: LEAL, Rogério Gesta; RECH, Caroline A. Delimitação da postura do tribunal de contas do Estado do Rio Grande do Sul frente às irregularidades apontadas: análise acerca da coercibilidade das suas decisões e a capacidade de indução de boas práticas de gestão. In: LEAL, Monia Clarissa Hennig; CUSTÓDIO, Andre Viana (Orgs.). *Fundamentos constitucionais das políticas públicas*. v. II. Curitiba: CRV, 2019. p. 221-237.

Assim, nestes casos, o risco de caracterização de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, da Lei 8.429/92, poderia ser muito grande.

Em *segundo lugar* de recorrência observamos ações de *assunção ou execução de despesa desprovida de fundamento legal*, irregularidade esta que também configura ato de improbidade administrativa, implicando prejuízo ao erário, conforme art. 10, IX, da Lei 8.429/92, além de crime de responsabilidade de prefeitos e vereadores, consoante art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67. Verificamos que essa conduta esteve presente em 24 decisões, num percentual de incidência de 80% dos casos estudados, manifestando-se de duas formas principais: (i) a realização desta pelo gestor sem a existência prévia de norma legal que a fundamentasse; (ii) ou quando o tinha, a sua execução ocorreu de encontro às normas legais.⁴⁹

Em *terceiro lugar* de recorrência tivemos a *ato improbo* do gestor que gerou *prejuízo ao erário ao agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda*, previsto no art. 10, X, da Lei 8.429/92. Esta conduta esteve presente em 21 decisões, com percentual de ocorrência de 70% dos casos, e deu-se, sobretudo, na forma de *renúncia de receitas*, violando o dever de responsabilidade fiscal na gestão. Foi possível verificá-la através da omissão do gestor na estruturação dos setores tributário e fazendário, inviabilizando a cobrança de dívidas ativas atrasadas e a inscrição de novos devedores, bem como a recorrente utilização de valores da base de cálculo do IPTU desatualizada, culminando em recolhimentos a menor de tributos de direito do ente municipal.

Em *quarto lugar*, tivemos a conduta do *gestor que gera ou corrobora com o enriquecimento ilícito de terceiros em detrimento do prejuízo ao erário*, prevista como ato de improbidade administrativa pelo art. 10, X, da Lei 8.429/92, presente em 18 decisões, com percentual de ocorrência em 60% dos casos estudados. Incidiu, sobretudo, nas hipóteses em que o gestor efetuou pagamentos a servidores, contratados ou terceiros, sem que estes tivessem o direito de receber tais valores, ou sem que existisse qualquer fundamento legal para fazê-lo.

Em *quinto lugar*, localizamos duas condutas distintas que estiveram presentes em 14 decisões, isto é, com percentual de ocorrência em 46,6% dos casos estudados.

A primeira delas é a (i) *contratação, nomeação ou designação de servidor contra expressa disposição em lei*, a qual configura crime de responsabilidade de prefeitos e vereadores consoante art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67, que se deu, sobretudo, através da criação de cargos de comissão, os quais são de livre nomeação, mas restritos a atividades de chefia, assessoramento ou direção, consoante art. 37, V, do texto constitucional, mas, no caso, foram criados com atribuições e natureza de provimento efetivo, que exigem a prévia

⁴⁹ Dependendo da situação, poderá se caracterizar inclusive o crime previsto no art.359-A, do Código Penal brasileiro, envolvendo contratação ilícita de operação de crédito, o que deve sempre ser investigado e prontamente é possível de ser identificado ao menos documentalmente e em sede de indícios.

aprovação em concurso público, consoante art. 37, II, da Constituição. Logo, utilizou-se de tais cargos como tentativa de burlar o requisito constitucional do concurso público.

A segunda conduta com tal grau de incidência foi a (ii) *compra de bens ou contratação de serviços pela Administração Pública para com terceiros de forma direta*, através de procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, ou em inobservâncias às formalidades relativas a tais expedientes, consoante dispõe o art. 89, da Lei 8.666/93, configurando crime de licitações. A inobservância das formalidade foi verificada no ato de contratar diretamente sem a abertura do devido procedimento administrativo, pressuposto obrigatório consoante art. 26, da aludida lei, destinado à justificar tal modalidade e demonstrar o enquadramento nas hipóteses legais do seu art. 25 (comprovação de que o objeto só poderia ser adquirido de um único fornecedor, quando bens; ou da natureza singular e necessidade de notória especialização, quando da contratação de serviços).

Em *sexto lugar*, temos novamente duas condutas distintas, as quais foram verificadas em 12 decisões analisadas, sendo o percentual de incidência em 40% dos casos.

A primeira delas é o (i) *pagamento de despesas sem prévia liquidação, em afronta aos artigos 62 e 63, da Lei 4.320/64*, a qual se deu em função de o gestor os efetuar sem que o credor ou indivíduo, com supostos créditos contra a Administração, demonstrasse seu direito adquirido de receber tais valores, culminando inclusive em pagamentos a maior aos fornecedores e prestadores contratados, demonstrando a falta de controle e de zelo em relação à coisa pública.

A segunda conduta que apresentou tal grau de incidência foi o (ii) *ato improbo do gestor de liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes*, positiva no art. 10, XI, da Lei 8.429/92. Foi aferido nos casos em que o ente municipal celebrou convênios com determinadas instituições, por meio do qual a municipalidade mantinha os repasses de verbas públicas a elas ainda que: descumprissem seu dever legal de prestar contas quanto à sua aplicação; não detivessem plano de trabalho que fixasse quais as contraprestações da beneficiária se dariam em proveito dos munícipes; quando vigente, este era descumprido; ou, ainda, quando as verbas repassadas tinham sua finalidade pública desvirtuada.

Tal irregularidade afronta diretamente o disposto no art. 116, da Lei 8.666/93, o qual exige a prévia aprovação de plano de trabalho para a celebração de convênios com a Administração, além do que, em não sendo possível constatar a boa e regular aplicação das verbas repassadas, verificado desvio de finalidade, atrasos injustificados no cumprimento das metas propostas ou sua inexecução, o gestor tem o dever de reter as parcelas até a regularização da situação, como forma de evitar gastos públicos infrutíferos e sem qualquer interesse público.

Por último, em *sétimo lugar*, temos a conduta do gestor que configura crime de responsabilidade ao *adquirir bens ou realizar serviços e obras sem licitação nas modalidades de concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei*, consoante art. 1º, XI, do Decreto-Lei 201/67. Essa conduta foi constatada em 10 das decisões analisadas, apresentando como porcentagem de ocorrência em 33,3% dos casos, geralmente nas situações em que o gestor promovia a contratação direta, tendo como agravante os valores dos contratos serem superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para os quais o art. 23, II, da Lei 8.666/93, fixa obrigatoriamente a realização de licitação nas modalidades citadas.

Ademais, nestes casos, não raro operou-se o *fracionamento* de licitações, por meio do qual o gestor fragmentava a compra de produtos de um mesmo gênero, que deveriam ser licitados em conjunto, em vários contratos de menor valor, com o intuito de burlar o requisito legal do prévio procedimento licitatório nas modalidades apontadas.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, em 80% dos casos analisados, aplicou multas por violação das normas jurídicas, no montante de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) e, em menor proporção, nos valores entre R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos) e R\$ 1.000,00 (mil reais).

Nos processos em que foi verificada conduta lesiva ao erário público, houve a fixação do débito na medida do prejuízo causado, o qual deveria ser ressarcido aos cofres públicos pelo gestor analisado, sanção esta que fora verificada em 76,66% dos casos analisados.

Em matéria de orientação da conduta do gestor, em 53,33% dos casos analisados, houve a recomendação para que o administrador (e em caso de este não mais estar em exercício do mandato analisado, ao referido Poder) evitasse a reincidência nas falhas apontadas no processo de contas. Em 76,66% dos casos analisados foi imposta a correção das falhas apontadas passíveis de regularização.

Em 10% dos casos analisados foram exigidas as desconstituições dos atos administrativos em função de que estes violavam o ordenamento jurídico, sobretudo a norma constitucional, e isso se deu através da *negativa de executoriedade* de leis devido a sua inconstitucionalidade, como, por exemplo, a criação de cargos comissionados com natureza de permanentes e atribuições que deveriam ser providas em caráter efetivo, mediante concurso público.

Por fim, quanto à previsão do art. 5º, XIV, do Regimento Interno do TCE-RS, que fixa a possibilidade de remessa dos autos ao Ministério Público em função de fundados indícios de ilícitos penais ou atos de improbidade, os quais, consoante listagem das irregularidades mais recorrentes, foram verificados em grande parte dos processos de contas, em apenas 10% deles houve a concretização de tal previsão, conforme demonstram os quadros abaixo:

QUADRO 1: decisões com trânsito em julgado entre 2016/2017

TOTAL = 43 - REMESSA = 4

MUNICÍPIO	EXERCÍCIO	PROCESSO	ESFERA	REMESSA AO MP
Gramado Loureiros	2012	008436-0200/12-6	Executivo	Remessa MP
Charqueadas	2014	001968-0200/14-3	Legislativo	Remessa ao MP
Dom Feliciano	2011	000244-0200/11-0	Legislativo	Remessa ao MP
Chapada	2012	008241-0200/12-8	Executivo	Remessa ao MP apenas no parecer

Fonte: elaborado pelo autor.

QUADRO 2: decisões com trânsito em julgado entre 2017/2018

TOTAL = 50 - REMESSA = 3

MUNIC.	EXERC.	PROCESSO	ESFERA	REMESSA AO MP
Ubiretama	2014	003130-0200/14-5	Executivo	Art. 5º, XIV, RInterno
Alvorada	2012	008025-0200/12-9	Executivo	Art.140, RInterno
Chuí	2015	002004-0200/15-3	Executivo	Remessa ao MP

Fonte: elaborado pelo autor.

A pergunta que resta é: por que nos demais processos analisados pela Corte de Contas, envolvendo as sete situações descritas de ampla recorrência em termos de irregularidades detectadas nas inspeções ou avaliações realizadas, nos quais houve indícios de crimes contra a Administração Pública e mesmo improbidade administrativa, não foram encaminha-

dos, imediatamente, para o Ministério Público? Pois isso, talvez, evitaria a consumação dos ilícitos, ou mesmo diminuiria os danos causados por tais atos.

6 CONCLUSÃO

Os processos e procedimentos de controle (interno e externo) da gestão pública no Brasil cada vez mais demandam ações de cooperação técnica, operacional e de inteligência integradas entre todos os protagonistas destas atividades (controladorias internas, tribunais de contas, controladoria geral da união, ministério público estadual e federal), sob pena de não serem efetivos e eficazes no combate preventivo e curativo da corrupção, dos crimes contra a Administração Pública, da improbidade administrativa, dentre outras causas de depredação violenta do interesse e patrimônio públicos.

Para tanto, temos de pensar em medidas como as pactuadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que constituíram, em 18.12.2012, Termo de Cooperação Técnica para os fins de intercambiar informações que aperfeiçoem o cumprimento das competências atribuídas a estas instituições pelos artigos 70, e seguintes, e 127, e seguintes, da Constituição Federal.

No âmbito deste ajuste, cabe ao Tribunal de Contas daquele Estado franquear acesso ao Sistema AUDESP (Auditoria Eletrônica de Órgãos Públicos); à relação dos apenados em decorrência da Lei Federal n. 8.666/93, e Lei Federal n. 10.520/2002, das entidades proibidas de novos recebimentos de verbas públicas, e dos responsáveis por contas julgadas irregulares. Por sua vez, o órgão ministerial estatal disponibiliza consulta às bases de dados de responsáveis por prestações de contas e demais atos apreciados pelo TCE-SP, mantidas pela Receita Federal do Brasil, DETRAN (Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo), e JUCESP (Junta Comercial do Estado de São Paulo), respeitadas as condições atribuídas ao órgão ministerial.⁵⁰

Em 29 de agosto de 2018, novamente o Ministério Público de São Paulo e o Tribunal de Contas deste Estado juntaram forças, através do Termo de Cooperação Técnica n. 023/2018, para os fins de cooperarem reciprocamente, em nível tático e operacional, no planejamento, desenvolvimento, execução e avaliação de resultados de projetos e atividades voltados a prevenção e a repressão da corrupção do Estado de São Paulo.⁵¹ Os objetos

⁵⁰ Conforme notícia veiculada no sítio eletrônico: SÃO PAULO. TCE-SP. *Tribunal de Contas e Ministério Público do Estado de São Paulo celebram Termo de Cooperação Técnica*. S.d. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-tribunal-de-contas-e-ministerio-publico-do-estado-de-sao-paulo-celebram-termo-de-cooperacao-tecnica>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵¹ Conforme documento disposto no sítio eletrônico: SÃO PAULO. MP-SP. *Termo de Cooperação Técnica n. 023/2018*. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Portal_da_Transparencia/Licitacoes_Contratos_Convenios/Licitacoes_Convenios/Lista_de_convenios/Lista_de_convenios_2018/PT%2048.731-18%20TCE.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

mais específicos desta cooperação configuram exemplo positivo de ações consorciadas que podem reverter para o controle e monitoramento da gestão pública, dentre os quais:

- I. Construção de matriz de risco de pontos de atenção, irregularidades e corrupção por meio de soluções de Inteligência Tecnológica, partir do compartilhamento dos dados que compõem o IEG - M - Índice de Efetividade da Gestão Municipal, SIS MP, Sistema AUDESP, dentre outras bases abertas ou reservadas, a ser desenvolvida e implantada em parceria pelas respectivas áreas de Inteligência, Informações Estratégicas e Tecnologia da Informação, inclusive, quando cabível, em cooperação com outros órgãos e instituições, públicos e/ou privados, desde que ambos os partícipes estejam de acordo;⁵²
- II. Desenvolvimento e implantação do protocolo de atuação integrada dos partícipes por meio das promotorias de justiça, notadamente pelos núcleos de atuação integrada e grupos de atuação especial, e unidades de fiscalização do TCESP (Diretorias de Fiscalização e Unidades Regionais);
- III. Desenvolvimento e implantação do “Sistema Eletrônico de Intercambio de Informações”, via webservice ou segundo outro modelo acordado pelos órgãos partícipes;
- IV. Disponibilização pelo MPSP de acesso ao sistema SIS MP à área de inteligência do TCESP, e o compartilhamento de dados e informações decorrentes de ações de controle externo ou investigações sobre agentes e órgãos públicos à área de Inteligência (Informações Estratégicas) do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.⁵³

O acordo de cooperação também previu o desenvolvimento de projetos institucionais nas áreas de inteligência, informações estratégicas e tecnologia de informação para os fins do seu objeto, assim como a troca de dados estatísticos de interesse comum, o que amplia os níveis de efetividade dos controles.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) de igual sorte celebrou, com o Tribunal de Contas da União (TCU), em 21 de maio de 2018, acordo de cooperação para viabilizar o intercâmbio de conhecimentos, informações e bases de dados comuns, dentre estas o acesso ao Laboratório de Informações de Controle (LabContas) do TCU, e o Ministério Público brasileiro, por sua vez, comprometeu-se a fornecer ao TCU, ferramentas tecnológicas, extrações periódicas e bases de informações estruturadas contendo dados de interesse fiscalizatório, notadamente aqueles relativos as ações de investigação de pessoas

⁵² Estamos pensando aqui nas Polícias e suas eventuais investigações e informações consolidadas relacionadas, direta e indiretamente, com interesses e, ou, patrimônios públicos-alvo de ilicitudes.

⁵³ SÃO PAULO. MP-SP. *Termo de Cooperação Técnica n. 023/2018*. 2018. Op. cit., p. 03.

físicas e jurídicas no âmbito das competências ministeriais em face de práticas relacionadas a improbidade administrativa.⁵⁴

O interessante desta parceria é que restou ajustado que o CNMP deve elaborar, anualmente, relatório consolidado com as informações prestadas pelos ramos e unidades do Ministério Público brasileiro, contendo os principais trabalhos e resultados alcançados com base no ajuste firmado.⁵⁵

Nesta mesma linha, o Ministério Público do Estado da Paraíba, em 2009, assinou termo de compromisso de cooperação com os Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, e junto ao Tribunal de Contas do Estado, com o objetivo de articular e integrar os Ministérios Públicos, estabelecendo espaço próprio de discussão e instituindo mecanismos e ferramentas de intercâmbio, visando a troca de informações e banco de dados, grupos de trabalho e comissões de interesse comum, bem como acesso a documentos e dados relacionados as atividades de cada qual, com destaque no controle dos crimes praticados contra a Administração Pública.⁵⁶

Desde o ano de 2012 também o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP-RS) e o Tribunal de Contas deste Estado (TCE-RS) possuem termo de cooperação técnica visando o acesso a dados informatizados recíprocos para o exercício do controle externo.⁵⁷ O documento prevê, dentre outras coisas, que:

- i) o MP/RS poderá acessar, por meio do sítio do TCE/RS na Internet, o conteúdo dos processos, dos dados constantes do Sistema de Informações para a Auditoria e Prestação de Contas – SIAPC (dados contábeis coletados desde 1999, referentes à Receita, à Despesa e ao Balancete de Verificação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul), bem como os dados e informações constantes de expedientes relativos ao Processo ACD – Acompanhamento de Cumprimento de Decisão;

⁵⁴ Conforme documento veiculado no sítio eletrônico: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Acordo de Cooperação Técnica*. Brasília, DF: TCU; CNMP, 2018. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Termosdecooperacao/TCU/Acordo_de_Cooperacao_CNMP-TCU_LabContas.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵⁵ Já em junho de 2018, o Ministério Público Federal firmou acordo semelhante com o Tribunal de Contas da União, visando justamente o trabalho conjunto de auditoria, exame e instrução de processos em matérias que envolvam a proteção do patrimônio público federal, prevendo o *acesso a relatórios, bancos de dados e informações que evitem duplicidade de esforços na investigação de matérias que afetam ambas as instituições*. Conforme notícia veiculada pelo sítio eletrônico: BRASIL. Ministério Público Federal. *MPF firma acordo de cooperação técnica e assistência mútua com o TCU*. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-firma-acordo-de-cooperacao-tecnica-e-assistencia-mutua-com-o-tcu>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵⁶ Conforme notícia veiculada no site: PARAÍBA. Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. *Termo de Cooperação entre MPS garante fiscalização integrada na PB*. S.d. Disponível em: <https://tce.pb.gov.br/noticias/termo-de-cooperacao-entre-mps-garante-fiscalizacao-integrada-na-pb>. Acesso em: 18 mar. 2020..

⁵⁷ Conforme documento veiculado no site: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Portal TCE*. S.d. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/textos_diversos_pente_fino/TermoMPRS.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

- ii) o TCE/RS, mediante autorização do MP/RS, poderá acessar on line, via Sistema Recursos Humanos do Estado - RHE, da SEFAZ/RS, por meio de fornecimento de senha específica para essa finalidade, a ser concedida aos servidores do TCE/RS previamente indicados e cadastrados para a obtenção, continuada e periódica, das informações constantes nos referidos bancos de dados (abrangendo membros e demais servidores, ativos, inativos e seus pensionistas), incluindo dados cadastrais (nome, matrícula, CPF, cargo, função, lotação etc.) e folha de pagamento (vantagens, descontos, rubricas etc.);
- iii) os partícipes poderão, por meio do Núcleo de Inteligência do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – NIMP/MP, reestruturado por meio do Provimento n. 20/2010, de 21/05/2010, e do Centro de Gestão Estratégica de Informação para o Controle Externo – CGEX/TCE, órgão integrante da Direção de Controle e Fiscalização, conforme Resolução n. 944/2012, intercambiar e compartilhar informações e conhecimentos estratégicos ou de interesse recíproco que apoiem as ações de controle externo e/ou otimizem o desempenho de suas respectivas atribuições legais, além de tecnologias informacionais, métodos de avaliação de risco e, ainda, promover, em conjunto ou separadamente, atividades de capacitação.

Essa possibilidade do núcleo de inteligência do MP-RS dialogar e operar ações de controle com o centro de gestão estratégica de informação para o controle externo do TCE-RS revela-se neural para os fins de ações preventivas e mesmo curativas em face de ilícitos praticados contra a Administração Pública, principalmente tendo em conta que, pelos termos do parágrafo segundo, do inciso II, da Cláusula Segunda, deste ajuste:

Aos usuários cadastrados do MP/RS será permitido o acesso aos dados e informações disponibilizados em expedientes relativos ao Processo ACD - Acompanhamento de Cumprimento de Decisão, bem como ao conteúdo de peças processuais e das informações constantes do Sistema de Informações para a Auditoria e Prestação de Contas - SIAPC (dados contábeis coletados desde 1999, referentes à Receita, à Despesa e ao Balancete de Verificação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul).

Em face desses termos de cooperação entre o Ministério Público e o Tribunal de Contas no Rio Grande do Sul, evidencia-se ainda mais estranho o fato de que, em alguns processos analisados pela Corte de Contas – referidos acima –, com amplas irregularidades detectas nas inspeções ou avaliações realizadas, eles não foram encaminhados, imediatamente, para o Ministério Público.

Diante destes elementos, podemos concluir que existem hoje condições normativas e institucionais para que o exercício do controle interno e externo ocorra de modo mais

articulado e em rede entre os sujeitos responsáveis por suas execuções cotidianas, todavia, ao menos em parte, tal não ocorre quando vemos que inexiste ainda cultura colaborativa e procedimental fiscalizatória de tempo real a viabilizar que as ações de inspeções e análise de contas periódicas em gestões públicas municipais e estaduais se deem, sempre, valendo-se destes instrumentos de cooperação a todo o momento, aumentando as possibilidades de evitação de danos ao patrimônio e interesses da Comunidade, ou ao menos reduzindo o risco destas ocorrências, bem como dinamizando os modelos de responsabilização daí decorrentes.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2000.
- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1990.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ARAÚJO, Florivado Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- BOLZAN, Romildo; MILESKI, Hélio Saul. Aspectos políticos da função do Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: TCE/RS, v. 6, n. 9, 1988.
- BONARD, Roger. *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*. Paris: Dalloz, 1979.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do TCE de Santa Catarina*, Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, ano 5, n. 6, set. 2008.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Breve ensaio sobre o sistema de controle interno no Brasil: uma agenda para os próximos cinco anos e a redefinição do denominado modelo de gestão “gerencial”. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 128, p. 41-49, ago. 2012.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999.
- COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.
- DROMI, Roberto. *Modernización del control publico*. Buenos Aires: Hispania Libros, 2005.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

ENTERRÍA, Eduardo García de *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. v. I. Madrid: Tecnos, 1996.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRAZ, Sérgio. Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 04, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros, v. 15, 1996.

FILGUEIRAS, Fernando. Transparência e controle da corrupção no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Orgs.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BRASIL. Ministério Público Federal. *MPF firma acordo de cooperação técnica e assistência mútua com o TCU*. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-firma-acordo-de-cooperacao-tecnica-e-assistencia-mutua-com-o-tcu>. Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Acordo de Cooperação Técnica*. Brasília, DF: TCU; CNMP, 2018. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Termosdecooperacao/TCU/Acordo_de_Cooperacao_CNMP-TCU_LabContas.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Síntese, v. 23, 2004.

LEAL, Rogério Gesta; RECH, Caroline A. Delimitação da postura do tribunal de contas do Estado do Rio grande do Sul frente às irregularidades apontadas: análise acerca da coercibilidade das suas decisões e a capacidade de indução de boas práticas de gestão. In: LEAL, Monia Clarissa Hennig; CUSTÓDIO, Andre Viana (Orgs.). *Fundamentos constitucionais das políticas públicas*. v. II. Curitiba: CRV, 2019.

LEAL, Rogério Gesta. *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública*: alguns estudos de caso. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

- LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. In: LEAL, Victor Nunes (Org.). *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- LOLLI, Augusto. *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*. Studio sulla qualificazione giuridica. Milano: Giuffrè, 2000.
- MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho publico*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 27, n. 108, out./dez. 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, discricionariedade: seus limites e controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, abr./jun. 1988.
- MOREIRA NETO, Diogo de F. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1991.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O pressuposto lógico do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 19, 1997.
- PARAÍBA. Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. *Termo de Cooperação entre MPS garante fiscalização integrada na PB*. S.d. Disponível em: <https://tce.pb.gov.br/noticias/termo-de-cooperacao-entre-mps-garante-fiscalizacao-integrada-na-pb>. Acesso em: 18 mar. 2020.
- RIBAS JR., Salomão. *Uma viagem a Hessen: a função dos Tribunais de Contas e as realidades no Brasil e na Alemanha*. Florianópolis: Imprensa Oficial, 1996.
- RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo na Administração Pública Federal*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Portal TCE*. S.d. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/textos_diversos_pente_fino/TermoMPRS.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.
- SANDEL, Ernest. *Liberalism and the limits of justice*. Boston: Harvard University Press, 1999.

SÃO PAULO. TCE-SP. *Tribunal de Contas e Ministério Público do Estado de São Paulo celebram Termo de Cooperação Técnica*. S.d. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-tribunal-de-contas-e-ministerio-publico-do-estado-de-sao-paulo-celebram-termo-de-cooperacao-tecnica>. Acesso em: 18 mar. 2020.

SÃO PAULO. MP-SP. *Termo de Cooperação Técnica n. 023/2018*. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Portal_da_Transparencia/Licitacoes_Contratos_Convenios/Licitacoes_Convenios/Lista_de_convenios/Lista_de_convenios_2018/PT%2048.731-18%20TCE.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

UNGARO, Gustavo Gonçalves. Controle interno e controle social da Administração Pública. In: ALMEIDA, Eloisa Machado (Org.). *Controle da Administração Pública*. São Paulo: FGV, 2014.

WAGNER, Fernando. *La construcción del Estado y del Derecho Administrativo*. Madrid: Gedisa, 2001.

ZAMBROTA, Luciano. O caráter vinculativo das recomendações do TCU, proferidas em decisão de tomada de contas – condição de efetividade do controle externo dos gastos públicos. *Revista Interesse Público*, Porto alegre: Notadez, n. 28, p. 252-258, 2004.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1984.

CRISE PANDÊMICA, DIREITO EXCEPCIONAL E CONFLITO INTRAFEDERATIVO

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Professor de Direito Administrativo da Universidade
Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)
Desembargador federal aposentado do TRF2
Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do IAB

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Por que direito excepcional? 3 A atual normatividade excepcional. 4 A judicialização das questões intrafederativas. 5 A partilha competencial federativa no regime de 88 e o regime jurídico brasileiro da saúde. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Crisis, is, significava, em latim, alteração no quadro de uma patologia, *para melhor ou para pior*, segundo o consagrado Dicionário Saraiva¹.

Sob o aspecto social, o conceito de *crise* é o de situação grave em que os acontecimentos, rompendo padrões tradicionais, perturbam a organização e o funcionamento de alguma, algumas ou de todas as instituições integradas na sociedade. Caracterizam-se pela subitaneidade – e, até mesmo, a imprevisibilidade – e pela duração limitada no tempo.

Podemos afirmar que o Brasil tem padecido, no amplo campo dos problemas políticos e sociais, além de surtos e epidemias de tais naturezas, uma *situação endêmica*, que se tem agravado em face da enorme gama desses problemas, que se adensam, crescendo em quantidade, grau e intensidade, sem que soluções sejam postas em prática, à altura de seu enfrentamento e superação; a gerar, mais do que a insatisfação com as respostas, a incerteza, a perplexidade, a angústia, a antevisão de um futuro cada vez mais sombrio.

Verifica-se a debilitação das instituições políticas; a pouca representatividade partidária, substituída pelas *bancadas corporativas* e, até mesmo, pelas dos *grupos criminosos*.

Carece-se de um Projeto Nacional, de Políticas Públicas adequadas.

¹ SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português*. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 2000.

A corrupção campeia, engolfando, inclusive, recursos destinados ao combate à atual pandemia, e envolvendo agentes públicos corruptos e corruptores privados.

Nessa tristemente conturbada ambiência, afloram deficiências e aspectos negativos nos setores de assistência à *saúde*, de saneamento, de educação, na prestação de serviços públicos, inclusive os essenciais; a que se somam os problemas que atingem o ordenamento jurídico, em sua formulação e aplicação.

O quadro social é grave, com seu elevado índice de miséria extrema, a carência habitacional, a levar aos aglomerados das favelas, das comunidades e das periferias. Cada vez mais, cresce o domínio do tráfico de drogas, de armas, e das milícias que chegam a excluir a própria jurisdição estatal, em territórios que estão sob seu controle. A desenfreada violência em todos os escaninhos da sociedade, a partir do próprio convívio familiar. Os desvios no uso das novas tecnologias de informação e comunicação albergam a prática dos mais variados ilícitos cibernéticos.

As mazelas no setor educacional compreendem o não-acesso à escola por um significativo número de crianças e jovens; isso, aliado à precariedade de suas instalações, e à má remuneração dos professores.

No *setor do trabalho*, que, de algum tempo, vem sofrendo o impacto negativo de medidas de precarização do emprego formal, mercê da *flexibilização* do contrato de trabalho, o afrouxamento das garantias laborais e previdenciárias; conjunto que conduziu ao que se chama de *uberização do mercado laboral*.

A presente situação emergencial da *saúde* potencializou os aspectos, já críticos, aduzindo novos problemas. Evoluiu para a de *calamidade pública*, decorrente da pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19), provocando crise poliédrica, de ordem humana, social, médico-hospitalar, econômico-financeira, fiscal e jurídica; esta, inclusive, de *índole constitucional e político-administrativa*.

A pandemia pôs a nu nossa dependência às multinacionais dos setores farmacêutico e de insumos básicos para o adequado atendimento pelas unidades de *saúde*.

Embora festejemos a existência do Sistema Único de Saúde, são gritantes as carências materiais e humanas, na prestação dos serviços; a má administração financeira; atendimento pouco humanizado, deficiente na emergência, e a exigir longa espera pelos pacientes.

Adite-se a política de apequenamento do *Estado*, de suas Instituições, na estrábica visão do ultraliberalismo, a pregar o *Estado-mínimo*, o '*Estado nanico*', com endeusamento do *mercado*, especialmente do *financeiro*, a prestigiação da autorregulação; e, ainda, do abandono das ações incentivadoras da ciência, da pesquisa, da inovação, da tecnologia, a criar uma defasagem em relação a outros países; a qual se vai tornando irreversível, e uma sujeição, cada vez maior, ao estrangeiro, ao multi e ao supranacional.

A desestatização de empresas superavitárias, muitas com atuação em setores vitais para o País, processa-se em clima de pragmatismo imediatista, com objetivos meramente financeiros: como se diz, '*para fazer caixa*'.

Daí, a necessidade, em ambiente de limitações extremas na vida social e na atividade econômica, de adoção de medidas extraordinárias, imprescindíveis à frenagem da disseminação do vírus; a tomada de iniciativas para o evitamento da intercontagação com a identificação das pessoas contaminadas em vários níveis de gravidade, e seu tratamento; o reforço dos sistemas de *saúde*, seja o público, seja o privado; a liberação de verbas; a facilitação de contratação para aquisição de bens, vacinas, insumos, aparelhagem hospitalar, assim como a agilização no sepultamento dos fatalmente atingidos.

Nesse quadro, surgiu um *regime jurídico excepcional*, que podemos identificar como de *Direito Excepcional*.

A questão é que, na atualidade, conjuga-se a problemática endêmica do direito comum com a do direito excepcional, prenehe de viciosidades.

2 POR QUE DIREITO EXCEPCIONAL?

Expressão utilizada pela Ciência Jurídica, inclusive por seu ramo, a Hermenêutica, para designar os preceitos jurídicos que, por imperativo da necessidade social, restringem direitos, impõem ônus, isentam de obrigações; e, por isso, não permitem interpretação ampla ou integração analógica. É o mesmo que *direito singular*, por oposição ao *direito comum*².

Enquanto este último é informado por *princípios gerais*, o *direito excepcional* surge para atender à proteção, à defesa do Estado, à salvaguarda de interesses da sociedade, em situações como guerra, comoções intestinas e, exatamente, calamidades. É distinção a que já se referia, no Direito Romano, o jurisconsulto Paulo.

Não se confunde, no entanto, com *regime de exceção*, matéria de Direito Político; sendo essa a expressão que designa o regime de governo descompromissado com o Estado de Direito. É o *governo do arbítrio*.

Ora, dizer-se que estamos em época de crise, que se trata de um quadro pandêmico de vulto gigantesco, não significa que tenha sido abolido o art. 1º da CF, e que não estejamos insertos no Estado Democrático de Direito. Infelizmente, reconhecamos, não em pleno *Estado Social de Direito*.

² SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Desse modo, o *direito excepcional da crise*, o *direito da crise*, a par dos tradicionais limites hermenêuticos, há de estar balizado pela Constituição; e pelos princípios informativos do Direito Administrativo, especialmente os da *razoabilidade*, da *proporcionalidade*; com imposição do menor número possível de exceções, ônus e gravames, circunscritos ao absolutamente necessário à superação da crise.

Nessa moldura, podemos, portanto, legitimamente, na ambiência da Covid-19, falar em um *Estado Excepcional de Direito*, mas sempre *Estado de Direito*; e, necessariamente, para que seja lícita a normatividade excepcional, vinculada à assistência e à saúde.

Enfrenta-se, entretanto, no *segmento jurídico*, a perversa conjugação, lembrada por Afonso Arinos de Melo Franco³, a propósito de outro momento crítico: a do *direito da crise* com a *crise do direito*.

O primeiro tende a extinguir-se; o segundo, ao contrário, mina as bases, corrói os alicerces do regime jurídico, e deturpa, corrompe, os institutos jurídicos, agride as categorias fundamentais, vicia as instituições políticas.

Sem nos aprofundarmos, basta que lembremos que Emendas Constitucionais têm desconstruído a pureza do regime original de 88.

Efetivamente, existe uma *crise* do Direito Brasileiro. Verificam-se graves deficiências jurídicas, em nível estrutural e funcional do setor estatal, em patamar constitucional e administrativo; e no campo social.

O panorama é mais densamente enevoado por certo abandono, na prática jurídica, do Direito como Ciência Social, em favor de um emprego menos detido das *categorias jurídicas fundamentais*, inclusive sob o ângulo de suas raízes e de sua evolução.

É a *crise do direito*: não, propriamente, no aspecto teórico-doutrinário, mas na formulação normativa, na vivência, cumprimento, execução e aplicação.

Há insatisfação geral com prescrições do Direito Positivo, insuficientes para debelar os conflitos sociais; no entrechoque do individualismo jurídico com os direitos sociais e interesses comunitários.

A *crise jurídica*, na edição e na execução das *normas excepcionais*, está vinculada, em grande parte, aos *conflitos políticos* e aos *conflitos de políticos*, no enfrentamento da pandemia; a par do próprio comportamento dissonante em relação a protocolos e prevenções, na adoção de profilaxias de resultados duvidosos e mesmo nocivos à *saúde* da população; além de omissões na adoção oportuna das melhores práticas.

O resultado tem sido o impressionante número de casos, no Brasil, e a tristemente impactante cifra de mais de 520.000 mortos.

³ MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 151-163.

3 A ATUAL NORMATIVIDADE EXCEPCIONAL

Na área específica da *saúde*, essa normatividade partiu da Portaria 138, de 03 de fevereiro de 2020 (e, portanto, antes do Carnaval daquele ano), do Ministro da Saúde, que declarou *emergência de saúde pública de importância nacional*, com base em declaração da OMS, de 30 de janeiro, em termos globais.

O Congresso Nacional, em 20 de março, reconheceu o *estado de calamidade pública*, por meio do Decreto Legislativo n. 6/2020, mas exclusivamente para fins de responsabilidade fiscal⁴.

Tem-se seguido farta legislação, a partir da Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre as *medidas para enfrentamento de emergência de saúde pública*, definindo várias delas, como o *isolamento*, a *quarentena*; assim como a *determinação de exames laboratoriais e da vacinação*, a *par do controle de entrada e saída do País*; e a Lei 13.982, de 02 de abril, que estabeleceu *medidas excepcionais de proteção social*, inclusive o *auxílio emergencial*.

A Lei Complementar n. 173, de 27.05.2020, estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus Sars-CoV-2 (Covid-19), e alterou a Lei Complementar n. 101, de 04.05.2020, Lei de Responsabilidade Fiscal.

A Lei n. 14.125, de 10 de março de 2021, autorizou, a União, estados, Distrito Federal e municípios, a adquirir vacinas, assumindo o risco referente à responsabilidade civil; desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial; assim como pessoas jurídicas de direito privado⁵.

Do descompasso entre, de um lado, a legislação excepcional, em muitos de seus pontos, e, de outro, a princiologia e regramento constitucional do Estado do Direito, decorreu a *judicialização* das questões que vieram a surgir.

⁴ Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei n. 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020.

⁵ "Art. 2º Pessoas jurídicas de direito privado poderão adquirir diretamente vacinas contra a Covid-19 que tenham autorização temporária para uso emergencial, autorização excepcional e temporária para importação e distribuição ou registro sanitário concedidos pela Anvisa, desde que sejam integralmente doadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), a fim de serem utilizadas no âmbito do Programa Nacional de Imunizações (PNI). §1º Após o término da imunização dos grupos prioritários previstos no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, as pessoas jurídicas de direito privado poderão, atendidos os requisitos legais e sanitários, adquirir, distribuir e administrar vacinas, desde que pelo menos 50% (cinquenta por cento) das doses sejam, obrigatoriamente, doadas ao SUS e as demais sejam utilizadas de forma gratuita."

Fixemo-nos no *conflito intrafederativo*. É que se tem aguçado, na presente quadra, a congênita fragilidade do que se proclama ser o '*Pacto Federativo*', pela estrutural hegemonia que tem sido conferida à *União*, inclusive pela concentração de recursos em mãos da mesma; o que coloca as unidades federadas em posição de dependência, incompatível com uma efetiva Federação.

Basta anotar que, traduzindo a realidade, se emprega, aqui e ali, a expressão '*Governo Central*', própria dos Estados unitários.

Ademais, o sistema constitucional de *distribuição das competências* entre as unidades federativas, com atribuições *exclusivas, privativas, comuns, concorrentes e residuais*, propicia, em momento de divergências políticas entre essas entidades, o engrossamento dos embates.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES INTRAFEDERATIVAS

A porfia desembocou em litígios levados ao Supremo Tribunal Federal; que, já em março e abril de 2020, se pronunciou a respeito de questões que lhe tinham sido postas.

Nesse quadro, em 24 de março, o Ministro Marco Aurélio deferiu Medida Cautelar, na qualidade de Relator da ADI 6341, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), objetivando a declaração de *inconstitucionalidade parcial*, da Medida Provisória n. 926, de 20.03.2020, a qual alterou a Lei federal n. 13.979, de 06.02.2020, já citada.

Repelindo vários fundamentos invocados pelo Requerente (descabimento do uso de Medida Provisória, pois que a hipótese seria de Lei Complementar; invasão da competência comum do conjunto das entidades federativas, consoante o teor do art. 23, II, da CF; autonomia dos estados e municípios), reconheceu que o Presidente da República, ao editar a Medida Provisória, atuou, '*a tempo e modo*', o que

não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória n. 926/2020, no que imprimiu nova redação ao art. 3º da Lei federal n. 9.868/99 [rectius, Lei n. 13.979/2020] não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Defiro, em parte, a medida acauteladora para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente⁶.

⁶ Redação original: Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas [...]. Redação dada pela Medida Provisória 926/2020: Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as

Em sessão plenária de 15 de abril, o STF, por unanimidade, referendou a decisão monocrática; tendo, em termos de *causa decidendi*, aderido à proposta do Ministro Edson Fachin, no sentido de que o art. 3º, em questão, seja interpretado conforme a Constituição, para o fim de declaração de que o exercício, pela União, de sua competência legítima sobre a matéria, há de resguardar a autonomia dos demais entes, nos termos do inciso I do art. 198⁷ da Constituição; sendo legítima a definição, por Decreto do Presidente da República, de quais são os serviços públicos e as atividades essenciais, com observância da referida autonomia *local*.

Em 08 de abril, o Ministro Alexandre de Moraes concedeu, parcialmente, medida cautelar, como relator da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672*, proposta pelo Conselho Federal da OAB, “em face de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados no contexto da crise de saúde pública, decorrente da pandemia do Covid-19 (Coronavírus)”.

A concessão foi para

DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.

Na fundamentação do ato decisório, foi indicado que,

em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e que ‘igualmente, nos termos do artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Muni-

seguintes medidas [...]. O artigo 3º veio a ser modificado pela Lei 14.035, de 11.08.2020: Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: [...]

⁷ Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes; I: “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”.

cípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

Daí, a concessão da liminar, diante da “plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável”.

O Plenário da Corte Suprema, em sessão de 13 de outubro de 2020, no referendo na *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672*, confirmou, por unanimidade, a Medida Cautelar antes referida⁸.

Em seu voto, o Relator salientou que

lamentavelmente, contudo, na condução dessa crise [...] é fato notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusi-

⁸ EMENTA: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (Covid-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de Covid-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente.

ve, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade.

Citou, ainda, precedentes da Corte, nos quais ela reconheceu “a necessidade extrema de coordenação entre todos os níveis de governo”.

Foi, também, salientado, o princípio da *predominância do interesse*, como elemento definidor da competência prevalecente.

Lembremos, neste ponto, que era tradicional, no direito constitucional, entendimento bem traduzido em lição de Paulino Jacques⁹, segundo a qual é critério próprio da divisão de competências, no Estado Federal, caber à União tudo quanto interessa imediatamente ao País, em suas relações externas e internas; enquanto compete, aos Estados Federados, o que se restrinja ao respectivo território; sendo que aos Municípios se atribui aquilo que diga respeito ao seu peculiar interesse¹⁰.

Mas o próprio autor sublinha que esse critério geral já se contém, implicitamente, nos textos expressos da Constituição Federal.

É certo, porém, que o critério apontado é instrumento útil para fins de interpretação, ou seja, de fixação do *sentido e alcance das regras competenciais*; em razão da complexidade envolvida nas hipóteses de *competência comum* e *competência concorrente* entre unidades federativas, como é o caso de nossa Carta Magna.

O STF já recebeu milhares de ações envolvendo questões relacionadas com a Covid-19. Dentre elas, várias dizem respeito à conflituosidade instaurada entre as unidades federativas.

Além das já aqui citadas, indiquemos, a título exemplificativo, as que se seguem.

Na ADI 6586, julgada em 1º de dezembro de 2020, tendo como Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, e em que se fez a diferença entre ‘*vacinação forçada*’ e ‘*vacinação compulsória*’, havendo sido tida, como inconstitucional, a primeira, decidiu-se que a competência do Ministério da Saúde, na coordenação do Programa Nacional de Imunizações, e na definição das vacinas integrantes do Calendário Nacional de Imunização, não exclui a estadual, distrital e municipal, para o estabelecimento de medidas profiláticas e terapêuticas em âmbito regional ou *local*; com fundamento no *poder-dever* de “cuidar da saúde e assistência pública”, que lhes é atribuído pelo art. 23, II, da Constituição Federal.

⁹ JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 183-184.

¹⁰ “No Estado Federal, por excelência, tais poderes e atribuições, quer os da União, quer os dos Estados-membros, quer os dos Municípios, constituem a base do funcionamento do mecanismo político-administrativo. Essa distribuição tripla de poderes e atribuições, no entanto, não é arbitrária. Existe um critério próprio para efetuar-la: o da amplitude do interesse em jogo. Assim, desde que esse transpõe os limites do Município, é ao Estado-membro que cabe regê-lo, tanto quanto o competirá à União, se transpuser os lindes do Estado-membro.” JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 184.

Por sua vez, em 21 de dezembro de 2020, a Corte Suprema, figurando, como Relator, o Ministro Alexandre de Moraes, julgou a *ADI 6435*, que envolvia a apreciação da constitucionalidade de duas leis do Estado de Maranhão, sobre redução obrigatória e proporcional das mensalidades escolares da rede privada de ensino, durante o Plano de Contingência da Covid-19. Decidiu-se que os efeitos jurídicos pandêmicos sobre os negócios de direito privado, inclusive os decorrentes da relação de consumo, foram objeto da Lei Federal 14.010/2021, que dispôs sobre o *Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET)*, o que reduziu o espaço da competência complementar estadual.

Afirmou-se a atribuição da União, em matéria de Direito Civil, com base no art. 22, I, da CF, e no princípio da *predominância do interesse*, cuja aplicação, na hipótese, foi constitucionalmente presumida, de forma absoluta.

No julgamento do *Referendo na Medida Cautelar na ADPF 770*, em 24 de fevereiro de 2021, com o mesmo Relator, reafirmou-se a competência comum dos entes federados, os quais, todos, por seu turno, têm o dever de efetiva concretização do direito público subjetivo à saúde, com fidelidade ao *'federalismo cooperativo'*. Proclamou-se que, na atribuição, pela Constituição, a todos os entes federados, da competência comum de cuidar da saúde, compreende-se a adoção de providências necessárias à preservação da vida e da saúde das pessoas, inserindo-se a disponibilização pelos estados, Distrito Federal e municípios, de imunizantes diversos daqueles ofertados pela União, uma vez aprovados pela Anvisa e diante da insuficiência ou da oferta a destempo pelo Governo Federal.

O Estado do Maranhão ajuizou, em 9 de dezembro de 2020, perante a Corte Suprema, em face da União, a *ACO 3451*, com pedido de tutela provisória incidental; alegando que o Governo Federal, movido por razões de ordem política, estava deixando de adotar medidas necessárias à promoção do direito fundamental à saúde; em especial, no concernente à execução de um plano de imunização.

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, em 17 de dezembro de 2020, deferiu parcialmente, a cautelar¹¹, *ad referendum* do Plenário¹², se deu em 24 de fevereiro de 2021.

¹¹ "[...] Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, defiro em parte a cautelar, *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para assentar que o Estado do Maranhão (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderá dispensar à respectiva população as vacinas das quais disponha, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderá importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020. Comunique-se com urgência. Publique-se."

¹² O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar pleiteada para assentar que o Estado do Maranhão (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderá dispensar à respectiva população as vacinas das quais disponha, previamente

Sob a referência, *segunda cautelar*, o relator, prolatou novas decisões, deferindo em parte, a liminares¹³; mais uma vez, *ad referendum* do Plenário¹⁴, o que ocorreu em 3 de maio do corrente ano. A última decisão plenária está assim ementada¹⁵.

A Rede Sustentabilidade, em 10 de dezembro de 2020, aforou a ADI 6625, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, sobre a vigência da Lei 13.979/20; com pedido de tutela de urgência formulado em face do art. 3º, caput e inc. VIII, do § 7º, inc. IV, do § 7º-A e, ainda, do art. 8º, todos da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; tendo o Plenário do Supremo conferido interpretação conforme a Constituição¹⁶, em 08 de maio de 2021.

te aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderá importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei n. 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial (Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020), nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 12.2.2021 a 23.2.2021.

- ¹³ “[...] recebo a emenda à inicial para determinar a inclusão da Anvisa no polo passivo da ação. Determino, outrossim, a regularização do polo passivo da ação mediante a citação da União Federal [...] indefiro a habilitação, como *amici curiae*, do PTB e do GAETS, por julgar dispensável a participação destes nos debates [...] defiro em parte a liminar, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para determinar que, no prazo máximo de 30 dias, a contar de 29/3/2021, a Anvisa decida sobre a importação excepcional e temporária da vacina Sputnik V, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei 14.124/2021. Ultrapassado o prazo legal, sem a competente manifestação da Anvisa, estará o Estado do Maranhão autorizado a importar e a distribuir o referido imunizante à população local, sob sua exclusiva responsabilidade, e desde que observadas as cautelas e recomendações do fabricante e das autoridades médicas. Por fim, indefiro o pedido formulado pela Anvisa para que seja decretado o sigilo dos autos, porquanto, com fulcro no art. 189 do Código de Processo Civil, reputo presente o interesse público a justificar a divulgação de tudo aquilo que neles se contém. Publique-se.”. E: “Ante o exposto, defiro em parte a liminar, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para determinar que, no prazo máximo de 30 dias, a contar de 29/3/2021, a Anvisa decida sobre a importação excepcional e temporária da vacina Sputnik V, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei 14.124/2021. Ultrapassado o prazo legal, sem a competente manifestação da Anvisa, estará o Estado do Maranhão autorizado a importar e a distribuir o referido imunizante à população local, sob sua exclusiva responsabilidade, e desde que observadas as cautelas e recomendações do fabricante e das autoridades médicas”.
- ¹⁴ “O Tribunal, por maioria, referendou a decisão que deferiu parcialmente a liminar “para determinar que, no prazo máximo de 30 dias, a contar de 29/3/2021, a Anvisa decida sobre a importação excepcional e temporária da vacina Sputnik V, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei 14.124/2021. Ultrapassado o prazo legal, sem a competente manifestação da Anvisa, estará o Estado do Maranhão autorizado a importar e a distribuir o referido imunizante à população local, sob sua exclusiva responsabilidade, e desde que observadas as cautelas e recomendações do fabricante e das autoridades médicas. Por fim, indefiro o pedido formulado pela Anvisa para que seja decretado o sigilo dos autos, porquanto, com fulcro no art. 189 do Código de Processo Civil, reputo presente o interesse público a justificar a divulgação de tudo aquilo que neles se contém”, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Nunes Marques. Plenário, Sessão Virtual de 23.4.2021 a 30.4.2021.”
- ¹⁵ “SEGUNDA TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. COVID19. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO EXCEPCIONAL E TEMPORÁRIA PARA A IMPORTAÇÃO E A DISTRIBUIÇÃO DA VACINA SPUTNIK V. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO TÉCNICO DE AVALIAÇÃO DA AUTORIDADE SANITÁRIA INTERNACIONAL. ASPECTOS RELACIONADOS À QUALIDADE, EFICÁCIA E SEGURANÇA DA VACINA. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 16, § 4º DA LEI 14.124/2021. PRAZO DECISÓRIO. 30 DIAS, A CONTAR DE 29/3/2021. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO.”
- ¹⁶ TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO PARA CONFERIR SOBREVIDA A MEDIDAS TERAPÊUTICAS E PROFILÁTICAS EXCEPCIONAIS PARA O ENFRENTAMENTO DA COVID-19. PROVIDÊNCIAS PREVISTAS NA LEI

Citemos, finalmente, a ADI 6441, ajuizada, em 27 de maio de 2020, pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSEG), com pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei 8.811, de 11 de maio de 2020, do Município do Rio de Janeiro, que autorizou o Poder Executivo a dispor sobre a vedação da suspensão e/ou cancelamento dos planos de saúde, por falta de pagamento, durante a vigência do plano de contingência da Covid-19.

Plenário da Corte Suprema, em julgamento de 17 de maio de 2021, julgou procedente o pedido¹⁷, relatora Ministra Carmem Lúcia.

Parece-nos, diante do conteúdo das decisões supremas, oferecer-se, como pertinente, a sistematização das regras e princípios que governam a partição das competências entre os entes federativos.

É o que procuraremos fazer no item seguinte deste estudo.

5 A PARTILHA COMPETENCIAL FEDERATIVA NO REGIME DE 88 E O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO DA SAÚDE

Considerando o agravamento dos conflitos intrafederativos, e conforme anteviu o próprio STF, no julgamento, em sede liminar, da *ADPF 672*, sobrevieram questionamentos quanto a *atos normativos e administrativos* das várias entidades envolvidas.

13.979/2020 CUJA VIGÊNCIA FIMOU EM 31 DE DEZEMBRO DE 2020. RECRUDESCIMENTO DA PANDEMIA COM O DESENVOLVIMENTO DE NOVAS CEPAS VIRAIS. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA QUE SE MANTÉM INALTERADA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO. I - A Lei 13.979/2020, com o propósito de enfrentar de maneira racional e tecnicamente adequada o surto pandêmico, permitiu que as autoridades adotassem, no âmbito das respectivas competências, determinadas medidas profiláticas e terapêuticas. II – Embora a vigência da Lei 13.979/2020, de forma tecnicamente imperfeita, esteja vinculada àquela do Decreto Legislativo 6/2020, que decretou a calamidade pública para fins exclusivamente fiscais, vencendo em 31 de dezembro de 2020, não se pode excluir, neste juízo precário e efêmero, a conjectura segundo a qual a verdadeira intenção dos legisladores tenha sido a de manter as medidas profiláticas e terapêuticas extraordinárias, preconizadas naquele diploma normativo, pelo tempo necessário à superação da fase mais crítica da pandemia, mesmo porque à época de sua edição não lhes era dado antever a surpreendente persistência e letalidade da doença. III - A prudência - amparada nos princípios da prevenção e da precaução, que devem reger as decisões em matéria de saúde pública - aconselha que as medidas excepcionais abrangidas na Lei 13.979/2020 continuem, por enquanto, a integrar o arsenal das autoridades sanitárias para combater a pandemia. IV - Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 8º da Lei 13.979/2020, com a redação dada pela Lei 14.035/2020, a fim de excluir de seu âmbito de aplicação as medidas extraordinárias previstas nos arts. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J, inclusive dos respectivos parágrafos, incisos e alíneas.”

¹⁷ “Decisão: O Tribunal, por maioria, converteu o julgamento da cautelar em definitivo de mérito e julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 8.811/2020 do Rio de Janeiro, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Rosa Weber. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Plenário, Sessão Virtual de 7.5.2021 a 14.5.2021.”

Assim, cremos caber o aprofundamento da análise, da partilha competencial, de vital importância para o Estado Brasileiro organizado sob a forma de República Federativa.

A solução dos conflitos da espécie pressupõe a apreciação da matriz constitucional do regime em tela.

O direito à saúde é um dos direitos sociais fundamentais, conforme o estabelecido pelo art. 6º da CF. Indissolavelmente vinculado ao direito individual à vida (art. 5º, caput), à dignidade humana (art. 1º, III), é, como direito social, finalidade do Estado Democrático Brasileiro; destinado que é, este, à sua asseguaração (preâmbulo).

No elenco dos direitos dos trabalhadores, pontuem-se aquele ao salário mínimo, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, dentre outros, os *cuidados com a saúde*; e aquele à redução dos riscos laborais, por meio de normas de saúde e higiene (art. 7º, IV e XXII).

No Capítulo da “Seguridade Social”, em sentido amplo (art. 194), a saúde apresenta-se como *dever do Estado e direito de todos*; com vistas à “redução de risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário de ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Esse amplo espectro de *ações e serviços ligados à saúde* é objeto de *complexa repartição competencial*, de ordem legislativa e socioadministrativa.

A última abarca os poderes regulatório, regulamentar e instrutório; a prestação de serviços públicos, de serviços sociais e administrativos; a atividade econômica, nos termos do art. 173 da CF; o poder de polícia (limitativo do exercício de direitos); a segurança pública; o contencioso administrativo.

A análise e interpretação dos dispositivos constitucionais sobre a *partição competencial*, em nosso regime federativo, não podem desprezar, como ponto de partida, o preceito do art. 18 da Carta, segundo o qual, na República Federativa do Brasil, não só a União e os Estados, mas também o Distrito Federal e os Municípios são autônomos; e, portanto, com capacidade de *auto-organização*, dotando-se, conforme o caso, de uma Constituição ou de uma Lei Orgânica, e de uma legislação, próprias; contando, pois, com um autogoverno e uma autoadministração.

A nossa Carta Política vigorante, em seu Título III, “Da Organização do Estado”, sistematiza várias espécies de *competência federativa*: a *exclusiva* (art. 21), a *privativa* (art. 22), a *competência comum* (art. 23) e a *competência concorrente* (art. 24, e §§).

Afora esses dispositivos, encontram-se outros (CF, arts. 211, §§ 1º a 4º), ao longo do texto constitucional.

Aos estados federados correspondem os denominados poderes reservados, remanescentes ou residuais (art. 25, § 1º: ‘são reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas por esta Constituição’); além de outros expressos, nenhum destes últimos, voltados à saúde (art. 25, e §§ 2º e 3º).

Os municípios detêm atribuições expressas (arts. 29 e 30, III a IX); a par de outra, traduzida em cláusula de conteúdo aberto (art. 30, I: “legislar sobre assuntos de interesse local”); e, ainda, a de suplementar da legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, II). Na área da prestação de serviços de atendimento à saúde da população, forma-se uma competência municipal em regime de cooperação, técnica e financeira, com a União e o Estado (art. 30, VII).

Nesse quadro, os Estados têm sua esfera competencial, reservada, limitada pela da União e pela dos seus Municípios. E, como, quer uma, quer outra, está reforçada pela Carta vigente, o resíduo atributivo estadual restringiu-se.

Igualmente, o Distrito Federal ascendeu de nível no concerto federativo; já agora dotado de efetiva autonomia (art. 32), embora ainda não se equipare plenamente aos Estados, eis que não tem Constituição, mas Lei Orgânica; sendo muitos de seus serviços organizados e mantidos pela União (art. 21, XIII; 22, XVII; e 48, IX). Mas a ele “são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios” (art. 32, § 1º).

Focalizemos a divisão das atribuições, em *matéria de saúde*.

Na competência da União, enumerada no art. 21 – competência exclusiva –, figuram as atribuições de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas” (XVIII); e “instituir diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive saneamento básico” (inciso XX). A saúde não é objeto do elenco da competência legislativa privativa da União (art. 22). Já em matéria financeira, o art. 148 autoriza que, por lei complementar federal, poderá ser criado empréstimo compulsório, para atendimento de despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública (inciso I).

É sempre bom lembrar que as competências da União são taxativas, exaustivas, agregando-se, às expressas, os chamados poderes implícitos, resultantes.

Volta, a saúde, a ser tratada, já agora, na *competência comum* de todas as entidades federativas, participando, desse espaço competencial, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23): o cuidado com a saúde, a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (inciso II); promoção de programas de melhoria do saneamento básico (inciso IX).

A *competência comum* pode parecer, na literalidade dispositiva, estritamente de *índole administrativo-social*. É certo, porém, que essa envolve uma atribuição legislativa, para que sejam normatizados, pelo ente federativo que a exerça, a organização e a prática das ações integrantes dos vários segmentos da competência material.

Observação, de ordem vernacular, pertinente, é que o termo, *comum*, significa aquilo que, em Matemática, se chama de “*conjunto intersecção*”; ou seja, dois conjuntos têm, *em comum*, elementos que o são de um e de outro; elementos, esses, que formam o referido conjunto interseccional.

“*Ter em comum*” uma competência significa que aquilo que há “*em comum*” é o objeto e a finalidade da competência, porém, meios, normas, ações, são próprios.

Por isso, pode dizer-se que, conjugada com a *competência comum*, quanto à matéria, existe uma forma de competência paralela, porque cada ente federativo, nos cuidados da saúde e assistência públicas (inciso II), o faz, dentro dos limites de sua área de atuação constitucional. O objeto é *comum*, a finalidade, também, mas instrumentos, regras e atividades, são próprios a cada um dos entes.

Outrossim, a legislação básica, a ser executada, pode ser, por exemplo, da União, como no caso da normatividade dos serviços públicos de saúde (CF, art. 197), mas a concretização cabe aos vários níveis.

O arrolamento atributivo da denominada competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, (art. 24), inclui a normação da defesa da saúde (inciso XII), proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (inciso XIV).

A etimologia de concorrente denuncia uma competição, na medida em que competência provém de competir; e concorrente, de concorrer, que também tem o sentido de disputar, e, portanto, de competir. Em espanhol, manteve-se o significado de competência, como disputa.

Anote-se que, embora a CF aluda à competência legislativa, ela envolve, por decorrência, a organização e a atividade administrativa, própria do recorrente.

Por outro lado, não obstante o caput do art. 24 enumerar, tão somente, como competentes, concorrentemente, a União, os Estados e o Distrito Federal, também os Municípios participam dessa competência, na sua atuação de complementar à legislação federal e estadual, nas matérias de interesse local, como é o caso da defesa da saúde (art. 24, XIII e art. 30, VII).

Há uma limitação, quando se trata de normas federais de âmbito nacional, pois que elas não de se restringir à condição de normas gerais (§ 1º).

Existindo as mesmas, cabe, aos outros concorrentes, a capacidade de suplementá-las (§2º). Inexistindo normas gerais nacionais, ficam, esses últimos, dotados de “competência legislativa plena” (§3º).

À União cabe, a par das normas gerais nacionais, a legislação plena para o âmbito federal.

Identifica-se, assim, um Direito Nacional, isto é, que tem como destinatários, não só a população em geral, como todos os entes federativos.

Estão, outrossim, presentes o Direito Federal, o Estadual, o Distrital e o Municipal; eficazes no tocante às situações e relações jurídicas, na respectiva esfera federativa.

Caracteriza-se, ainda, um Direito Federado, que é aquele que, embora de origem estadual, aplica-se ao Estado-membro e a Municípios seus (CF, art. 30, II).

Observação relevante é que essa qualificação de norma geral é adotada, pela CF, não apenas no espaço concorrencial, mas, também, no campo da privatividade legislativa da União, onde é também designada pela expressão “diretrizes e bases”; como é o caso das normas gerais sobre licitações e contratações públicas (art. 22, XXVII); bem assim diretrizes e bases da educação nacional (XXIV).

Pontes¹⁸ qualificou, essa última espécie de normais gerais, como “normas fundamentais”, porquanto não permitiriam sua complementação pelos concorrentes.

Resta lembrar que o parágrafo único do art. 22 da CF estabelece que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo!

A competência concorrente do art. 24 tem configuração própria.

Neste caso, a competência, em princípio, conforme já salientado, é das unidades locais, que têm a competência legislativa plena (art. 24, § 3º, da CF), e, portanto, abarca normas gerais.

O conceito de normas gerais tem obedecido a limitações clássicas.

Primeiro, horizontalmente, elas têm de abranger todas as unidades federativas que estejam em situação idêntica; ou seja, têm de ser normas que tenham vigência e eficácia em todas essas; não podendo ser, essas normas, discriminatórias, em relação aos destinatários.

Essa abrangência geral não impede que, em casos especiais, inclusive em situações de emergência, de calamidade, sejam estabelecidas medidas específicas para as unidades federativas abrangidas por essas situações.

Outrossim, existe *limitação vertical*: a norma geral não poderá ser a norma que desça ao pormenor, que cuide de aspectos peculiares, próprios da competência de cada ente federativo.

É certo que, entre o específico e o geral, vai uma gradação; sendo, muitas vezes, de difícil aferição a distinção.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 69*. São Paulo. Saraiva. 1970. p. 169.

Esse terceiro limite é de ordem material, que é a competência local, o qual a União não pode invadir.

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em Medida Liminar, na *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927-3/RS* (DJU de 10.11.93, p. 23.801), relator, o Ministro Carlos Velloso, em relação a disposições do art. 17 da Lei n. 8.666, de 21.06.93 (inc. I, 'c', e § 1º), que estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

As preocupações de ordem fiscal, no sentido da limitação de gastos, os objetivos macroeconômicos, salvo se traduzidos em regras constitucionais, não podem justificar uma ampliação indevida da competência federal.

Pontes De Miranda, comentando a Constituição de 67/69, art. 8º, parágrafo único, em pontos do maior relevo, no tocante à competência concorrente¹⁹, salientava o fato de que “lacuna” da lei federal haverá, se não for ela “preenchível com os próprios elementos do direito federal”; seja em termos de fontes, seja de interpretação.

Estabelece a CF, art. 197, que “cabe ao poder público, dispor nos termos da lei” sobre os serviços públicos e privados da saúde, que, ressalte-se, são todos de “relevância pública”.

Quanto aos primeiros, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS); com caráter nacional, e estrutura interfederativa e hierarquizada (art. 198 e §§).

No patamar infraconstitucional, a União, no exercício de sua competência concorrente, editou a Lei 8.080, de 19.12.90, dispondo ‘sobre as condições, proteção e recuperação da saúde, a organização e o financiamento dos serviços correspondentes’; abrangendo o setor público e o privado. Foi regulamentada pelo Decreto n. 7.508, de 28.06.11.

A situação emergencial presente levou à edição, em âmbito nacional, de abundante normação federal. Por sua vez, as demais entidades federativas têm editado numerosas regras locais sobre a matéria.

Já expusemos que o STF, em sua composição plenária, ainda que em sede cautelar, assentou que o *exercício legítimo da competência federal* não pode afrontar a *autonomia local*; e que a definição, por decreto, do elenco de atividades essenciais, sem observância da referida autonomia, é ilegítima.

O STF realçou, dentre os elementos que devem servir de supedâneo para a solução dos conflitos de competência entre as entidades da Federação Brasileira, a *predominância do interesse*; em um processo de sopesamento, o qual, diante de cláusulas abertas, envolve um juízo, que deve ser objetivo, por parte do normatizador, do executor e do aplicador do Direito, na determinação, no caso concreto, do interesse prevalente.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 69*. Op. cit., p. 175

Nessa linha, como já foi visto, as decisões supremas citadas, reconhecem que esse balanceamento de interesses há de ser aferido “caso a caso”; exatamente, porque os vários dados em jogo, não de ser considerados.

Aliás, toda execução e aplicação do Direito exigem, a partir da interpretação da regra incidente, para que se dê a identificação plena da norma regente *in casu*, para o que são considerados os elementos que compõem o substrato factual gerador da incidência; assim como os motivos, causas, circunstâncias e consequências que o cercam; isso, a par da ponderação dos princípios que presidam a hipótese.

O risco, no âmbito constitucional, é cair-se no deletério “*casuismo*”, que mina a segurança jurídica, indispensável à higidez da vivência do Direito.

No Capítulo I de seu Tratado de Direito Privado²⁰, Pontes expõe que, com a regra jurídica, busca-se, mediante a subordinação dos fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, “distribuir os bens da vida”. E, aduzamos, protegê-los, assegurá-los.

No que diz de perto ao nosso estudo, esse bem da vida é a saúde; a qual, juridicamente tutelada, como o é, tem essa proteção e essa garantia distribuídas pelos entes federativos, dos quais a tutela é dever constitucional.

O termo, interesse, pode ser usado, ou como sinônimo de bem da vida; ou como a finalidade da atuação pública ou privada; é o fim perseguido pelo órgão estatal ou pelo particular.

Mas, na seara deste estudo, o interesse tem outro significado de relevo.

Pontes inicia o Prefácio de seu portentoso e já tantas vezes citado, *Tratado de Direito Privado*²¹, apresentando a noção de *sistemas jurídicos*, como sendo “sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais variados”.

Destarte, o interesse, gerador das situações na sociedade humana, está na própria raiz do Direito.

A noção de interesse está ligada, já agora, à de utilidade, de necessidade, de benefício. Como assinala Francisco Amaral²², trata-se de posição favorável à satisfação de uma necessidade.

Assim, por exemplo, o interesse é uma das condições de ação, nos termos do disposto no art. 17 do CPC. Interesse, que no caso, é a utilidade da tutela jurídica.

²⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 1. ed. v. I. Campinas: Bookseller, 1999. p. 49

²¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 4. ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1977. p. IX.

²² AMARAL, Francisco do. *Direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 257.

A citada noção de interesse e o critério de relevância, que é a base para a identificação e a qualificação daquele, pelo Direito, evidencia-se, vernacularmente, pelo uso, por exemplo, em matéria de desapropriação, das expressões, “necessidade e utilidade pública” e “interesse social”: e na tipificação, como de relevância pública, dos serviços de saúde, públicos e privados (art. 197 da CF).

Impende observar que, quando o interesse é de extrema importância, emprega-se a enfática locução, “relevante interesse”, especialmente quando há uma situação que exige a ponderação de valores entre dois interesses legítimos. É a hipótese de que trata o art. 173 da CF; quando se impõe o balanceamento, em sede de atividade econômica, entre, de uma banda, a atividade privada, a qual, em princípio, tem, no caso, preponderância, e, de outra, a atuação pública, que será a predominante, se identificado interesse coletivo marcante.

Esse é o sentido do critério apregoado pelo Supremo Tribunal Federal.

Observe-se que a CF somente se refere, na matéria, a interesse, no elenco competencial dos Municípios, no qual se insere como cláusula geral, na dicção “interesse local”.

Anote-se, ainda, que o presente texto constitucional eliminou a qualificação, desse interesse local, como “peculiar”; encontrada nos diplomas antecedentes.

Os autores costumavam frisar que o adjetivo peculiar não significava que o interesse local tivesse de ser exclusivo, para que se caracterizasse a competência municipal, porque dificilmente se pode vislumbrar algo que interesse só ao Município, muito menos a um só Município: o adjetivo peculiar era interpretado pelos municipalistas como significando predominante; a predominância é que fazia com que a peculiaridade do interesse se caracterizasse. É o que destacou Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³ quando prelecionou, seguindo o entendimento de Sampaio Dória²⁴, que o peculiar interesse municipal exsurge da preponderância deste.

Hoje, acentua-se que a queda do adjetivo peculiar reforçou a competência municipal, porque esse adjetivo, no caso, não é qualificativo, mas, restritivo. Quando cai o adjetivo, fica só o substantivo, que é o básico em termos de linguagem. Podemos dizer que a competência municipal, traduzida na expressão interesse local, está substantivada, encerra substância mais ampla.

Lembremos a citação a que anteriormente recorremos, de Paulino Jacques, esclarecedora do critério da generalidade, em termos de âmbito de incidência, da competência federal; da regionalidade das atribuições estaduais; e na particularidade da competência municipal.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo. Saraiva, 1972. Item 144.

²⁴ DÓRIA, Sampaio. *Autonomia dos Municípios*. *Revista da Faculdade de Direito*, XXIV. p. 419.

O critério da “predominância”, ou seja, da “preponderância”, da “supremacia”, da “superioridade”, da “ascendência”, do “caráter dominante do interesse”, é o que conduz à identificação de qual a unidade federativa competente.

Nesse ponto, entra em linha de consideração um *critério* de valoração, de ponderação, de fatos e princípios, para se fixar o interesse preferente, *in casu*²⁵.

Na origem dos *conflitos competenciais*, sempre há uma invasão absoluta de funções; patologia que se dá, quando a entidade incompetente pratica ato que seria atribuição de outro ente político federativo.

A *competência* é um conjunto de poderes e faculdades, e a *invasão* referida é uma forma de exercício abusivo, extrapolante dos limites intrínsecos desse conjunto.

6 CONCLUSÃO

O exposto neste trabalho leva-nos a concluir que a situação emergencial da saúde, que estamos, há mais de um ano, atravessando, é agravada pelos grandes problemas de que, de muito, o País tem padecido; e pelos fatores negativos que têm cercado a condução das medidas necessárias ao devido enfrentamento da pandemia.

Esse último conjunto de elementos adversos reflete-se no ambiente jurídico, já impactado pela necessidade de implantação de um *direito excepcional*, o qual tem gerado *conflitos intrafederativos*.

A jurisprudência suprema prestigiou a *autonomia* dos entes federativos, respeitando a competência própria da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios; e salientando, outrossim, a atuação comum dessas entidades, em matéria de saúde.

Deu realce, ademais, ao princípio da *predominância do interesse*, a ser aferido caso a caso.

Esse panorama conduz, necessariamente, a que se aprofunde o sistema constitucional de partilha de competências, legislativa e socioadministrativa, para que, de modo objetivo, se fixe qual a pessoa político-federativa competente, dando conteúdo a conceitos indeterminados, procedendo à devida ponderação principiológica e factual, e escapando, desse modo, do casuísmo estiolante e da insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco do. *Direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

²⁵ No campo filosófico, ver: ANDRÉA, Fernando de. *Robert Alexy – Introdução crítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 53-54.

- ANDRÉA, Fernando de. *Robert Alexy – Introdução crítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 69*. São Paulo: Saraiva, 1970.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 4. ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1977.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 1. ed. v. I. Campinas: Bookseller, 1999.
- DÓRIA, Sampaio. Autonomia dos Municípios. *Revista da Faculdade de Direito*, XXIV.
- SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português*. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 2000.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CONSULTAS PÚBLICAS: O QUE MUDOU COM A LINDB?

THIAGO MARRARA

Doutor pela Universidade de Munique (Alemanha)
Livre-Docente pela Universidade de São Paulo (USP)
Professor de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo (FDPR)
Editor da Revista Digital de Direito Administrativo da USP (RDDA)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Consulta pública: características operacionais. 3 Utilidades práticas: informação, instrução e segurança jurídica. 4 A disciplina jurídica da consulta pública antes da LINDB. 5 A consulta pública após a LINDB: mudou algo? 6 Primeiro problema: a consulta como faculdade. 7 Segundo problema: a restrição da consulta a certos atos. 8 Terceiro problema: confusão de participantes com interessados. 9 Quarto problema: o veto à publicação. 10 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Hoje, por todos os lados, fala-se de participação na Administração Pública (participação administrativa), outrora indicada como expressão do desempenho privado da função pública, nas palavras de Di Pietro.¹ Nesse debate se envolvem, como bem aponta Modesto, todas as formas de interferência de terceiros na realização das funções administrativas, inclusive as de participação popular – conceito mais restrito e que abrange a interferência de cidadãos ou grupos sociais nessas atividades estatais.²

A relevância dada ao tema não é desmotivada. Seu impulsionamento ocorreu de início com a promulgação da Constituição da República de 1988, de traços marcadamente democratizantes e voltada a combater o autoritarismo, traduzido no estilo de gestão unilateral e fechado das décadas de 1960 e de 1970. Mais tarde, o tema ganhou impulsos renovados por se encaixar no modelo gerencial como ferramenta para construir uma Administração menos autorreferenciada e mais efetiva. Após a década de 1990, as técnicas participativas foram fortalecidas não tanto pelo objetivo de democratizar, senão para tornar as decisões administrativas mais robustas, estáveis e sólidas.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, 1993. p. 26.

² MODESTO, Paulo. Participação popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, 2005. p. 02.

Isso tudo mostra que o tema da participação popular e as discussões acerca da consulta não são exatamente novos. Eles foram destacados no modelo de administração burocrática e democrática da Constituição de 1988 e no movimento de processualização e consensualização dos gerencialistas da reforma de 1995. Gradualmente, ao longo da história do direito administrativo positivo, várias leis e atos normativos da Administração passaram a valorizar as consultas públicas, as audiências públicas, as conferências entre outros mecanismos de contato e cooperação do Estado com a população.

Nesse caminho histórico evolutivo, em 2018, a LINDB também ganhou destaque. Com a ampliação de seu texto normativo por força da Lei 13.655, três artigos nela inseridos se dirigem à figura das consultas.

Em primeiro lugar, o art. 26 indica a eventual realização de consulta no procedimento de negociação e elaboração de compromissos para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. Em segundo lugar, o art. 30 prevê que as autoridades deverão atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a *consultas*.

Não são esses, porém, os dispositivos relevantes para a abordagem da consulta pública no sentido aqui empregado. O art. 26 trata do tema apenas de modo secundário, visto que seu foco são os compromissos de ajustamento de conduta. Já o art. 30 não se refere à consulta pública propriamente dita, mas sim às consultas que os particulares levam à Administração. Por esses motivos, o único comando que importa para a presente discussão é o art. 29, que coloca a participação popular na Administração Pública em evidência ao assim dispor:

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.

§1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§2º (VETADO).

Face a esse dispositivo legal, as perguntas que se colocam neste artigo são as seguintes: o que, afinal, mudou? Qual a contribuição da LINDB para o regime das consultas públicas? O art. 29 alterou a situação do direito positivo brasileiro e efetivamente impactou a Administração Pública no sentido de gerar mais segurança jurídica a todos que com ela se relacionam?

Com o objetivo de contribuir com a formulação de respostas a essas indagações, o presente artigo retomará as características da consulta pública e suas variadas utilidades

operacionais. Em seguida, descreverá de maneira concisa a evolução legislativa brasileira sobre a matéria para, ao final, evidenciar com mais precisão o que efetivamente mudou com a edição da Lei 13.655, de 2018.

2 CONSULTA PÚBLICA: CARACTERÍSTICAS OPERACIONAIS

Qualquer debate racional pressupõe consensos mínimos sobre os pontos de partida e referenciais terminológicos e conceituais. Aqui não poderia ser diferente. Antes de se verificar as utilidades e a evolução histórica da consulta pública, é preciso estabelecer uma definição básica desse conceito.

Consulta é substantivo de raiz latina, proveniente de “consultare”, que indica o recebimento de conselhos. Na atualidade, o termo ainda remete ao significado originário. Indica a busca de conselho, parecer, exame, opinião, análise. A consulta é, pois, uma técnica de coleta de informações. Trata-se de um meio de esclarecimento, de uma forma de descobrir aspectos e detalhes sobre algo (um contexto, um objeto, uma pessoa), sobretudo no sentido de guiar certa ação ou decisão.

No âmbito interno da Administração Pública, as consultas servem a múltiplos propósitos. Dentro de uma mesma entidade, é comum que um administrador público em função de chefia ou direção colete atos opinativos de autoridades especializadas, como advogados públicos, para orientar sua ação. Essa forma de consulta parece ser a mais antiga e típica. Di Pietro esclarece, a esse propósito, que as consultas surgiram exatamente para viabilizar a eficiência da gestão em regimes autoritários, nos quais o governante necessitava recorrer a opiniões de conselheiros para bem decidir. Com a adoção das democracias, esses conselheiros de monarcas, imperadores cederam espaço a órgãos consultivos, como conselhos, comissões, grupos de trabalhos e comitês, ora de funcionamento permanente, ora transitórios.³

Não foi apenas a democracia que mudou essa realidade. Com a consagração do Estado de Direito e a previsão da legalidade para todos, fortaleceram-se os órgãos de controle nos mais diversos poderes. Por força dessa concepção de Estado, as consultas realizadas pelos administradores aos órgãos de controle também se tornaram praxe, já que, por meio delas, é possível obter direcionamento seguro acerca da legalidade das opções de gestão.

Contemporaneamente, dentro do contexto democrático e de legalidade ampla, o princípio da eficiência ganhou espaço e revitalizou as técnicas de cooperação e, sobretudo, de coordenação. Com isso, novas possibilidades de consulta despontaram. Agora, é igualmente possível empregá-las para que diferentes autoridades, órgãos e entes públicos alinhem e

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. Op. cit., p. 34-35.

harmonizem determinados processos de tomada de decisões e logrem desenvolver de maneira mais bem sucedida suas respectivas políticas públicas. As consultas servem, nessa lógica, como técnicas de comunicação e aproximação, direcionadas a evitar choques, divergências e conflitos que possam minar a efetividade das ações do Estado.

Ocorre que o uso da consulta não se restringe ao âmbito das relações intra e inter-administrativas. Fora das relações entre órgãos de uma mesma entidade (relações *intra-administrativas*) ou entre várias entidades componentes da Administração Pública (relações *inter-administrativas*), a consulta é instrumento utilizado com bastante frequência. Entra-se aqui no campo das relações extroversas, ou seja, das relações do Estado com a sociedade, com o mercado, com o terceiro setor e vice-versa.

Num sentido de fora para dentro, a legislação brasileira reconhece o direito de os particulares solicitarem a órgãos públicos manifestações opinativas sobre determinados assuntos. É nesse sentido que se coloca o precitado art. 30 da LINDB, ao prever as “respostas a consultas” como instrumento de incrementação da segurança jurídica. Esse comando legal se refere a consultas trazidas por pessoas físicas e jurídicas externas à Administração e fortalece o papel de cooperação do Estado, ou seja, seu papel de auxiliar as pessoas a exercer seus direitos e cumprir suas obrigações.

Essas posições são invertidas quando se fala de “consulta pública” nos termos do art. 29 da LINDB. Enquanto, na sistemática do referido art. 30, o órgão público opera como consultor e o cidadão, as empresas ou outras pessoas jurídicas externas ao Estado, como consulentes; no art. 29, ocorre o inverso. Aqui, a Administração Pública age como consulente. Já a sociedade, o mercado, o terceiro setor e outros grupos sociais se posicionam como “consultores”. Não se trata de consulta qualquer, mas de consulta “pública”, consulta do Estado ao povo, ao público, a todos que, independentemente de figurarem como parte, queiram de alguma maneira contribuir com o debate de uma determinada matéria no processo administrativo e, no exercício de seu direito de manifestação cidadã, desejem realizar críticas, sugestões ou considerações pertinentes.

Dessa primeira definição, extrai-se que a consulta pública não é mera exposição. O objetivo maior não é o de apenas divulgar à população um determinado assunto que corre pelos corredores do Estado, mas sim o de efetivamente coletar informações, contribuições, posicionamentos externos capazes de auxiliar a autoridade pública a construir uma decisão mais acertada e, por conseguinte, menos questionável, mais legítima e estável. Como dito, o consulente é a própria Administração. Seu papel central não é de expositor ou orientador, mas sim de ouvinte, de consulente.

A consulta pública tampouco se confunde com as expressões do devido processo, nem materializa o direito à ampla defesa e ao contraditório. Os participantes não se confundem juridicamente com os interessados, ou seja, com as partes do processo administrativo. Participante e parte são conceitos totalmente distintos sob a perspectiva jurídica. A consulta

pública não nasceu para viabilizar o direito de defesa, que é exercido pelos interessados no processo por outros instrumentos, como a juntada e o acompanhamento de provas, a apresentação de alegações finais e recursos.

A consulta pública é, em essência, uma técnica de busca de informações que se vale do apoio da população. No entanto, difere de outras técnicas do gênero, principalmente da audiência pública, em razão de características procedimentais. A audiência geralmente ocorre em sessões orais, presenciais ou virtuais, nas quais se debatem temas relevantes de um processo administrativo. As audiências assumem caráter mais oral e dinâmico, transcorrem de maneira célere em sessões pontuais e variadas. Um mesmo processo administrativo pode contar com uma ou inúmeras audiências.

Por outro lado, as consultas públicas se caracterizam por maior formalidade e pelo caráter escrito, razão pela qual é comum que somente uma ocorra a cada processo. Elas também podem ser instrumentalizadas por novas tecnologias de informação e comunicação, como as audiências.⁴ Contudo, são abertas com a divulgação de um material previamente elaborado pela Administração Pública, com maior ou menor grau de aprofundamento, conferindo-se, em sequência ao ato de abertura e divulgação, um período razoável de dias para manifestação escrita e voluntária de qualquer pessoa. Isso significa que seu ritmo é lento, alongado, o que as torna mais adequadas para viabilizar a manifestação cuidadosa da população sobre objetos complexos, como atos normativos (e.g. regulamentos de agências reguladoras ou editados pelos Chefes do Poder Executivo).

3 UTILIDADES PRÁTICAS: INFORMAÇÃO, INSTRUÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

Embora o trâmite procedimental das consultas as diferencie das audiências, em termos finalísticos, ambos os procedimentos configuram técnicas de participação popular direta na Administração, mecanismos de democracia participativa, que abrem os processos decisórios do Estado ao povo. Não há dúvidas de que essa abertura pode gerar alguns inconvenientes práticos, como a elevação de custos do processo e certas pressões contra a sua duração razoável. Ocorre que esses potenciais inconvenientes temporais e financeiros são compensados por benefícios potenciais muito mais abrangentes, como os ganhos de qualidade na tomada das decisões, o incremento de legitimidade estatal, o reforço da estabilidade decisória e a promoção da segurança jurídica.

“Consultar” é buscar informação. O órgão público que realiza consultas primariamente expõe o objeto de um processo administrativo a público para que, no prazo estipulado, a população traga contribuições escritas sobre o assunto. A consulta viabiliza que o Estado

⁴ Em detalhes acerca dessa diferenciação, cf. MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene. *Processo administrativo*: Lei n. 9.784/1999 comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 313.

obtenha informações das mais variadas naturezas, baseadas em diferentes perspectivas de análise. Isso torna o processo mais rico, robustece as provas, evitando que a decisão seja tomada apenas à luz de uma análise puramente estatal e de elementos aportados somente pelas partes interessadas, ou seja, pessoas que tenham seus direitos subjetivos potencialmente atingidos pela decisão em construção.

Dá já se verifica que o papel central da consulta é o de promover a adequada instrução processual. Diga-se bem: a consulta pública constitui um inegável instrumento de participação popular, mas sua finalidade maior é a de permitir que o Estado colete informações e decida melhor.

“Decidir melhor”, nesse contexto, significa três coisas. Em primeiro lugar, significa estruturar a decisão com base em um conjunto de informações e provas muito mais amplo e aprofundado. Ao obter informações com apoio da participação popular, o órgão público competente terá mais facilidade para vislumbrar toda a gama de interesses envolvidos no processo administrativo e para proferir uma decisão que possa compatibilizá-los e, ao mesmo tempo, harmonizá-los com os princípios fundamentais da Administração e os direitos fundamentais.

Em segundo lugar, significa decidir de maneira cooperativa e transparente, abrindo à sociedade, ao mercado e a outros setores da comunidade a oportunidade de trabalhar em conjunto na construção da deliberação pública. Psicologicamente, a possibilidade de contribuição popular no processo decisório auxilia as pessoas a compreenderem a decisão e, portanto, tende a reduzir questionamentos administrativos e a judicialização, em favor da estabilidade dos provimentos estatais. Decidir melhor, aqui, significa construir decisões de forma cooperativa e que, ao final, gozem de aceitação mínima, de razoável estabilidade e de efetividade.

Em terceiro lugar, o conhecimento da existência do processo decisório, de seu conteúdo e dos debates que nele ocorrem também é útil para que o povo calibre suas expectativas, ou seja, tenha elementos para delimitar, elevar ou reduzir suas expectativas perante a Administração e preparar seus comportamentos futuros para evitar traumas, inconvenientes e danos. Decidir melhor, nesse sentido, significa decidir de maneira que os destinatários possam se adaptar e se preparar para a implementação da decisão. É nesse sentido que a consulta pública, assim como outros mecanismos de participação popular e de difusão de informações, atrela-se à previsibilidade e concretiza o princípio da segurança jurídica.

4 A DISCIPLINA JURÍDICA DA CONSULTA PÚBLICA ANTES DA LINDB

Desde a Constituição de 1988, o tratamento da consulta pública, assim como de outros mecanismos de participação popular, avançou bastante no Brasil em linha com o es-

pírito de redemocratização.⁵ No texto constitucional, a consulta e formas semelhantes, como o referendo e o plebiscito, aparecem de maneira implícita ou explícita em vários trechos, como nas normas referentes aos procedimentos de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios (art. 18, §4º); aos procedimentos de incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados (art. 18, § 3º); ao planejamento municipal (art. 29, inciso XII); à gestão dos entes da administração pública direta e indireta (art. 37. §3º); à gestão da assistência social (art. 204, inciso II); ao planejamento e à execução da política agrícola (art. 187, *caput*) e ao planejamento de políticas sociais em geral (art. 193, parágrafo único).

Ao longo da década de 1990 e das subsequentes, a legislação brasileira aos poucos fortaleceu o regime jurídico desses instrumentos. No que mais interessa às presentes reflexões, o art. 31 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/1999) inseriu a consulta pública no rol de meios de prova, dentro do capítulo que cuida da instrução do processo administrativo.

Esse dispositivo legal prevê: (i) o uso da consulta pública para assuntos de interesse geral; (ii) a faculdade do órgão público na realização da consulta antes da tomada de decisão; (iii) a necessidade de motivação da abertura; (iv) o condicionamento da abertura à ausência de prejuízos à parte interessada; (v) a divulgação da abertura por meios oficiais; (vi) a garantia de que terceiros possam examinar os autos; (vii) a natureza escrita das manifestações; (viii) o dever de fixação explícita de prazo para manifestações; bem como (ix) a diferença de *status* entre os interessados e os participantes da consulta.

Dentre tantos elementos da LPA federal, dois merecem destaque e estão fortemente inter-relacionados. O primeiro cuida do *status* do participante. O art. 31, §2º traz contribuição significativa ao direito processual administrativo por evidenciar que o participante não se confunde com a figura dos interessados, tratada no art. 9º da mesma lei. Os interessados são pessoas físicas e jurídicas que defendem seus direitos pessoais, coletivos e difusos no processo administrativo. Por consequência, detêm direitos processuais extremamente amplos, como os de produção de provas, acompanhamento de provas, apresentação de alegações finais, amplo acesso aos autos, interposição de recursos administrativos e solicitação de revisão. Já os participantes das consultas (e das audiências) são apenas colaboradores da Administração Pública.

⁵ Como bem explica Nohara, “A participação na democracia é imprescindível para que o cidadão-administrado tome consciência crítica de seu papel de transformação social. Ela representa expressão da soberania popular e da contínua emancipação do povo que, a partir da prática constante, desenvolve maior capacidade de reivindicação. Se a Administração Pública ficar encastelada em suas certezas e atuar apenas de forma impositiva e unilateral, considerando a coletividade da perspectiva de objeto de sua conduta, ela não respeitará, em última instância, a dignidade dos administrados. [...] Só é verdadeiramente ‘digno’ aquele que é retirado da condição de *objeto* das decisões alheias e alçado à categoria de *sujeito*.” NOHARA, Irene. Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. In: NOHARA, Irene; PRAXEDES, Marco (Orgs.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei n. 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 82.

Essa diferença de *status* e regime jurídico esclareceu precisamente os papéis dos diferentes atores processuais e a situação de todos que se envolvem em consultas públicas. Mas os avanços não param por aí. A LPA também tem enorme relevância pelo fato de embutir um conjunto de, ao menos, quatro direitos subjetivos básicos de todos os participantes de consultas públicas, a saber: (i) o direito de acesso aos autos para conhecer o objeto de debate na participação popular; (ii) o de manifestação (escrita na consulta); (iii) o direito à consideração da manifestação e (iv) o de resposta. Esses quatro direitos se alicerçam basicamente no art. 31, §1^o e no art. 34.⁷

O direito positivo não parou por aí. Outros diplomas editados pelo Congresso Nacional trataram da consulta pública após a LPA federal. Apenas para exemplificar, em 2001, o art. 43 Estatuto da Cidade estipulou que as políticas urbanas devem ser geridas de modo democrático e, para tanto, a Administração lançará mão de audiências e consultas públicas. Isso revela que os Municípios em geral, nas mais diferentes políticas com impacto urbano, necessitarão se valer desses instrumentos de instrução e participação. Em complemento, o Estatuto aponta que as consultas públicas são obrigatórias no planejamento orçamentário local (art. 44). Em outros campos da política urbana, porém, o uso é deixado como facultativo. Isso se verifica no art. 40, §4^o, que trata dos processos de elaboração e revisão de planos diretores, mas, nisso, prevê o uso obrigatório unicamente de audiências públicas, não de consultas.⁸

Anos mais tarde, especificamente em 2011, buscando promover a publicidade ativa e passiva na Administração Pública em todos os níveis da federação, a Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) explicitamente mencionou as consultas públicas. O art. 9^o, inciso II, afirma que o acesso a informações públicas será assegurado mediante vários mecanismos, inclusive a “realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou outras formas de divulgação”. Esse dispositivo vale para todos os entes federativos e, assim, impõe a adoção das consultas públicas na Administração Pública em qualquer nível – da União ao menor dos Municípios. A Lei, contudo, não dá mais detalhes sobre o tema, nem aponta as situações em que deverá ser utilizado o instrumento aqui comentado.

⁶ Art. 31, §1^o A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

⁷ Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

⁸ Art. 40, §4^o No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Outro diploma a tratar do assunto é a Lei 13.848 de 2019, que disciplina a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras da União. Embora não valha para Estados e Municípios, a Lei Geral de Agências Reguladoras federais consolida padrões de boa regulação no Brasil e serve de marco para o tratamento das consultas públicas, pois, diferentemente de outros diplomas (inclusive da própria LINDB), estipulou regramento detalhado sobre o assunto.

Entre outros comandos, o art. 9º da Lei das Agências prevê que: (i) as consultas tratarão de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agente econômicos, consumidores ou usuários de serviços públicos; (ii) as consultas, na presença de algum desses interesses, serão obrigatoriamente realizadas antes da tomada da decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada; (iii) os participantes poderão enviar críticas, sugestões e contribuições sobre a proposta de normativa regulatória; (iv) o período de consulta se iniciará com a publicação do despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e na página da agência na internet; (v) a duração mínima geral será de 45 dias, ressalvado excepcional caso de urgência ou relevância, devidamente motivado, ou norma especial em sentido contrário; (vi) a agência disponibilizará, no início da consulta, o relatório de Análise de Impacto Regulatório, os estudos, dados e material técnico empregado como fundamento da proposta, tomando os devidos cuidados com dados sensíveis; (vii) todas as críticas e sugestões encaminhadas aos interessados serão disponibilizadas na sede da agência e na página da internet em até 10 dias úteis após o término da consulta pública; (viii) os posicionamentos da agência sobre as manifestações serão igualmente disponibilizados em 30 dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada; e (ix) os registros internos tratarão dos demais detalhes das consultas.

5 A CONSULTA PÚBLICA APÓS A LINDB: MUDOU ALGO?

Embora conciso, o histórico de leis editadas pelo Congresso revela que, desde 1988, o regime das consultas tem sido consolidado e detalhado pelo legislador. Em 2018, a LINDB entrou nessa história, pois a Lei n. 13.655 nela inseriu, como se disse ao início deste texto, três artigos que tocam no assunto: (i) o art. 26, referente a consulta nos procedimentos de celebração de compromissos de ajustamento de condutas; (ii) o art. 30, sobre consultas formuladas por pessoas físicas e jurídicas a órgãos públicos e, finalmente, (iii) o art. 29, principal dispositivo sobre o tema aqui discutido.

Em breve síntese, o art. 29 *caput* estipula que: (i) qualquer órgão ou poder *poderá* realizar consulta pública; (ii) antes da tomada de decisão; (iii) sobre a edição de atos normativos; (iv) salvo os de mera organização interna; (v) por meio preferencialmente eletrônico; (vi) para viabilizar a manifestação dos *interessados* (sic); (vii) que será levada em conta na

decisão. O parágrafo único complementa esse mandamento ao estipular que (viii) a convocação conterà a minuta do ato normativo, (ix) fixará prazo e demais condições da consulta pública, (x) nos termos legais e regulamentares.

O art. 29 ainda contava com o §2º, que assim dispunha: “é obrigatória a publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo” (grifos nossos). No entanto, esse dispositivo foi vetado pela Presidência da República sob a justificativa de que, conquanto louvável, a extensão da obrigatoriedade à publicação das respectivas análises poderia “tornar extremamente morosa e ineficiente a sistemática” por parte dos órgãos públicos ou mesmo “retardar sua implementação, indo de encontro ao interesse público”.⁹

Levando-se em conta essas disposições normativas e principalmente o veto, resta evidente que a LINDB pouco ou nada avançou na temática. Não que seu texto prescindia de qualquer utilidade ou relevância. Muito pelo contrário: a lei reforça o uso de mecanismos de participação popular para fins de instrução do processo administrativo, aponta a legalidade e a conveniência do uso de novas tecnologias nesses expedientes em favor de sua maior divulgação e mais ampla participação,¹⁰ expressa o direito de acesso como condição do direito de manifestação, além de destacar o papel da consulta na contribuição a decisões administrativas melhores e à promoção da segurança jurídica. A lei, pois, reforça o instituto da consulta pública e nisso tem sua importância. Como bem ressalta Gustavo Justino de Oliveira: “[...] a promulgação da LINDB, mormente seus artigos 26 e 29, acaba por reforçar a institucionalização da participação popular no sistema administrativo brasileiro [...]”.¹¹

Apesar dessa inegável relevância, afirmo que não houve qualquer grande avanço por parte da LINDB na disciplina das consultas por comparar seu conteúdo com o que já havia no Brasil e, principalmente, por quatro problemas centrais da redação do texto legal em comento, quais sejam: (i) a previsão da consulta pública como faculdade; (ii) a restrição ao uso para certos atos; (iii) a menção aos interessados e a confusão desse conceito com o de participante, bem como (iv) o infeliz veto do §2º pela Presidência.

⁹ BRASIL. *Mensagem n. 212, de 25 de abril de 2018*. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁰ Nesse sentido, Alexandre Levin explica: “A preferência pela consulta por meio eletrônico indica que não basta a mera publicidade da minuta do texto normativo no Diário Oficial; deve ser oportunizado a todos os interessados um canal de comunicação digital e interativo, uma plataforma *on line* por meio da qual serão recebidas sugestões e críticas ao projeto”. LEVIN, Alexandre. *Consulta e audiência pública: considerações sobre o art. 29 do Decreto-lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)*. In: CUNHA FILHO, Alexandre; ISSA, Rafael; SCHWIND, Rafael (Orgs.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro anotada: Decreto-Lei n. 4657, de 4 de Setembro de 1942*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 464.

¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino. *A expansão da consulta pública: vetores de eficiência, responsividade e legitimidade da atividade normativa administrativa*. In: CUNHA FILHO, Alexandre; ISSA, Rafael; SCHWIND, Rafael (Orgs.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro anotada: Decreto-Lei n. 4657, de 4 de Setembro de 1942*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 457.

Esses problemas revelam que o texto da LINDB é relevante no conteúdo, mas não inovador na matéria, o que abre espaço para discussões sobre como reformar seus comandos no futuro. A seguir, busco explicitar referidos problemas para então apontar como, por interpretação ou reforma legislativa, poderiam ser superados.

6 PRIMEIRO PROBLEMA: A CONSULTA COMO FACULTADE

A primeira falha do legislador foi prever a consulta pública como mecanismo de uso facultativo no art. 29 da LINDB. Qual a utilidade dessa faculdade? A consulta não era anteriormente permitida? Dependia de autorização legal para ser realizada?

A consulta pública é mecanismo de participação popular que, a princípio, não restringe nem viola princípios. Muito pelo contrário: ela promove o valor democrático, o direito de manifestação, a segurança jurídica e a efetividade das decisões. Por essas características, não se aplica ao instituto a exigência de reserva legal, ou seja, não há necessidade de que, no direito brasileiro, o legislador confira expressa autorização para que uma consulta ou audiência pública possa ser realizada. Na verdade, por estar lastreada em princípios de peso constitucional, a lei somente necessita tratar da consulta pública para: ou exigi-la em certos casos; ou proibi-la em certos casos ou disciplinar seu regime jurídico.

Em assim sendo, não se encontram justificativas plausíveis para a explicar a timidez do comando legal. Ao criar uma mera faculdade, a LINDB não muda nada em termos jurídicos. O legislador deveria ter ousado mais, previsto a obrigatoriedade da consulta pública nos processos administrativos preparatórios de atos impactantes sobre a vida coletiva, ou seja, de atos que restringem a vida social ou econômicas, afetando direitos e liberdades fundamentais. Deveria ter adotado algo parecido ao que consta da Lei federal das agências reguladoras, ou seja, imposto consultas públicas para atos regulamentares de conteúdo restritivo e baseados na polícia administrativa e na regulação, por exemplo.

Essa timidez do art. 29 no tocante ao uso da consulta pode (e deve) ser superada por, ao menos, três caminhos. A uma, os entes políticos (Estados e Municípios) necessitam legislar sobre a matéria e definir os casos de obrigatoriedade que entendem mais importantes. Isso pode ser feito por meio de disposições em leis gerais de processo administrativo estadual ou municipal. A duas, na falta das referidas leis, as próprias entidades da Administração Direta ou Indireta podem, em exercício de autolimitação a favor da democracia e da segurança jurídica, estipular compromissos de consulta obrigatória antes de tomar decisões que impactem os destinatários. A três, seria igualmente possível e recomendável alterar o art. 29 da LINDB para nele inserir disposições definidoras de processos que exigem consulta

pública em razão do impacto potencial das decisões neles elaboradas. A Lei passaria, assim, a prever casos de obrigatoriedade da consulta para processos administrativos estratégicos e altamente restritivos da vida privada.

7 SEGUNDO PROBLEMA: A RESTRIÇÃO DA CONSULTA A CERTOS ATOS

A consagração de uma mera “faculdade” de realizar consulta pública se torna ainda mais incompreensível quando se considera que o texto da LINDB atrela seu uso a processos administrativos de normatização extroversa e afasta de seu comando os processos de elaboração de “atos normativos de mera organização interna” – de que são exemplos os regimentos internos e outros textos de normas gerais e abstratas que a Administração edita para que seus órgãos funcionem, sem, porém, visar a afetar imediatamente direitos e interesses de terceiros.

A questão que se põe frente a essas duas restrições legais são as seguintes: se o art. 29 da LINDB não prevê obrigatoriedade de consulta para qualquer tipo de processo administrativo, por que o legislador vinculou seu uso a processos de normatização? *A contrario sensu*, seria possível afirmar que a consulta fica proibida em todos os outros processos administrativos que não tratem de normatização? Seria a disposição legal relativa aos atos de mera organização interna uma proibição nacional para a realização de consulta pública?

A menção a atos normativos pelo dispositivo legal faria sentido se houvesse, como dito, a previsão de obrigatoriedade de uso da consulta pública. No entanto, como se consagrou na lei uma mera faculdade, essa referência a atos normativos extroversos e a exclusão de atos de organização interna mais confundem do que esclarecem. Passam a ideia de que essa faculdade não existiria, senão nos processos de normatização. A consulta restaria proibida fora deles.

A solução desse problema de interpretação *a contrario sensu* do texto legal é relativamente simples. Como toda e qualquer lei, a LINDB deve ser interpretada em conformidade com a Constituição da República que, como visto, sustenta a figura da consulta pública em vários princípios gerais, liberdades e direitos fundamentais. Levando-se em conta que a consulta é instrumento de concretização da Constituição, jamais poderá uma lei impedir o seu uso para situações plenamente justificáveis. A luz da Constituição, a consulta somente poderá ser rechaçada quanto for empregada a fim de protelar a finalização do processo administrativo e, portanto, comprometer a garantia fundamental da duração razoável e o exercício de direitos dos interessados. Igualmente concebível será a vedação de seu uso com qualquer tipo de desvio de finalidade. Nesses casos patológicos, sim, restrições são possíveis.

No entanto, extrair da LINDB qualquer proposta de vedação geral de consultas pelo objeto do processo administrativo implica, a princípio, violar a Constituição. A forma mais simples de contornar o problema redacional consiste em simplesmente promover a interpretação da lei à luz dos comandos maiores do ordenamento ou, se possível, aprimorar a redação do art. 29 para dificultar inadequações interpretativas.

8 TERCEIRO PROBLEMA: CONFUSÃO DE PARTICIPANTES COM INTERESSADOS

Existem termos técnicos do processo administrativo que são frequentemente confundidos, inclusive em textos legais, por seu conteúdo igualmente vulgar. Como já se alertou anteriormente, a palavra “interessado” é um desses conceitos que recebe definição própria na Administração Pública.

De maneira sintética, interessados são as pessoas físicas e jurídicas cujos direitos ou interesses juridicamente tutelados podem ser atingidos pela decisão administrativa final. Interessado no processo administrativo é o equivalente à parte no judicial. Como explica Egon Bockmann Moreira, o legislador preferiu a palavras “interessado”, em vez de parte, pois o processo administrativo é muito mais rico e multifacetado que o judicial.¹²

Na LINDB, porém, afirma-se que a consulta será realizada para “manifestação *de interessados*”. Se interpretada em sentido técnico, esse trecho normativo poderá levar à falsa conclusão de que a consulta não é aberta a qualquer do povo, mas tão somente às partes do processo administrativo. Essa interpretação é muito perigosa, pois poderia negar a essência e finalidade da consulta pública, que não se confunde com mecanismos de garantia da ampla defesa. A função da consulta não é proteger a parte, viabilizar a ampla defesa ou o contraditório, mas sim garantir o exercício do direito de manifestação pela sociedade, ou seja, por qualquer pessoa física ou jurídica, a despeito de relação direta com o objeto do processo.

A palavra interessado, tal como empregada no art. 29, *caput* da LINDB, é completamente incabível e deve ser interpretada em sentido distinto, vulgar, simples. Melhor dizendo: a consulta pública serve para viabilizar a manifestação dos “interessados” em auxiliar a Administração, ou seja, de qualquer pessoa que tenha interesse em colaborar com o Estado. Não se trata do interessado em sentido técnico, com parte dos processos administrativos na defesa de seus direitos, mas sim de pessoas em geral, ou seja, dos participantes.

Para que a consulta seja efetiva e não meramente simbólica, a esses participantes (impropriamente chamados de interessados pela LINDB) devem ser garantidos quatro direitos subjetivos: (i) o de acesso aos autos, que a lei prevê de modo explícito no §1º do

¹² MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo* – princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/1999. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 307-308.

art. 29; (ii) o de manifestação escrita; (iii) o direito à consideração da manifestação e (iv) o de resposta. Todos eles derivam da própria lógica e finalidade da consulta pública. Dessa maneira, ao violá-los, a Administração maculará a participação popular e poderá ocasionar a anulação da consulta.

9 QUATRO PROBLEMA: O VETO À PUBLICAÇÃO

O quarto e último problema do art. 29 resulta não de deficiências redacionais, mas do veto que o §2º sofreu, porque o Presidente da República entendeu que suas exigências gerariam morosidade e ineficiência na sistemática da consulta pública em prejuízo a interesses públicos.

Muito antes da LINDB, em 2005, Paulo Modesto já alertava que “ a participação popular tem sido entre nós sobretudo um discurso, não se traduzindo de modo constante e relevante em facticidade”. Isso exigiria, a seu ver, reflexões urgentes sobre as formas e as condicionantes, inclusive extralegais, da participação cidadã.¹³ Nessa lógica, entendo que uma estratégia para combater o uso simbólico e retórico que alguns órgãos da Administração fazem da consulta pública consiste em densificar seu regime jurídico e explicitar melhor os direitos dos participantes na legislação.

É exatamente por isso que o texto originário da LINDB teria um papel estratégico para o avanço da Administração brasileira. Ao exigir medidas de transparência, em última instância, o § 2º embutia uma proteção relevantíssima de alguns direitos básicos dos participantes nas consultas públicas e, com isso, tinha grande potencial de modificar a prática da Administração nos planos federativos dos Estados e dos Municípios.

Somando-se ao §1º, que prevê o direito de acesso aos autos como uma garantia para a formulação de manifestações, o §2º impunha “a publicação, preferencialmente em meio eletrônico, das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo”. Ao exigir a publicação (i) das manifestações e (ii) das análises, o parágrafo tornava efetivo dois direitos essenciais para a funcionamento das consultas públicas: o direito de ter a crítica ou sugestão considerada pelo órgão condutor do processo e o direito de obter uma resposta oficial sobre a manifestação. A divulgação requerida pelo parágrafo vetado geraria a transparência necessária para viabilizar o controle do respeito aos direitos à consideração e à resposta, tornando a consulta um instrumento mais efetivo e menos simbólico.

Mas não é só isso: a transparência das manifestações e das análises também serviria para (i) evitar distorções no uso da consulta pública e (ii) afastar o comodismo dos órgãos públicos em certos casos.

¹³ MODESTO, Paulo. *Participação popular na Administração Pública*: Op. cit., p. 3.

Como bem alerta Irene Patrícia Nohara, para que mecanismos de participação popular alcancem o objetivo de “ser reflexo de manifestação da soberania popular”, os agentes públicos necessitam adotar “posturas éticas, evitando direcionar os debates, de forma autoritária, para um entendimento preestabelecido [...]”.¹⁴ Ao exigir a divulgação das manifestações e das análises, o § 2º desestimularia esses riscos de distorção, de desvio de finalidade e outras práticas imorais, pois exporia as condutas dos agentes públicos responsáveis pela consulta.

Além disso, a proposta técnica de divulgação contribuiria para coibir a má-gestão, o descaso e o comodismo no processo administrativo. Esse problema não deve ser minimizado na atualidade. De acordo com Sérgio Ferraz e Adilson Dallari,¹⁵ a prática do processo administrativo tem demonstrado que autoridades de instrução e decisão competentes para decidir operam com certo desinteresse em muitas ocasiões, deixando de fazer o exame aprofundado das provas e dos fatos. Ao exigir que as manifestações e análises da consulta recebessem divulgação juntamente com o ato normativo aprovado ao final do processo, o §2º do art. 29, se não tivesse sido vetado, estimularia as autoridades a tomar mais cuidado com o conteúdo e o motivo da sua decisão, bem como a examinar com redobrada cautela e dedicação todos os elementos do processo, inclusive as manifestações que a população carregou aos autos, por meio da consulta, para auxiliar a tomada de decisão.

10 CONCLUSÃO

A consulta pública se consagrou gradualmente no Brasil desde a década de 1990 como mecanismo de instrução dos processos administrativos com apoio da participação popular. A Constituição, a Lei de Processo Federal, a Lei das Agências Reguladoras da União, a Lei de Acesso à Informação e inúmeros outros diplomas contribuíram para isso. Em 2018, a Lei n. 13.655 colocou a LINDB nessa batalha e contribuiu para se difundir no Brasil a consulta pública em processos de normatização. Com isso, a Lei de Introdução favoreceu a concretização do direito constitucional de manifestação, do ideal democrático, do princípio da eficiência (como efetividade decisória) e do princípio da segurança jurídica (como previsibilidade).

Apesar dessa contribuição, da garantia de acesso aos autos e da previsão de usos eletrônicos a favor da maior participação, a LINDB não inovou ao tratar do assunto no art. 29. Esse dispositivo legal exerce somente papel de reforço do quanto já se pregava em leis de efeitos mais restritos e na doutrina, mostrando-se incapaz de promover transformações na prática administrativa.

¹⁴ NOHARA, Irene. *Participação popular no processo administrativo*: Op. cit., p. 99.

¹⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 226.

Essa incapacidade decorre, por um lado, de problemas de conteúdo e de redação, como (i) a previsão da consulta pública como mera faculdade; (ii) a restrição ao uso da consulta para atos normativos e (iii) a menção aos “interessados” e a confusão desse conceito com o de participante. Por outro, problemas resultam do veto da Presidência da República ao §2º do art. 29.

Para que a consulta pública avance efetivamente no Brasil, será imprescindível solucionar esses problemas, seja por meio de técnicas de interpretação do art. 29 conforme a Constituição, seja pela edição de atos regulamentares mais ousados ou de reforma da própria LINDB. Será igualmente importante revisitar os mandamentos vetados e lutar pela consagração explícita na legislação nacional dos quatro direitos básicos dos participantes em expedientes de participação popular na Administração Pública, a saber: acesso aos autos, manifestação, consideração e resposta. Somente assim se transformará a consulta em mecanismo útil de instrução e melhoria dos processos decisórios da Administração. Somente assim se transformará o discurso da participação popular em realidade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Mensagem n. 212, de 25 de abril de 2018*. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.
- CUNHA FILHO, Alexandre; ISSA, Rafael; SCHWIND, Rafael (org.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4657, de 4 de Setembro de 1942*. São Paulo: Quartier Latin, v. 2, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, 1993.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- LEVIN, Alexandre. Consulta e audiência pública: considerações sobre o art. 29 do Decreto-lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). In: CUNHA FILHO, Alexandre; ISSA, Rafael; SCHWIND, Rafael (Orgs.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro anotada: Decreto-Lei n. 4657, de 4 de Setembro de 1942*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene. *Processo administrativo: Lei n. 9.784/1999 comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MODESTO, Paulo. Participação popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, 2005.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NOHARA, Irene. Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. *In*: NOHARA, Irene; PRAXEDES, Marco (Orgs.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei n. 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

NOHARA, Irene; PRAXEDES, Marco (Orgs.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei n. 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. A expansão da consulta pública: vetores de eficiência, responsividade e legitimidade da atividade normativa administrativa. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre; ISSA, Rafael; SCHWIND, Rafael (Orgs.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro anotada: Decreto-Lei n. 4657, de 4 de Setembro de 1942*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

INTERNALIZAÇÃO DO RISCO COMO COMPONENTE INDISSOCIÁVEL DA AÇÃO ESTATAL: UM NOVÍSSIMO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE

Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF)
Professora Colaboradora do PPGD da Universidade Federal de Goiás (UFG)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Pandemia lançando uma “lente de aumento” sobre o risco inerente à atividade administrativa. 3 Por que é inevitável internalizar-se a ideia de risco como inerente à atividade administrativa. 4 A promessa enganosa da técnica. 5 Uma nova narrativa para a compreensão da intercessão entre risco e atividade administrativa. 6 Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

A ideia de que a atividade administrativa se revista de risco não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, e tem no regime jurídico da responsabilidade civil do Estado proposto pelo art. 37, §6º CF sua materialização mais visível. Dissociando-se da ideia clássica do risco-proveito, admite-se que, seja por força da verticalidade das relações que se estabelece com a Administração, seja pela natureza em si das atividades por ela desenvolvidas, revelar-se-ia adequado um aumento de seus encargos enquanto causadora de prejuízos, favorecendo a real reparação quando da ocorrência de evento danoso.

Embora nominalmente se tenha o risco como um componente ínsito à atividade da Administração; prevalece ainda em paralelo uma narrativa segundo a qual a escolha administrativa é de ser sempre aquela (única) que se revela acertada, e que se essa eleição de conduta se revelar em concreto equívoca, tem-se por aberta a larga via da responsabilização do agente público, em especial pela via em crescente imputação de improbabilidade administrativa. Se no plano da responsabilidade civil do Estado, o risco está naturalizado; nos demais campos de atuação da Administração Pública, o que dela se requer é uma atuação sempre sob o signo do zero erro. Aparentemente, a velha afirmação segundo a qual “*the king can do no wrong*” ainda ecoa no imaginário da doutrina, projetando na Administração um imperativo de antecipação e prevenção de todos os potenciais efeitos negativos que não se coaduna com o grau de previsibilidade possível, especialmente em tempos como os que se vivencia.

Constitui objeto deste texto, demonstrar como o cenário de ação pública em meio à pandemia realçou que o risco é um componente inerente ao agir da Administração em quaisquer dos seus domínios. O objetivo é propor a necessidade de internalização dessa percepção recém adquirida, de molde a reformular a lógica segundo a qual o modelo ideal de agir administrativo deva sempre ter por premissa o perigo zero – ou perto disso.

O repúdio às possíveis ameaças como possibilidade na formulação de escolhas públicas leva muitas vezes a um conservadorismo ou mesmo à paralisia da Administração – que na busca incessante da alternativa perfeita, frequentemente se vale dos caminhos que pareçam mais seguros.

A ideia mesmo de função administrativa busca assegurar a institucionalidade do poder, um segmento que se pautou pelo dinamismo exigido pelo constante câmbio da realidade social, fática e política em que atua o Estado. A sobrevalorização da prevenção pode resultar ao final – esta é a proposição central do texto – não na eliminação em si do risco, mas a substituição dele: ao invés do um potencial evento danoso que se busca identificar a prevenir; tem-se os perigos da inércia e do descolamento com a realidade.

A crise decorrente da pandemia da Covid-19 parece se apresentar como fenômeno inédito e singular – mas em alguma medida, ela é mais uma turbulência que acomete as diversas expressões do poder interagente, como tantas outras que historicamente já se superou. O esforço teórico que aqui se desenvolve alinha-se com a proposição de Moreira Neto¹ de filtrar e eliminar os excessos perniciosos da crise, canalizando e aproveitando impulsos generosos que nela possa ter se manifesto – inspiração que me levou, como homenagem, à “tomada por empréstimo” da ideia de que se possa ter na internalização do risco um componente indissociável da ação pública, novo paradigma a ser recebido pelo Direito Administrativo.

2 PANDEMIA LANÇANDO UMA “LENTE DE AUMENTO” SOBRE O RISCO INERENTE À ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

O ineditismo e a escala da pandemia da Covid-19 determinará, ainda por muitos anos, a individualização deste período, e de muito o que se construiu – também no campo do direito público – nesse mesmo interstício de tempo. Revisitar esse momento de profunda crise sanitária exigirá, para a real percepção do ambiente em que se formam novas prioridades sociais e normativas; identificar quais seus traços particulares – que guardam evidente relação de causalidade com as soluções forjadas em maio à pandemia da Covid-19.

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*. Em memória de Eduardo García de Enterría jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 205.

Característica da experiência da pandemia que merece inicial destaque está em que pela primeira vez na história, se identificou um problema que era inédito, manifestando-se também de forma simultânea e mundial. Esta conjugação de atributos, é preciso que se diga, transcende a simples cogitação com a escala. Mais do que ser um problema de alta complexidade, ou grandemente disseminado; a pandemia era tudo isso ao mesmo tempo, lançando países e organizações em todo o mundo no dilema entre proteção à saúde e a erosão da economia e do emprego; o cuidado com os interesses nacionais e os imperativos civilizatórios de solidariedade para com os povos carentes e vizinhos.

Esse quadro trouxe para o plano frontal, problemas que a rigor, já se identificava no cenário – mas que remanesciam secundarizados, notadamente por força das suscetibilidades políticas que eles determinam. Assim, os termos em que poderiam ou deveriam se constituir relações de coordenação entre estruturas públicas ou privadas (no plano interno ou internacional)²; ou ainda o grau de deferência que haveria de se dar a decisões técnicas de diversas ordens³ não eram indagações totalmente inéditas, mas tiveram potencializada sua visibilidade pela realidade de viver a pandemia.

Segunda característica do momento pandêmico foi a constatação de que era possível se pôr um cenário em que a ação pública fosse exigível – e com máxima rapidez e intensidade – mas onde se navegasse em total incerteza em diversos dos ramos de conhecimento diretamente envolvidos. Assim, em que pese o vazio informacional em relação ao vírus, sua origem ou comportamento, bem como em relação a possíveis respostas terapêuticas, a ação pública era indispensável. Curiosamente, no cenário brasileiro, a Lei 13.979/2020, ainda apegada às promessas do racionalismo, evocada em seu art. 3º, §1º, ainda referia a “evidências científicas” como fundamento para escolhas administrativas – quando tudo o que se tinha no momento, eram reticências.

Apresenta-se, portanto, a temática dos chamados *wicked problems*⁴, cuja complexidade se origina não só pela falta de informação ou conhecimento, mas também pela relevância do componente tecnológico como mediador de interesses divergentes ou conflitantes que estejam a reclamar a escolha pública. As supostas certezas do racionalismo

² No debate brasileiro, tem-se nas decisões da ADI 6341 e ADPF 672, decisões pioneiras em que se discutiu o desenho de competências dos entes federados nas medidas de combate à pandemia, e as necessárias relações de coordenação que se deveriam estabelecer, sob a regência da União. Inúmeras foram as outras demandas em que o tema retornou ao debate, evidenciando a falta que a lei complementar requerida pelo art. 23, Parágrafo Único CF fazia, em momentos como esse em que a articulação institucional se apresentava como verdadeira chave de sucesso.

³ Uma aproximação deferente para com as escolhas empreendidas pelos gestores públicos em saúde foi indicada nas Recomendações CNJ n. 66/2020, e Recomendação Conjunta PRESI-CN n. 2, de 19 de junho de 2020.

⁴ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. A gestão administrativa e o combate ao coronavírus. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ARRUDA, Carmem Sílvia L. de; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Walbach (Coords.). *Diálogo em tempos de crise: Covid-19*. Prefácios Ministro Luis Roberto Barroso e Ministro João Otávio de Noronha. v. III Democracia – Judicialização – Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 55-60. p. 56-57.

científico – tão caras ao Direito e às suas pretensões de objetividade e estabilização – não se revelaram, nesse quadro nunca dantes experimentado, suficientes para o enfrentamento da realidade multifacetada que se apresentava.

Fato é que com esse quadro, o direito perde a uma só vez, seus dois referenciais mais caros, conteúdo do Santo Graal da segurança jurídica: a previsibilidade e a estabilidade. Em cenário de profunda incerteza, o grau de prospecção dos efeitos de qualquer conduta é baixo, e a estabilidade, assim entendida como a pretensão de perenização de um determinado modelo ou comportamento pode se revelar ainda mais nociva ao interesse coletivo, do que a dinâmica responsiva para com o que de aprendizado mais recente se tenha nesse cenário volátil⁵.

Nesse mesmo momento também se tem por desafiada a concepção segundo a qual o tempo, enquanto componente auxiliar da capacidade instituinte do Direito, deva ser entendido tão-somente no seu sentido físico. É certo que a formação de um padrão regular de condutas socialmente previsíveis e desejáveis é fenômeno normalmente associado ao reconhecimento da utilidade de um comportamento individual, que reiterado, se converte em hábito, consolidando-se ainda em costume, até alcançar uma cultura, entendida como complexo institucional desenvolvido em uma sociedade⁶. Esse percurso, de maturação da convicção geral da utilidade do padrão de ação a ser desenvolvida no grupamento social, normalmente se tem por associado ao transcurso do tempo físico – premissa que por si só, admitiria algum debate no campo filosófico⁷.

Ocorre que a vivência de uma pandemia mundial com as características de que se reveste a crise da Covid-19 sugere um quadro em que esse tempo físico, que oferece a representação pacificadora das experiências vividas, se apresenta igualmente como ameaça, ante o ritmo acelerado de contágio e de perda de vidas humanas. Ao Direito Administrativo, que já enfrentou a superação da velha premissa da legalidade estrita para recepcionar a regulação como função que preserva o equilíbrio de um modelo em que interagem fenômenos complexos⁸; caberá agora recepcionar a ideia de que o jurídico possa dispensar a ideia de

⁵ O impulso à reavaliação da ideia de que a sociedade – destinatária última do Direito e da ação estatal – se possa ainda ter como um sistema estático cujo equilíbrio só se mantém pela imutabilidade de valores e *status* já se tinha por sugerido por Garcia-Pelayo ao final da década de 70 (GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 2005. p. 127). O eixo de estabilização do sistema repousaria, portanto, não na sua rigidez – mas na sua capacidade de adaptação responsividade aos câmbios sociais. Essa ideia, quase intuitiva nos dias de hoje, ainda segue provocadora para aqueles que ainda identificação da legalidade estrita – e portanto, na estática do sistema normativo – a sua maior virtude.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 34-35.

⁷ A compreensão segundo a qual o tempo é uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica é apresentada por François Ost (OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 12).

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 68.

longo prazo para se desenhar como alternativa. Afinal, na lição de Ost, “o que é importante é que a implementação da norma jurídica movimente um tempo próprio, carregado de sentido instituinte”⁹.

Um cenário como esse pode se revelar tremendamente desafiador, especialmente no campo do Direito Administrativo, onde por muito tempo se aludia a uma máxima segundo a qual a Administração não tem vontade, limitando-se à execução do comando contido numa legalidade estrita.

3 POR QUE É INEVITÁVEL INTERNALIZAR-SE A IDEIA DE RISCO COMO INERENTE À ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Já se apontou neste artigo que a noção dos riscos inerentes às atividades administrativas não é estranha à seara doutrinária ou normativa; o problema residiria na circunstância de que este mesmo atributo se teria por recepcionado de formas distintas, conforme a espécie de ação pública de que se esteja a cogitar.

Essa percepção parece desconhecer duas características da ação administrativa no terceiro decênio do século XXI, que inevitavelmente devem contribuir para a internalização do risco como um dado sempre presente na escolha pública: o policentrismo das sociedades, e a diversificação das áreas de ação.

Do policentrismo das sociedades contemporâneas¹⁰, decorre a necessidade de harmonização de pretensões distintas dos diversos centros de deliberação nela representados. Por via de consequência, soa *passé* a concepção segundo a qual da Administração se possa ou se deva pretender uma única solução que se aplique de maneira homogênea a todo o grupo social, como a “resposta ótima”.

Em última análise, tem-se que a concepção de defende um princípio da precaução em sentido forte em relação a todo o agir administrativo se apresenta significativamente enfraquecida, eis que incompatível com a multiplicidade de respostas possíveis que se revelam igualmente adequadas, observados os distintos segmentos sociais a que cada qual delas atende.

⁹ OST, François. *O tempo do direito*. Op. cit., p. 15.

¹⁰ O caráter policêntrico e negociado do processo de construção da ordem social e política, através de uma multitude de ajustes parciais, uma rede de relações em busca de princípios de coordenação; substitui, no século XXI, as ideias originais de um aparato autocentrado e hierarquizado (OST, François. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 29).

É certo que a intensificação dos sistemas de controle, pelo aperfeiçoamento das instituições que tem nessa a sua função primária, tem funcionado como poderoso incentivo a uma tendência da Administração Pública à homogeneidade de regimes jurídicos; à pouca variabilidade em relação a práticas administrativas consolidadas ou ainda a modelos contratuais já experimentados. Exemplo recente dessa tendência à conservação se tem, por exemplo, na Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações), que em grande medida reproduz experiências já consolidadas na anterior normatividade, secundarizando o enfrentamento de problemas já de há muito identificado pela doutrina¹¹. Ater-se a modelos experimentados previamente parece prevenir o juízo de reprovação, caracterizando aquilo que se tem identificado como o risco de responsabilização dos agentes públicos¹² – fenômeno que não se confunde com a desejável gestão de riscos, mas reflete o temor paralisante de uma imputação apressada de improbidade.

Vale destacar que esse efeito indutor à conservação das práticas testadas – e portanto, à não assunção do risco – se vê reforçado em boa medida, pelo próprio modelo institucional aplicável aos braços especializados de poder. Enquanto no Legislativo e no Judiciário as decisões se constroem predominantemente de maneira coletiva, e com a exclusão formal da possibilidade de responsabilização individual do agente (salvo dolo ou outras situações extremas); na função executiva ao contrário, parte significativa das ações ou decisões se materializa por agentes individuais que não se beneficiam nem de estruturas internas de revisão do deliberado, nem da referida exclusão da responsabilidade individual.

Sociedades plurais exigem imaginação na cunhagem de respostas institucionais que se diversificam porque tem por objeto distintos problemas e destinatários. Isso é uma relevante viragem numa visão do Direito Administrativo que tem povoado, ainda hoje, o imaginário dos profissionais que o aplicam.

Já a diversificação das possíveis frentes de atuação da Administração Pública se apresenta como consequência natural da própria evolução em direção ao Estado Social. A enunciação de compromissos finalísticos como a construção de uma sociedade justa e solidária contida no art. 3º, I CF, sinaliza no sentido de uma ação estatal que transcenda a velha concepção de *gendarmérie*, e se revele capaz, por exemplo, de propor ações indutivas de comportamentos individuais e coletivos alinhados com esses mesmos valores.

Em que pese essa clara determinação constitucional de uma nova vocação para o Estado e suas funções especializadas, fato é que a necessária revisitação do Direito Público

¹¹ NOBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa. *R. Bras. de Dir. Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

¹² SANTOS, Rodrigo Valgas. *Direito administrativo do medo*. Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2020. p. 326.

a partir destas novas lentes ainda não se tem por consolidada como seria de se desejar¹³. É esse arejamento teórico que permitirá a um só tempo internalizar a noção segundo a qual a experimentação de distintas linhas de ação pela Administração Pública na resposta aos complexos problemas sociais pode envolver um incremento no potencial de riscos.

4 A PROMESSA ENGANOSA DA TÉCNICA

Na raiz da aversão ao risco que permeia a visão no que toca à ação da Administração Pública, está também uma ilusória confiança na técnica; numa suposta racionalidade científica que nos conduza à seara das certezas. No contexto específico da pandemia de Covid-19 isso se tem por manifesto na já referida Lei 13.979/20, quando condiciona a adoção de medidas de restrição indicadas em seu art. 3º, ao embasamento em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde. Na mesma linha tem-se a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴ quando da análise do perfil de conduta que configuraria erro grosseiro do administrador, para fins de imputação de responsabilidade, nos termos da moldura normativa proposta pela Medida Provisória n. 966/20.

Ocorre que essa pretensa certeza da ciência, não obstante exerça fascínio sobre o jurista, não mais subsiste como axioma naquele primeiro campo do conhecimento, que hoje tem por claro que não obstante os avanços originários da pesquisa e suas descobertas, o máximo que se pode pretender na perspectiva do conhecimento, são probabilidades¹⁵.

Outro fator relevante à revelação das fragilidades do racionalismo científico, é a constatação de que os perigos aos quais ele busca oferecer resposta não são sempre externamente construídos; mas que as ameaças existenciais e ao convívio social harmonioso muitas vezes são fruto de uma construção que também é social. O enfrentamento da pandemia evidencia esse fenômeno, eis que não obstante a intensa e mundializada concentração de recursos de toda ordem em torno do combate a este evidente risco existencial; as percepções de onde resida o epicentro da ameaça são fortemente influenciadas por uma construção social.

¹³ YSERN, Enrique Rivero; RODRÍGUEZ-ARAÑA, Jaime. *O direito administrativo da dignidade humana e do interesse geral*. Fundamentos e princípios. Trad. Marly N. Peres. São Paulo: Imprensa Oficial, 2018. p. 254.

¹⁴ “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6421 MC*. Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2020, Processo Eletrônico DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020 – tese fixada no acórdão).

¹⁵ PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatán*. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. p. 18.

Nestes termos a advertência de Beck¹⁶, segundo a qual “entre os riscos coproduzidos e codefinidos e sua crítica pública e social, o desenvolvimento científico-tecnológico se torna *contraditório*” (o destaque é do original) – incapaz de oferecer a previsibilidade, ou segurança da objetividade que o Direito busca.

Não se pode igualmente desconsiderar que as intrincadas relações de interdependência entre os sistemas alcançados pela pandemia, a requerer respostas no campo do Direito Administrativo determinam o chamado “efeito teia de aranha” – em que uma intervenção de pequena monta no quadrante “A” pode determinar efeitos imprevisíveis, na sua incidência e alcance, no quadrante “B”. Uma vez mais, as “evidências científicas”, fundamento idealizado da ação administrativa pretensamente imune ao risco, não vão existir.

É nesse contexto que se compreende a advertência de Kennedy, segundo a qual não existe uma relação de identificação perfeita entre as ideias que tenham suficiente ou adequada sustentação a partir da *expertise*, e aquelas que venham a se apresentar como predominantes na perspectiva macro¹⁷. Isso porque, na visão do autor, ideias disseminadas são fruto de luta e interação persuasória. Assim, o poder da *expertise* é relacional, e decorre não necessariamente de sua acuidade técnica, mas da posição daqueles que estejam defendendo estes mesmos pontos de vista.

Até aqui se vem demonstrando a fragilidade dos pressupostos em que repousava uma visão da ação administrativa que identifica na prevenção um bem absoluto, despido de qualquer custo. A mística não se sustenta, seja porque o ideal seja irrealizável – não há como se construir um modelo de escolha pública ou de conduta que se revele imunizado quanto aos riscos –; seja porque o suposto instrumento dessa ação preventiva (a ciência) não se reveste das certezas que se suponha dela pudessem advir.

Essa é uma transformação profunda que se exigirá do Direito Administrativo a eclodir depois da crise; uma mudança na narrativa tradicional segundo a qual reside na aversão máxima ao risco, um signo desejável do comportamento administrativo.

5 UMA NOVA NARRATIVA PARA A COMPREENSÃO DA INTERCESSÃO ENTRE RISCO E ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

É de Cover¹⁸ a lição segundo a qual “cada prescrição normativa insiste em sua demanda de situar-se no discurso narrativo – para ser municada com história e destino, co-

¹⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 235.

¹⁷ A expressão no original é *world-making ideas*, assim entendidas como aquelas que se disseminam, convertendo-se no senso comum.

¹⁸ COVER, Robert. *Nomos e Narração*. Trad. Luis Rosenfield. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 187-268, 2016. p. 187-188. DOI: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.22.187-268>.

meço e fim, explicação e propósito”. Assim, é no contexto das narrativas onde tem origem o Direito, que se compreende o seu significado; de outro lado facilmente se percebe o condão limitador das primeiras quando se cogita de empreender a uma revisitação de conceitos ou práticas estabelecidas.

Já se apontou neste artigo, alguns dos elementos que compõem tradicionalmente a narrativa do Direito Administrativo. O pressuposto de que a solução para os casos concretos se extrai da consideração do Direito, da legalidade, já foi indicado por Sundfeld¹⁹ como característica do administrativista, a partir de uma visão dessa última como reserva total da lei. Na mesma linha, a ideia de um interesse público único e monolítico, sempre prevalecente sobre qualquer interesse individual já foi também desmistificada²⁰ ante a evidência de que a tarefa regulatória do Estado compreende muito mais harmonizar interesses manifestos e eventualmente contrapostos no corpo social, do que simplesmente proclamar um valor em abstrato que há de sempre prevalecer.

No campo específico da gestão de riscos, uma ideia ainda arraigada no imaginário, especialmente dos agentes de controle, é aquela segundo a qual o custo de prevenção é sempre muito baixo, considerados os riscos de um potencial resultado adverso. Mais ainda, a alegada busca da prevenção funciona como forte fator indutivo a manter-se o administrador fiel à padronicidade já traçada. Tem plena incidência aqui o componente identificado pela economia comportamental como aversão à perda²¹, que frequentemente induz à aplicação do princípio da precaução no sentido forte.

A construção de uma nova narrativa para o Direito Administrativo, iluminada pela compreensão de que previsibilidade e prevenção não comportem um juízo positivo absoluto – por mais cauteloso que se revele o agir administrativo – se apresenta com um intuito prescritivo, reconciliando a matriz de produção e interpretação da ação administrativa com o quadro de realidade sobre o qual ela incide.

A primeira proclamação desse novo discurso envolve o abdicar de uma pretensa resposta única; do singular desenlace “correto” para um problema público. Afinal, o inegável policentrismo do ambiente social em que se move e atua a Administração exige o convívio e acomodação de múltiplas alternativas – donde a variabilidade, e mesmo concorrência de respostas não deve gerar qualquer perplexidade. A ação estatal em contextos como os que se vive exigirá um permanente balanceamento não só entre os objetivos constitucionais (que orientam o agir da Administração Pública) e os riscos associados a cada qual das alterna-

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 46.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4.

²¹ SUNSTEIN, Cass R. Para além do princípio da precaução. *Revista de Direito Administrativo*, v. 259, p. 11-71, 2012. p. 18.

tivas de conduta; mas também a consideração dos potenciais resultados práticos diretos e indiretos que dela possam resultar; além da necessária preservação das escolhas democráticas empreendidas pelos agentes políticos que exerçam a chamada direção superior da máquina administrativa.

Importante destacar que já dessa primeira proposição narrativa – multiplicidade de padrões de ação como modelo possível, quiçá desejável de conduta – decorrerá já um relevante fator de tensão com as estruturas tradicionais de controle. Isso porque, para o desenvolvimento dessa ação de verificação, é comum que as instituições revestidas desta mesma função (controle interno ou externo, e mesmo Judiciário) costumam se valer, sempre que possível, de heurísticas de ancoragem – o juízo de aprovação ou reprovação de uma determinada conduta ou escolha administrativa se dá (num cenário de incerteza) a partir de um valor/experiência inicial disponível, que serve como âncora. O resultado provável do emprego de heurísticas de ancoragem será a tendência à fixação como a suposta “resposta única”, daquela que já tenha sido antes controlada, ou da que se apresente primeiro. Neste padrão, a segunda resposta (distinta da âncora) tenderá a se apresentar como um desvio – quando na verdade ela simplesmente é uma variante da solução inicial, que se revela apta a atender a um segmento específico de necessidades coletivas que poderia não se ter por contemplado na alternativa primeira.

O necessário balanceamento de componentes, igualmente apontado nesta proposição – fidelidade aos objetivos constitucionais, prevenção de riscos, aptidão à produção de resultados e preservação das escolhas democráticas – sugere ainda a necessidade de se reconhecer que o juízo de acerto ou desacerto de escolhas públicas; a aferição de sua legitimidade derivada, “fundada na aceitação formal, ativa e induzida” no sentido proposto por Moreira Neto²², pode ser conclusão que só se viabilize a partir de uma duplas perspectiva: aquela do processo de formação em si da opção administrativa, e aquele do resultado por ela produzido.

Observe-se que esta dupla perspectiva de análise da ação administrativa parece recepcionada pelo texto constitucional, a partir da inclusão pela Emenda 109, do art. 37, §16 à CF, determinando que “os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei”. Embora o preceito seja lacônico em relação a qual sejam os parâmetros mínimos da referida avaliação²³, nem os efeitos desse mesmo procedimento avaliativo; fato é que ele espelha uma compreensão

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Op. cit., p. 39.

²³ Avaliação é um conceito necessariamente relacional, que tem em conta pelo menos duas variáveis – a pretendida e a efetivamente alcançada. O novo preceito constitucional não se dedica a delinear ainda de forma mínima quais sejam estes componentes.

segundo a qual o juízo de adequação da ação pública não se esgota simplesmente com a formulação da escolha. A sinalização constitucional se revela em tudo compatível com a compreensão de que o caráter dinâmico da ação administrativa e dos efeitos que ela gera na realidade efetivamente não se coadunam com uma investigação controladora que se encerre no momento do seu desenho – e que abstraia dos seus resultados concretos.

Último ponto de uma nova narrativa para o Direito Administrativo pós-pandemia, é a necessária transformação da cultura da desconstituição – como o caminho sempre seguro da restauração da juridicidade eventualmente malferida – pelo reconhecimento dos méritos da preservação. Esta lógica, que prestigia a manutenção possível do já havido, adentrou ao cenário do Direito Administrativo pela via de institutos como os da convalidação ou sanatória, e ainda aquele da proteção à confiança. Mais recentemente, a Lei 13.655/18 reforça essa inclinação preservadora, quando alude por exemplo, em seu art. 23 à necessidade do estabelecimento regimes de transição quando da mudança de orientação administrativa; e no art. 24, à indispensável consideração das orientações gerais da época.

Naturalizar o risco é compreender que o erro se apresentará sempre como uma possibilidade no âmbito da ação administrativa – até porque, componente constante da formulação de escolhas pela Administração é a projeção de eventos futuros, muitas vezes incertos; estratégia que condiciona (ainda que parcialmente) ao acaso o acerto da opção²⁴. Não confirmadas, por exemplo, um incremento do volume de síndromes respiratórias ordinárias, porque as pessoas estejam mantendo padrões de higienização e prevenção mais rigorosos por força da pandemia da Covid-19; eventual escolha estatal de reforço a esse particular tipo de atendimento pode se revelar equívoco – mas nem por isso é condenável.

Observação final é de ser aquela de que internalizar o risco como elemento intrínseco da atividade administrativa não é substituir uma idealização absoluta inalcançável – a escolha pública perfeita e blindada de ameaças – por outra enunciação abstrata de que em contexto de risco, tudo seja admissível. Recepcionar que a escolha pública se dá no campo da indeterminação mais ou menos aguda, não dispensa a Administração do rigoroso atendimento a seus deveres de justificação, seja na demonstração dos riscos efetivamente mapeados, seja na explicitação dos motivos que a levaram a ter aquele mesmo perigo por aceitável, indicando igualmente quais sejam as medidas inicialmente previstas para monitoramento e/ou resposta institucional à concreta ocorrência do evento incerto. Afinal, admitir a possibilidade de ação administrativa ainda que em cenário de incerteza a energia do poder de que o Estado necessita – mas que na lição de Dromi²⁵, é de ser organizado juridicamente.

²⁴ DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*. Contexto, fundamentos e parâmetros. Prefácio de Gustavo Binbenjoi. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 47.

²⁵ DROMI, Roberto. *El derecho público en la hipermodernidad*. Madrid: Universidad Complutense, 2005. p. 9.

6 CONCLUSÃO

Narrativas são fruto de uma cultura – e como tal, tem grande dificuldade na sua mudança. Nestes termos, a dimensão da crise instalada com a pandemia da Covid-19 repropõe o debate em torno do que se pretenda para o Direito Administrativo. Não se cuida mais de uma polarização de ideias em torno de Estado mais ou menos interventivo; o que se tem neste momento, é consenso em torno da constatação de que os modelos até hoje repetidos pelo conforto da familiaridade, não se revelam aptos a dar resposta aos grandes desafios havidos no curso do combate à pandemia, e ainda àqueles que já se prenunciam como desdobramentos previsíveis desses tempos difíceis.

Importante que esse debate abdique da nostalgia de um Direito Administrativo idealizado, que talvez jamais tenha existido, se não nos manuais, e na imaginação de algum teórico que não tenha jamais se defrontado com o desafio de formular uma escolha no âmbito da Administração Pública – com os limites e responsabilidades a ela inerente. Este texto é minha contribuição para esse repensar de um Direito Administrativo que extraia da crise da pandemia da Covid-19, onde ele desenvolveu papel tão relevante, um impulso de renovação a partir do reconhecimento dos limites do possível para a Administração Pública – que composta por agentes imperfeitos, não pode almejar um resultado imune ao risco. Não se cuida de uma retórica justificadora do erro, mas da assunção de um ponto de partida realista, conectado com o mundo efetivo das possibilidades, para a longa caminhada de cumprimento fiel aos compromissos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 66 de 13/05/2020. *Diário de Justiça Eletrônico* CNJ, n. 137/2020, 14 maio 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318>. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Recomendação Conjunta PRESI-CN n. 2/2020b. *Diário de Justiça Eletrônico* CNMP, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf/2020>. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6421 MC*. Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2020, Processo Eletrônico DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6341 MC*. Ref, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, Processo Eletrônico DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 672 MC*. Ref, Relator(a): Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, Processo Eletrônico DJe-260 DIVULG 28-10-2020 PUBLIC 29-10-2020.

COVER, Robert. *Nomos e Narração*. Trad. Luis Rosenfield. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 187-268, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.22.187-268>.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*. Contexto, fundamentos e parâmetros. Prefácio de Gustavo Binbenjy. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

DROMI, Roberto. *El derecho público en la hipermodernidad*. Madrid: Universidad Complutense, 2005.

ESTEFAM, Felipe Faiwchow. A gestão administrativa e o combate ao coronavírus. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ARRUDA, Carmem Silvia L. de; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Walbach (Coords.). *Direito em tempos de crise: Covid-19*. Prefácios Ministro Luis Roberto Barroso e Ministro João Otávio de Noronha. v. III Democracia – Judicialização – Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 55-60.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*. Em memória de Eduardo García de Enterría jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NOBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa. *R. Bras. de Dir. Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

OST, François. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatán*. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

SANTOS, Rodrigo Valgas. *Direito administrativo do medo*. Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Para além do princípio da precaução. *Revista de Direito Administrativo*, v. 259, p. 11-71, 2012.

YSERN, Enrique Rivero; RODRÍGUEZ-ARAÑA. Jaime. *O direito administrativo da dignidade humana e do interesse geral*. Fundamentos e princípios. Trad. Marly N. Peres. São Paulo: Imprensa Oficial, 2018.

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA

Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
Professor associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Políticas públicas na Constituição Federal. 3 Sobre os direitos fundamentais. 4 Tese da proibição do retrocesso social. 5 Problemas e restrições da tese da proibição do retrocesso social. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pessoa humana é o valor fonte de todos os demais valores da Sociedade, sendo o ponto de intercessão entre o ser e o dever ser.¹ Conforme o desenrolar da experiência jurídica, há valores que se consolidam na Sociedade, e que passam a ser considerados fundamentais para a sua própria existência e para a existência de seus membros: são as invariantes axiológicas.²

Dentre as invariantes axiológicas, entende-se presente o *bem-estar social*, ou seja, a acessibilidade a bens e serviços mínimos que garantam ao indivíduo uma existência digna perante o Estado e a Sociedade.

Nesse diapasão, faz-se necessário uma rede estatal de proteção que assegure o bem-estar social de modo igualitário, uma vez que o mercado nem sempre viabiliza o acesso ao básico para a dignidade da pessoa humana.³

¹ Sobre a matéria, consultar: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

² Sobre a matéria, consultar: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Op. cit.; REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. Op. cit.

³ Sobre a matéria, consultar: ESTADO DA CIDADE DO VATICANO. *Compêndio da doutrina social da Igreja*. 7. ed. Trad. Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). São Paulo: Paulinas, 2011.

Todavia, tem ganhado força o argumento de que essa rede estatal de proteção social somente pode ser ampliada e, portanto, jamais redimensionada para fins de sua readequação à luz da gestão fiscal responsável e dos direitos civis e políticos constitucionalmente assegurados, ainda que por processos democráticos de decisão. E, para se assegurar normativa e materialmente o atual tamanho do Estado-administração, o Estado-jurisdicção se sente legitimado para manter ou criar utilidades públicas, malgrado seu papel primordial de proteção do ordenamento jurídico.

O objetivo do presente ensaio é verificar se o princípio⁴ da proibição do retrocesso social foi positivado integra o sistema do Direito Positivo brasileiro,⁵ bem como a sua incidência e aplicabilidade na formulação, acompanhamento e controle das políticas públicas. Matéria que integra o regime jurídico administrativo,⁶ uma vez que não há política pública legítima sem a função administrativa.

Para tanto, emprega-se a metodologia preconizada pela Dogmática Jurídica, mediante a qual se procura descrever o ordenamento jurídico vigente, sem se perder de vista as dimensões axiológica e fática do sistema do Direito Positivo.⁷

2 POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No contexto do sistema do Direito Positivo brasileiro, ao se conjugar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana⁸ e com os objetivos fundamentais da República,⁹

⁴ Para fins desse trabalho, princípio jurídico pode ser entendido como: (i) valor jurídico; ou, (ii) norma jurídica constitucional considerada relevante para a forma de Estado, a forma de Governo, o sistema de Governo, ou aos direitos fundamentais.

⁵ O sistema do Direito Positivo brasileiro tem sua dimensão normativa no ordenamento jurídico que tem seu fundamento de legitimidade na Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição Federal), promulgada em 5 de outubro de 1988.

Sobre o sistema do Direito Positivo, consultar: REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999; 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.

⁶ Entende-se por regime jurídico um complexo de modelos jurídicos que rege determinada relação ou instituição, cuja sistematicidade é identificada a partir de princípios jurídicos específicos.

Por regime jurídico administrativo, por sua vez, compreenda-se o complexo de modelos jurídicos regentes da função administrativa e dos sujeitos que a desempenham. Tem como cânones a tutela dos interesses públicos pelo Estado-administração e a indisponibilidade dos interesses públicos pelo Estado-administração.

A função administrativa será explicada mais adiante. Sobre os modelos jurídicos, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. O fato jurídico no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 14, p. 139-164, set. 2020; REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: Op. cit.*

⁷ Sobre a matéria, consultar: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Op. cit.; REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: Op. cit.*; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. Op. cit.; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. Op. cit.

⁸ Vide o art. 1º, III, da Constituição Federal.

⁹ Vide o art. 3º da Constituição Federal.

não há como se negar que o Estado brasileiro adota o modelo político-jurídico de *Estado social*.¹⁰

Em rigor, o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal¹¹ tem a pretensão de conciliar o reconhecimento de uma esfera jurídica intangível para cada membro da Sociedade¹² com metas de justiça social que pressupõem ações estatais, por meio de processos democráticos de decisão.¹³ Mas, como qualquer Estado de Direito, encontra-se fundado na separação funcional do poder e na garantia de direitos para os administrados.¹⁴

A Constituição Federal estabelece programas de ação socioeconômica voltados à concretização dos já referidos objetivos fundamentais da República, tanto na ordem econômica¹⁵ como na ordem social.¹⁶ Programas que devem ser efetivados por meio da *função administrativa*, consubstanciados em *políticas públicas* instituídas mediante o exercício da *função legislativa*.¹⁷

¹⁰ Sobre o Estado social, consultar: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹¹ Vide o art. 1º da Constituição Federal.

¹² Opta-se aqui pela expressão *administrado* para designar as pessoas naturais, definidas no art. 2º da Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 ("Institui o Código Civil). Recorde-se que por injunção do princípio da dignidade da pessoa humana, todo ser humano deve ser considerado sujeito de direitos, à luz do art. 1º, III, e do art. 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal.

Os direitos civis (ou individuais, caso se prefira) dos administrados são estendidos às pessoas jurídicas que eles criam na forma da lei, para exercer suas liberdades econômica e associativa, à luz do art. 1º, IV, art. 5º, *caput*, XIII, XVII a XXIII, §2º, e do art. 170, *caput*, II e III, e parágrafo único, todos da Constituição Federal, e do art. 44 e do art. 52, ambos do Código Civil.

¹³ Sobre o Estado Democrático de Direito, consultar: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009; NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006; REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. Op. cit.

¹⁴ Vide o art. XVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, emitida pela Assembleia Nacional francesa em 26 de agosto de 1789.

Vide o art. 1º, III e IV, o art. 2º, o art. 4º, II, o art. 2º, os arts. 5º a 17, e o art. 60, §4º, II a IV, todos da Constituição Federal.

¹⁵ Vide o art. 170 a 192 da Constituição Federal.

Sobre a matéria, consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹⁶ Vide o art. 193 a 232 da Constituição Federal.

Sobre a matéria, consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit.; ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

Sobre o papel da Constituição na definição da relação entre o Estado e a Sociedade, consultar: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Op. cit.; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. Op. cit.; NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: Op. cit.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1969* (arts. 1º - 7º). v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1987; REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. Op. cit.

¹⁷ Sobre as funções do Estado, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1979; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

A função legislativa envolve a expedição de atos jurídicos¹⁸ normativos infraconstitucionais que definem as utilidades públicas a serem criadas, sujeitos ao controle de juridicidade do Poder Judiciário.¹⁹

A função administrativa consiste na atividade do Estado (ou de seus delegados), desempenhada numa posição de autoridade em face dos administrados, consubstanciada na realização de atos jurídicos e de atos-fatos jurídicos voltados à concretização de utilidades públicas por meio do ordenamento jurídico, sujeitos ao controle de juridicidade do Poder Judiciário, tendo-se em vista os interesses públicos e os direitos fundamentais positivados pela Constituição.

Já a *função jurisdicional* compreende a atividade do Estado, desempenhada numa posição de autoridade em face dos administrados, voltada à resolução de conflitos ou à prevenção deles, por meio da interpretação definitiva do ordenamento jurídico.²⁰ No ordenamento jurídico brasileiro, a função jurisdicional não se limita a realização de negócios jurídicos, atos jurídicos em sentido estrito e atos-fatos jurídicos, pois também compreende a

¹⁸ O fato jurídico é resultado da incidência da norma jurídica sobre o suporte fático ocorrido na realidade e socialmente comunicado. O suporte fático encontra-se descrito na hipótese de incidência da norma jurídica, com o delineamento de seus aspectos material, pessoal, espacial e temporal.

Os fatos jurídicos, conforme o núcleo de seu suporte fático, podem ser: (i) *fatos jurídicos em sentido estrito*, compostos por *eventos* considerados relevantes no sistema do Direito Positivo; (ii) *atos-fatos jurídicos*, consubstanciados em condutas nas quais não há voluntariedade ou esta é considerada irrelevante para fins de incidência normativa; e, (iii) *atos jurídicos*, centrados em exteriorizações conscientes de vontade dirigidas à produção de efeitos jurídicos lícitos.

Por sua vez, os atos jurídicos podem ser: (i) *atos jurídicos normativos*, quando inserem normas jurídicas no sistema do Direito Positivo; (ii) *negócios jurídicos*, quando a extensão ou intensidade de seus efeitos jurídicos são delineadas pelos seus emissores, observados os limites constitucionais e legais; e, (iii) *atos jurídicos em sentido estrito*, caso a eficácia jurídica deles esteja exaustivamente delineada na norma jurídica que se visa aplicar com a sua realização.

Sobre os fatos jurídicos, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Op. cit.; FRANÇA, Vladimir da Rocha. O fato jurídico no direito administrativo brasileiro. Op. cit.; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Atualização de Vilson Rodrigues Alves*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1999; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral. Bens. Fatos jurídicos. Atualização de Vilson Rodrigues Alves*. v. 2. Campinas: Bookseller, 2000; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Atualização de Vilson Rodrigues Alves*. v. 3. Campinas: Bookseller, 2000; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: validade. Nulidade. Anulabilidade. Atualização de Vilson Rodrigues Alves*. v. 4. Campinas: Bookseller, 2000; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Atualização de Vilson Rodrigues Alves*. v. 5. Campinas: Bookseller, 2000; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral. Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição. Atualização de Vilson Rodrigues Alves*. v. 6. Campinas: Bookseller, 2000; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. Op. cit.

¹⁹ Vide o art. 2º, o art. 5º, II, e os arts. 44 a 69, todos da Constituição Federal.

²⁰ Vide ao art. 5º, XXXV e XXXVI, da Constituição Federal.

Vide o art. 6º, *caput*, e §3º, do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (“Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”).

expedição de atos jurídicos normativos que uniformizam em última instância a interpretação jurídica e controlam a constitucionalidade das leis e regulamentos.²¹

Na Constituição Federal, todos os poderes da República exercem a função administrativa, tendo-se em vista o princípio da independência entre eles; a função legislativa é exercida pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo; e, a função jurisdicional é monopólio do Poder Judiciário, ressalvada a competência judicante do Poder Legislativo no processo e julgamento de crimes de responsabilidade.²²

A política pública compreende o complexo integrado de atos jurídicos normativos que tem por objetivo efetivar programa constitucional de ação socioeconômica em determinado setor da ordem econômica ou da ordem social, por meio do estabelecimentos de diretrizes, metas e instrumentos.²³ É importante salientar que a política pública gera naturalmente direitos subjetivos e pretensões para os administrados em face do Estado-administração,²⁴ seja no contexto da *administração ordenadora*,²⁵ seja no contexto da *administração prestacional*.²⁶

²¹ Vide o art. 97, o art. 102, I, "a", e III, e §§, o art. 103, o art. 103-A, o art. 105, III, e o art. 125, §2º, todos da Constituição Federal.

Vide os arts. 926 a 928, e os arts. 948 a 950, todos da Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 ("Código de Processo Civil").

Vide a Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999 ("Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal").

Vide a Lei Federal n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999 ("Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal").

²² Por simetria constitucional, essas assertivas se aplicam aos Poderes dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Vide art. 25, arts. 29 a 31, e art. 32, todos da Constituição Federal.

²³ Sobre as políticas públicas, consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit.; BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002; SAAD, Amauri Feres. *Regime jurídico das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁴ O Estado-administração consiste no agregado de sujeitos de direito que têm competência para a função administrativa. Recorde-se que o Estado-administração está hierarquicamente estruturado em Administração Direta e Administração Indireta.

Vide o art. 37, *caput*, XIX e XX, o art. 76, o art. 84, I e II, o art. 87, e o art. 173, *caput*, §§ 1º a 3º, todos da Constituição Federal.

Vide o art. 41, IV e V, da Constituição Federal.

Vide os arts. 4º e 5º do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967 ("Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências").

Sobre a matéria, consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit.; SAAD, Amauri Feres. *O controle da administração pública*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017.

²⁵ A administração ordenadora é o campo da função administrativa que trata da intervenção estatal no setor privado da ordem econômica ou no setor privado da ordem social. Dentre os instrumentos disponíveis do Estado-administração nessa atividade, há a constituição de direitos subjetivos ou pretensões para os administrados, tendo-se em vista a harmonização entre as esferas jurídicas individuais à luz dos interesses públicos.

Sobre a matéria, consultar: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

²⁶ A administração prestacional é o campo da função administrativa que cuida dos bens e serviços colocados à disposição dos administrados pelo Estado-administração. Em rigor, destinam-se à ampliação da esfera jurídica

Não se olvide que a instituição de políticas públicas deve ser feita mediante lei,²⁷ cabendo ao Estado-administração regulamentá-las e executá-las, sem prejuízo de seu controle interno.²⁸ E, ressalte-se, uma vez que as políticas públicas pressupõem a atividade administrativa para sua concretização, dificilmente a matéria deixa de ser de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo.²⁹

Cabe ao Estado-administração, sem prejuízo da participação popular, aferir periodicamente a execução e resultados das políticas públicas, de modo a viabilizar a sua revisão sob a óptica do princípio da eficiência.³⁰ O Poder Legislativo também deve fazê-lo diretamente,³¹ ou com o auxílio do Tribunal de Contas,³² no contexto do controle externo do Estado-administração.³³

E, ao Estado-jurisdicção, compete-lhe apenas realizar o *controle de juridicidade* das políticas públicas, protegendo os administrados diante de lesão ou ameaça aos respectivos direitos subjetivos, especialmente no que diz respeito à satisfação de suas pretensões. Havendo direito subjetivo investido de pretensão contra o Estado-administração, fundada em política pública, não há como se recusar a tutela jurisdicional adequada ao administrado.

3 SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão *direito fundamental* padece de bastante ambiguidade na Dogmática Jurídica.³⁴ Dentre as acepções possíveis, pode-se destacar as seguintes.

destes, sendo especialmente relevantes na efetivação de direitos fundamentais que dependem da ação do Estado-administração.

Sobre a matéria, consultar: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁷ Vide o art. 21, XI, o art. 39, o art. 43, §1º, II, o art. 48, IV, o art. 49, IX, o art. 58, VI, o art. 165, §§ 2º, 4º e 16, o art. 166, §1º, II, o art. 174, *caput*, e §1º, o art. 182, o art. 187, o art. 193, o art. 214, o art. 215, §3º, o art. 227, § 8º, dentre outros da Constituição Federal.

²⁸ Vide o art. 70 e o art. 74, ambos da Constituição Federal.

²⁹ Vide o art. 25, *caput*, o art. 29, *caput*, e o art. 32, *caput*, e o art. 61, §1º, II, “a” e “e”, todos da Constituição Federal.

³⁰ Vide o art. 37, *caput*, e § 3º, e o art. 74, ambos da Constituição Federal.

³¹ Vide o art. 49, IX e X, o art. 52, XV, o art. 166, § 1º, II, todos da Constituição Federal.

³² Vide o art. 31, e os arts. 71 a 75, todos da Constituição Federal.

³³ O controle do Estado-administração pode ser de *juridicidade* ou de *mérito*. O controle de juridicidade deve se restringir à validade dos atos jurídicos administrativos e à licitude das condutas administrativas; já o controle de mérito, refere-se à revisão dos juízos de conveniência e oportunidade do Estado-administração no exercício de suas competências.

Por injunção do princípio da separação dos poderes, o controle externo deve necessariamente se restringir ao controle de juridicidade, salvo se houver norma constitucional em contrário.

Sobre a matéria, consultar: FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Atualização de Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005; SAAD, Amauri Feres. *O controle da administração pública*. Op. cit.

³⁴ Sobre a matéria, consultar: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoría*

Pode ser compreender direito fundamental como a *relação jurídica*³⁵ resultante da incidência de norma jurídica veiculada pela Constituição, na qual o administrado assume a posição de titular de *direito subjetivo* em face do Estado. Este, por sua vez, é titular de *dever jurídico* perante o administrado.

Caso haja densidade normativa suficiente, a norma constitucional pode instituir a *pretensão* do administrado e a correspondente *obrigação* do Estado, conferindo-se assim a exigibilidade ao direito subjetivo em apreço.

De todo modo, assegura-se ao administrado a *ação material*, ou seja, a tutela jurídica sobre a segurança e efetividade de seu direito subjetivo amparado diretamente na Constituição Federal, seja ela administrativa,³⁶ seja ela jurisdicional,³⁷ ou em situação excepcional, sob a forma de autotutela.³⁸

A *ação processual* (ou *remédio processual*) consiste no direito subjetivo do administrado, investido de pretensão, à prestação jurisdicional. Ela pode ter por desfecho a satisfação ou não de pretensão material do administrado. De todo modo, trata-se de direito fundamental indispensável para assegurar a segurança e efetividade dos demais direitos fundamentais.³⁹

Inclusive, o administrado tem o direito subjetivo de requerer que se afaste a incidência e aplicabilidade da norma jurídica inconstitucional que inviabilize o seu direito subjetivo (ou pretensão, ou ação material, ou ação processual), por meio do *incidente de arguição de inconstitucionalidade*, quando no exercício da ação processual.⁴⁰

Por outro lado, também pode se entender o direito fundamental como o *modelo jurídico constitucional* que delinea a relação jurídica acima descrita. Com efeito, o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, determina a incidência e aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Entretanto, a eficácia normativa da norma jurídica pressupõe que ela tenha uma densidade normativa mínima.

geral dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Introdução aos direitos plurifuncionais: os direitos, suas funções e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as políticas públicas*. Natal: Fabiano André de Souza Mendonça, 2016.

³⁵ Sobre a relação jurídica, consultar: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: Op. cit.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: eficácia jurídica... Op. cit.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. Exceções. Op. cit.

³⁶ Vide o art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal.

³⁷ Vide o art. 5º, XXXV, e LXVIII a LXXIII, da Constituição Federal.

³⁸ Não se pode descartar inteiramente tal possibilidade, haja vista não se poder negar ao administrado a legítima defesa ou o desforço imediato em face do manifesto arbítrio de agentes do Estado contra sua vida, liberdade ou patrimônio. Em tese, pode-se até discutir o reconhecimento ou garantia do *direito de resistência* pela Constituição Federal, mas isso exorbitaria nitidamente os limites do presente ensaio.

³⁹ Vide o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

⁴⁰ Vide o art. 52, X, o art. 97, e o art. 102, III, "a" a "c", todos da Constituição Federal. Vide os art. 948 a 950 do Código de Processo Civil.

Essa densidade normativa pressupõe: (i) que o suporte fático constante da hipótese de incidência tenha abstratamente delineados seus aspectos pessoal, material, espacial e temporal que permitam identificá-lo na realidade; e, (ii) que a relação jurídica prescrita no mandamento apresente elementos que permitam materialmente qualificar uma conduta como obrigatória, proibida ou permitida, quando configurado esse suporte fático na realidade.

Em rigor, *cada direito fundamental é muito mais um regime jurídico do que uma norma jurídica isolada identificada no texto constitucional*. Compreende um subsistema de modelos jurídicos legislativos e jurisdicionais que rege a relação que envolve bens jurídicos essenciais dos administrados, e que justificam a própria existência do Estado e asseguram a autonomia do indivíduo em face da Sociedade.

Pode-se identificar na Constituição Federal os seguintes direitos fundamentais: (i) os *direitos fundamentais civis* ou *individuais*, que protegem a vida, a liberdade, a igualdade formal, a propriedade e a segurança jurídica dos particulares;⁴¹ (ii) os *direitos fundamentais sociais*, que visam a igualdade substancial e o bem-estar social dos administrados;⁴² (iii) os *direitos da nacionalidade*;⁴³ (iv) os *direitos políticos*, que cuidam da igualdade e participação políticas;⁴⁴ (v) os *direitos difusos*, quando se trata de bem jurídico que o administrado compartilha com os demais particulares, enquanto membro da Sociedade;⁴⁵ e, (vi) os *direitos coletivos*, que envolvem bem jurídico que o administrado tem enquanto membro de uma família,⁴⁶ ou de um grupo social constitucionalmente identificado como hipossuficiente.⁴⁷

Justamente para harmonizar democraticamente as esferas jurídicas individuais sob a óptica dos direitos fundamentais em face dos interesses públicos, *a própria Constituição Federal outorga competência para que o Estado regule essas relações essenciais por meio de lei*, ou seja, após o *devido processo legislativo*.⁴⁸ Num Estado Democrático de Direito, *a ponderação dos bens jurídicos envolvidos na criação de utilidades públicas deve ser feito mediante lei, devendo-se integrá-la por meio da discricionariedade administrativa*.⁴⁹

⁴¹ Vide o art. 1º, III e IV, e o art. 5º, ambos da Constituição Federal. Também se reconhece como direitos civis dos administrados as garantias fundamentais do contribuinte (art. 150 da Constituição Federal) e os princípios jurídicos da administração pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

⁴² Vide o art. 1º, III e IV, e os arts. 6º a 11, todos da Constituição Federal.

⁴³ Vide o art. 1º, II e IV, e art. 12, ambos da Constituição Federal.

⁴⁴ Vide o art. 1º, II, III e V, e parágrafo único, e os arts. 14 a 17, todos da Constituição Federal.

⁴⁵ Vide o art. 5º, o art. 5º, LXXIII, e § 2º, art. 129, III, e o art. 225, todos da Constituição Federal.

⁴⁶ Vide o art. 226 da Constituição Federal.

⁴⁷ Vide os arts. 227 a 232 da Constituição Federal.

⁴⁸ Vide o art. 5º, II, e os arts. 59 a 69, todos da Constituição Federal.

⁴⁹ Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha França. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Todavia, a Constituição Federal dá especial proteção ao “voto direto, secreto, universal e periódico”, bem como aos “direitos e garantias individuais”, ao declará-los insuscetíveis de proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los.⁵⁰ Logo, todas as demais normas definidoras de direitos fundamentais são suscetíveis de reforma constitucional.

Entretanto, não há como se admitir a validade de uma emenda à Constituição Federal que vá de encontro aos princípios fundamentais da República.⁵¹ Nesse diapasão, reconheça-se que seria desarrazoado que a Constituição Federal deixasse de assegurar direitos sociais, direitos da nacionalidade ou direitos políticos.

Por fim, não há como se reconhecer como direitos fundamentais as prerrogativas especiais que a Constituição Federal reconhece a agentes públicos, em razão de seu caráter eminentemente instrumental em face de interesse público.⁵² Pensar o contrário, com a devida vênia, é soterrar o princípio republicano.⁵³

4 TESE DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Não há dúvida de que a Constituição Federal determina ao Estado que assegure aos seus nacionais: (i) a proteção social em face da invalidez, da enfermidade e da insuficiência socioeconômica;⁵⁴ (ii) o acesso à educação;⁵⁵ (iii) o acesso à cultura;⁵⁶ (iv) o acesso ao desporto;⁵⁷ (v) à ciência, tecnologia e inovação;⁵⁸ (vi) à comunicação social;⁵⁹ e ao (vii) meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁶⁰

⁵⁰ Vide o art. 60, § 4º, II e IV, da Constituição Federal.

⁵¹ Vide os arts. 1º a 4º da Constituição Federal.

⁵² Vide o art. 27, § 1º, art. 29, X, o art. 41, o art. 52, I e II, e parágrafo único, o art. 53, o art. 86, §§ 3º e 4º, o art. 95, o art. 102, I, “b” e “c”, o art. 105, I, “a”, o art. 108, I, “a”, o art. 125, §§ 4º e 5º, o art. 128, § 5º, I, todos da Constituição Federal.

⁵³ Sobre o princípio republicano, consultar: ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. Atualização de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁵⁴ Vide o art. 6º, o art. 22, XXIII, o art. 23, II e X, o art. 24, XII, e os arts. 193 a 204 da Constituição Federal.

⁵⁵ Vide o art. 6º, o art. 22, XXIV, o art. 24, IX, o art. 193, e os arts. 205 a 214 da Constituição Federal.

⁵⁶ Vide o art. 6º, o art. 23, III e V, o art. 24, VII, o art. 193, e os arts. 215 a 216-A da Constituição Federal.

⁵⁷ Vide o art. 6º, o art. 193 e o art. 217 da Constituição Federal.

⁵⁸ Vide o art. 6º, o art. 21, XV, art. 24, IX, o art. 193, e os arts. 218 a 219-B da Constituição Federal.

⁵⁹ Vide o art. 6º, o art. 21, XI, o art. 22, XXIX, o art. 193, e os arts. 220 a 224 da Constituição Federal.

⁶⁰ Vide o art. 23, VI, o art. 24, VI e VIII, e o art. 170, VI, todos da Constituição Federal.

Também a Lei Maior prescreve a instituição de tutela jurídica coletiva para o administrado enquanto consumidor,⁶¹ trabalhador,⁶² criança, adolescente ou jovem,⁶³ idoso,⁶⁴ índio,⁶⁵ ou deficiente.⁶⁶ De todo modo, levando-se em consideração o disposto no art. 3º, IV,⁶⁷ no art. 5º, §2º,⁶⁸ e no art. 170, VII,⁶⁹ todos da Constituição Federal, não se pode descartar a possibilidade de se reconhecer legalmente outros grupos sociais como hipossuficientes para fins de tutela jurídica coletiva.

Recorde-se que a ordem constitucional social tem como base o primado do trabalho, e como objetivos o bem-estar e justiça sociais.⁷⁰

⁶¹ Vide o art. 5º, XXXII, o art. 24, V e VIII, o art. 150, § 5º, o art. 128, I, “a” e “d”, e II, o art. 129, III, e o art. 170, V, todos da Constituição Federal.

⁶² Vide os arts. 6º a 11, o art. 21, XXIV, o art. 22, I, os arts. 111 a 116, o art. 128, I, “b”, e o art. 129, III, todos da Constituição Federal.

⁶³ Vide o art. 24, XV, o art. 128, I, “a” e “d”, e II, o art. 129, III, o art. 193, e os arts. 227 e 228, todos da Constituição Federal.

⁶⁴ Vide o art. 128, I, “a” e “d”, e II, o art. 129, III, o art. 193, e o art. 230, todos da Constituição Federal.

⁶⁵ Vide o art. 22, XIV, o art. 128, I, “a”, o art. 129, III, o art. 193, e os arts. 231 e 232, todos da Constituição Federal.

⁶⁶ Vide o art. 5º, § 3º, o art. 23, II, e o art. 24, XIV, todos da Constituição Federal.
Vide o Decreto Federal 6.949, de 25 de agosto de 2009 (“Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007”).

⁶⁷ Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁶⁸ Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

“Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁶⁹ Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VII - redução das desigualdades regionais e sociais”.

⁷⁰ Vide o art. 193, *caput*, da Constituição Federal.

Consoante o art. 26⁷¹ da Convenção Americana de Direitos Humanos,⁷² o Estado brasileiro deve implementar progressivamente os *direitos econômicos, sociais e culturais* considerados indispensáveis para o *desenvolvimento integral* da Sociedade brasileira.⁷³

O Estado brasileiro também tem o compromisso de assegurar, progressivamente, os direitos humanos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁷⁴ nos termos de seu art. 2º.⁷⁵ Anote-se que há uma maior densidade normativa nesse dever jurídico quando se trata de educação.⁷⁶

Em rigor, esses direitos integram o rol do art. 6º⁷⁷ da Constituição Federal, e se encontram espalhados nos dispositivos constitucionais que regem a ordem social. Por essa

⁷¹ Esse enunciado normativo tem a seguinte redação:

"ARTIGO 26

Desenvolvimento Progressivo

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados".

⁷² Inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Federal n. 678, de 6 de novembro de 1992 ("Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969").

⁷³ Vide os arts. 31 a 52 da Carta da Organização dos Estados Americanos, inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Federal n. 30.544, de 14 de fevereiro de 1952 ("Promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948").

Esse tratado internacional foi reformado pelo Protocolo de Reforma da Carta dos Estados Americanos, inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Federal n. 2.760, de 27 de agosto de 1988 ("Promulga o Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, "Protocolo de Washington", assinado em Washington, em 14 de dezembro de 1992").

⁷⁴ Inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Federal n. 591, de 6 de julho de 1992 ("Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação").

⁷⁵ Esse enunciado normativo tem a seguinte redação:

"ARTIGO 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais".

⁷⁶ Vide os arts. 13 e 14 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁷⁷ Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.".

razão, passa-se a empregar a expressão *direitos sociais* para designar o conjunto dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Em razão desses dispositivos internacionais e constitucionais, tem-se defendido que o ordenamento jurídico brasileiro teria estabelecido o *princípio da proibição do retrocesso social*, como um desdobramento lógico e axiológico do dever de implementação progressiva dos direitos sociais constantes dos tratados internacionais citados.⁷⁸

Esse princípio legitimaria o Poder Judiciário, ao examinar a juridicidade das políticas públicas existentes na Sociedade, tanto invalidar *retrocessos normativos* como conceder a tutela jurídica adequada para enfrentar *retrocessos de resultados*. O que, naturalmente, poderia amparar a decretação da inconstitucionalidade de leis e atos normativos que fossem de encontro ao princípio da proibição do retrocesso social.

Nesse contexto, aliada a técnica do *reconhecimento do estado de coisas inconstitucional*,⁷⁹ o princípio da proibição do retrocesso social ampliaria ainda mais o espaço do Poder Judiciário na criação de utilidades públicas diante das omissões do Estado-administração.

O Supremo Tribunal Federal tem empregado o princípio da proibição do retrocesso social nas mais diversas matérias: (i) Defensoria Pública;⁸⁰ (ii) inelegibilidade;⁸¹ (iii) leitos hospitalares;⁸² (iv) licença gestante;⁸³ (v) poder de polícia ambiental;⁸⁴ (vi) contribuição sindical;⁸⁵ (vii) sucessão em união homoafetiva;⁸⁶ assistência à saúde da criança e do ado-

⁷⁸ Nesse sentido, consultar: GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷⁹ Vide Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, publicado em 19 de fevereiro de 2016.

⁸⁰ Vide Supremo Tribunal Federal, Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 598.212/PR, Segunda Turma, Ministro Celso de Mello, publicado em 24 de abril de 2014.

⁸¹ Vide Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, publicado em 28 de junho de 2012.

Vide Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, publicado em 28 de junho de 2012.

Vide Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, publicado em 28 de junho de 2012.

⁸² Vide Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Luiz Fux, publicado em 13 de novembro de 2014.

⁸³ Vide Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.946/DF, Tribunal Pleno, Relator Sydney Sanchez, publicado em 10 de abril de 2003.

⁸⁴ Vide Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.016/BA, Tribunal Pleno, Relator Ministro Alexandre de Moraes, publicado em 22 de outubro de 2018.

Vide Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.717/DF, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, publicado em 15 de fevereiro de 2019.

⁸⁵ Vide Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.794/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, Relator para o Acórdão Ministro Luiz Fux, publicado em 23 de abril de 2019.

⁸⁶ Vide Supremo Tribunal Federal, Tema de Repercussão Geral n. 498.

lescente;⁸⁷ (viii) seguro obrigatório em matéria de trânsito;⁸⁸ (ix) atendimento de gestantes no Sistema Único de Saúde;⁸⁹ (x) acesso a creches e pré-escolas;⁹⁰ e, (xi) responsabilidade extranegocial do Estado por dano à saúde.⁹¹

O mesmo pode ser dito quanto ao Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo: (i) na guarda de menor para fins previdenciários;⁹² (ii) nos direitos sucessórios na hipótese de separação consensual de bens;⁹³ (iii) no direito real de habitação do companheiro sobrevivente em união estável;⁹⁴ (iv) nas restrições urbanísticas convencionais em loteamento.⁹⁵

5 PROBLEMAS E RESTRIÇÕES DA TESE DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A primeira questão a ser enfrentada na apreciação da tese da positivação do princípio da proibição do retrocesso social reside na posição das normas veiculadas pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Levando-se consideração o art. 5º, §2º,⁹⁶ da Constituição Federal, essas normas assumiriam o *status* de definidoras de direitos fundamentais, naquilo que sejam compatíveis com a Lei Maior.⁹⁷

⁸⁷ Vide Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário com Agravo n. 745.745/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, publicado em 19 de dezembro de 2014.

⁸⁸ Vide Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.350/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, publicado em 15 de dezembro de 2014.

⁸⁹ Vide Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 581.352/AM, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, publicado em 27 de fevereiro de 2014.

⁹⁰ Vide Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, publicado em 15 de setembro de 2011.

⁹¹ Vide Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 223/PE, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão Ministro Celso de Mello, publicado em 9 de maio de 2008.

⁹² Vide Superior Tribunal de Justiça, Tema Repetitivo n. 732.

⁹³ Vide Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.472.945/RJ, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, publicado em 19 de novembro de 2014.

⁹⁴ Vide Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.329.993/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, publicado em 18 de março de 2014.

⁹⁵ Vide Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 302.906/SP, Segunda Turma, Relator Herman Benjamin, publicado em 1 de dezembro de 2020.

⁹⁶ Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

"Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

⁹⁷ Sobre a matéria, consultar: GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais*: Op. cit.; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

Vide Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 772/RJ, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, publicado em 20 de março de 2009.

Todavia, há precedente judicial no sentido de que essas normas são infraconstitucionais, embora sejam hierarquicamente superiores às leis.⁹⁸ De todo modo, esses tratados não atendem o disposto no art. 5º, §3º,⁹⁹ da Constituição Federal.

Além do mais, levando-se em consideração o art. 60, §4º,¹⁰⁰ da Constituição Federal, os direitos sociais não constituem limites materiais ao poder de reforma constitucional. Mas não se olvide que a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido decorrente de fato jurídico resultante da incidência de norma jurídica que institua direitos subjetivos ou pretensões na ordem social, já representa uma forte proteção em face da modificação dos modelos jurídicos regentes das políticas públicas sociais.¹⁰¹

E, ao se examinar os enunciados normativos internacionais que servem de base para a tese da proibição do retrocesso social no Direito brasileiro,¹⁰² não se pode perder de vista que a implementação progressiva dos direitos sociais não deve ignorar as condições econômico-financeiras da República. Afinal, sem sustentabilidade econômico-financeira, não há rede estatal de proteção social que seja eficiente.

Nesse contexto, não há como se recusar legitimidade à reforma constitucional que vise readequar os programas de ação previstos na ordem social à capacidade econômica da Sociedade para gerar tributos para sustentá-los, assim como para harmonizar as políticas públicas sociais com os direitos civis dos administrados. Sim, pois a ampliação de políticas públicas sociais necessariamente demanda a expansão da administração tributária e da administração ordenadora, compressoras das esferas jurídicas dos administrados por injunção de interesses públicos.

Por fim, faz-se necessário examinar o sentido e o alcance do princípio da proibição do retrocesso social, caso se aceite a existência dessa norma constitucional.

⁹⁸ Vide Supremo Tribunal Federal, Tema de Repercussão Geral n. 60.

⁹⁹ Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

“Art. 5º [...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹⁰⁰ Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

“Art. 60. [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais”.

¹⁰¹ Vide o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Vide o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

¹⁰² Vide o art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Vide o art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O princípio da proibição do retrocesso social veda o exercício de função administrativa que modifique negativamente as normas definidoras de direitos subjetivos e pretensões dos administrados que estejam referidos nos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, cujo objeto seja direito social constante do art. 6º da Constituição Federal, bem como a realização de atos-fatos jurídicos que comprometam o efetivo exercício desses direitos sem imperativo de interesse público. Quando, ressalte-se, o tratado internacional determine a implementação progressiva dos direitos em apreço.

Também merece destaque que o princípio da proibição do retrocesso social não tem o condão de justificar a rejeição liminar de modelos jurídicos de gestão pública, salvo quando houver norma internacional aceita pela República que o faça. Observe-se que são os resultados, e não as intenções, que devem guiar a averiguação da eficiência das políticas públicas sociais. Pensar o contrário, com a devida vênia, é estar-se preso por vontade a um preconceito ideológico.

Nesse diapasão, não se justifica a incidência e aplicabilidade desse princípio jurídico às relações jurídicas privadas, ainda sob a óptica da eficácia horizontal das normas definidoras de direitos fundamentais, de modo direto e imediato.

Segundo essa tese, essas normas constitucionais concedem base para direitos e pretensões de administrados em face de outros administrados, sem a necessidade de disciplina legal prévia.¹⁰³ Embora não se possa negar que os modelos jurídicos privados devam ser interpretados e aplicados em conformidade com a Constituição Federal, impor deveres e obrigações ao administrado sem seu consentimento constitui direta afronta à liberdade, ao se esvaziar a garantia fundamental da legalidade.¹⁰⁴ Salvo, evidentemente, se esse dever ou obrigação do administrado tem densidade normativa suficiente na própria Constituição Federal, como ocorre nas relações jurídicas trabalhistas.¹⁰⁵

Outra crítica que se pode fazer à tese em apreço é o fato de que a iniciativa privada não pode ser compelida a substituir o poder público na efetivação de políticas públicas so-

¹⁰³ Sobre a matéria, consultar: LÔBO, Paulo. *Direito civil* – parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Vide Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, publicado em 27 de outubro de 2006.

¹⁰⁴ Vide o art. 1º, IV, o art. 5º, *caput*, II, XIII, XVII a XXIII, §§ 1º e 2º, o art. 37, *caput*, o art. 170, *caput*, II e III, e parágrafo único, e o art. 174, *caput*, todos da Constituição Federal. Vide a Lei Federal n. 13.874, de 20 de setembro de 2019 (“Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências”).

¹⁰⁵ Vide o art. 7º da Constituição Federal.

ciais. É o que ocorre quando se argui, por exemplo, o direito fundamental social de moradia para impedir o exercício de poderes contratuais de locadores.

Fora do rol dos direitos fundamentais sociais, não se justifica a extensão do princípio da vedação do retrocesso social aos direitos e pretensões dos administrados em relações jurídicas privadas. Isso não significa dizer que a administração ordenadora não possa ser ampliada para viabilizar uma maior intervenção administrativa nessas interações, ou para expandir as normas de ordem pública nas mesmas, desde que evidentemente respeitados os direitos fundamentais civis (ou “individuais”, caso se prefira).¹⁰⁶

No que diz respeito a direitos fundamentais difusos como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,¹⁰⁷ a rejeição judicial de modelos jurídicos de administração ordenadora sob o argumento da vedação do retrocesso social também tem precário lastro de razoabilidade. A uma, pois a Constituição Federal já estabelece as diretrizes que esses modelos jurídicos devem seguir,¹⁰⁸ não cabendo ao Poder Judiciário escolher qual o melhor dentre os constitucionalmente admitidos para a sustentabilidade ambiental da Sociedade, na criação de utilidades públicas pertinentes ao referido direito fundamental; a duas, já que a proteção do meio ambiente se justifica em virtude da dignidade da pessoa humana,¹⁰⁹ e não o inverso; a três, porque não se pode negar preliminarmente a eficiência de modelos jurídicos de administração ordenadora ambiental, à luz do interesse público da sustentabilidade ambiental, pelo simples fato de que os mesmos ampliam a liberdade econômica.

Por fim, no que concerne à participação popular na atividade administrativa do Estado voltada à formulação e acompanhamento de políticas públicas, o redimensionamento dos instrumentos de democracia participativa na forma da Constituição Federal não encontra obstáculos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal. Todavia, um Estado Democrático de Direito sem um mínimo de democracia participativa seria insustentável do ponto de vista axiológico e sociológico na atualidade.

6 CONCLUSÃO

Não há como se admitir a positivação do princípio da proibição do retrocesso social no sistema do Direito Positivo brasileiro, em virtude de suas graves externalidades negativas para a gestão fiscal responsável e para os direitos fundamentais civis e políticos. Em rigor, ela parece ser prestante para o rechaço judicial de políticas públicas congruentes com a legalidade democrática, bem como para amparar um intervencionismo estatal inteiramente

¹⁰⁶ Vide o art. 5º, o art. 21, XIX, XX, XXIII e XXV, o art. 22, I, IV, XII, XXVI, o art. 23, VI a VIII, o art. 24, I, VI e VIII, o art. 30, I, II e VIII, e o art. 37, *caput*, todos da Constituição Federal.

¹⁰⁷ Vide o art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

¹⁰⁸ Vide o art. 225 da Constituição Federal.

¹⁰⁹ Vide o art. 1º, III, da Constituição Federal.

avesso aos direitos fundamentais civis. Não serve, portanto, para se atender efetivamente os objetivos fundamentais da República.

Caso se reconheça a presença desse princípio jurídico no sistema do Direito Positivo brasileiro, sua incidência e aplicabilidade deve se restringir às políticas públicas diretamente fundamentadas nos programas constitucionais de ação vinculados aos direitos previstos no art. 6º da Constituição Federal, e amparados igualmente por tratados internacionais de direitos humanos, sob pena de se incentivar ainda mais o abuso de poder jurisdicional no Brasil.

O que é invariante axiológica é o bem-estar social, e não o tamanho do Estado-administração.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. Atualização de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ESTADO DA CIDADE DO VATICANO. *Compêndio da doutrina social da Igreja*. 7. ed. Trad. Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). São Paulo: Paulinas, 2011.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Atualização de Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha França. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. O fato jurídico no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 14, p. 139-164, set. 2020.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito civil – parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Introdução aos direitos plurifuncionais: os direitos, suas funções e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as políticas públicas*. Natal: Fabiano André de Souza Mendonça, 2016.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1969 (arts. 1º - 7º)*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. v. 1. Campinas: Bookseller, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. Bens. Fatos jurídicos. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. v. 2. Campinas: Bookseller, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: negócios jurídicos*. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. v. 3. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: validade*. Nulidade. Anulabilidade. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. v. 4. Campinas: Bookseller, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: eficácia jurídica*. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. v. 5. Campinas: Bookseller, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. v. 6. Campinas: Bookseller, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAAD, Amauri Feres. *Regime jurídico das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SAAD, Amauri Feres. *O controle da administração pública*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

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, 2019.

PERSPECTIVAS DA PLURALIDADE DE INSTRUMENTOS DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP)
Professor de Direito Administrativo na Unisantos
Procurador de Justiça (MP-SP)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Algumas causas da conflitualidade administrativa. 3 A consensualidade no direito administrativo. 4 A institucionalização da solução alternativa de conflitos com a Administração. 5 Perspectivas da pluralidade de instrumentos de solução alternativa de conflitos com a Administração Pública. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A cláusula de inafastabilidade do controle jurisdicional, e que expressa a interdição à exclusão do acesso à via jurisdicional para solução de conflitos de interesse, é importante conquista civilizatória e democrática erguida para garantia da justiça nas relações intersubjetivas¹. Ameaças ou lesões a direitos não podem ser suprimidos do Poder Judiciário, inclusive as imputáveis aos agentes, entidades e órgãos do Estado. O art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, é exemplo fiel, e desde a República esse cânone se firma nos pilares da unidade e da universalidade, repugnando o contencioso administrativo (prévia submissão de litígio à instância administrativa ou inserção de sua solução em organismo estranho ao Poder Judiciário e integrante do Poder Executivo) e distanciando-se do sistema francês de dualidade do controle jurisdicional da Administração Pública.

Explica Vicente Greco Filho que a jurisdição se firmou como meio de solução de conflitos de interesse exatamente pela intensa litigiosidade envolvendo o Estado². Não obstante

¹ A título de exemplo, os arts. 24, 103 e 113 da Constituição da Itália, o art. 268º, 4, da Constituição Portuguesa, o art. 106 da Constituição da Espanha.

² “É importante observar, neste passo, que o grande problema do direito ou do processo não foi jamais o das relações entre indivíduos, mas especialmente o da relação entre o indivíduo e os detentores do poder, ou o Estado. Entre os indivíduos sempre foi possível a superposição de árbitro escolhido ou autoridade judicante, mas

a elementaridade dessa garantia, própria do Estado de Direito, ela não reuniu, na realidade jurídico-forense brasileira, eficácia prática suficiente, pois, o poder público ocupa a incômoda posição de maior litigante no sistema judiciário³.

Impende o exame das causas desse fenômeno e a reflexão sobre as ferramentas disponibilizadas pelo ordenamento jurídico para equacionamento dessa intensa controvérsia, em especial a adoção de instrumentos de solução alternativa de conflitos com a Administração Pública e sua pluralidade.

2 ALGUMAS CAUSAS DA CONFLITUALIDADE ADMINISTRATIVA.

Se soa paradoxal a Administração Pública agir contra o Direito - dada à sua condição ancilar em relação ao princípio de juridicidade (ou legalidade) – tal se agrava quando sua práxis é simplesmente ignorar o ordenamento jurídico ou lesar direitos e permanecer docilmente em estado de letargia e passividade (para correção dessa disfunção), preferindo submeter-se ao controle judiciário quando e se provocada dentre os inúmeros lesados por aquele que a tanto se predispõe. É o culto ao desrespeito da lei, algo que já foi diagnosticado, há muito tempo, por Sérgio Buarque de Hollanda ao gizar que “as constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito dos indivíduos e oligarquias, são fenômeno recorrente em toda a história da América do Sul”⁴.

O proveito rendido ao Estado pela tradição de descumprimento da lei é a negação de direitos e interesses legítimos, poupando-se do cumprimento de seus deveres subjetivos públicos e suas obrigações pecuniárias ou não. Ela remonta também à crônica opressão estatal sobre os direitos individuais e sociais e à compreensão da distinção entre interesse público primário e secundário, como discorreu Renato Alessi⁵ no direito italiano. Além de exemplos na jurisprudência⁶, a literatura jurídica brasileira se dedicou ao assunto. Sérgio

entre o próprio Estado e o indivíduo somente em época mais recente se institucionalizou a ideia da garantia dos direitos e o respectivo sistema para efetivá-la. Aliás, quando se exigiu a existência de direitos oponíveis contra o chefe, ou contra o Estado, imediatamente se exigiu o mecanismo processual para respeitá-los” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 29).

³ Dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (2011) demonstram que o setor público federal é o líder do *ranking* dos 100 (cem) maiores litigantes na Justiça brasileira com 38% (empatado com as instituições bancárias), seguido dos setores públicos estadual (8%) e municipal (5%) nas terceira e quinta posições respectivamente. O setor público federal ocupa o polo ativo em 33% e o passivo em 67%, enquanto o estadual é autor em 28%, e réu em 72%.

⁴ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 182.

⁵ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. p. 179-180. n. 120.

⁶ “Nesse diapasão, não se deve confundir ‘interesse público’ com ‘interesse da Fazenda Pública’. São coisas diversas. O interesse público consiste, sobretudo, no respeito à ordem jurídica, no cumprimento dos mandamentos constitucionais nem sempre observados pelos agentes públicos que, não raras vezes, fazem com que a

D'Andrea Ferreira distinguiu interesse público primário (materialmente público) do secundário (subjetivamente público), compreendendo este como “de *natureza privada*, eis que do Estado enquanto pessoa jurídica. A diferenciação radica-se, historicamente, na distinção entre o *Estado* e o *Fisco*”⁷. Outras causas consistem na endêmica improbidade nas relações estatais, na disseminação crônica do desvio de poder e da arbitrariedade, no aparelhamento político-partidário das instituições governamentais, na excessiva burocratização⁸, na omissão lesiva⁹.

Não se pode perder de vista, nesta altura do discurso, o agravamento incidente em razão do modo de Administração no Estado Brasileiro que ainda não completou o curso do modelo burocrático de gestão pública e sequer superou o patrimonialista (ou regaliano)¹⁰,

Fazenda Pública incorra em inadimplemento e, por conseguinte, acabe por violar a ordem jurídica, como no caso em que teima em permanecer recalcitrante em cumprir, voluntariamente, o comando da decisão que transitou em julgado, proferida em ação civil pública que condenou a União a restituir os valores referentes ao empréstimo compulsório incidente sobre combustíveis” (STJ, REsp 504.342-PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 21-08-2003, v.u., DJ 15-09-2003. p. 302).

“3. É imprescindível ponderar, também, a distinção entre interesse público primário e secundário. Este é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello: ‘O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.’ (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pág. 66.)” (STJ, REsp 1.356.260-SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, 07-02-2013, v.u., DJe 19-02-2013).

⁷ FERREIRA, Sérgio D'Andrea. Revisitando a noção de poder público a partir da teoria geral do direito. In: MARQUES NETO, Floriando de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 72-104.

⁸ No sentido de flexibilização ou diminuição de formas e formalidades inúteis e excessivas, pois, burocratização é vício significativo consistente no excesso de formalismos inúteis, enquanto burocracia é método técnico de organização baseado na legitimidade racional, legal e impessoal da autoridade pela atribuição de competência, como meio de superação da disfuncionalidade administrativa e da antidemocraticidade dos partidos e do Estado - embora, em tempos mais remotos, ela designasse o poder do corpo de funcionários e empregados da administração estatal que ostentava forte conotação negativa expressada através de ataques ao formalismo, ao espírito corporativo, à proliferação de normas e regulamentos, ao desperdício de recursos, “em suma, a ineficiência das grandes organizações públicas e privadas” (GIGLIOLI, Pier Paolo. Burocracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 6. ed. v. 1. Trad. João Ferreira et al. Brasília: Editora UnB, 1994. p. 124.).

⁹ “Na medida em que a Administração não regulamenta, ou não fiscaliza a observância dos regulamentos editados, não previne ou reprime, não sanciona ou não intervém, abstendo-se na utilização de seus poderes-deveres, multiplicam-se as possibilidades de excessos ou deformações no exercício das atividades ou no gozo dos direitos por parte da coletividade administrada, de modo a surgirem, com força das consequências inevitáveis, prejuízos, incômodos ou lesões a ponderáveis parcelas dessa mesma comunidade” (SABELLA, Walter Paulo. A omissão administrativa como causa de conflituosidade social. *Justitia*, São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, v. 47, n. 129, p. 65-74, abr./jun. 1985).

¹⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto observa que a administração pública passou por sucessivas fases evolutivas do absolutismo, do estatismo e da democracia, consistindo a primeira na administração regaliana (prevalência do interesse do rei), a segunda na administração burocrática (prevalência do interesse do Estado), e a terceira na administração gerencial (prevalência do interesse da sociedade) e anota que “no Brasil, essa segunda transição

o que incute certa desconfiança sobre a “adoção indiscriminada de vertentes do modelo gerencial” pela ausência do “amadurecimento cultural dos valores burocráticos” (como meritocracia, racionalidade, impessoalidade e isonomia), pela potencialidade de restabelecimento de “formas pré-burocráticas de gestão, que se orientam para o *spoil system* (sistema patrimonialista de despojo e partilha), tendo em vista o predomínio do nepotismo e da pessoalidade nas relações funcionais”¹¹.

Parece insólita, ainda, a intensa conflitualidade gerada pela Administração Pública ao exame das prerrogativas diferenciadas em seu favor instituídas por seu regime jurídico vigente, baseado em pilares como extravagância, peculiaridade, verticalidade e unilateralidade. A potência da autotutela é considerável e seu único sentido é a sublimação da legalidade e do interesse público, mas, ela não pode ser empregada para criar arbitrariedade e, muito menos, móvel de novas ou decorrentes tensões. Ora, pela autotutela à Administração Pública também é lícito conferir e preservar direitos subjetivos de particulares e inclusive repará-los quando por ela afetados ou danificados. Trata-se do princípio da controlabilidade, destinado a garantir o bom funcionamento administrativo e a observância da juridicidade dos atos do poder público e assegurar os direitos dos administrativos, e que reúne entre seus mecanismos o direito de petição, o processo administrativo, o recurso administrativo etc. no âmbito do autocontrole (ou controle interno) firmado na autotutela e na hierarquia. Essa controlabilidade é denominada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como princípio da sindicabilidade, definido como “a possibilidade jurídica de submeter-se qualquer *lesão de direito* e, por extensão, as *ameaças de lesão de direito* a algum tipo de *controle*”¹².

É indispensável a ruptura com a prática irresponsável e inconsequente da parcialidade que contamina as estruturas orgânicas da Administração Pública brasileira. Ela é fator que alimenta a sobrecarga no acesso ao seu controle jurisdicional (e o curto-circuito do sistema judiciário) e explica a pouca valorização dada ao processo administrativo, quando deveria orientar-se pela imparcialidade de maneira a potencializar a instância administrativa como o palco eficiente e célere para solução de conflitos de entidades e órgãos públicos entre si e ou com particulares, exonerando, sobretudo, estes do recurso custoso e lento à via judicial e, conseqüentemente, desobstruindo a excessiva judicialização.

São por essas (e outras) razões que se apregoa, frequentemente, a imprescindibilidade de mudanças no perfil das relações de Administração. Uma delas é o consenso nas

juspolítica, da administração burocrática para a gerencial, está tendo seu início antes que houvesse completado a primeira, pois as atividades e comportamentos do Estado-administrador continuam aferrados a conceitos e princípios do patrimonialismo, do paternalismo e do assistencialismo *personalizantes e ineficientes*, herdados ainda da Colônia e pouco tocados no Império” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17).

¹¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 151.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 86.

relações entre o poder público e os indivíduos, substitutivo sempre que possível da imperatividade e que se articula nas atividades estatais, como explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na produção de normas por fontes alternativas, consensuais e externas, na administração por formas alternativas associativas consensuais e na solução de conflitos por órgãos e formas alternativas de composição¹³.

Enfim, uma nova conformação de gestão administrativa deve se preocupar também dos modos de resolução de conflitos entre a Administração Pública e particulares ou de distintas esferas de governo entre si.

3 A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

No âmbito do Direito Administrativo, a consensualidade – erigida à categoria de um dos novos princípios jurídicos a balizar a administração pública¹⁴ – é uma técnica de compartilhamento decisório, não somente para prevenção e solução de conflitos, senão para a atividade decisória em geral da Administração Pública. Constitui um método técnico de meios consensuais de gestão, afinado à noção de governança. Como expõe Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “o consenso tem o mérito de reduzir o lado autoritário da administração pública, contribuindo para a sua democratização”¹⁵. Não se trata do abandono puro e simples das prerrogativas unilaterais e extroversas do regime jurídico público, pois, o consenso deve ser entendido “não como superação da competência de a AP emitir atos unilaterais cogentes para terceiros, mas como um aperfeiçoamento desta, que passa a ser manejada somente após diálogo com os potenciais destinatários de uma dada medida, atendendo-se, o quanto possível, às suas expectativas quanto ao exercício da autoridade pública”¹⁶.

A doutrina brasileira contemporânea apreciando a complexidade do fenômeno contratual da Administração, por exemplo, vislumbra no compromisso de ajustamento de conduta (assim como o compromisso de cessação de conduta) um módulo convencional substitutivo de decisão administrativa unilateral, pois, pelo instrumento resultante de acordo de vontades a Administração Pública “substitui sua decisão unilateral de não tomar certa medida visando à aplicação de sanção jurídica à outra parte”; ela “lança mão como alternativa

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Op. cit., p. 26-27.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Op. cit., p. 17-28.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; Martins Junior, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção Tratado de Direito Administrativo, v. I, Coordenação Maria Sylvania Zanella Di Pietro).

¹⁶ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Governança pública: um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 189.

a uma decisão unilateral – a cujo poder de edição, entretanto, não renuncia”.¹⁷ Há outro aspecto interessante que explora a participação do Ministério Público nessas convenções que pode assumir a posição de partilha quando celebrado com a própria Administração Pública ou de sua substituição quando pactuado com particulares sobre interesses destes com ela.¹⁸

Nas convenções sujeitas ao Direito Público, é assaz relevante timbrar como argumento basal a inexistência de desvalia ao princípio do interesse público nem ao seu predicado de indisponibilidade, senão uma releitura de sua compreensão fomentada por princípios como eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, que oferecem outras perspectivas baseadas na consensualidade, e cujo fim é a efetividade. Persiste a indisponibilidade do interesse público, embora seja diferente o modo de seu exercício. É conveniente registrar a distinção promovida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto entre interesse público substantivo e adjetivo: aquele diz respeito aos fins visados pela Administração, este aos meios disponíveis para atingi-lo, “sendo que apenas o substantivo é indispensável”.¹⁹

Neste sentido, é conveniente destacar a adoção mais sistemática da consensualidade no âmbito das relações da Administração Pública pelas modificações havidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/18. Assim, por exemplo, o compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 26, emergindo como instrumento de solução negociada para eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público (inclusive nos casos de licenciamento). O art. 27, por sua vez, prevê compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais, preventiva ou não, mediante compromisso processual. Também converge a compreensão da indisponibilidade compatível com a transigibilidade dentro dos limites normativos, de modo que há direitos absolutamente indisponíveis assim como há direitos indisponíveis, porém, transigíveis. Em outras palavras, deve ser promovida a distinção entre a indisponibilidade de fim e de meio: aquele é absolutamente indeclinável e irrenunciável enquanto este comporta opção dentre as alternativas lícitas existentes, salvo quando a lei não fornece escolha²⁰. Digno de notas, por exemplo, são o compromisso inclusive nos casos de expedição de licença (art. 26, Decreto-lei n. 4.657/42) e o acordo em desapropriação, inclusive com arbitragem e mediação (arts. 10-A e 10-B, Decreto-lei n. 3.365/41), atos tipicamente unilaterais e extrovertidos.

¹⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 297, 303-305.

¹⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Administração Pública, resolução extrajudicial de conflitos e compromisso de ajustamento de conduta. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 8, p. 87-126, jan./mar. 2019.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 90.

²⁰ Recorre-se a ideia de formalismo moderado como consta, por exemplo, da Lei Geral do Processo Administrativo Federal ao estabelecer que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir” (art. 22, Lei n. 9.784/99).

Outra premissa de igual jaez é a voluntariedade, princípio que exclui qualquer método teórico ou prático de coerção à negociação. Nessa análise tampouco é possível obliterar a vinculação (positiva e negativa) da Administração ao ordenamento jurídico. Não há espaço para a consensualidade quando o sistema normativo impõe obrigações ao poder público que, pelo princípio do interesse público, ele não é dotado de disponibilidade de meios, bem como por haver resistência ou desinteresse do administrado à solução por essa via. Outras situações também têm a potencialidade de alijamento dessa opção como urgência, emergência, inadequação, desproporcionalidade etc. Em tais casos, a Administração Pública deverá recorrer às decisões unilaterais com as prerrogativas e restrições plasmadas nas normas jurídicas.

Envolvendo num dos polos do concerto atores que se guiam pelo interesse público, como as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, fundações públicas) e órgãos constitucionais autônomos (Ministério Público, Tribunal de Contas), a voluntariedade não é absoluta, e não tem o mesmo grau de intensidade que os particulares gozam sob os auspícios da autonomia da vontade. O conteúdo e o sentido do princípio da legalidade, a observância dos vetores da impessoalidade (em especial, a igualdade e a finalidade pública), a incidência da imparcialidade, e da moralidade, o norte do interesse público, entre outros, são hígdas limitações objetivas que introduzem parâmetros genéricos, aos quais é salutar a adição da eficiência, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança, e, com maior ênfase, da própria compreensão do princípio de interesse público.

Sem embargo, a efetividade do consenso depende de uma nova cultura de administração pela criação de ambiente favorável à distribuição de justiça e de respeito aos direitos dos administrados (inclusive *ex officio*; no sentido de tomar a iniciativa da composição) em que deve prevalecer mais a técnica do que o sentido político, sob pena de se tornar mais uma boa intenção.

Em linhas iniciais, é possível fincar a utilidade, a conveniência e a oportunidade do interesse público do módulo convencional como balizas para justificativa de sua opção. Ou seja, deve ser o meio de melhor alcançar o interesse público no caso concreto, operacionalizando o *dovere di buona amministrazione*, transmissor da obrigação de adoção da melhor solução e não de qualquer uma, como pontua Guido Falzone²¹. A composição deve ser o meio eficiente para aplicação da justiça. Não pode ser mobilizada por capricho ou favor, nem impelida por ingenuidade, desídia ou desleixo, ou mero interesse financeiro ou estatístico. Deve ser uma alternativa escolhida conscientemente porque alcança o bem material cuja salvaguarda colima, sem menoscabo ou malbaratamento. A eficiência que ela alcança não

²¹ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 55-72.

deve ser um fim em si mesma, senão um meio. Destarte, o móvel que deve inspirar a consensualidade administrativa não é outro senão a utilidade para o interesse público sob os prismas material e processual.

4 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO

Tópico obrigatório em autêntica e radical reforma administrativa é a atribuição de maior grau de imparcialidade à Administração Pública e que transita, entre outros modais, pela valorização da instância administrativa para solução de conflitos com o poder público, ceifando comportamentos estatais que fomentem o acesso à jurisdição e estimulem a composição extrajudicial em alinhamento à diretriz de sua desjudicialização, movimento que se articula por expedientes de resolução alternativa.

As reformas legislativas das últimas décadas exibem a intensidade do desejo de mudanças operacionais no sentido da efetividade do processo e, ainda, de maiores níveis de isonomia e segurança jurídica. Além da molecularização processual pela via da ação coletiva e de outros instrumentos similares, da inscrição da celeridade e duração razoável do processo administrativo e judicial como regra na Constituição (art. 5º, LXXVIII, na redação da Emenda n. 45/04), das modificações procedimentais do processo judicial, e da expansão dos juzados especiais, da introdução de expedientes de jurisdição centralizada e verticalizada com eficácia qualificada (como súmula vinculante, julgamento de recursos repetitivos ou com repercussão geral, incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência), foram concebidas medidas para solução alternativa de conflitos, estimulando a composição extrajudicial em alinhamento à diretriz de desjudicialização, movimento que se articula por variegados institutos autocompositivos e heterocompositivos: referendo a acordo por organismos estatais essenciais à Justiça; arbitragem; mediação; conciliação; compromisso de ajustamento de conduta; resolução de conflitos entre particulares por órgãos ou entidades da Administração Pública; acordo de leniência; compromisso de cessação de prática; resolução administrativa por composição e compromisso de ajustamento de conduta; mediação coletiva; transação por adesão; transação penal; suspensão condicional do processo; colaboração premiada (Código de Processo Civil e Leis nºs. 7.347/85, 9.099/95, 9.307/96, 12.529/11, 12.846/13, 12.850/13, 13.140/15). Essa tônica de consensualidade foi reiterada na Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, com os acordos de não persecução penal e cível, operacionalizados, respectivamente, pela introdução do art. 28-A no Código de Processo Penal e pela modificação do §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/92 e acréscimo do § 10-A a esse dispositivo legal.

A consensualidade como pressuposto da resolutividade de conflitos de interesses não é apenas uma diretriz assumida no Código de Processo Civil (art. 3º, § 2º) – e expressa, aliás, na Constituição de Portugal (art. 202º, 4) – mas, uma tendência de agilização, racionalização, resolutividade e efetividade que não exclui a jurisdição, atuando paralelamente. Não se trata de novidade no direito brasileiro. A inovação é a sua difusão a vários setores do ambiente jurídico nacional, e o grau de percolação precisa inclusive alcançar outras esferas, como o processo administrativo disciplinar.

Se algumas inovações foram adotadas para correção das distorções tendentes à excessiva judicialização, conquanto fossem indiretas como a agilização e simplificação de processos judiciais envolvendo o poder público²², a *latere* emergiram expedientes de solução extrajudicial de conflitos envolvendo a Administração Pública, consubstanciados principalmente na Lei n. 13.140/15. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há proposital diversidade de terminologia nesse diploma legal: a mediação é meio de solução de controvérsia entre particulares, enquanto a autocomposição de conflitos é instrumento de resolução de conflitos empregado no âmbito da Administração Pública, adicionando seu entendimento a adequação do termo “autocomposição” porque se trata de “meio de solução de controvérsia utilizado quando é resolvida pela própria Administração Pública, sem recurso ao Poder Judiciário ou a terceiros”²³.

A autocomposição na Administração Pública é gênero que congrega as seguintes modalidades captadas da Lei n. 13.140/15 e de outros textos normativos: (a) resolução administrativa por composição e compromisso de ajustamento de conduta (art. 32, Lei n. 13.140/15; art. 174, Código de Processo Civil); (b) mediação (art. 33, Lei n. 13.140/15), (c) mediação coletiva (art. 33, parágrafo único, Lei n. 13.140/15); (d) transação por adesão (art. 35, Lei n. 13.140/15); (e) composição extrajudicial (arts. 36 e 37, 44, Lei n. 13.140/15); (f) compromisso de cessação de prática (Lei n. 12.529/11); (g) acordo de leniência (art. 16, Lei n. 12.846/13; arts. 86 e 87, Lei n. 12.529/11); (h) resolução de conflitos entre particulares (art. 43, Lei n. 13.140/15); (i) compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/85; arts. 26 e 27, Decreto-lei n. 4.657/42); (j) acordo de não persecução cível (art. 17, § 1º, Lei n. 8.429/92).

²² Superando a proibição do art. 8º da Lei n. 9.099/95 de inclusão das pessoas jurídicas de direito público e empresas públicas nos procedimentos do Juizado Especial Cível (onde prevalecem informalidade, celeridade, e a busca pela transação ou conciliação), vieram a lume leis adotando procedimentos peculiares, mas, similares, a (algumas espécies de) causas envolvendo o poder público: a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública na esfera estadual, distrital e municipal (Lei n. 12.153/09, arts. 8º, 15 e 16) e, antes dela, a Lei dos Juizados Especiais no âmbito federal (Lei n. 10.259/01, arts. 10 e 18) prevendo transação e conciliação (esta, mediante designação de conciliadores).

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 1021.

5 PERSPECTIVAS DA PLURALIDADE DE INSTRUMENTOS DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É possível afirmar a existência de tendência à prevenção e à resolução extrajudicial de conflitos com a Administração Pública que transita desde a definição de situações e relações jurídicas, direitos e deveres, e de responsabilidades (civis, administrativas, penais), baseada no consenso, e edificante de um microssistema, diante dos variegados marcos legais da consensualidade. Em outras palavras, há uma pluralidade de instrumentos de solução alternativa de conflitos com a Administração Pública que podem se articular em rede.

Se há especificidades de cada instituto, há vetores comuns como processualidade, voluntariedade, efetividade, resolutividade, conquanto possam evidenciarem-se eventuais colisões ou conexões entre esses institutos, tendo em vista a diferenciação de natureza, objeto e atores. Não é possível perder de vista a anotação de Ada Pellegrini Grinover frisando que as normas dos marcos regulatórios dos métodos consensuais de solução de conflitos são complementares e compatíveis, porém, adverte que “há alguma incompatibilidade entre poucas regras do novo CPC em comparação com as da Lei de Mediação, de modo que, quando entrarem em conflito, as destas última deverão prevalecer (por se tratar de lei posterior, que revoga a anterior, e de lei específica, que derroga a genérica)”, embora haja “minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos”²⁴.

Deve-se sopesar que alguns desses institutos de solução alternativa disponibilizados à Administração Pública têm pluralidade de sujeitos, destacando-se, por exemplo, o Ministério Público no acordo de não persecução cível e no compromisso de ajustamento de conduta, o que desperta reflexões tanto sobre a segurança jurídica quanto sobre a cura efetiva do interesse público concreto e específico. Outra consideração de igual jaez é a concorrência desses mecanismos, devendo se evitar soluções díspares, além de merecer dimensionamento a influência de um sobre o outro.

Ainda que a arbitragem na Administração Pública esteja limitada a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, §1º, Lei n. 9.307/96), expressão que não obstante sua indeterminação encontra em alguns atos da Administração cabimento como os referentes a atos de gestão, contratos de direito privado, exploração de atividade econômica, serviços empresariais, atos negociais sem potestade pública, cláusulas contratuais financeiras, efeitos patrimoniais de cláusulas exorbitantes²⁵, obriga-se a uma releitura a partir da Lei n. 13.140/15 que inclui na mediação conflito versando direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º, *caput*), exigindo homologação judicial, após oitiva do Ministério Público, o consenso envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis (art. 3º, § 2º).

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 678. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, organização Cássio Scarpinella Bueno).

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 1022-1030.

A resolução administrativa (art. 32, Lei n. 13.140/15) põe em destaque a preferência à juridicidade da atuação administrativa pela escolha da Advocacia Pública, conotando seu protagonismo como órgão para resolução administrativa de conflitos, mormente pelo caráter técnico da instituição essencial ao sistema de justiça e que se espalha no modo de investidura (concurso público) de seus membros, titulares de cargos de provimento efetivo, vocacionados ao assessoramento, representação e consultoria jurídicos da Administração Pública. Tendo como objetos direitos disponíveis ou indisponíveis transigíveis, a única hipótese expletiva de admissão de sua competência respeita a conflitos envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro de contratos da Administração com particulares (art. 32, §5º), e são excluídas de seu âmbito controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo (art. 32, §4º). 7). *De lege ferenda*, é sugestiva a celebração de acordo ou composição para sanções disciplinares a agentes públicos. O cotejo entre esse instrumento de composição e o compromisso de ajustamento de conduta demonstra a existência de maior espaço de negociação na composição, pois, no compromisso o objeto é indisponível embora possa haver transação sobre o modo de cumprimento da obrigação. Além disso, é sugestivo excluir da composição atos ampliativos de direitos dependentes de competição, atos de controle, atos sancionadores ou punitivos, conquanto possa envolver a discussão sobre efeitos patrimoniais deles decorrentes (devolução de tributo indevido; indenização decorrente de servidão ou responsabilidade civil etc.).

No particular, o compromisso de ajustamento de conduta mereceu renovação pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como módulo convencional substitutivo de decisões unilaterais. Sua finalidade, se comparada à Lei n. 7.347/85 (art. 5º, §6º), foi ampliada para eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, tendo como objeto direitos individuais ou transindividuais, estendendo-se às hipóteses de outorga de atos de polícia (art. 26), e sua celebração pode contemplar deveres ou condicionamentos de direitos não previstos em lei. Decerto na missão de eliminação de incerteza inclui-se a anulação de ato ilegal ou de preservação de efeitos de atos ilícitos, assim como na resolução administrativa mediante composição.

O parágrafo único do art. 33 da Lei n. 13.140/15 prevê interessante instrumento de solução molecular de conflitos que têm natural e elementarmente dimensão transindividual, referentes à prestação de serviços públicos. Segundo a norma, a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos. A regra se destina aos serviços de cada um desses entes, executados diretamente por entidades ou órgãos da Administração Pública centralizada ou descentralizada ou indiretamente por pessoas a quem foram delegados por concessão ou permissão. Não se inclui em seu âmbito, todavia, a exploração de atividades econômicas por empresas estatais nem atividades decorrentes da polícia administrativa.

Embora o art. 34 da Lei n. 13.140/15 demarque a instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da Administração Pública como causa suspensiva da prescrição – ressalvada no §2º a especialidade de questões tributárias -, esse marco deve servir para os demais instrumentos de solução alternativa à míngua de específica previsão legal, pois, é um *nonsense* que a entabulação de tratativas não estorve nem impeça o fluxo do prazo prescricional. As modalidades de autocomposição não suprimem, antes pressupõem a processualidade que orienta a atividade jurídica da Administração Pública. A autocomposição encontra no processo administrativo formalidade essencial como ponto de convergência de transparência, motivação, controlabilidade, impessoalidade, participação. Destarte, a composição é resultante de processo administrativo ou de etapa dele, de tal sorte que sendo norma geral a Lei n. 13.140 ela se agrega às leis processuais administrativas e, em especial, à Lei n. 9.784/99.

A resolução de conflitos entre particulares (art. 43, Lei n. 13.140/15), a mediação coletiva (art. 33, parágrafo único, Lei n. 13.140/15) e a transação por adesão (art. 35, Lei n. 13.140/15) são instrumentos aparelhados para solução de conflitos de massa de interesse da Administração Pública. No caso da resolução de conflito entre particulares, o pressuposto para intervenção do poder público é a controvérsia sobre atividades por reguladas ou supervisionadas por seus órgãos ou entidades. A mediação coletiva de conflitos tem como objeto a prestação de serviços públicos. E a transação por adesão é mecanismo próprio para a partir de solução de eficácia geral, emitida em resolução administrativa própria e de acordo com os requisitos legais, os interessados voluntariamente se aproveitarem de seus efeitos, repercutindo sobre processos judiciais ou administrativos.

Com relação ao acordo de não persecução cível, considerada seu módico balizamento na Lei n. 8.429/92, é indispensável tê-lo como meio de punição negociada contra a prática de improbidade administrativa por agentes públicos ou particulares (coautores, partícipes ou beneficiários), e que não pode ser limitado ao ressarcimento do dano que não consubstancia sanção. Sua celebração deve ser animado por uma perspectiva de utilidade processual (celeridade, descoberta da verdade, resolutividade) e material (punição, responsabilização) ao interesse público, baseado na confissão e, se houver responsáveis, na colaboração, mas, não poderá, em absoluto, se converter em mecanismo de afastamento de uma ou mais sanções da Lei da Improbidade Administrativa nem da inelegibilidade decorrente da Lei Ficha Limpa (Lei Complementar n. 64/90 na redação dada pela Lei Complementar n. 135/10)²⁶.

²⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A consensualidade na tutela de interesses difusos e coletivos: do compromisso de ajustamento de conduta ao acordo de não persecução cível. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 35 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 167-181.

6 CONCLUSÃO

Diante da intensa conflituosidade gerada pela atividade da Administração Pública, e de seus comportamentos e posturas, fincadas na tradição de descumprimento do ordenamento jurídico e de outras causas, é imprescindível a abolição de sua tendência à judicialização de conflitos de interesse. Apregoa-se, portanto, uma mudança de mentalidade, mais radicada em matizes fundamentais como legalidade, interesse público primário, justiça e imparcialidade, ao influxo cogente de cânones como resolutividade, voluntariedade, efetividade e consensualidade, timbrando que o consenso não elimina o controle judiciário, constituindo *a latere* via de controle *lato sensu* da Administração Pública.

Após sucessivas mudanças na legislação processual e administrativa, o ordenamento jurídico nacional disponibiliza instrumentos de solução alternativa de conflitos com a Administração Pública, e que devem ser expandidos, sem receio de perecimento à indisponibilidade do interesse público porque esta não repugna, salvo expressas vedações legais, a adoção de meios legítimos para alcance de fins públicos. Ou seja, persiste a indisponibilidade do interesse público, embora seja diferente o modo de seu exercício. A indisponibilidade é compatível com a transigibilidade dentro dos limites normativos, de modo que há direitos absolutamente indisponíveis assim como há direitos indisponíveis, porém, transigíveis. Em outras palavras, deve ser promovida a distinção entre a indisponibilidade de fim e de meio: aquele é absolutamente indeclinável e irrenunciável enquanto este comporta opção dentre as alternativas lícitas existentes, salvo quando a lei não fornece escolha

Há, pois, tendência à prevenção e à resolução extrajudicial de conflitos com a Administração Pública que transita desde a definição de situações e relações jurídicas, direitos e deveres, e de responsabilidades (civis, administrativas, penais), baseada no consenso, e edificante de um microsistema, diante dos variegados marcos legais da consensualidade que disponibilizam uma pluralidade de instrumentos de solução alternativa de conflitos com a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Governança pública: um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; Martins Junior, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção Tratado de Direito Administrativo, v. I, Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.

FERREIRA, Sérgio D'Andrea. Revisitando a noção de poder público a partir da teoria geral do direito. In: MARQUES NETO, Florindo de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 72-104.

GIGLIOLI, Pier Paolo. Burocracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 6. ed. v. 1. Trad. João Ferreira et al. Brasília: Editora UnB, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, organização Cássio Scarpinella Bueno).

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Administração Pública, resolução extrajudicial de conflitos e compromisso de ajustamento de conduta. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 8, p. 87-126, jan./mar. 2019.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A consensualidade na tutela de interesses difusos e coletivos: do compromisso de ajustamento de conduta ao acordo de não persecução cível. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 35 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 167-181.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

SABELLA, Walter Paulo. A omissão administrativa como causa de conflituosidade social. *Justitia*, São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, v. 47, n. 129, p. 65-74, abr./jun. 1985.

PARTE II

TEXTOS VENCEDORES
DO CONCURSO DE
ARTIGOS JURÍDICOS

O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NA PANDEMIA: ESTADO DE NECESSIDADE, PODER DE POLÍCIA E (UM REDIVIVO) INTERESSE PÚBLICO

LEANDRO CALETTI

Doutorando em Direito pela Universidade Federal Santa Catarina (UFSC)
Professor de Direito Administrativo na Faculdade IMED
Coordenador e Professor da Escola de Direito da Faculdade IMED

JOANA STELZER

Estágio pós-doutoral pela Universidade de São Paulo (USP)
Doutora em Direito pela Universidade Federal Santa Catarina (UFSC)
Professora Associada II da UFSC
Líder do Núcleo de Estudos em Fair Trade (NEFT/UFSC)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A ocorrência do “estado de necessidade administrativo”. 3 O poder de polícia no “estado de necessidade administrativo” da pandemia Sars-CoV-2. 4 O (redivivo) interesse público. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito administrativo do século XXI se via às voltas com padrões emergentes de governança global e com um crescente corpo de direito administrativo global¹ quando, em 30 de janeiro de 2020, sobreveio o reconhecimento, pela Organização Mundial de Saúde², da emergência de saúde pública de importância internacional acerca da pandemia de Sars-CoV-2. *Incontinenti*, o Congresso Nacional da República Federativa do Brasil, por meio do

¹ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Institute for International Law and Justice Working Papers*, New York University School of Law, n. 1, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=692628. Acesso em: 27 ago. 2021.

² ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>. Acesso em: 12 abr. 2020.

decreto legislativo n. 6³, reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública de caráter nacional.

Desde então, o foco das relações jurídicas se voltou para o direito público e, notadamente, para o direito administrativo, em face do inequívoco estabelecimento de um ‘estado de necessidade administrativo’⁴, mormente – não apenas, mas principalmente – no campo do direito administrativo ordenador⁵ (poder de polícia). Equivale dizer, a demanda por reações estatais urgentes autoriza seja preterido o regramento administrativo ordinário, dando lugar, temporariamente, a uma legalidade excepcional ou extraordinária.

Assim, de forma paradoxal, o estado da arte do direito administrativo, que tangenciava a abertura desse último a novos paradigmas⁶ (direito administrativo global, no âmbito transnacional⁷, controle social e participação popular⁸, no âmbito interno), retorna às suas

³ BRASIL. *Decreto legislativo n. 6, de 20 de março de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

⁴ Para este estudo científico, o conceito operacional adotado para a categoria “estado de necessidade administrativo” é o seguinte: princípio geral de direito que condiciona a atuação administrativa em situações de vida caracterizadas pela anormalidade, devendo preencher os seguintes pressupostos: (i) perigo iminente e atual: risco de lesão ou ofensa, com caráter de urgência que, tratando-se de situação de evolução rápida, só uma intervenção célere poderá ser eficaz na prevenção dos efeitos danosos; (ii) interesse público essencial: essencialidade do interesse público tutelado que justifique a inaplicabilidade da “legalidade ordinária”; (iii) circunstância excepcional: realidade social anormal, revestida “de características cuja raridade não tenha permitido a sua previsão para efeito de, através de uma regra excepcional, prevenir os graves inconvenientes da sujeição à regra geral”; (iv) não provocada pelo agente: a situação de anormalidade não pode ter sido provocada pelo agente, tendo em vista o princípio da boa-fé; e (v) adequação da inaplicabilidade da regra estabelecida: juízo sobre a instrumentalidade do afastamento das regras estabelecidas para afastamento ou atenuação do perigo iminente e atual, com o atendimento do interesse público essencial. CORREIA, José Manuel Sêrvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010.

⁵ “[...] parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”. SUNDNFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20.

⁶ “Paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham um paradigma”. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975. p. 219.

⁷ “O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal. A transnacionalização não é fenômeno distinto da globalização (ou mundialização), pois nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito transnacional”. STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Jurúá, 2009. p. 15-54. p. 16.

⁸ Pode-se especular que o direito administrativo se encontre em vias de superar o paradigma tradicional de fundação do regime jurídico administrativo sobre o princípio da supremacia do interesse público, que deu origem a um sistema de poderes e de prerrogativas assimétrico e verticalizado. Em substituição, estaria emergindo um modelo de Administração Pública democrática, fundado em regimes jurídicos de matriz constitucional, estratificados sobre os vetores da dignidade da pessoa, do estado democrático de Direito e do princípio republicano.

origens, mais especificamente ao conceito e à amplitude do ‘interesse público’, considerado como justificação das prerrogativas estatais excepcionais decorrentes do ‘estado de necessidade’ administrativo.

Essa é a temática delimitada do presente estudo, que se justifica não apenas na atualidade absoluta do tema, mas, principalmente, no reexame de três institutos basilares e singulares do direito administrativo, a saber, ‘estado de necessidade administrativo’, ‘poder de polícia’ e ‘interesse público’. Nesse cenário, o problema central gira em torno da seguinte indagação: o interesse público, a despeito das críticas que lhe são direcionadas⁹, ressurge como fundamento hodierno de uma atuação administrativa anormal, mas inexorável? A hipótese básica deste estudo responde afirmativamente ao problema de pesquisa, sublinhando uma noção de ‘interesse público’ imbricada e fundamentada no estado constitucional de Direito e que dialoga com o sistema de direitos fundamentais.

O objetivo geral consistiu em aferir se o interesse público é o fundamento das prerrogativas estatais excepcionais de modo a permitir uma sinalização para uma noção dialógica do instituto. Os objetivos específicos, por sua vez, foram subdivididos em harmonia com os três subitens da pesquisa: caracterizar o denominado ‘estado de necessidade administrativo’, identificar o poder de polícia atrelado ao interesse de ‘estado de necessidade administrativo’ da pandemia Sars-CoV-2 e avaliar o (redivivo) interesse público não somente quanto à supremacia, mas, renovado e alicerçado no estado constitucional de Direito.

Quanto à metodologia, a natureza da investigação retratou pesquisa pura, iniciada na compreensão de categorias fundamentais ao Direito Administrativo e, especialmente, do sentido teórico acerca do interesse público. Quanto à abordagem do problema, refletiu estudo qualitativo, pois foi decisiva a nitidez que se almejou na utilização de conceitos caros ao direito administrativo, de maneira a não mitigar distinções pontuais sinalizadas pela legislação e doutrina. Quanto aos fins, a pesquisa foi descritiva, fortemente norteadas a partir das ações de políticas públicas do Governo Federal. O método de abordagem foi indutivo com enfoque crítico, a partir de observação sistemática dos fatos relacionados ao ‘interesse público’ no âmbito pandêmico e seu equacionamento na almejada dimensão republicana e

Esse novo paradigma se assentaria na construção plural das decisões administrativas e se ampararia no controle social de uma Administração horizontalizada, consensual, dialógica e isonômica. Ver, a esse respeito: 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 de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul./dez. 2016.

⁹ Neste estudo, são consideradas como críticas direcionadas ao interesse público a sua alegada origem autoritária, advogada, dentre outros, por Vasco Pereira da Silva (SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009), e a pretensa relação antitética do princípio com o regime de direitos fundamentais, demonstrada por Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008. p. 7-8. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>. Acesso em: 10 set. 2020).

democrática pautada pela Constituição Federal. Os procedimentos técnicos utilizaram doutrina, legislação e jurisprudência. Os resultados foram expostos exclusivamente em forma de textos.

2 A OCORRÊNCIA DO “ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO”

É notória a circunstância de o direito administrativo ordenador ter sido guindado a ponto central dos debates jurídicos, no Brasil e no México¹⁰, a partir do reconhecimento, pela Organização Mundial de Saúde, da emergência de saúde pública de interesse internacional¹¹. Isso se deu pela singela razão de que, global e localmente, ações estatais determinaram incisivas restrições a direitos fundamentais, desde a liberdade de locomoção ambulatorial até a livre iniciativa.

O liame, no entanto, que une direito administrativo e situações de crise não é novo, tampouco imprevisto. No ordenamento jurídico brasileiro, colhem-se inúmeras regras – constitucionais e infraconstitucionais – que se constituem em ferramentas apriorísticas de solução de problemas administrativos anormais.

Assim é que, por exemplo, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXIV, prevê a desapropriação por necessidade pública, o mesmo se dando com a requisição de bens em caso de iminente perigo público, prevista no artigo 5º, inciso XXV. O texto constitucional, nessa toada, também possibilita, no artigo 37, inciso IX, a contratação temporária de servidores públicos sem concurso, em atenção à necessidade temporária de excepcional interesse público.

No terreno infraconstitucional, a título de ilustração, a Lei n. 8.666/93, em seu artigo 24, incisos III e IV, faculta, respectivamente, a contratação direta, com dispensa de licitação, de empresas para prestação de serviços, fornecimento de bens e execução de obras, nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem, bem como nos casos de emergência ou de

¹⁰ LIZÁRRAGA, Pedro Alejandro Villarreal. El marco jurídico mexicano relativo a las emergencias sanitarias y pandemias. In: LIZÁRRAGA, Pedro Alejandro Villarreal. *Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global*. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 139-178. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5641/12.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021.

¹¹ Não apenas o direito administrativo foi guindado à centralidade dos debates jurídicos; o internacional também, na medida em que o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), de 2005 (acordado, precisamente, depois da crise da Sars, em 2002-2003), se constitui na legislação de regência internacional de proteção contra a propagação internacional de doenças. É com espeque na redação do Artigo 12 do RSI que o Diretor-Geral da OMS tem o poder de declarar uma emergência de saúde pública de interesse internacional (PHEIC). Só pode fazê-lo, no entanto, depois de receber as opiniões de um Comitê de Emergência, conforme estabelecido no Artigo 48 do RSI. Uma PHEIC é definida, pelo Artigo 1 do RSI, como um evento que “[...] constitui um risco à saúde pública de outros Estados por meio da disseminação internacional de doenças” e que “potencialmente, exige uma resposta internacional coordenada”. No Brasil, o RSI foi internalizado por meio do decreto n. 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

calamidade pública, quando houver risco de prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros.

Esses instrumentos, não obstante positivados para situações de anormalidades, não se confundem com o ‘estado de necessidade administrativo’, que deve ser compreendido como o princípio geral de direito que condiciona a atuação administrativa em situações de vida caracterizadas pela excepcionalidade e que se implementa uma vez preenchidos os seguintes pressupostos: (i) perigo iminente e atual: risco de lesão ou ofensa, com caráter de urgência que, tratando-se de situação de evolução rápida, só uma intervenção célere poderá ser eficaz na prevenção dos efeitos danosos; (ii) interesse público essencial: essencialidade do interesse público tutelado que justifique a inaplicabilidade da ‘legalidade ordinária’; (iii) circunstância excepcional: realidade social anormal, revestida “de características cuja raridade não tenha permitido a sua previsão para efeito de, através de uma regra excepcional, prevenir os graves inconvenientes da sujeição à regra geral”; (iv) não provocada pelo agente: a situação de anormalidade não pode ter sido provocada pelo agente, tendo em vista o princípio da boa-fé; e, (v) adequação da inaplicabilidade da regra estabelecida: juízo sobre a instrumentalidade do afastamento das regras estabelecidas para afastamento ou atenuação do perigo iminente e atual, com o atendimento do interesse público essencial.¹²

São, portanto, as circunstâncias práticas excepcionais – a exigirem reações estatais urgentes – que justificam o afastamento do regramento administrativo ordinariamente regente da administração pública, dando espaço à vigência de uma legalidade excepcional.

É por essa razão que Paulo Otero¹³ vislumbra o estado de necessidade administrativo como verdadeira causa de exclusão da ilicitude de uma atuação administrativa *contra legem*, porquanto a atuação será submetida a uma “legalidade alternativa”. Ainda, de acordo com o autor, a natureza *contra legem* da atividade administrativa se relaciona com o seu confronto face à legalidade jurídico-positiva que normalmente rege a administração pública, sabendo-se, no entanto, que a mesma é substituída, desde que se verifiquem os pressupostos do estado de necessidade administrativa, por uma legalidade excepcional.

Noutras palavras, o estado de necessidade administrativo é uma espécie de cláusula habilitadora, com efeitos derogatórios, suspensivos ou até criativos, de uma atuação da administração pública interventiva e ordenadora na sociedade, não prevista em lei ou contrária a esta, integrando o conceito de legalidade alternativa, sem prescindir da constatação de circunstâncias excepcionais que clamam por uma ação urgente e necessária, posto o resguardo do interesse maior sopesado e ponderado.¹⁴

¹² CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. Op. cit., p. 733-738.

¹³ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 998.

¹⁴ MIRANDA, Juliana Gomes. *A teoria da excepcionalidade administrativa*: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 116.

Não obstante o ‘estado de necessidade administrativo’ se imponha a despeito de inexistência de previsão constitucional ou legal expressa, ao contrário do que sucede em Portugal – em que o Código do Procedimento Administrativo¹⁵ prevê o estado de necessidade de forma expressa, no artigo 3º, item 2 –; no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto se apresenta como princípio constitucional implícito, intuído analogicamente das previsões constitucionais de defesa do Estado e das instituições democráticas (Título V da Constituição Federal). Ainda que assim não fosse, valeria a advertência de Juan Carlos Cassagne¹⁶ no sentido de que a admissibilidade de regulamentos como a necessidade administrativa, ainda que não previstos expressamente na Constituição, se fundamenta pelo próprio princípio da subsistência e da continuidade do Estado.

Seja como for, é clarividente que o ‘estado de necessidade administrativo’ se desvela uma tentativa de, em situações de grave perturbação da normalidade – para além daquelas previstas no regime jurídico administrativo positivado –, preservar um elo, ainda que tênue, entre o poder e o Direito¹⁷. Em crises de saúde pública, como a ora verificada, tal instituto se opera por meio, principalmente, dos serviços públicos e do poder de polícia, em clara e contraditória oposição ao contexto de privatização do direito administrativo, em curso até a verificação do estado pandêmico. Ou acaso se olvida de que os serviços privados de saúde e a autorregulação – ainda que minimamente regulada¹⁸ – não dariam cabo de resolver sequer os problemas iniciais da pandemia Sars-CoV-2?

Foi o que ocorreu em 2009, por ocasião da influenza pandêmica H1N1: a Administração brasileira concebeu o Plano de Preparação para Enfrentamento de uma Pandemia de Influenza¹⁹, que previa fossem adotados protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas preventivas e repressivas para garantia de saúde pública. Semelhante procedimento foi ado-

¹⁵ “Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração”. PORTUGAL. Decreto-Lei n. 4/2015. Código do Procedimento Administrativo. *Diário da República*, n. 4, Série I, 07 jan. 2015. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/148081986/202108280045/73917190/diplomaExpandido>. Acesso em: 31 ago. 2020.

¹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, n. 73, p. 17-28, 1992.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 151.

¹⁸ A expressão “autorregulação regulada” foi introduzida no âmbito do direito público pela doutrina alemã, por ocasião da publicação, na revista *Die Verwaltung*, n. 4, 2000, das palestras apresentadas no Seminário em celebração ao sexagésimo aniversário do professor Wolfgang Hoffmann-Riem. DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè. *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Girona: Universitat de Girona, 2003. p. 22.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Plano brasileiro de preparação para enfrentamento de uma pandemia de Influenza*. IV versão. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_brasileiro_pandemia_influenza_IV.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

tado no momento presente para a pandemia de Sars-CoV-2, no Brasil²⁰, no México²¹ e globalmente²².

3 O PODER DE POLÍCIA NO “ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO” DA PANDEMIA SARS-COV-2²³

Pode-se, indene de dúvidas, intuir que o poder de polícia se justifica no interesse público – preponderante sobre o interesse particular – para a proteção do interesse social; interesse este que também serve de fundamento para que os ordenamentos constitucional e infraconstitucional, expressa ou implicitamente, atribuam à Administração a fiscalização, o controle e o poder de fixar restrições ao uso de bens e ao exercício de direitos e atividades particulares, em atenção ao interesse coletivo.

Nessa lógica, o poder de polícia administrativo se constitui na parcela da função administrativa que disciplina a liberdade e propriedade dos indivíduos, interferindo no campo que lhes é próprio, mediante a imposição de limites (deveres de não fazer) e encargos (deveres de fazer), de modo preventivo ou repressivo, para o fim de adequar sua conduta à coletividade. É precisamente o que se infere do conceito legal do instituto, insculpido no arti-

²⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. *Plano de contingência nacional para infecção humana pelo novo coronavírus Covid-19*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/Livreto-Plano-de-Contingencia-5-Corona2020-210x297-16mar.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

²¹ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Secretaría de Salud. *Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus Sars-CoV-2 (Covid-19)*. Ciudad de México: Secretaría de Salud, 2020. Disponível em: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020. Acesso em: 18 ago. 2020.

²² ESPAÑA. Gobierno de España Ministerio de sanidad. *Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de covid-19*. Madrid: Ministerio de Sanidade, 2021. Disponível em: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCovChina/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021. ÁFRICA DO SUL. National Department of Health South Africa. *Clinical management of suspected or confirmed Covid-19 disease*. Version 4 (18th May 2020). South Africa: Department of Health South África, 2020. Disponível em: <https://www.nicd.ac.za/wp-content/uploads/2020/05/Clinical-management-of-suspected-or-confirmed-COVID19-Version-4.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020. AUSTRÁLIA. Department of Health. *Coronavirus (Covid-19) health alert*. 2021. Disponível em: <https://www.health.gov.au/news/health-alerts/novel-coronavirus-2019-ncov-health-alert>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²³ Não se desconhecem as críticas ao emprego da expressão, versadas, ilustrativamente, por Carlos Ari Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. Op. cit., p. 38-85), no Brasil (a expressão, por si, seria antitética, a par de lembrar época pretérita de “estado de polícia”), e por Agustín Gordillo (GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. t. II. Buenos Aires: Macchi-Lopes, 2000. p. XII-1 e XII-2), na Argentina (o conceito, na Antiguidade, protegia valores como a segurança, a salubridade e a moralidade públicas, mas acima da ordem jurídica, como conceitos metajurídicos, de modo que não existiria, na atualidade, um regime determinado para as “medidas de polícia” separado do resto da atividade estatal). Ainda assim, este estudo opta pela utilização da expressão, em razão da expressa menção constitucional (artigo 145, inciso II) e da conceituação infraconstitucional (Código Tributário Nacional, artigo 78).

go 78 do Código Tributário Nacional²⁴, declarado regular quando desempenhado pelo órgão competente, nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (parágrafo único).

No que diz com o objeto do poder de polícia, o exercício de sua atribuição enfeixa um conjunto de atividades diversas, inexistindo, no ordenamento jurídico brasileiro, um rol normativo que esgote os comportamentos possíveis de fiscalizações e restrições. Há, isto sim, um sem número de textos normativos que direcionam ao Estado atribuições de limitações administrativas à liberdade e à propriedade.

É com esse pano de fundo que se desce à casuística de situar o poder de polícia na garantia da saúde pública, por ocasião da pandemia de Sars-CoV-2, desde a edição da lei n. 13.979/20²⁵, passando pelas ações constitucionais que a questionaram e a outras espécies normativas do período de excepcionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Em 7 de fevereiro de 2020, se fez publicar a lei n. 13.979/20, a dispor sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Sars-CoV-2, em vigor enquanto vigente o decreto legislativo reconhecedor do estado de calamidade pública em nível nacional. Posteriormente, em 20 de março de 2020, foi publicado o decreto regulamentador (decreto n. 10.282/20²⁶), que definiu os serviços públicos e as atividades essenciais cujo funcionamento e exercício deveriam ser resguardados.

A predita lei previu, para o enfrentamento da pandemia de Sars-CoV-2, dentre outras medidas afetas ao poder de polícia: a) isolamento social; b) quarentena; c) determinação para a realização compulsória de exames, testes laboratoriais, coletas de amostras clínicas, outras medidas profiláticas e tratamentos médicos específicos, além de fixar a obrigatoriedade do uso de máscaras; d) restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal;

²⁴ "Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou 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 tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos". BRASIL. *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

²⁵ BRASIL. *Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

²⁶ BRASIL. *Decreto 10.282, de 20 de março de 2020*. Regulamenta a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

e) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas (com garantia de ulterior pagamento de indenização justa); f) autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia de Sars-CoV-2 do coronavírus; g) dispensa de licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional; e, h) compulsoriedade de comunicação acerca de possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus ou de circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus.

Afora isso, em disposição de destacada importância, o artigo 3º, inciso III, alínea “d” autorizou a vacinação compulsória, ceuuma que, agora, aporta ao Supremo Tribunal Federal (STF), no reconhecimento de repercussão geral (tema 1103) ao recurso extraordinário com agravo n. 1.267.879²⁷. Não se trata, no entanto, da única controvérsia judicializada relativamente ao regime de estado de necessidade administrativo desencadeado pela pandemia de Sars-CoV-2, no Brasil: na mesma corte de vértice foi apreciada a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 6343²⁸.

Dito de outro modo, o artigo 3º, inciso VI, alínea “b”, e os parágrafos 6º e 7º, inciso II, da indigitada lei n. 13.979/2020 condicionavam a que Estados e Municípios, no âmbito das competências e em seus territórios, pudessem adotar medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local, durante o estado de emergência decorrente da pandemia de Sars-CoV-2, apenas com a autorização do Ministério da Saúde. No ponto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, concedeu em parte a medida cautelar, a fim de, sem redução de texto, suspender em parte a aplicabilidade dos dispositivos questionados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a par de explicitar que, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição e desde que amparadas em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde, Estados, Municípios e Distrito Federal podem determinar as medidas sanitárias de isolamento, quarentena, exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver.

Demais disso, as ações diretas de inconstitucionalidade n. 6351, 6347 e 6353²⁹ questionaram, também no Supremo Tribunal Federal, dispositivos da medida provisória n.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo 1.267.879/SP*. Repercussão Geral. Recorrente: Ana Carolina Prudente Correa e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: min. Roberto Barroso, 12 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870>. Acesso em: 3 set. 2020.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 6343*. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: min. Marco Aurélio, 24 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 3 set. 2020.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 6351*. Julgamento conjunto com as ações diretas de inconstitucionalidade 6347 e 6353. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

928/20 – cujas exigibilidades foram suspensas – que limitavam o acesso às informações prestadas por órgãos públicos durante a emergência de saúde pública decretada em razão da pandemia de Sars-CoV-2. Com isso, foi enfatizada a violação e ofensa aos princípios constitucionais da publicidade e da transparência.

Para além das referidas contendas constitucionais, ainda pendem de registro o ajuizamento das ações de descumprimento de preceito fundamental n. 668 e 669³⁰, que questionaram a contratação e a divulgação da campanha publicitária denominada “O Brasil não pode parar”, que pregava que o isolamento vertical apenas para idosos e pessoas com doenças crônicas, o retorno das aulas e atividades educacionais em todos os níveis de ensino, além do retorno do funcionamento dos modais de transporte públicos e privados, tudo com o fito de retomada econômica. O deferimento da medida cautelar vedou a produção e a circulação da peça publicitária impugnada, por qualquer meio, bem assim de outras campanhas que sugerissem que a população devesse retornar às suas atividades plenas ou que minimizassem a gravidade da pandemia de Sars-CoV-2. A medida foi fundamentada no caráter informativo, educativo e de orientação social que as campanhas publicitárias dos órgãos públicos devem ter.

Com efeito, um tal controle de constitucionalidade operado às indigitadas espécies normativas excepcionais denota, a toda evidência, que mesmo o ‘estado de necessidade administrativo’ resta circunscrito ao estado constitucional de Direito.

Nos âmbitos estaduais, distrital, e municipais, os referidos entes federados exercitaram, principalmente, por meio de decretos³¹, no exercício da competência constitucional legislativa concorrente, medidas locais de enfrentamento da pandemia de Sars-CoV-2, reputadas inexoráveis, em um primeiro momento, mas impopulares, com o passar do tempo.

Seja como for e em quaisquer dos casos, este estudo defende – como hipótese central de pesquisa, aliás – que o manejo dos instrumentos de poder de polícia no momento presente, de estado de necessidade administrativo, antes de se constituir em alegada ponderação apriorística do legislador, relativizadora do direito fundamental à liberdade em favor do direito fundamental à saúde³², concretiza o interesse público. Não, todavia, o interesse

Brasil. Relator: min. Alexandre de Moraes, 25 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881853>. Acesso em: 3 set. 2020.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 668*. Julgamento conjunto com a arguição de descumprimento de preceito fundamental 669. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Relator: min. Roberto Barroso, 30 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso em: 3 set. 2020.

³¹ A título ilustrativo, o decreto n. 55.240, de 10 de maio 2020, no Estado do Rio Grande do Sul, o decreto n. 509, de 17 de março de 2020, no Estado de Santa Catarina, e no Município de Florianópolis, o decreto n. 21.340, de 13 de março de 2020.

³² Posição defendida em: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, a. 18, n. 68, p. 9-23, jan./mar. 2020.

público da superada supremacia, mas um redivivo, alicerçado em novo e emergente regime jurídico administrativo que tem alicerces fincados no estado constitucional de Direito e na democratização da administração pública.

4 O (REDIVIVO) INTERESSE PÚBLICO

Como já escrito, muito mais do que representar uma colisão de direitos fundamentais solvida pela ponderação³³, a utilização dos instrumentos do poder de polícia concebidos no âmbito de um estado de necessidade pandêmico reflete a concretização efetiva do interesse público, ainda que a maioria das medidas ostentem caráter impopular ou necessitem de fiscalização rigorosa e constante.

Importa fixar que o interesse público perseguido e realizado, no ponto, diz respeito não à supremacia do interesse público – cujo caráter alegadamente autoritário é especulado, dentre outros, por Paulo Otero³⁴ e Vasco Pereira da Silva³⁵ –, mas, sim, a um interesse público renovado e alicerçado no estado constitucional de Direito, que, por conta disso, fundamenta uma nova Administração, eficiente, plural, dialógica e consensual, tanto quanto possível.

A atual noção de administração pública e o conceito de interesse público guardam visceral ligação histórica e sociopolítica com a ideia de Estado Moderno, que sucedeu ao feudalismo medieval e, não obstante seu conteúdo varie conforme a conformação estatal (liberal, social e constitucional), nasce afinada com a noção cristã de bem comum e de bem-estar geral. Mais tarde, com o advento da constitucionalização do direito público, o conceito de interesse público se vê limitado à ordem constitucional, fonte de legitimação e justificação de todas as instituições democráticas e poderes constituídos³⁶.

Deriva dessa compreensão a ilação de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz³⁷ no sentido de que o interesse público admite diferentes entendimentos em função do módulo consti-

³³ Confira-se, a respeito: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, a. 5, n. 3, p. 993-1023, 2019.

³⁴ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: Op. cit.

³⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*: Op. cit. Em sentido contrário: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público*: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

³⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e a supremacia do interesse público*: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 67-78.

³⁷ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El concepto del derecho administrativo y el proyecto de Constitución Europea. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 23, p. 13-14, jan./mar. 2006.

tucional em que se encontre, não sendo igual o conceito que se pode manejar de Direito Administrativo no Estado Liberal de Direito à versão que pode apresentar o modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

Entre nós, pela expressa menção do artigo 2º da Lei 9.784/99³⁸, é princípio de assesto infraconstitucional³⁹ e, a despeito de abalizado entendimento acerca da indeterminação de seu conceito⁴⁰, definido, na respeitada doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹, como o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”. Essa explicação é emendada em outra passagem doutrinária do mesmo autor: “o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)”^{.42}

Seja como for, para efeitos deste estudo, se advogam algumas premissas básicas que conduzem o interesse público no adrede retratado estado de necessidade administrativo, a saber: (1) a defesa do interesse público não é a defesa de um estado autoritário (se poderia especular que a Teoria das Razões de Estado⁴³, sim); (2) a defesa de que a gênese do direito administrativo moderno, amparada na noção de (supremacia do) interesse público, é autoritária, de fato, reflete uma nuance de debilidade de motivação e de transparência afetas ao momento histórico anterior ao da constitucionalização; (3) no momento presente, a noção de interesse público é produto de uma dimensão republicana e democrática de uma sociedade plasmada na Constituição Federal, com a submissão estatal a essa dimensão.

³⁸ BRASIL. *Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

³⁹ Para além de infraconstitucional, o princípio pode ser considerado também constitucionalmente implícito, posto que os interesses difusos e coletivos declarados pela Constituição Federal estariam aptos a conformar-lhe um bloco de sustentação.

⁴⁰ Ver, por todos: GABARDO, Emerson; REZENDE, Mauricio Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 51.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183.

⁴³ “A tradição de pensamento indicada pela expressão Razão de Estado compreende todo o curso histórico da Europa moderna e das áreas a ela culturalmente ligadas (a América particularmente). Nela se pode distinguir algumas linhas particularmente significativas. O ponto de partida se situa no limiar da Idade Moderna e é constituído pelas instituições geniais e inspiradoras de Maquiavel, com que começa a emergir, em seus contornos mais gerais, o conceito de Razão de Estado, mas não ainda a sua exata formulação verbal [...] O segundo momento especialmente significativo desta tradição está na reflexão e análises dos mestres da razão e dos interesses de Estado, em sua maioria italianos e franceses, da segunda metade do século XVI e do século XVII [...] Esta doutrina atingiu depois um momento de enorme esplendor e de um altíssimo nível de conceituação na cultura alemã do século XIX e primeira metade deste”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. João Ferreira. v. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 1067.

De fato, o espaço legítimo e originário, por excelência, de definição dos valores e dos interesses aceitos como válidos em uma dada sociedade não é outro que não a sua Constituição e as leis que lhe buscam validade. No essencial, não compete à Administração decidir acerca dos interesses públicos, seus conteúdos, limites, meios e recursos necessários à concretização. Sua função é instrumental, de prossecução daqueles interesses já delineados pelo legislador constitucional.⁴⁴

Essa é a arquitetura que serve de base para a defesa de que o estado de necessidade administrativo instalado com a pandemia de Sars-CoV-2 e os variados instrumentos de exercício do poder de polícia manejados no período excepcional, antes de representarem pretensão perfil autoritário do Estado, em última análise, concretizam um redutivo interesse público, vetor de um modelo de administração pública democrática e estratificada sobre os valores da dignidade da pessoa, do estado democrático de Direito e do princípio republicano.

Note-se que essa conformação rompe com o paradigma tradicional do regime jurídico administrativo, erigido na superada concepção de soberania do interesse público, que deu origem a um sistema de poderes e de prerrogativas assimétrico e verticalizado. E, ainda que assim não fosse, a utilização de instrumentos potestáticos, pelo Estado, amparados na lei e na Constituição, não constitui endosso à superada supremacia do interesse público.

O novo modelo se reflete na construção plural das decisões administrativas e se ampara no controle social de uma Administração horizontalizada, tanto quanto possível consensual, dialógica e isonômica. E assim o é porque a Constituição Federal permite defender a existência de um direito fundamental à boa administração, por meio de uma gestão aberta, de um modelo de governança plural e democrático.⁴⁵

Sucede, todavia, que as situações de estado de necessidade administrativo, como a ora vivida, colocam em teste não apenas os instrumentos administrativos, mas também o próprio papel do Estado enquanto estrutura instrumental. Aliás, no ponto, é mister ponderar que o só fato de o fenecimento do poder soberano que o Estado detinha de dizer o Direito e de aplicá-lo com autonomia⁴⁶ (transposição do Estado moderno para o atual⁴⁷) não

⁴⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e a supremacia do interesse público*: Op. cit., p. 115.

⁴⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de Direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: Op. cit., p. 600-601.

⁴⁶ CALETTI, Leandro. *Os direitos humanos no cenário (transnacional) de fragmentação do Direito*. 2016. 219 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Meridional, Passo Fundo, 2016. Disponível em: <https://www.imes.edu.br/Uploads/LibraryPeriodical/555461e0-ada7-4110-b1bd-989eac9b7520.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021.

⁴⁷ “Estado, soberanía, ciudadanía y territorio son conceptos jurídicos que han construido y acompañado a la modernidad y han permitido la construcción de los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero la realidad desafía estos conceptos que parecen inaplicables a una dimensión mundial dominada por la transnacionalización de la economía, por las modificaciones que continuamente introducen la innovación científica y tecnológica, por una red electrónica que envuelve al mundo, borra las fronteras y torna vanas las jurisdicciones nacionales”. RODOTÁ, Stefano. ¿Cuál derecho para el nuevo mundo? *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 9, p. 5-20, jul./dez. 2005. p. 6.

significa removê-lo da centralidade de ações em matéria de instrumentos de controle da pandemia de Sars-CoV-2, por exemplo.

Para além disso, o que se desvela necessário fomentar não é nem a supremacia estatal, nem sujeição irrestrita, mas comportamentos compartilhados que concretizem, conjunta e simultaneamente, direitos fundamentais e metas coletivas, por meio da democratização da Administração e do controle social. Ilustrações claras dessa cogestão podem ser visualizadas no momento pandêmico.

Uma delas é o aplicativo Coronavírus-SUS, por meio do qual o Ministério da Saúde alerta, pelo número do telefone celular, em até vinte e quatro horas, acerca de pessoas que testaram positivo para Sars-CoV-2 e estiveram próximas ao titular da linha, nos últimos quatorze dias. A tecnologia de inteligência artificial denominada *API Exposure Notification* foi disponibilizada a partir de uma parceria entre o Ministério da Saúde, Google e Apple⁴⁸. Como a catalogação dos casos depende da prestação de informações de rastreio dos infectados atendidos, se presume uma sinergia entre particular (fidedignidade da informação de contato/rastreio) e Estado (aplicativo)⁴⁹, na alimentação de um instrumento de poder de polícia de rastreio e controle.

Outro exemplo afinado com a temática, porém, de índole global, é a declaração de uma concorrência saudável para a economia e os consumidores enquanto presente a pandemia, firmada por mais de uma centena de autoridades concorrenciais. O documento (*ICN Steering Group Statement: Competition during and after the Covid-19 Pandemic*⁵⁰) identifica a imperiosidade de cooperação entre empresas e entre estas e os Estados, com prazo e objetivo limitados, ao efeito de garantir o abastecimento de bens à população.

A toda evidência, a atuação conjunta, dialógica – consensual, quando possível – e organizada da Administração e do controle social fomenta a democratização da primeira e assegura a promoção dos direitos fundamentais, ainda que em períodos de excepcionalidade administrativa. Afora isso, ainda dá concretude ao princípio da eficiência, que densifica, em última análise, o próprio estado republicano, social e democrático de Direito, erigido como elemento estrutural fundamental.

⁴⁸ BRASIL. Casa Civil. *Coronavirus-SUS*: aplicativo alerta contatos próximos de pacientes com Covid-19. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/agosto/coronavirus-sus-aplicativo-alerta-contatos-proximos-de-pacientes-com-covid-19>. Acesso em: 12 set. 2020.

⁴⁹ Para exemplos de outras modalidades de inter-relacionamento entre Estado e particulares, mas na via da autorregulação regulada, ver: CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 277-310, jan./abr. 2019. DOI: <https://doi.org/10.18623/rvd.v16i34.1455>. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455>. Acesso em: 25 mar. 2020.

⁵⁰ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Comunicado do Steering Group*: concorrência durante e após a Pandemia Covid-19. 2020. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/08/Comunicado-do-Steering-Group-da-ICN-sobre-COVID-19.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020.

5 CONCLUSÃO

Se é bem verdade que o direito administrativo, nos dias antecedentes à pandemia de Sars-CoV-2, se debruçava sobre argumentos privatizantes do direito público (governança global, direito administrativo de índole global, autorregulação regulada, relativização das cláusulas exorbitantes etc.), é igualmente autêntica a apreensão segundo a qual, declarada a emergência de saúde pública de importância internacional, o direito público, notadamente, o administrativo, se viu alçado ao centro das discussões jurídicas nacionais e globais.

Foi precisamente nesse cenário que ações estatais determinaram incisivas restrições a direitos fundamentais, desde a liberdade de locomoção ambulatorial até a livre iniciativa, em flagrante ocorrência de um ‘estado de necessidade administrativo’, assim compreendida a tentativa de, em situações de grave perturbação da normalidade, preservar a ligação entre poder e Direito. Na presente crise de saúde pública, o predito estado de necessidade se opera por meio, principalmente, do poder de polícia, perfectibilizado, entre nós, por instrumentos decorrentes de uma legislação excepcional de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com inédito reconhecimento e protagonismo, aliás, destes últimos.

Ainda que nessas condições, o exercício do poder de polícia pandêmico – antes de se constituir em ponderação apriorística do legislador (mitigadora do direito fundamental à liberdade em favor do direito fundamental à saúde) – concretiza o interesse público, em clara afirmação positiva da hipótese de pesquisa aventada.

Não é, todavia, o interesse público da superada ‘supremacia’ o concretizado, mas, sim, um interesse público redivivo, alicerçado em novo e emergente regime jurídico administrativo que tem alicerces fincados no estado constitucional de Direito e na democratização da administração pública. Em suma, produto de dimensão republicana e democrática da sociedade plasmada na Constituição Federal, com a submissão estatal a essa dimensão.

Por derradeiro, as ilustrações de atuação compartilhada, dialógica e coordenada da Administração e do controle social citadas na última seção espelham não apenas a abertura da administração pública ao diálogo e à participação popular, mas também asseguram a promoção dos direitos fundamentais, mesmo em períodos de excepcionalidade administrativa. E, para além disso, como virtuoso consectário, tal cenário ainda materializa o princípio da eficiência, densificador do estado republicano, social e democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. National Department of Health South Africa. *Clinical management of suspected or confirmed Covid-19 disease*. Version 4 (18th May 2020). South Africa: Department of Health South Africa, 2020. Disponível em: <https://www.nicd.ac.za/wp-content/uploads/2020/05/Clinical-management-of-suspected-or-confirmed-COVID19-Version-4.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

AUSTRÁLIA. Department of Health. *Coronavirus (Covid-19) health alert*. 2021. Disponível em: <https://www.health.gov.au/news/health-alerts/novel-coronavirus-2019-ncov-health-alert>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008. p. 7-8. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>. Acesso em: 10 set. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. João Ferreira. v. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. *Decreto legislativo n. 6, de 20 de março de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. *Decreto 10.282, de 20 de março de 2020*. Regulamenta a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. *Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. *Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Casa Civil. *Coronavírus-SUS: aplicativo alerta contatos próximos de pacientes com Covid-19*. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/agosto/coronavirus-sus-aplicativo-alerta-contatos-proximos-de-pacientes-com-covid-19>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Plano brasileiro de preparação para enfrentamento de uma pandemia de Influenza*. IV versão. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/plano_brasileiro_pandemia_influenza_IV.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Plano de contingência nacional para infecção humana pelo novo coronavírus Covid-19*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/Livreto-Plano-de-Contingencia-5-Corona2020-210x297-16mar.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 6343*. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: min. Marco Aurélio, 24 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 6351*. Julgamento conjunto com as ações diretas de inconstitucionalidade 6347 e 6353. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: min. Alexandre de Moraes, 25 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881853>. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 668*. Julgamento conjunto com a arguição de descumprimento de preceito fundamental 669. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Relator: min. Roberto Barroso, 30 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo 1.267.879/SP*. Repercussão Geral. Recorrente: Ana Carolina Prudente Correa e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: min. Roberto Barroso, 12 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870>. Acesso em: 3 set. 2020.

CALETTI, Leandro. *Os direitos humanos no cenário (transnacional) de fragmentação do Direito*. 2016. 219 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Meridional, Passo Fundo, 2016. Disponível em: <https://www.imes.edu.br/Uploads/LibraryPeriodical/555461e0-ada7-4110-b1bd-989eac9b7520.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021.

CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 277-310, jan./abr. 2019. DOI: <https://doi.org/10.18623/rvd.v16i34.1455>. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455>. Acesso em: 25 mar. 2020.

CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, n. 73, p. 17-28, 1992.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e a supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, a. 5, n. 3, p. 993-1023, 2019.

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 de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul./dez. 2016.

DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè. *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Girona: Universitat de Girona, 2003.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Secretaría de Salud. *Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus Sars-CoV-2 (Covid-19)*. Ciudad de México: Secretaría de Salud, 2020. Disponível em: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020. Acesso em: 18 ago. 2020.

ESPAÑA. Gobierno de España Ministerio de sanidad. *Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de covid-19*. Madrid: Ministerio de Sanidade, 2021. Disponível em: https://www.msccbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCovChina/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. t. II. Buenos Aires: Macchi-Lopes, 2000.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Comunicado do Steering Group: concorrência durante e após a Pandemia Covid-19*. 2020. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/08/Comunicado-do-Steering-Group-da-ICN-sobre-COVID-19.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Institute for International Law and Justice Working Papers*, New York University School of Law, n. 1, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=692628. Acesso em: 27 ago. 2021.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LIZÁRRAGA, Pedro Alejandro Villarreal. El marco jurídico mexicano relativo a las emergencias sanitarias y pandemias. In: LIZÁRRAGA, Pedro Alejandro Villarreal. *Pandemias y derecho: una perspectiva de go-*

bernanza global. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5641/12.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Juliana Gomes. *A teoria da excepcionalidade administrativa: a juridicização do estado de necessidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El concepto del derecho administrativo y el proyecto de Constitución Europea. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 23, p. 13-14, jan./mar. 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 18, n. 68, p. 9-23, jan./mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>. Acesso em: 12 abr. 2020.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 4/2015. Código do Procedimento Administrativo. *Diário da República*, n. 4, Série I, 07 jan. 2015. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/148081986/202108280045/73917190/diplomaExpandido>. Acesso em: 31 ago. 2020.

RODOTÀ, Stefano. Cual derecho para el nuevo mundo? *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 9, p. 5-20, jul./dez. 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15-54.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SE O “PRINCÍPIO” DA INOVAÇÃO É UM PRINCÍPIO E OS RISCOS À AUTONOMIA DO DIREITO

MAICON CRESTANI

Doutorando em Direito pela Unisinos
Auditor Público Externo do Tribunal de
Contas do Estado do Rio Grande do Sul

JONAS FAVIERO TRINDADE

Mestre em Direito pela Universidade de
Santa Cruz do Sul (UNISC)
Professor do Curso de Pós-Graduação
Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Desvelando o discurso da Reforma Administrativa – PEC n. 32/2020. 3 O que são princípios, o que não são princípios e em que medida argumentos de princípio são diferentes de argumentos de política – uma distinção necessária para a crítica. 4 Os perigos da recepção do “princípio” da inovação com princípio. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente o Governo apresentou a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 32/2020, com vistas a concretizar uma Reforma Administrativa no Estado. As alterações pretendidas são substanciais, envolvendo, em linhas gerais, novas regras de recrutamento de servidores, vedação de determinados direitos, previsão de lei complementar (federal) para disciplinar normas gerais aplicáveis ao funcionalismo, criação da figura do vínculo por prazo indeterminado, aplicação da lógica concorrencial na avaliação do vínculo de experiência, criação de cargos de liderança, gerenciais e técnicos e necessidade de reformulações dos regimes jurídicos pelos entes federativos.

Além das proposições acima delineadas, existe a intenção de se positivar no texto constitucional, mais especificamente em seu artigo 37, novos “princípios” aplicáveis à Administração Pública, de forma que o rol completo, caso aprovada a PEC, assim ficaria:

(1) legalidade; (2) impessoalidade; (3) imparcialidade; (4) moralidade; (5) publicidade; (6) transparência; (7) inovação; (8) responsabilidade; (9) unidade; (10) coordenação; (11) boa governança pública; (12) eficiência e (13) subsidiariedade. Para quem prima pelo estudo das teorias do Direito, evidentemente que suscita alguma controvérsia a criatividade do Governo para “criar” princípios. Aliás, causa perplexidade, ou ao menos deveria, a percepção de que “princípios” possam ser concebidos com tamanha instantaneidade. Uma possibilidade, que não deve ser descartada, é a de que o autor da PEC não tenha compreensão do sentido de princípio e de sua importância para a Autonomia do Direito.

O recorte desta breve pesquisa, contudo, será a possibilidade de se incorporar na Constituição Federal-CF o “princípio da inovação”. A problemática, portanto, se resume no seguinte questionamento: é possível recepcionar a inovação como princípio e quais as consequências, caso assim ocorra, para o Estado Democrático de Direito?

Em relação às diretrizes metodológicas, se pretende uma dialética entre a análise discursiva e as contribuições teóricas do pós-positivismo de Ronald Dworkin, com o objetivo de estabelecer uma compreensão crítica do tema em estudo.

Assim sendo, de início, se propõe a análise do discurso da PEC em comento, a fim de identificar, a partir da linguagem versada, as valorações ideológicas do interlocutor, condensadas a partir de uma retórica estrategicamente colocada no texto. Ainda não existe no Brasil a tradição de se examinar, no corpo social, o que dizem os governantes quando estes propõem a alterar o ordenamento jurídico. O que ocorre, em regra, é uma comunicação intermediada pela mídia ou redes sociais. É importante acessar o texto e desvelar seus reais significados.

Na sequência, a partir dos aportes teóricos de Ronald Dworkin, será possível evoluir em direção à aceção correta de princípios. A abordagem, como não poderia deixar de ser, parte da teoria pós-positivista, de forma que o propósito será identificar a concepção equivocada de princípio, para depois expor como deve se conceber um princípio no Direito. Também será fundamental a distinção dworkniana entre argumentos de política e de princípio.

A partir das contribuições teóricas desenvolvidas será possível, na seção seguinte desta pesquisa, desvelar se o “princípio” da inovação efetivamente é um princípio. Ademais, compreende-se que o resultado mais profícuo da pesquisa é justamente identificar consequências, para o Direito e o regime democrático, da alteração que se pretende.

2 DESVELANDO O DISCURSO DA REFORMA ADMINISTRATIVA – PEC N. 32/2020

Segundo a justificativa da PEC em comento, a inovação é caracterizada como “princípio a ser observado por toda a Administração pública”, que “guarda plena consonância

com uma concepção modernizadora das relações entre o poder público e a sociedade”¹. Ademais, a burocracia é colocada como uma “amarra” que, inobstante sua existência, não vem impedindo a “busca da inovação no setor público”, em face da “revolução tecnológica em curso, que abre inúmeras possibilidades de aprimoramento da prestação dos serviços públicos”². Na linha proposta pelo Ministro da Economia, que apresentou as justificativas para a alteração que se pretende fazer no texto constitucional, “a inovação deve ser reconhecida, valorizada e almejada pela Administração e por seus agentes”³, que marcaria “uma nova era do Estado brasileiro, deixando para trás a mera conservação burocrática, que, desconectada dos tempos atuais, tem se revelado ineficiente para atender aos anseios do povo brasileiro”⁴.

É significativamente problemática a argumentação colocada pelo Ministro da Economia para justificar a positivação da “inovação” no caput do artigo 37 da Constituição. A expectativa - assim se imagina - é de que o país ainda não desistiu do Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Sim, é importante reler a Constituição antes de se pensar em alterá-la, por mais óbvio que seja essa afirmação. Também é importante desvelar o que está subjacente a essa proposta de “inovação”, que escanteia a burocracia; logo esta que permite a existência de controles e o combate à corrupção, essa última propagada como pauta máxima de parcela da sociedade brasileira.

Trata-se, em verdade, de uma nova roupagem do neoliberalismo, impregnada na Reforma Administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, como é representativa a manifestação de Bresser Pereira, à época: “O que temos sustentado é que os controles e o combate à corrupção não devem inibir a criatividade e a capacidade de iniciativa do administrador”⁵.

O que se busca com esse ímpeto reformista é uma aproximação do Estado à lógica empresarial, o que acarreta o afastamento do Estado Social delineado na Constituição. Como bem colocaram Dardot e Laval, o Estado, na contemporaneidade, assumiu a feição de um governo empresarial, valendo-se de técnicas próprias da iniciativa privada. Tudo isso se pautou na difamação pública do Estado como representativo da ineficácia e na construção

¹ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ki4d601uszst1c19zd22ydckh2211333.node0?codteor=1928147&filename=Tramitacao-PEC+32/2020. Acesso em: 27 ago. 2021.

² BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

³ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

⁴ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

⁵ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Questões sobre a Reforma Administrativa. Caderno do MARE*, n. 10, 1995. p. 22. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno10.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021.

de uma ferrenha crítica aos servidores públicos. Nessa perspectiva, há uma importação das regras de funcionamento concorrencial para o setor público, inclusive com a utilização de vocabulário próprio, a exemplo do termo governança, que foi acriticamente recepcionado pelo setor público, e que vincula a boa governança aos preceitos de integração ao mercado internacional, tomando, “pouco a pouco o lugar da categoria soberania”⁶.

Há uma fábula corrente na sociedade brasileira, que coloca o privado como eficiente e o público como ineficiente. Um olhar mais atento percebe que, na verdade, a ineficiência da prestação de um serviço não guarda relação necessária com a natureza pública ou privada. Cotidianamente as pessoas enfrentam sérios problemas com empresas privadas e com o serviço público, mas o processo de estereotipação e as consequências materiais negativas recaem nos trabalhadores, em seu sentido mais amplo possível. Isso fica cristalino quando se observa que as últimas grandes alterações legislativas atingiram trabalhadores, como as alterações na Consolidação das Leis Trabalhistas, a Reforma da Previdência e, agora, o que se pretende com a Reforma Administrativa.

Segundo Warat, a carga valorativa da linguagem permite que o receptor da mensagem se aproxime das “referências valorativas do emissor”⁷, sendo que determinadas palavras são empregadas a partir da fusão de funções persuasivas e descritivas. Assim, a pessoa que escuta “pode aceitá-las facilmente, sem se dar conta de que está sendo submetido a um processo de persuasão”⁸. O emitente, por sua vez, “assegura o monopólio da constituição do campo denotativo, pois os receptores encontram-se adormecidos para a discussão dos critérios designativos persuasivamente propostos”⁹. Nessa valoração emotiva das expressões linguísticas, Warat destaca os estereótipos, que “cumprem um importante papel para a construção das definições e dos discursos persuasivos”¹⁰, sempre dependentes, inicialmente, nesse processo de estereotipação, de “fungíveis conteúdos axiológicos e ideológicos”¹¹. Serão consideradas persuasivas, nessa lógica, as definições que contêm estereótipos, sendo que a sua simples enunciação já “provoca reações negativas e prejudiciais”¹².

Na justificativa da PEC em exame, o Ministro da Economia afirma que “Apesar de contar com uma força de trabalho profissional e altamente qualificada, a percepção do cidadão, corroborada por indicadores diversos, é a de que o Estado custa muito, mas entrega

⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 276.

⁷ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 69.

⁸ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. Op. cit., p. 70.

⁹ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. Op. cit., p. 70.

¹⁰ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. Op. cit., p. 70.

¹¹ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. Op. cit., p. 70.

¹² WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. Op. cit.

pouco”¹³ e, mais adiante, prossegue referindo que a alteração no texto constitucional “possui como público-alvo não só a Administração Pública, como todo o seu corpo de servidores”¹⁴, se inserindo “em um escopo maior de transformação do Estado”¹⁵, segundo o qual vai promover “mais agilidade e eficiência aos serviços oferecidos pelo governo”¹⁶. Há um longo processo de estereotipação do serviço público, de seus agentes e da Administração Pública, de forma que o “elogio” ao corpo de servidores é contraditório com o discurso corrente, servindo muito mais como *mea culpa* e recurso estratégico-estereótipo aos receptores da mensagem. No senso comum, a imagem do trabalhador – inclusive do funcionalismo público – não está atrelada ao profissionalismo e à eficiência, visto que tais atributos estão colados à imagem do empresário e do mercado. Com isso, se cria uma falsa dicotomia entre servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada, como se ocupassem polos distintos e concorrenciais.

Além do mais, a justificativa em análise se vale da consagrada expressão “modernização”, outro recurso valorativo da linguagem que promove o convencimento ao leitor menos atento, sendo que a expectativa do Ministro da Economia é que “por meio do aprimoramento dos princípios que regem a Administração Pública”¹⁷ seria possível contribuir para tal fenômeno de modernização.

Aliás, o texto PEC em destaque está repleto de chavões reformistas, sendo outro exemplo, para não adiantar o exame do “princípio” da inovação, a tentativa de alocar a transparência no *caput* do artigo 37, como se fosse uma novidade. Para o Ministro da Economia, a transparência “implica não apenas estar disponível ao público, mas ser compreensível pelo público, com clareza e fidedignidade”¹⁸. Seria, assim, um elemento importante para o “controle social sobre os atos do Estado, auxiliar no controle externo aos órgãos públicos, fortalecer o combate à corrupção e elevar o nível de desempenho socioeconômico dos entes federativos”¹⁹. Destaca-se, todavia, que a Transparência Internacional elaborou um Ranking de Transparência no Combate ao Covid-19, no qual o Governo Federal alcançou 71 pontos, bem distante dos primeiros colocados (Alagoas, Ceará, Espírito Santo e Rondônia alcançaram 100 pontos)²⁰. A transparência é inerente à República²¹ – não é a positivação

¹³ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

¹⁴ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

¹⁵ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

¹⁶ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

¹⁷ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

¹⁸ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

¹⁹ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

²⁰ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Ranking de Transparência no combate à Covid-19*. S.d. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/>. Acesso em: 10 out. 2020.

²¹ Nesse sentido, a Suprema Corte, por exemplo, no Mandado de Segurança n. 28.178/DF: “A regra geral num Estado Republicano é a da total transparência no acesso a documentos públicos, sendo o sigilo a exceção.

do princípio que vai inaugurá-la na ordem jurídica nacional –, de forma que novamente se infere que a positivação de tal princípio parece atender mais a uma retórica de “Reforma” do que alterar a normatividade vigente.

O que se avista é a tentativa de transformar a Constituição em álibi, como se a solução dos desafios do Governo, como implementar a justiça social, sempre estivessem a depender de alteração do seu texto. Assim, o Governo se imuniza, pois, caso o texto seja aprovado, é possível impelir o problema para frente - claro, pois é sempre necessário tempo adicional para concretizar as Reformas. Do contrário, caso a PEC não prospere, é possível cruzar os braços, visto que as mudanças estruturais que o país precisa dependiam daquela alteração normativa. Essa é a hipertrofia simbólica a que se refere Neves, na qual se retira o foco dos reais problemas do país, tornando carente, conseqüentemente, a função normativo-jurídica do texto constitucional. Nessa perspectiva simbólica, “a atitude legiferante serve como um álibi do legislador perante a população”, permitindo uma “aparência” de que os problemas serão solucionados ou ao menos se consegue “convencer o público das boas intenções do legislador”²².

3 O QUE SÃO PRINCÍPIOS, O QUE NÃO SÃO PRINCÍPIOS E EM QUE MEDIDA ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO SÃO DIFERENTES DE ARGUMENTOS DE POLÍTICA – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA PARA A CRÍTICA

A esfera política, naturalmente, é o local em que se travam os desacordos e as disputas em torno dos assuntos candentes da sociedade. É nela que ocorrem as decisões concernentes aos objetivos e diretrizes para o próprio planejamento e atuação do Estado, devendo-se ressaltar, contudo, que há limitações constitucionais nesse sentido, porquanto a Constituição cristaliza parte do âmbito político, tornando insuscetíveis de reformas alguns temas. Mas, de todo modo, há que se reconhecer que há uma área própria reconhecida à política. Ocorre que, a despeito da consagração dessa autonomia de construção tipicamente política, não raro o produto das reformas advindas do âmbito político acaba por impactar de forma negativa o Direito: no caso em análise, o Direito Administrativo.

Na PEC recém encaminhada ao Legislativo, como já referido, consta a inserção do “princípio” da inovação no conhecido art. 37, da CF. Diante desse fato, indaga-se: trate-se a inovação, no caso, de um princípio? A resposta ao questionamento deve ser alcançada por intermédio da própria concepção do que significa princípio, em sua caracterização autêntica.

Conclusão que se extrai diretamente do texto constitucional (arts. 1º, caput e parágrafo único; 5º, XXXIII; 37, caput e §3º, II; e 216, § 2º), bem como da Lei n. 12.527/2011, art. 3º, I”.

²² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 36-41.

Isso porque, infelizmente, ainda paira nos tribunais e em boa parte da doutrina uma compreensão errônea sobre sua conceituação.

Portanto, o presente trabalho requer uma definição qualificada sobre o real significado dos princípios jurídicos, sob pena de adentrarmos em uma análise prejudicada já de partida. Despiciendo lembrar que para se ter um resultado adequado sob o ponto de vista da Ciência Jurídica, partir da premissa correta é condição de possibilidade que se impõe inafastável.

Assim, pretende-se desenvolver esse tema no sentido de deixar claro os seguintes aspectos: qual o entendimento errôneo sobre os princípios jurídicos e suas consequências negativas para o Direito; o que, de fato, são princípios jurídicos; e qual a diferença entre princípios e políticas, a partir da concepção dworkiniana. Entendemos que as referidas diferenças, devidamente equacionadas, são capazes de apontar para as incongruências subjacentes à inclusão da “inovação” como princípio no corpo da CF.

Importa destacar, primeiramente, como a noção de princípio tem sido compreendida desacertadamente, ou melhor, como grande parte da doutrina brasileira recepcionou equivocadamente o conceito de princípio, com reflexos negativos para a racionalidade do próprio Direito. Aqui se impõe uma questão fulcral, que diz respeito ao equívoco em querer aproximar neoconstitucionalismo e pós-positivismo. Isso porque, a rigor, trata-se de conceitos distintos, embora exista uma confusão sobre seus próprios fundamentos. O fato é que o neoconstitucionalismo, amplamente difundido no Brasil, assenta-se em premissas que, ao fim e ao cabo, conforme Georges Abboud, acabaram servindo para emplantar duas práticas patológicas: o ativismo judicial e a insegurança jurídica²³. Neste ponto, a consideração a ser feita é que, na perspectiva do neoconstitucionalismo, os princípios se transformaram em álbis retóricos, sendo corriqueiramente manejados, na prática, como forma de dar uma resposta para escolhas²⁴ por parte do julgador. Então, com base nessa concepção compartilhada por autores neoconstitucionalistas, “A invocação de valores, sob o subterfúgio do uso de princípios constitucionais, aliado ao uso constante de conceitos fluidos sem justificativa, faz com que conceitos dogmáticos percam sua importância na aplicação do Direito”²⁵.

Nesse contexto, é preciso compreender que o neoconstitucionalismo, que foi forjado no pós-guerra como uma forma de superar o positivismo jurídico, acabou por engendrar

²³ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

²⁴ Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 1, p. 54, 2018. nota de rodapé n. 26: “É útil ter presente, desde já, a distinção entre decisão e escolha. A decisão não se dá a partir de uma escolha, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa, ou seja: aquilo que a comunidade política como um todo constrói como Direito. A escolha, por sua vez, é sempre parcial, ou seja, um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Aliás, a palavra técnica para se referir à escolha, no âmbito do Direito, é, justamente, a discricionariedade.”

²⁵ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. Op. cit., p. 420.

outros problemas para o Direito, ao permitir uma abertura valorativa²⁶. Aliás, ao invés de superarem a discricionariedade própria do juspositivismo, que deixa uma margem de ação subjetiva ao juiz no ato decisório, o neoconstitucionalismo, no Brasil, foi responsável pela inserção de uma forma de atuar, por parte do magistrado, baseada na valoração, que pode ser realizada por intermédio dos princípios, já que esses, para tal corrente, seria uma forma de abertura para a identificação de valores²⁷.

Portanto, sob o ponto de vista do neoconstitucionalismo, na sua expressão à brasileira, princípios são valores. O problema disso? Discricionariedade, falta de tecnicidade, baixa densidade normativa, insegurança jurídica. O problema maior disso? Enfraquecimento do arranjo democrático, uma vez que o Direito deixa de ser um sistema racional baseado em fundamentação no código lícito/ilícito, passando a ser o produto de moralidades pessoais do intérprete.

É em razão disso que os princípios devem ser captados sob o paradigma do pós-positivismo. Cabe aqui uma explicação breve. O pós-positivismo é um conceito que tem sido utilizado para conformar diferentes correntes, sendo que até mesmo autores neoconstitucionalistas, não raro, autodenominam-se pós-positivistas. A concepção de pós-positivismo que utilizamos neste trabalho é aquela que “[...] consiste em paradigma que analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade [...]”²⁸ e, mais que isso, “O pós-positivismo somente se consolida(rá) a partir da intersubjetividade, em que, na especificidade do Direito, a estrutura externa provoque constrangimentos e controles à subjetividade. Pós-positivismo e hermenêutica, nesse sentido, andam lado a lado”.²⁹

Portanto, é sob esse ponto de vista que se compreende o paradigma do pós-positivismo. E, entendido assim, implica reconhecer, via de consequência, que princípios não são valores, como admitido por autores neoconstitucionalistas, que muitas vezes utilizam o termo “princípio” para fabricar uma “fundamentação” que, em verdade, está calcada em simples axioma ou qualquer outro tipo de álibi retórico destituído de normatividade³⁰.

Uma vez superada a questão do que não são princípios, cabe expor, pois, o que são princípios, em sua autenticidade e, em seguida, apresentar uma breve diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política.

Os princípios jurídicos ocupam um espaço importante no Direito, com impactos profundos sobre a sua própria concepção. Claro que as discussões sobre princípios não

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: Op. cit.

²⁸ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. Op. cit., p. 420.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: Op. cit., p. 358.

³⁰ Sobre o tema, conferir estudo aprofundado nos Verbetes *pamprincipiologismo e Valores* em: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: Op. cit.

surgiram com Dworkin, tampouco apenas na segunda metade do século XX. Mas o debate Hart-Dworkin mostrou um importante campo de análise a partir dos princípios jurídicos, principalmente na diferenciação entre regras e princípios. O espaço deste trabalho não comporta uma discussão aprofundada sobre todas as concepções existentes sobre princípios jurídicos. Dessa forma, após apresentar uma visão sobre o que não pode ser considerado princípio, passa-se a conceituar o que se entende como uma expressão autêntica de princípios.

Assim, pode-se assumir que, no plano de uma perspectiva pós-positivista, os princípios são padrões dotados de normatividade e, conforme Dworkin³¹, devem ser observados “[...] não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” Acresce-se a isso um elemento relevante e fundamental para a conceituação de princípios jurídicos que é, conforme Streck, o papel de “fechamento interpretativo” conferido aos princípios, isso porque, evidentemente, eles “instituem o mundo prático do Direito”, sendo que, a toda evidência, eles apreendem o “[...] conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade”³².

Sob esse viés, os princípios apresentam-se, na contemporaneidade, como uma forma de afastar a discricionariedade, porquanto, ao exigir responsabilidade do juiz na aplicação do direito, deve prevalecer, na sua concretização, os ideais de integridade e coerência, em nítida contrariedade à prevalência de voluntarismos do julgador. Isso porque “[...] no Constitucionalismo Contemporâneo, marcadamente pós-positivista, não há mais espaço para os princípios gerais do direito, que não passam de axiomas com finalidades próprias do positivismo do século XIX³³.” É que os princípios gerais do direito permitiam ao juiz decidir de forma discricionária. Os princípios autênticos – ou princípios constitucionais – próprios do Constitucionalismo Contemporâneo, ao contrário, requerem uma fundamentação densa, no sentido de demonstração que se trata de padrões compartilhados pela comunidade política.

Assim, como será demonstrado adiante, não é possível caracterizar a inovação como princípio jurídico.

Em verdade, se no Judiciário brasileiro os princípios já são marcadamente manejados pelo seu uso abusivo, não raro utilizados a partir de construções com elevada carga de discricionariedade, é possível supor a problemática advinda com a colocação, no texto constitucional, de tal “princípio” que, como visto, está desprovido de normatividade. Não

³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36.

³² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: Op. cit., p. 393.

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012. p. 133.

bastasse o pamprincipiologismo³⁴ próprio que configura a práxis jurisprudencial, tem-se, agora, uma tentativa de positivação, em nível constitucional, de mais um elemento para dificultar a racionalidade do sistema jurídico, enfraquecendo-o e aumentando, potencialmente, a possibilidade de discricionariedade nas decisões.

Por fim, cabe salientar que princípios são diferentes de política (*policy*) e esse ponto é fundamental para a apreciação do conceito de inovação, constante na PEC. A propósito, Stephen Guest foi certo e conciso na diferenciação: “Em linhas gerais, princípios descrevem direitos e políticas descrevem metas.³⁵” Nessa diferenciação, quando pensamos em decisões judiciais, ou seja, na aplicação própria do Direito, são os princípios que ganham o *status* de legitimidade para servirem como padrão de decisão. Isso significa que as decisões judiciais são construídas, quando for o caso, a partir de princípios, não de política³⁶. Nessa linha, como destaca Francisco Motta, no contexto de uma leitura dworkiniana “[...] os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum”³⁷.

Na esteira do que até aqui foi exposto, cabe agora, na próxima seção, examinar a problemática inserção da inovação, como princípio, no artigo 37 da CF.

4 OS PERIGOS DA RECEPÇÃO DO “PRINCÍPIO” DA INOVAÇÃO COM PRINCÍPIO

Não é o propósito se apoderar do significado da expressão “inovação”. Contudo, a própria justificativa, já examinada, assim como a tradição do uso linguístico, permite a compreensão que estamos tratando do estabelecimento de uma meta de aprimoramento da Administração Pública. Nas palavras do Ministro da Economia, a inovação deve ser “valorizada e almejada pela Administração por seus agentes”³⁸. Ora, resta evidente que não se trata de princípio, nos termos delineados no tópico anterior, sendo, no máximo, uma diretriz para o Poder Público, que sempre vai depender, para inovar, do respeito aos propósitos constitucionais e do respeito ao Estado Democrático de Direito, visto que esse deve ser o paradigma de atuação administrativa.

É possível que parcela dos juristas desdenhe da discussão que aqui se propõe, por compreender que não há exatamente um embaraço na recepção da inovação como princípio.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: Op. cit.

³⁵ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 64.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

³⁷ MOTTA, Francisco José B. *Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Unisinos, São Leopoldo, 2009. p. 116.

³⁸ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Op. cit.

Todavia, supõe-se que tal problemática se revelará importante no futuro, quando se manifestarem as incompreensões de futuras decisões judiciais, que sustentarem a inovação como princípio ou a “ponderarem” com outros padrões normativos. Quando se permite que magistrados decidam por política, é o próprio Estado de Direito e a democracia que estão em jogo.

Aliás, a prática jurídica no Brasil ainda guarda um apego ao superado paradigma filosófico da consciência. O esquema sujeito-objeto, subjacente à filosofia do sujeito, apresenta sinceras relações com posturas solipsistas e, no Direito, mais especificamente, com o positivismo e, conseqüentemente, com a aposta na discricionariedade³⁹. Por isso, é fundamental a verificação, quando alguém argumenta a partir de um determinado “princípio”, se estamos realmente tratando de um princípio, na acepção desenvolvida anteriormente. Ou, de outro modo, se o falante está se valendo de um álibi retórico, a partir do uso performático de um enunciado, situação que blinda o argumentante da crítica⁴⁰ e o afasta, definitivamente, de qualquer possibilidade de intersubjetividade.

Assim sendo, a recepção da inovação como princípio, caso aprovada a PEC em estudo, agrava os riscos à autonomia do Direito, ao permitir que o próprio texto constitucional ofereça um recurso retórico, disfarçado de princípio, que, ao fim e ao cabo, estimula a discricionariedade. Isso, pois não há como fechar a interpretação quando a argumentação jurídica se vale de um “princípio” que não é princípio.

Ademais, a inovação está muito mais atrelada à concepção de Governo (política) do que de Administração Pública. A função política ou de governo pode ser exemplificada com a edição de “atos decisórios que implicam a fixação de metas, de diretrizes ou de planos governamentais”, que serão “executados pela Administração Pública”⁴¹. A recepção da inovação como princípio, portanto, não se cinge à atuação do Estado-Juiz, com reflexos na própria concepção do Direito Administrativo, especialmente no sentido e alcance da Administração Pública. A inovação, caso concebida como princípio, também pode ser utilizada como subterfúgio para administradores públicos se afastarem dos controles do regime publicista, a fim de pretensamente “inovarem”. Em outras palavras, a inovação como princípio pode representar uma fuga do regime administrativa e dos controles inerentes, criando um ambiente propício ao desvio de finalidade da ação administrativa, o que é contraditório com o próprio discurso reformista de combate à corrupção.

Também é prudente rememorar a atividade controladora do Estado – controle externo e interno. Isso, pois, caso recepcionem a inovação como princípio, sujeitam-se, da mesma forma, a proferirem decisões discricionárias, pautadas em argumentos de política. A atividade fiscalizatória do Estado já possui um vasto leque de atribuições constitucionais

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 70.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Op. cit.*, p. 58.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 74-76.

e, por vezes, definem sua pauta fiscalizatória com fundamento, justamente, nos princípios da Administração Pública, visto que dotados de normatividade. É legítimo que a atividade controladora fiscalize atos da Administração Pública a partir do “princípio” da inovação? Ou será que é possível presumir que há riscos de que a atividade controladora colonize a Administração Pública, definindo quais deveriam ser suas medidas inovadoras, sob o manto desse “novo” “princípio”?

Modificar o texto constitucional exige responsabilidade. Não se “criam” princípios do dia para a noite, tampouco se imagina que tais padrões normativos possam ser definidos de forma voluntarista e impositiva, como intenta a proposta do Governo Federal.

É preciso que fique claro que não se está criticando ações administrativas que busquem dotar a Administração Pública de ferramentas que propiciem um atuar administrativo mais consentâneo com a complexidade dos tempos atuais. Não é esta a crítica. A propósito, tais medidas seriam necessárias para alavancar programas sociais e políticas públicas que se fazem necessárias de acordo com a Constituição compromissória de 88, que determinou a concretização de direitos sociais. Contudo, tais ações podem ser implementadas pontualmente, via legislação, com propósitos específicos e de acordo com os pressupostos constitucionais.

O problema é querer imprimir na Constituição um conceito aberto, a pretexto de princípio, porém sem amparo de normatividade. Isso apenas gerará insegurança jurídica e incertezas, seja para a própria administração, seja para as atividades de controle. Afinal, o que seria a inovação? Inovação seria obrigar todas as esferas administrativas a implantar integralmente tecnologias para dotar de poder os setores de arrecadação? Ou seria uma forma de conferir um estofado de “princípio constitucional” para uma precarização das relações de vínculos entre servidores e a Administração? Ou seja, tais elementos denunciam a impropriedade da modificação pretendida, porquanto destituída das características próprias de um princípio.

Ademais, outro fator nitidamente preocupante diz respeito ao danoso uso de axiomas (sem normatividade) como discursos ocultos dentro da seara da discricionariedade administrativa. Nesse ponto, calha uma reflexão além da dogmática administrativista, a fim de perceber o problema que não ocorre apenas no âmbito judicial, mas que tem pertinência direta com a atuação do administrador público. Sabe-se que ainda é persistente, entre boa parte da doutrina administrativista, a concessão com alguma forma de discricionariedade a ser exercida, na ponta, pelo administrador público. Ocorre que, tendo em vista o paradigma apropriado por este estudo, entende-se que no Estado Democrático de Direito a discricionariedade administrativa perde espaço, porquanto a resposta passa a ser perseguida como base no próprio Direito, na Constituição em última instância, por intermédio da fundamentação, que deve levar em consideração a integridade do Direito (Dworkin).

Disso resulta a importância da diferença entre princípios autênticos (os princípios constitucionais, conforme Streck⁴²) e os axiomas que não podem ser considerados princípios. A propósito, consoante Balera⁴³, há um risco inerente “[...] do recurso ao arcabouço principiológico como instrumento retórico à motivação rasa de soluções de questões jurídicas complexas no âmbito da Administração Pública.” A positivação do “princípio” da inovação, de acordo com as características já expostas, é expressão própria desse risco de utilização do uso retórico por intermédio da discricionariedade no âmbito da administração. Consequência disso seria “[...] a perda da força normativa da Constituição, a partir do momento que são mantidas esferas intangíveis ao controle jurisdicional, por exemplo, do mérito do ato administrativo e pelo uso dos princípios à abertura dos segmentos decisórios ao administrador público.”.

Como se vê, a proposta de positivação do “princípio” da inovação no texto constitucional tem o condão de, ao mesmo tempo, abalar dois pontos elementares do Estado de Direito, que são a discricionariedade administrativa e a discricionariedade judicial. Ela seria o combustível próprio a animar o agir discricionário e subjetivo. Contudo, como já deve ter ficado claro, ambas as discricionariedades – judicial e administrativa -, estão fora do Direito. É verdadeiramente nesse sentido que Abboud⁴⁴ se vale da frase de Kenneth Culp Davis⁴⁵ para dizer que “*Where law ends, discretion begins*”⁴⁶.

Calha referir que a proposta, além de, tecnicamente, querer forçar, via constituição, uma concepção que não se enquadra como princípio – no caso, o “princípio” da inovação -, também buscou incorporar outros elementos que buscam conformar, em realidade, uma nova concepção de Estado, não obstante ser discutível sua própria constitucionalidade. Trata-se princípio da subsidiariedade, que certamente tem uma finalidade bastante própria. Com efeito, segundo Gilberto Bercovici⁴⁷, “Não custa lembrar aqui que o tal “princípio da subsidiariedade” nada mais é que a preponderância do setor privado. Assim, o Estado auxiliaria e supriria a iniciativa privada em suas deficiências e carências, só a substituindo excepcionalmente. A atuação do Estado seria a exceção, não a regra.”

O que o autor relata é uma clara inversão do papel do Estado, sendo duvidosa até mesmo sua constitucionalidade. Uma vez que a Constituição de 88 é um Documento Diri-

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: Op. cit.

⁴³ BALERA, José Eduardo Ribeiro. Discricionariedade administrativa e responsabilidade decisória: uma leitura contemporânea. *Revista Direito em Debate*, v. 28, n. 52, p. 125-142, 2019.

⁴⁴ ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas câmara sobre penhora on-line. *Revista de Processo*, v. 25, p. 1-8, 2016.

⁴⁵ DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice*: a preliminary inquiry. Louisiana: Louisiana University Press, 1977. n. 1. p. 3.

⁴⁶ Tradução nossa: Onde o Direito termina, a discricionariedade inicia.

⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. A administração pública dos cupons. *Consultor Jurídico*, 6 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 08 out. 2020.

gente (Canotilho), com uma marca compromissória, a inversão do papel do Estado, como pretende a reforma, por um lado, mostra-se em desacordo com o projeto inicial da constituição e, de outro, transparece a finalidade da proposta, se lida em sua inteireza. De fato, entende-se que os objetivos constantes no art. 3º da Constituição Federal não conformam uma desidratação do Estado-Administração da forma como é apresentada na proposta. Aqueles objetivos citados, obviamente, precisam de instituições capazes de formular e concretizar políticas públicas. A minimização do Estado é totalmente contrária a essa finalidade⁴⁸.

Por isso se faz necessário uma análise do discurso da reforma, visto que permite, na sua totalidade, conceber uma ideia central que dá suporte ao projeto que se pretende. A criação de um tal “princípio” da inovação, numa abordagem mais ampla da Reforma, parece ser uma forma de já previamente garantir reformas posteriores, via legislação infraconstitucional, no sentido de concretizar o que se pretende com o “princípio” da subsidiariedade, ou seja, uma atuação excepcional do Estado.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo analisar um ponto específico da Proposta de Emenda Constitucional visando à Reforma Administrativa, qual seja, o impacto da positivação da inovação como “princípio” no art. 37 da Constituição Federal.

Primeiramente, a partir da análise do discurso, buscou-se examinar o que há de subjacente na linguagem versada pelo Ministro da Economia, na justificativa apresentada para reformar o texto constitucional. O que se pretende, em linhas gerais, é uma aproximação do Estado à lógica empresarial, a partir do ainda vivido viés neoliberal. A CF novamente é utilizada como alibi, como se o desafio de concretizar justiça social sempre estivesse a depender de reformas, que alimentam a esperança da sociedade, mas, na realidade, servem mais para procrastinar soluções efetivas.

Após, na segunda seção do artigo, pretendeu-se estabelecer a necessária diferença entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo, a fim de denunciar como a concepção do neoconstitucionalismo à brasileira trata os princípios na acepção de abertura para a valoração. Desse modo, mostramos o que pode ser entendido como princípio e o que não é um princípio autêntico. Por fim, estabelecemos uma diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política, a fim de podermos esmiuçar, na terceira seção, a natureza do axioma inovação proposto pela reforma.

⁴⁸ Conforme Streck: “No Brasil – e aqui aparece mais claramente a necessidade de uma Teoria da Constituição (Dirigente) Adequada -, a Constituição aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo Direito (nesse sentido, o núcleo político essencial da Constituição que aponta para a construção de um Estado Social).” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 125-126.

Nesse sentido, concluiu-se que inovação não se trata de um princípio jurídico. Com base nisso, foram consideradas as consequências negativas com a inadequação da proposta analisada. De fato, a positivação da inovação conseguiria alimentar dois tipos de discricionariedade: a judicial e a administrativa, em verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, fundamentou-se a impossibilidade de existência de discricionariedades em uma verdadeira democracia.

Além disso, procurou-se demonstrar que a inserção da inovação na Constituição está associada a um projeto de inversão do papel do Estado-Administração, sendo discutível a sua própria constitucionalidade, tendo em vista o ideal compromissório da Carta de 88.

A título de conclusão, com o presente trabalho pretendeu-se demonstrar que não se trata de negar a introdução de ferramentas capazes de favorecer o funcionamento da máquina estatal, sob uma ideia de “inovação”. Isso, na verdade, deve ser continuamente perseguido. No entanto, programas dessa natureza podem ser construídos a partir de leis pontuais ou por intermédio de atos administrativos próprios para esse tipo de medida. O que se entende como erro, com repercussões negativas para a Autonomia do Direito, é a tentativa de positivar “princípio” que não contempla os elementos dessa forma de padrão jurídico de decisão.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. *Revista de Processo*, v. 25, p. 1-8, 2016.

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BALERA, José Eduardo Ribeiro. Discricionariedade administrativa e responsabilidade decisória: uma leitura contemporânea. *Revista Direito em Debate*, v. 28, n. 52, p. 125-142, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. A administração pública dos cupons. *Consultor Jurídico*, 6 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Questões sobre a Reforma Administrativa. *Caderno do MARE*, n. 10, 1995. p. 22. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno10.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020*. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ki4d601uszst1c-19zd22ydckh2211333.node0?codteor=1928147&filename=Tramitacao-PEC+32/2020. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 28.178/DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 7 out. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308013235&ext=.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Louisiana: Louisiana University Press, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MOTTA, Francisco José B. *Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Unisinos, São Leopoldo, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 1, p. 54, 2018.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Ranking de Transparência no combate à Covid-19*. S.d. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/>. Acesso em: 10 out. 2020.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

A URGÊNCIA DA REGULAÇÃO E DO FOMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

CRISTINA BORGES RIBAS MAKSYM

Mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Professora no curso de Direito da Faculdade de Pinhais
Pesquisadora no Centro Universitário Autônomo do Brasil

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Inteligência artificial: o que é, como funciona e quais suas funções? 3 Regulação das tecnologias à luz do princípio da precaução. 4 Estado-empendedor e IA. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A análise dos impactos da inteligência artificial (IA) no Direito é uma discussão atual e constante. Não se trata apenas de um modismo, uma vez que ainda que se queira fechar os olhos, a verdade é que as novas tecnologias com uso massivo de dados e IA estão presentes em nossas atividades diárias, assim como estão em metade dos Tribunais brasileiros e também disseminadamente na Administração Pública, tanto nos serviços e políticas públicas, mas especialmente nas atividades de controle.

Analisar o tema sob diversos vieses, portanto, se torna imprescindível, principalmente porque há muitas dúvidas ainda não esclarecidas.

Neste contexto, a IA tem sido tratada em regra como um “grande mantra e símbolo do refinamento conceitual da sociedade pós-industrial no século XXI”. É vista também com bastante otimismo e defendida por entusiastas dado seu enorme potencial. Por outro lado, muitas problematizações também são feitas quanto a sua aplicação ter de respeitar à ética e à dignidade humana, pois a IA tende a “escancarar as inconsistências do agir social”.¹

¹ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Inteligência artificial entre estratégias nacionais e a corrida regulatória global: rotas analíticas para uma releitura internacionalista e comparada. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 76, p. 229-256, jan./jun. 2020.

Mas é necessário analisar esta inovação não somente sob o enfoque de suas capacidades ou sobre a necessidade de que suas aplicações respeitem certos princípios e direitos básicos (*soft law*). É preciso analisar a necessidade de uma regulação à luz do princípio da precaução considerando os danos irreversíveis que já despontam e demais que ainda podem surgir (*hard law*). Isso considerando que o objetivo do Estado brasileiro não é apenas o progresso tecnológico ou o respeito à livre iniciativa, mas também o desenvolvimento sustentável.

Com isso, não se nega a potencialidade do uso da inteligência artificial, muito menos se pretende repeli-la, mas o que se fundamenta é que a sua regulação não só é necessária como é urgente, assim como seu fomento combinado com a utilização de estratégias coordenadas para uma aplicação e desenvolvimentos seguros desta pelo Poder Público.

E em razão destas necessidades, o objetivo da presente pesquisa consiste em analisar se o Estado brasileiro tem tido iniciativas de regulação, planejamento e fomento estatal para uso desta tecnologia. Neste contexto, analisa-se primeiramente de que se trata a inteligência artificial e quais têm sido suas aplicações (item 2), para depois verificar as iniciativas brasileiras e a necessidade tanto de sua regulação (item 3) quanto do seu fomento (item 4).

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O QUE É, COMO FUNCIONA E QUAIS SUAS FUNÇÕES?

A Carta Ética Europeia sobre o uso de inteligência artificial (IA) explica que esta ferramenta permite que determinadas tarefas antes realizadas por seres humanos passem a ser realizadas de forma automatizada. Inteligência artificial, portanto, é a atribuição de uma tarefa antes humana a uma máquina.²

IA, entretanto, não é um item único e homogêneo, mas um conjunto de ciências e técnicas (matemática, estatística e ciência da computação) utilizadas conforme pré-configuração e vontade humana que não produz inteligência em si, mas um conjunto de observações (entrada) e resultados (saída).³ Ou seja, se refere a máquinas ou softwares que são capazes de aprender algo para fins de agir ou indicar uma resposta ou ação.⁴ São capazes,

² CEPEJ. *Charte éthique européenne d'utilisation de "l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*. Adoptée lors de la 31ème réunion plénière de la CEPEJ, Strasbourg, 3-4 décembre 2018. p. 36-45.

³ CEPEJ. *Charte éthique européenne d'utilisation de "l'intelligence artificielle...* Op. cit., p. 36-45.

⁴ MARTINS, Humberto. A Constituição federal de 1988, o sistema de justiça e a inteligência artificial: conciliar a dimensão jurídica com a ética. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luis de Almeida. *Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 297-309.

enfim, de selecionar, recortar e organizar um grande volume de dados disponíveis (*big data*) de forma a indicar, através do uso de algoritmos (um conjunto de instruções ou regras), uma solução ou resposta.⁵

Seu funcionamento, assim como sua concepção, também é variado. Inicialmente a máquina aprendia através de algoritmos oferecidos por um agente externo, um programador. Atualmente, contudo, a própria máquina já pode oferecer estas regras e algoritmos, pois esta é capaz de aprendê-los ao “estudar” os dados e encontrar os padrões, o que se denomina de *machine learning*. Este aprendizado pode ser supervisionado ou não por humanos, assim como pode em alguns casos apresentar opacidades.⁶

A inteligência artificial funciona, portanto, através da análise massiva de dados, processando informações presentes e passadas – de forma rápida e eficiente – e através deste processamento e do uso da matemática e da estatística pode apresentar em síntese duas funções: será capaz de prever uma situação futura (função de predição) ou tomar uma decisão (função decisória).⁷

Um exemplo da função preditiva é a análise massiva dos dados públicos (entrada) disponibilizados sobre os casos confirmados e de mortes pelo vírus Covid-19 no Brasil por um modelo de inteligência artificial criado por pesquisadores da Universidade Federal do Paraná, cuja análise (saída) apresenta estatisticamente a quantidade esperada de casos ou óbitos diários para duas semanas futuras. Referida análise automatizada poderia auxiliar o Estado no planejamento com a alocação prévia de recursos humanos e financeiros no combate à pandemia, além da respectiva tomada de decisão focada na prevenção do dano com políticas públicas respectivas.⁸

Outro exemplo da função preditiva é o uso de inteligência artificial para fins de confecção do plano diretor, uma vez que é possível a predição automatizada acerca do crescimento da cidade e análises artificiais baseadas neste prognóstico.⁹ E nesta linha têm-se inúmeros exemplos do uso da inteligência artificial com função preditiva na Administração

⁵ CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018.

⁶ VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas e GovTechs*. Porto Alegre, 2018. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do sul, p. 73-91.

⁷ CEPEJ. *Charte éthique européenne d'utilisation de "l'intelligence artificielle..."* Op. cit., p. 36-45.

⁸ Neste sentido: TOKARSKI, Jéssica. *Em duas semanas, mortes diárias por covid-19 no Brasil podem passar de 1.600, revela modelo da UFPR baseado em inteligência artificial*. 2020. Disponível em: <https://bityli.com/q2cMA2>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁹ Neste sentido: ZIEGLER, Maria Fernanda. *Uso de inteligência artificial pode tornar cidades mais agradáveis*. *Jornal da Unicamp*, 9 out. 2017. Disponível em: <https://bityli.com/XMD152>. Acesso em: 05 set. 2020.

Pública, a exemplo da Prefeitura de Curitiba-PR¹⁰; do Estado do Paraná¹¹; do Tribunal de Contas da União (TCU)¹² e da Receita Federal.¹³

E mesmo dentro de processos administrativos que passaram a ser obrigatoriamente digitais pelo Decreto n. 8.539/2015 é possível o uso da inteligência artificial com fins preditivos ou decisórios, por isso não surpreende que a ***1 Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal tenha aprovado*** o enunciado 12, segundo o qual “a decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação”. Nessa mesma linha é a previsão do direito à explicação da decisão automatizada no art. 20 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que está em conformidade com o já anterior art. 50 da Lei do Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) que exige que a decisão administrativa seja motivada.¹⁴

Mais arrojados são os projetos de monitoramento ou vigilância virtual como, por exemplo, um realizado em 2020 em São Luiz-MA que verificava e predizia o distanciamento social durante a pandemia do Covid-19 em locais públicos através de dados colhidos por *smart* câmeras.¹⁵

No Poder Judiciário a função preditiva também está presente, por exemplo, no programa de gestão processual “Bem-te-vi” do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que traz as principais informações dos processos conclusos em gabinete como o nome das partes, data

¹⁰ Neste sentido: CURITIBA. *Inteligência artificial faz triagem de pacientes com suspeita de Covid-19 em Curitiba*. 2020. Disponível em: <https://bitly.com/VpbCe8>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹¹ Uma ferramenta de inteligência artificial desenvolvida pela Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná (Celepar) foi lançada pelo Governo do Estado e disponibiliza cerca de 380 serviços de diferentes órgãos. Neste sentido: PARANÁ. *Paraná Inteligência Virtual* (PIÁ). S.d. Disponível em: <https://www.pia.pr.gov.br/pagina-39.html>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹² Robôs rastreiam diariamente o Diário Oficial da União (DOU) e o Comprasnet, site com licitações e contratações promovidas pelo governo federal, para alertar auditores do Tribunal sobre possíveis indícios de irregularidade em aquisições relacionadas à pandemia. Neste sentido: BRASIL. TCU. *Inteligência artificial auxilia fiscalização do TCU sobre compras relacionadas à Covid-19*. *Secom TCU*, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/inteligencia-artificial-auxilia-fiscalizacao-do-tcu-sobre-compras-relacionadas-a-covid-19.htm>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹³ O projeto Harpia concebido pela Receita para combater a sonegação fiscal no país faz uso de inteligência artificial para auxiliar os fiscais na identificação de possíveis fraudes. Neste sentido: SERPRO. *Receita Federal implanta, com apoio do Serpro, primeiros módulos do software de inteligência artificial*. *Comunicação Social do Serpro*, Brasília, 30 maio 2008. Disponível em: <http://intra.serpro.gov.br/noticias/receita-federal-implanta-com-apoio-do-serpro-primeiros-modulos-do-software-de-inteligencia-artificial>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *1 Jornada de Direito Administrativo aprova 40 enunciados*. 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-administrativo-aprova-40-enunciados>. Acesso em: 06 out. 2020.

¹⁵ VELSYS, Fábio dos Santos. *6º Seminário Internacional sobre análise de dados na Administração Pública*. Tribunal de Contas da União. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kILD30x6xdg&feature=youtu.be>. Acesso em: 30 set.2020.

de autuação ou assunto processual, além de permitir buscas.¹⁶ E há também programas com uso de IA no Poder Legislativo.¹⁷

Quanto à função decisória tem-se o “*software Victor*” no Supremo Tribunal Federal (STF), que detém este nome em homenagem ao ex-ministro Victor Nunes Leal e trata-se de um projeto desenvolvido em conjunto com a Universidade de Brasília (UnB) sob a coordenação do professor Fabiano Hartmann.¹⁸ O objetivo do projeto é sistematizar a jurisprudência do STF e facilitar a aplicação dos precedentes judiciais aos recursos com o uso de tecnologia.¹⁹

Em fase inicial, Victor “leu” 14.000 mil processos, classificando as peças, identificando os recursos extraordinários e pelo uso de algoritmos verificou quais estavam vinculados a determinados temas de repercussão geral (dados de entrada), encontrando “padrões de julgamentos” para os futuros recursos que ascenderem ao Tribunal (dados de saída).²⁰ Estes padrões são “aprendidos” pelo *software* com o uso de algoritmos e através desta leitura e resposta, Victor aumentará a eficiência e a velocidade de tramitação dos processos em até 2 (dois) anos.²¹

Em síntese, cabe ao Victor investigar se os recursos extraordinários estão vinculados a algum tema de repercussão geral e cumprem, portanto, o requisito determinado pelo art. 102, § 3º, da Constituição Federal. Importante salientar que a máquina não julga, mas indica tais caminhos, buscando antecipar ou prever juízos de admissibilidade quanto à vinculação a temas de repercussão geral, sendo seu resultado apenas “homologado” por uma pessoa. Por enquanto, o Victor verifica apenas os 27 temas mais recorrentes que representam 60% do total dos recursos extraordinários.²²

¹⁶ Neste sentido: BRASIL. TST. *Bem-te-vi*. S.d. Disponível em: enurtador.com.br/cuS47. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁷ O software Ulysses auxilia a distribuição de pedidos parlamentares entre as áreas de conhecimento da Consultoria Legislativa e está aprendendo a fazer tradução automática, reconhecer parlamentares em fotos e vídeos e responder perguntas de cidadãos. Neste sentido: BRASIL. Câmara dos Deputados. *Consultoria Legislativa da Câmara utiliza inteligência artificial para agilizar trabalhos*. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/assessoria-de-imprensa/568452-consultoria-legislativa-da-camara-utiliza-inteligencia-artificial-para-agilizar-trabalhos/>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁸ SILVA, Nilton Correia da. Notas iniciais sobre a evolução dos algoritmos do Victor: o primeiro projeto em inteligência artificial em supremas cortes do mundo. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia* – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁹ Neste sentido: BRASIL. STF. *Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial*. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443&ori=1>. Acesso em: 30 set. 2020.

²⁰ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018.

²¹ Neste sentido: BRASIL. STF. *Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial*. Op. cit.

²² Neste sentido: BRASIL. STF. *Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial*. Op. cit.

Para os criadores do projeto Victor seu uso resulta na materialização do princípio da eficiência, além da previsibilidade e padronização da jurisprudência. E semelhantes ao Victor já existem 72 projetos nos Tribunais brasileiros, conforme pesquisa da Fundação Getúlio Vargas- FGV.²³

Juarez Freitas na mesma linha, mas em relação à Administração Pública, destaca como a ciência da computação pode auxiliar no manejo de volumes gigantescos de dados, de um lado protegendo os dados sensíveis, e de outro auxiliando na tomada de decisão pública que vá além da mera análise reducionista monetária de custo-benefício e atinja, portanto, níveis aceitáveis de eficiência.²⁴

Contudo, apesar do seu potencial, a inteligência artificial apresenta problemas. O processamento dos dados pode revelar e manter indevidamente na predição alguma discriminação persistente na sociedade. O método, portanto, deve ter cautela e ética para não reproduzir, legitimar e agravar discriminações injustificadas.²⁵

O uso da inteligência artificial pode também favorecer instituições e pessoas com recursos tecnológicos que poderiam “manipular” um resultado desejado.²⁶ Neste sentido, já existem programas que buscam “adivinhar” o resultado de uma ação judicial e estes podem indicar a um advogado, por exemplo, o caminho estatisticamente mais adequado para ser vencedor numa causa. E isso transformaria o Direito em mero jogo a ser jogado.²⁷

Neste contexto, é importante ressaltar ainda que a inteligência artificial não deve ser vista como um grande oráculo que não se sujeita a interpretações equivocadas, uma vez que (i) esta não consegue fazer análises de valor, o que é relevante para a ciência do Direito que não admite mais a interpretação mecânica e exegética da lei, (ii) as estatísticas tratam de correlações (se A então B) e não de causalidades (se A deve ser B), o que também prejudica leituras jurídicas, e por fim (iii) as estatísticas também podem “mentir”, preocupação que não é irrelevante dentro de um cenário de pós-verdade.²⁸

²³ Neste sentido: FREITAS, Hyndara. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais. *Jota*, Brasília, 09 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/innov-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Acesso em: 30 set. 2020.

²⁴ FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

²⁵ CEPEJ. *Charte éthique européenne d'utilisation de "l'intelligence artificielle"*. Op. cit., p. 36-45.

²⁶ CEPEJ. *Charte éthique européenne d'utilisation de "l'intelligence artificielle"*. Op. cit., p. 36-45.

²⁷ HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. Regulação jurídica das novas tecnologias no Direito Administrativo brasileiro: impactos causados por Uber, WhatsApp, Netflix e seus similares. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 15, n. 3, p. 180-203, set./dez. 2019.

²⁸ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). *Autonomia Privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 333-349.

Como salienta Darell Huff em seu livro sobre como mentir com estatística, esta pode ser usada de forma corrompida em razão da pequena amostragem ou de tendenciosidade embutida para fundamentar argumentos desonestos. E esta mentira dentro de um programa de inteligência artificial seria mais grave, pois desconhecida e perdida na opacidade dos algoritmos ou na *machine learning*.²⁹

Referidos problemas têm sido enfrentados pelos especialistas que assinalam a necessidade de que o uso desta ferramenta deve observar princípios e direitos básicos. Fundamentam, assim, que o uso da inteligência artificial deve ser utilizado de forma ética e responsável, usando dados com fontes confiáveis sem violar os direitos fundamentais, focando-se nos objetivos constitucionais e especialmente de forma cautelosa para não adotar padrões discriminatórios fundados nos próprios dados sensíveis extraídos e analisados.³⁰

Em outras palavras, é sabido que o uso da IA trará inúmeros benefícios apenas se observar os direitos humanos ou fundamentais, além de inúmeros princípios jurídicos, dentre os quais os princípios da legalidade, da não discriminação e também da transparência e da rastreabilidade algorítmica.³¹

3 REGULAÇÃO DAS TECNOLOGIAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Como visto no item anterior é conhecido o entendimento de que o uso da inteligência artificial deve respeitar inúmeros princípios, mas que sua utilização não deve ser desconsiderada, tendo em vista seu enorme potencial mesmo no campo administrativo ou judicial.

Não há muitas divergências de que a inteligência artificial deve buscar reforçar as garantias do Estado de Direito e a efetivação de direitos fundamentais, assim como ser inclusiva e ter como foco o desenvolvimento sustentável. Quanto a sua regulação dura e mais específica sobre como alcançar tais resultados, contudo, é onde reside a controvérsia.

Ocorre que o Direito Administrativo justifica a possibilidade de regulação e intervenção estatal indireta na economia diante da impossibilidade ou incompetência do sistema de livre mercado de determinar os comportamentos ou as consequências desejáveis, o que gera as falhas de mercado como a não preservação da concorrência. Outra razão para a regulação está na necessidade de respeito, promoção e proteção dos direitos fundamentais em razão dos objetivos constitucionais de desenvolvimento sustentável.³²

²⁹ HUFF, Darell. *Como mentir com estatística*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

³⁰ CEPEJ. *Charte éthique européenne d'utilisation de "l'intelligence artificielle..."* Op. cit., p. 36-45.

³¹ CORVALÁN, Juan Gustavo. *Inteligencia artificial*: Op. cit., p. 295-316.

³² BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

Mas quando se discorre sobre regular uma nova tecnologia sempre há desconfiança de que a intervenção estatal seja autoritária e mais prejudicial do que benéfica em razão da possibilidade de sufocar precocemente uma inovação sobre a qual não se tem ainda previsibilidade. Argumenta-se, ainda, que a atividade regulatória não é inerente a respostas imediatas, pois demanda um processo longo, incluindo, por exemplo, a análise de impacto regulatório, o que acaba gerando a procrastinação estatal.³³

Neste ínterim, os gigantes da internet (Facebook, Google, Amazon, Twitter, Youtube, etc.) que se utilizam da inteligência artificial já se tornaram o próprio mercado e o dominam através de “monopólios”. Além de controlarem o mercado, estas plataformas possuem ainda uma gigantesca gama de dados pessoais dos seus usuários espalhados pelo mundo todo. Isso leva a duas inquietações: a primeira quanto ao uso dos dados dos usuários e a segunda de cunho político e democrático, dada suas tendências a controlar consciências, gerar interferências nas eleições e aumentar a polarização.³⁴

Isso porque estas plataformas digitais que se utilizam de inteligência artificial se baseiam na “economia de atenção” em que a audiência das pessoas é o maior bem em disputa. Quanto mais tempo as pessoas passam nestas plataformas, mais tempo estarão sujeitas à publicidade e a entrega de dados. A diferença entre estas plataformas e os serviços tradicionais (de som e imagem, por exemplo) é sua capacidade muito mais ampla de manipulação da individualidade e alteração de consciência.³⁵

Referidas plataformas podem interferir até no próprio futuro das pessoas ou nas suas opções de vida em razão da definição, classificação e julgamento realizado por algoritmos desconhecidos, que podem ser utilizados, por exemplo, numa seleção de emprego.³⁶

Neste contexto, a procrastinação regulatória da inteligência artificial beneficia apenas estas novas tecnologias e plataformas digitais, mas não necessariamente propiciará uma maior inovação ou concorrências saudáveis, muito menos um ambiente igualitário; pelo contrário permitirá o total domínio das grandes gigantes da tecnologia fazendo com que estas definam, inclusive, os comportamentos e escolhas humanas.³⁷

A questão, portanto, vai muito além de regular falhas de mercado ou sobre proteção de dados, mas traz a discussão temas ainda mais sensíveis como os direitos de personalidade e a sobrevivência da democracia. A aplicação da inteligência artificial pelo Poder Público traz ainda mais problemas, especialmente se for o caso de uso da função decisória, pois

³³ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Op. cit., p. 123-163.

³⁴ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. Op. cit., p. 333-349.

³⁵ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. Op. cit., p. 333-349.

³⁶ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. Op. cit., p. 333-349.

³⁷ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. Op. cit., p. 333-349.

como visto acima esta ferramenta não pode ser vista como um oráculo imune a equívocos por sequer ser capaz de realizar análises valorativas ou de causalidade.

Contudo, apesar destas inúmeras problemáticas, atualmente tem prevalecido a ideia de que havendo uma legislação geral sobre proteção de dados e também sobre o controle das notícias falsas, nas demais questões estas plataformas se autorregularão. Há no imaginário popular e também no meio científico a noção de que como estas empresas prestam serviços bons e baratos, seriam, portanto, capazes de se autorregularem.³⁸ A autorregulação é defendida em razão de que estas plataformas muitas vezes são capazes de gerar competição entre vendedores e regular preços, ofertar informações e publicizar a qualidade dos serviços.³⁹

Contudo, pensar num mercado que atue livre e independentemente - e que possa manipular dados pessoais de bilhões de pessoas - é um erro de proporções incalculáveis. Assim, ainda que a noção de autorregulação não deva ser desconsiderada, esta não deve afastar a necessidade de alguma, ainda que mínima heterorregulação sobre os algoritmos e a inteligência artificial.⁴⁰

Salienta-se que a ausência completa de regulação estatal é um apenas mito criado para a performance menos inibida das grandes corporações em mercados internacionais.⁴¹

Claro que não é possível pensar que as novas plataformas digitais de serviços que usufruem da inteligência artificial (*v.g.*, Netflix, Youtube, WhatsApp ou Uber) devam ser reguladas da mesma forma que os serviços tradicionais já existentes (*v.g.* serviços de som e imagem, telecomunicações e transporte) o que é tão equivocado quanto imaginar que por serem segmentos tão diversos não se submetem a qualquer regulação. A resolução pode estar em criar uma mesma regulação para ambos ou então à elaboração de uma nova regulação para as novas plataformas em conjunto com alternativas regulatórias para os serviços mais tradicionais sem que se gerem ônus ou benefícios exagerados para nenhum dos serviços. Com foco nas falhas do mercado, a regulação deverá, portanto, garantir uma concorrência minimamente saudável sem que sufoque as inovações.⁴²

Parte da solução pode também estar num marco geral sobre inteligência artificial, uma vez que esta inovação não pode servir de desculpa para desprezitar normas básicas que existem com intuito de se atingir um desenvolvimento sustentável e preservar a dignida-

³⁸ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. *Op. cit.*, p. 333-349.

³⁹ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. *Op. cit.*, p. 333-349.

⁴⁰ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. *Op. cit.*, p. 333-349.

⁴¹ SENA, Lucas. Regulação de novos mercados e inovação: uma abordagem a partir do Estado empreendedor e do interesse público. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 99-116, maio 2020.

⁴² FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. *Op. cit.*, p. 333-349.

de humana. Ou seja, a tecnologia não pode resultar em fuga à obediência de direitos de personalidade, concorrenciais, trabalhistas ou ambientais – como muitas vezes tem ocorrido.⁴³

No Brasil há algumas iniciativas de produção normativa e reguladora que tratam de temas próximos a inteligência artificial e as estas novas plataformas como o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) com previsões de neutralidade da internet e proteção de dados pessoais e também a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, Lei n. 13.709/2018) com a previsão da criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dado (ANPD) que deve elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação.

Há também normativas esparsas e setoriais como a Resolução n. 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que determina o respeito aos direitos fundamentais quando do uso da inteligência artificial pelos Tribunais brasileiros, sendo louvável a determinação de atuação comunitária e de padrão de interface entre os Tribunais, assim como de que a equipe responsável pela programação seja diversificada com intuito de evitar discriminações. A resolução prevê também o direito à explicação sem, contudo, restringir expressamente a substituição de decisões complexas que envolvam restrição ou negativa de concessão de direitos ou análise de valor e causalidade pela decisão automatizada, pois determina apenas a necessidade de supervisão. Também não veda expressamente o uso da IA para decisões em processos penais, embora recomende que este uso não deva ser estimulado.

Há ainda outras propostas em curso que circundam a temática como o Projeto de lei n. 2630/2020 (Lei das *Fake News*) que busca estabelecer normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, sobretudo no tocante à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação.⁴⁴ Mas especificamente quanto ao uso de algoritmos e de inteligência artificial a iniciativa legislativa tem sido tímida, com normas gerais e de pouco rigor técnico (*soft law*).⁴⁵

Assim, apesar destas normativas, não há legislação federal ou marco legal geral que regule especificamente o uso de algoritmos e da inteligência artificial, sequer uma proposta legislativa com regulação dura. E não há também coordenação centralizada com técnicos especializados por uma agência reguladora para o enfrentamento do tema como se nota na au-

⁴³ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. Op. cit., p. 333-349.

⁴⁴ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei n. 2630, de 2020*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://bityli.com/g2iHSd>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁴⁵ O projeto de lei n. 21/2020 quer instituir o Marco Legal da Inteligência Artificial no Brasil foi proposto pelo deputado Eduardo Bismarck (PDT-SP). Outros projetos são analisados em: PARENTONI, Leonardo Netto; VALENTINI, Rômulo Soares; ALVES, Tárk César Oliveira e. Panorama da regulação da inteligência artificial no Brasil: com ênfase no PLS n. 5.051/2019. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, e43730, maio/ago. 2020.

diência pública sobre a questão ocorrida em de 15 de outubro de 2018 em que erros crassos foram cometidos. Talvez com a criação da ANPD este cenário se altere, ainda que esta não tenha natureza de agência reguladora, nem trate especificamente de inteligência artificial.⁴⁶

Aliás, a própria LGPD já chegou com atraso, uma vez que diversos vazamentos de dados já ocorreram no país e culminaram em razão da ausência da regulação, na solução pela via da responsabilidade civil. É o caso, por exemplo, da Associação SOS Consumidor, que ingressou com uma ação civil pública contra o Facebook no Brasil pelo vazamento dos dados de 443 mil usuários brasileiros.⁴⁷ Situação semelhante a esta é a da ação civil pública intentada pelo Ministério Público em face da Microsoft para impedir que o sistema operacional de computador Windows 10 continue obtendo dados pessoais dos usuários sem seu expresse consentimento, além da pretensão jurídica de reparação por dano moral coletivo.⁴⁸

O fato é que a regulação estatal minimamente adequada sobre a inteligência artificial não pode consistir em meras previsões genéricas de respeito aos direitos fundamentais e de proteção de dados ou do direito à explicação da decisão automatizada, ainda que estas iniciativas sejam importantes e mereçam o devido reconhecimento. Também não é possível que as regulações sejam tratadas de forma setorizada ou sem planejamento coordenado ou com pouca tecnicidade.

Enfim, ainda se faz necessária uma regulação mais específica e dura sobre a inteligência artificial para que danos irreversíveis que atinjam grandes coletivos sejam evitados. É o caso do uso da inteligência artificial nos carros robóticos ou na área da saúde, assim como na forma manipuladora e polarizante dos algoritmos pelos titãs da internet. É preciso também que haja vedação legal expressa sobre o uso de decisões automatizadas substitutivas de decisões administrativas ou judiciais que envolvam análise de valor ou de causalidade, principalmente em processos penais.

É nesse contexto que se entende que a regulação pode ser realizada à luz do princípio da precaução para fins de evitar estes danos irreversíveis. Referido princípio que é a pedra fundamental de todo o Direito Ambiental se ajusta ao Direito Administrativo.⁴⁹

Este princípio dispõe que não é crível esperar que um dano ocorra para que somente depois se tutele o meio ambiente, determinando a recuperação do mesmo, especialmente

⁴⁶ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Inteligência artificial entre estratégias nacionais e a corrida regulatória global: Op. cit., p. 229-256.

⁴⁷ ASSOCIAÇÃO processa Facebook por vazamento de dados de usuários brasileiros. *Migalhas*, 20 abr. 2018. Disponível em: <https://bityli.com/z67Mje>. Acesso em: 09 abr. 2018.

⁴⁸ MPF entra com ação contra a Microsoft para que Windows 10 deixe de coletar dados dos usuários. *O Globo*, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://bityli.com/gD0Bs>. Acesso em: 09 abr. 2018.

⁴⁹ DIONISIO, Pedro de Hollanda. Princípio da precaução e contradições na regulação do risco: uma análise comparada entre Estados Unidos e Europa. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. *Regulação 4.0: novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. E-book.

porque muitas vezes a degradação será irreversível, ou seja, o meio ambiente degradado muitas vezes é irrecuperável. Assim, as atenções devem ser voltadas a um momento anterior ao dano, qual seja, o risco de degradação.⁵⁰

Neste contexto, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil (LPNMA, Lei 6.938, de 1981) inseriu como objetivos da política pública, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente, do equilíbrio ecológico e a preservação dos recursos ambientais. Assim, a prevenção, através do desenvolvimento sustentável, passou a ser positivada nessa lei pioneira da América Latina.⁵¹

A precaução (mais ampla que a prevenção), enquanto princípio, segundo Lemes Machado, ganhou força quando da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, reunida no Rio de Janeiro em 1992. Na Declaração da Rio 92 votaram-se 27 princípios, dentre eles o da precaução, segundo o qual a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente deve ser tomada antes de umnexo causal ter sido estabelecido com evidência científica.⁵²

Leite e Ayala resumem a questão afirmando que “o princípio da prevenção se dá em relação ao perigo concreto, enquanto, em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida ao perigo abstrato.”⁵³

Paulo de Bessa Antunes tem entendimento diferenciado fundamentando que proibir toda e qualquer atividade supostamente danosa ao meio ambiente, sob o fundamento de que não é necessária a certeza científica para tal proibição, seria uma aplicação maximalista do princípio da precaução. Antunes afirma que a incerteza científica não pode dar ao princípio da precaução a configuração de uma cláusula geral, aberta e indeterminada. Dispõe que na aplicação deste princípio é preciso definir qual o risco a ser evitado. Em outras palavras, fundamenta que o princípio da precaução não pode ser banalizado e que a única aplicação juridicamente legítima deste é aquela que leva em consideração as leis existentes no país e que determina a avaliação dos impactos ambientais de uma atividade.⁵⁴

Ou seja, segundo este entendimento não se pode aplicar o princípio da precaução como uma medida cautelar independente da natureza dos danos que devem ser evitados, o que seria uma posição maximalista. Uma posição minimalista, por sua vez, considera

⁵⁰ MILARE, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 756.

⁵¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 55.

⁵² LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental – do Individual ao Coletivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52.

⁵³ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 62.

⁵⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 29-45.

o desenvolvimento socioeconômico acima da sustentabilidade, pensamento que Antunes também refuta.⁵⁵

Para Bessa Antunes, portanto, deve-se adotar um pensamento intermediário para que se alcance um equilíbrio entre todos os aspectos envolvidos no caso concreto, privilegiando-se, assim, a racionalidade. Neste ínterim defende que deve haver uma possibilidade real e de existência concreta de danos para que se aplique o princípio da precaução e proíba-se, assim, a atividade poluidora.⁵⁶

Em que pese se discordar de Bessa Antunes quanto a sua aplicação deste princípio no Direito Ambiental, entende-se que este entendimento intermediário é bem-vindo e justificável no Direito Administrativo, especialmente para fins de regulação.

Isso porque é importante que a partir de danos individuais ou coletivos com possibilidade real de ocorrência pelo uso da inteligência artificial sejam feitas regulações com foco na precaução destes prejuízos. Assim, é imprescindível que considerando estes danos e problemáticas sejam realizadas análises de impacto regulatório por especialistas, audiências públicas e outros instrumentos que busquem identificar uma regulação adequada à inteligência artificial à luz do princípio da precaução.

Salienta-se que somente a proteção de dados não é suficiente para a defesa dos direitos fundamentais, da democracia e principalmente, para fins de se evitar danos irreversíveis pelo uso da inteligência artificial, pois como visto estas normativas não tratam de danos que podem ocorrer pelo uso de carros robóticos, da IA aplicada a área da saúde ou em decisões automatizadas e opacas.

Nesse contexto, Juarez Freitas salienta que “o desenvolvimento sustentável requer uma intervenção administrativa incisiva e coesa para garantir, às presentes e futuras gerações, o direito ao futuro”.⁵⁷ *É com foco neste fundamento que urge que a regulação da inteligência artificial vise o desenvolvimento sustentável e, portanto, tenha uma regulação estratégica multisetorial e coordenada, considerando seus impactos e vise concretizar efetivamente os direitos fundamentais das presentes e futuras gerações.*

Aliás, a fundamentação normativa para a aplicação do princípio da precaução no Direito Administrativo é embasada na previsão do art. 174 da Constituição Federal que prevê que o planejamento estatal é obrigatório, devendo ser voltado para o futuro com a intenção de que se atinjam os objetivos e metas constitucionais. E não há planejamento sem análise dos danos e respectiva precaução ou regulação. Ademais, há ainda a previsão do art. 6º,

⁵⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Op. cit., p. 29-45.

⁵⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Op. cit., p.29-45.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. Teoria da regulação administrativa sustentável. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 117-145, set./dez. 2015.

VII e VIII da LGPD que trata especificamente da necessidade de que o tratamento de dados observe o princípio da segurança e prevenção.

Em resumo, é urgente uma regulação dura de algoritmos e da inteligência artificial de forma a evitar ao menos por ora os danos irreversíveis utilizando-se de audiências públicas, análises de impactos prévias ou outros instrumentos, conforme previsão da LGPD, da Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) e da Lei 13.848/2019 (Lei das Agências), especialmente considerando que a ferramenta já está em franca utilização no mercado e no Poder Público.

4 ESTADO-EMPREENDEDOR E IA

Imprescindível ainda salientar que o que mais sufoca as inovações não é sua regulação, mas sim a ausência de empreendedorismo estatal nacional coordenado e pujante.

Neste contexto, Mazzucato salienta que há uma equivocada imagem de que o Estado é uma força paralisante, sendo apenas a atividade comercial dotada de força inovadora. Contudo, em seus estudos, a autora demonstra como os investimentos mais arriscados norteados de incerteza ou de inovação (como a tecnologia verde, internet, biotecnologia e nanotecnologia) não avocam a atenção de investidores privados, relegando ao setor público tal tarefa. E assim, por conseguinte, sustenta que o Estado não é mero facilitador do setor privado, nem intruso, mas opera em verdadeira parceria e como agente empreendedor.⁵⁸

A autora cita como exemplo o caso do “Iphone de Jobs” que só foi criado em razão de investimentos públicos. Exemplifica também o caso da indústria farmacêutica quando da produção de drogas revolucionárias, nas quais o investimento público é propulsor da inovação. Mazzucato destaca, enfim, que é preciso compreender esta função empreendedora do Estado para que o setor público possa realizar políticas mais adequadas e maximizar sua capacidade neste íterim.⁵⁹

Por conseguinte, se a intenção é fomentar a inovação e atingir o desenvolvimento sustentável quando se fala em inteligência artificial, o Estado brasileiro precisará fazer muito mais do que regular as novas tecnologias posteriormente a sua consolidação, precisará regulá-la antes para que danos irreversíveis não ocorram e mais será preciso fomentá-la de forma que não sejamos meros exportadores desta tecnologia e principalmente para que estas inovações sejam coordenadas e beneficiem a todos os cidadãos.

Um importante exemplo de fomento estatal para aplicação de IA é citado por Amy L. Stein e se refere ao seu uso no setor de energia elétrica com fins de reduzir as emissões

⁵⁸ MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014. p. 29; 33

⁵⁹ MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor*: Op. cit., p. 26.

de carbono e conter as mudanças climáticas de aquecimento global. Stein ressalta que esta aplicação além de ser menos controversa do que o uso de IA em processos administrativos ou judiciais, seu custo é também muito mais justificável e benéfico. Esta aplicação pode acelerar o desenvolvimento de tecnologias de energia limpa, melhorar as previsões de demanda de eletricidade e até permitir a descoberta de novas substâncias para uso em baterias que armazenam energia.⁶⁰

O uso de *machine learning* com função preditiva ou decisória neste setor pode também, por exemplo, auxiliar no projeto e operação do vento e também nas fazendas solares para tornar esses sistemas de energia renováveis muito mais eficientes na geração de eletricidade. Mas para que isso ocorra é imprescindível o financiamento público.⁶¹

Contudo, apesar da clara importância dos investimentos públicos para que as inovações ocorram, no Brasil assim como nos Estados Unidos, em razão de uma orientação atual liberal de mercado, não há um programa estatal pujante ou uma estratégia coordenada que gere tais investimentos para o setor de inteligência artificial, sequer na Estratégia Brasileira para Transformação Digital normatizada pelo Decreto n. 9.319/2018 do Executivo Federal.⁶²

Atualmente as políticas no tema competem a Secretaria de Tecnologias Aplicadas, órgão do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e há um projeto neste sentido em parcerias público-privadas visando promover a criação de Centros de Pesquisas Aplicadas em Inteligência Artificial. Entretanto, não há informação se houve interessados, se as propostas envolvem planejamentos coordenados, sequer se alguma proposta foi aprovada.⁶³

Quanto ao uso da inteligência artificial diretamente pela própria Administração Pública brasileira, esta já o vem utilizando em certa escala, mas como acima destacado isto está ocorrendo de forma setorizada e sem coordenação ou planejamento central. A Administração, portanto, enfrenta diversos problemas para o uso desta ferramenta. Um destes é a ausência de uma base de dados suficiente para formação do *big data*, pois não há compartilhamento entre os entes pertencentes ao Poder Público ou estes dados não detêm interoperabilidade em razão da diversidade de sistemas. Isso gera dificuldades, pois como dito a máquina só aprenderá o que estiver na base de dados e se a base é ruim, não há como se aplicar com segurança uma inteligência artificial. Outra dificuldade é capacitar os agentes públicos para que estes possam identificar oportunidades de utilização desta tecnologia.⁶⁴

⁶⁰ STEIN, Amy. Artificial intelligence and climate change. *Yale Journal on Regulation*. New Haven, Connecticut, v. 37, issue 3, p. 890-939, 2020.

⁶¹ STEIN, Amy. Artificial intelligence and climate change. Op. cit., p. 890-939.

⁶² POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Inteligência artificial entre estratégias nacionais e a corrida regulatória global: Op. cit., p. 229-256.

⁶³ PARENTONI, Leonardo Netto; VALENTINI, Rômulo Soares; ALVES, Tárík César Oliveira e. Panorama da regulação da inteligência artificial no Brasil: Op. cit.

⁶⁴ VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas e GovTechs*. Op. cit., p. 73-91.

O Decreto Federal n. 10.046/2019 que institui o “cadastro base do cidadão” traz algumas soluções neste sentido, mas além destas soluções serem frágeis são referentes apenas ao âmbito federal, ou seja, desconsideram a necessidade de interoperabilidade dos dados entre União, Estados e municípios. Além disso, referido Decreto só poderá ser aplicado naquilo que estiver em consonância com a LGPD, o que é mais um limitador.⁶⁵

O Decreto n. 10332/2020, por sua vez, traz uma boa meta, pois institui novas estratégias de governo digital para o período de 2020 a 2022 e contém a previsão de aplicar recursos de IA em, no mínimo, doze serviços públicos federais. Ressalta-se, contudo, que apesar da iniciativa ser louvável, não será o número de projetos que determinará o sucesso da aplicação de IA em serviços públicos e sim se seu uso levará em conta os custos-benefícios, um atendimento universalizado e igualitário à sociedade, a resolução dos problemas mais graves e críticos que necessitam de tecnologia, assim com o foco num desenvolvimento sustentável.

Assim sendo, enquanto o Brasil segue quase omissivo no planejamento coordenado para uso da IA, outros países estão investindo em novas tecnologias e na aplicação da inteligência artificial não só para atividades econômicas, mas também para políticas e serviços públicos.

O Canadá, por exemplo, lidera globalmente neste tema, tendo iniciativas de estudo e aplicação desde 1970, embora especificamente quanto ao fomento e a regulação estatais as iniciativas sejam bem mais recentes, tendo resultado na Declaração de Montreal como um instrumento importante, embora não vinculante, sobre o uso humanista da IA. O Reino Unido tem proposta de regulação e fomento desde 2018. A China, por sua vez, possui projeto estatal agressivo para se tornar líder no mercado de inteligência artificial até 2025, embora não trate de regulação, nem de segurança.⁶⁶

Os Estados Unidos da América, por meio de um memorando da Casa Branca, propuseram em 2020 um guia para as agências setoriais poderem elaborar a regulamentação sobre IA através da indicação de dez princípios a serem seguidos, sendo um deles o de análise e gerenciamento de riscos.⁶⁷ Por fim, a União Europeia que tem forte fomento na área, apresentou também no início de 2020 uma proposta de regulação para análise popular antes de conversão legislativa.⁶⁸

⁶⁵ VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas e GovTechs*. Op. cit., p. 73-91.

⁶⁶ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Inteligência artificial entre estratégias nacionais e a corrida regulatória global*. Op. cit., p. 229-256.

⁶⁷ Os princípios são: (i) confiança pública na IA; (ii) participação do público; (iii) integridade científica e qualidade de informação; (iv) avaliação e gerenciamento de riscos; (v) custos e benefícios; (vi) flexibilidade; (vii) justiça e não discriminação; (viii) divulgação e transparência; (ix) segurança e proteção; e (x) coordenação interinstitucional. BRASIL. Participa.br. *Estratégia brasileira de inteligência artificial*. S.d. Disponível em: <https://bityli.com/PqDqQ2>. Acesso em: 06 out. 2020.

⁶⁸ BRASIL. Participa.br. *Estratégia brasileira de inteligência artificial*. S.d. Disponível em: <https://bityli.com/PqDqQ2>. Acesso em: 06 out. 2020.

5 CONCLUSÃO

As novas tecnologias suscitam novamente a questão sobre o papel do Estado. E embora haja muita discussão sobre isso, especialmente com o crescimento de correntes neoliberais, não há como se negar, apesar da irrisignação de alguns, que a Constituição Federal de 1988 é intervencionista e social⁶⁹, pelo que o Estado deve observar o interesse público, representar os interesses da coletividade e ter uma atuação direta em prol da concretização dos direitos fundamentais econômicos e socioambientais.⁷⁰

Para alcançar estes, dentre outros objetivos constitucionais, é fundamental, portanto, que haja planejamento por parte do Poder Público. E planejar engloba a regulação e o fomento de novas tecnologias.

Por conseguinte, através da pesquisa realizada, conclui-se que é necessário tanto um Estado-regulador que evite danos irreversíveis quanto um Estado-empresendedor que fomente a aplicação da inteligência artificial nas atividades econômicas e para que a utilize nas políticas e serviços públicos, tendo em vista seus potenciais de garantir mais eficiência. Por ora, o Estado brasileiro está sendo quase omissivo, pouco regulando, pouco fomentando e pouco planejando e por consequência ficando cada vez mais distante de atingir seus objetivos constitucionais numa sociedade que no século XXI, além de ser de risco, já é algorítmica.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ASSOCIAÇÃO processa Facebook por vazamento de dados de usuários brasileiros. *Migalhas*, 20 abr. 2018. Disponível em: <https://bityli.com/z67Mje>. Acesso em: 09 abr. 2018.

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

BRASIL. TCU. Inteligência Artificial auxilia fiscalização do TCU sobre compras relacionadas à Covid-19. *Secom TCU*, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://bityli.com/tBfBsS>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. TST. *Bem-te-vi*. S.d. Disponível em: encurtador.com.br/cuS47. Acesso em: 30 set. 2020.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 193-284.

⁷⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. p. 342.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Consultoria Legislativa da Câmara utiliza inteligência artificial para agilizar trabalhos*. 2019. Disponível em: <https://bitly.com/yVndVVM>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. STF. Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443&ori=1>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei n. 2630, de 2020*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Participa.br. *Estratégia brasileira de inteligência artificial*. S.d. Disponível em: <http://participa.br/estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial/blog/contribuicao-google>. Acesso em: 06 out. 2020.

CEPEJ. *Charte éthique européenne d'utilisation de "l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*. Adoptée lors de la 31^{ème} réunion plénière de la CEPEJ, Strasbourg, 3-4 décembre 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Administrativo aprova 40 enunciados*. 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-administrativo-aprova-40-enunciados>. Acesso em: 06 out. 2020.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018.

CURITIBA. *Inteligência artificial faz triagem de pacientes com suspeita de Covid-19 em Curitiba*. 2020. Disponível em: <https://bitly.com/VpbCe8>. Acesso em: 05 out. 2020.

DIONÍSIO, Pedro de Holanda. Princípio da precaução e contradições na regulação do risco: uma análise comparada entre Estados Unidos e Europa. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. *Regulação 4.0: novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. E-book.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 333-349.

FREITAS, Hyndara. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais. *Jota*, Brasília, 09 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao-judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Acesso em: 30 set. 2020.

FREITAS, Juarez. Teoria da regulação administrativa sustentável. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 117-145, set./dez. 2015.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. Regulação jurídica das novas tecnologias no Direito Administrativo brasileiro: impactos causados por Uber, WhatsApp, Netflix e seus similares. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 15, n. 3, p. 180-203, set./dez. 2019.

HUFF, Darell. *Como mentir com estatística*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental – do individual ao coletivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018.

MARTINS, Humberto. A Constituição federal de 1988, o sistema de justiça e a inteligência artificial: conciliar a dimensão jurídica com a ética. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luis de Almeida. *Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 297-309.

MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MILARE, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MPF entra com ação contra a Microsoft para que Windows 10 deixe de coletar dados dos usuários. *O Globo*, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://bityli.com/gDOBs>. Acesso em: 09 abr. 2018.

PARANÁ. *Paraná Inteligência Virtual (PIÁ)*. S.d. Disponível em: <https://www.pia.pr.gov.br/pagina-39.html>. Acesso em: 05 out. 2020.

PARENTONI, Leonardo Netto; VALENTINI, Rômulo Soares; ALVES, Tárík César Oliveira e. Panorama da regulação da inteligência artificial no Brasil: com ênfase no PLS n. 5.051/2019. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, e43730, maio/ago. 2020.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Inteligência artificial entre estratégias nacionais e a corrida regulatória global: rotas analíticas para uma releitura internacionalista e comparada. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 76, p. 229-256, jan./jun. 2020.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 193-284.

SENA, Lucas. Regulação de novos mercados e inovação: uma abordagem a partir do Estado empreendedor e do interesse público. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 99-116, maio 2020.

SERPRO. Receita Federal implanta, com apoio do Serpro, primeiros módulos do software de inteligência artificial. *Comunicação Social do Serpro*, Brasília, 30 maio 2008. Disponível em: <http://intra.serpro.gov.br/noticias/receita-federal-implanta-com-apoio-do-serpro-primeiros-modulos-do-software-de-inteligencia-artificial>. Acesso em: 05 out. 2020.

SILVA, Nilton Correia da. Notas iniciais sobre a evolução dos algoritmos do Victor: o primeiro projeto em inteligência artificial em supremas cortes do mundo. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia* – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

STEIN, Amy. Artificial intelligence and climate change. *Yale Journal on Regulation*. New Haven, Connecticut, v. 37, issue 3, p. 890-939, 2020.

TOKARSKI, Jéssica. *Em duas semanas, mortes diárias por covid-19 no Brasil podem passar de 1.600, revela modelo da UFPR baseado em inteligência artificial*. 2020. Disponível em: <https://bityli.com/q2cMA2>. Acesso em: 05 set. 2020.

VELSIS, Fábio dos Santos. *6º Seminário Internacional sobre análise de dados na Administração Pública*. Tribunal de Contas da União. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kILD30x6xdg&feature=youtu.be>. Acesso em: 30 set.2020.

VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas e GovTechs*. Porto Alegre, 2018. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do sul, p. 73-91.

ZIEGLER, Maria Fernanda. Uso de inteligência artificial pode tornar cidades mais agradáveis. *Jornal da Unicamp*, 9 out. 2017. Disponível em: <https://bityli.com/XMD152>. Acesso em: 05 set. 2020.

COORDENAÇÃO DO XXXIV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

PRESIDÊNCIA DO CONGRESSO

- Maurício Zockun (SP)

COMISSÃO ORGANIZADORA

- Cristiana Fortini (MG)
- Rodrigo Pironti (PR)
- Rodrigo Valgas dos Santos (SC)

PRESIDENTE DA COMISSÃO DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

- Lígia Silva Melo de Casimiro

VICE-PRESIDENTE DA COMISSÃO DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

- Alexandre Godoy Dotta

PROGRAMA DO XXXIV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO IBDA | AASP

O DIREITO ADMINISTRATIVO DO PÓS-CRISE

Em homenagem à
REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI

— DIA 1 | 4/11/2020 – QUARTA-FEIRA —

DIA 1 | MANHÃ | SESSÃO DE ABERTURA (8H00 ÀS 8H50)

- Maurício Zockun (SP)
- Pedro Paulo de Almeida Dutra (MG)
- Celso Antônio Bandeira de Mello (SP)
- Regina Maria Macedo Nery Ferrari (PR)
- Lia Porto Corona (SP)

DIA 1 | MANHÃ (9H00 ÀS 12H10)

SALA 1 | CONTROLE

9H00 ÀS 10H30 | PERFIL E LIMITES DA ATIVIDADE DE CONTROLE: AS LIÇÕES DA PANDEMIA

- Fernanda Fritoli (SP) – Mediadora
- Élidea Graziane (SP)
- Marçal Justen Filho (DF)
- Marcelo Harger (SC)

10H40 ÀS 12H10 | OS NOVOS DESAFIOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

- Thaís Marçal (RJ) – Mediadora
- José Roberto Pimenta (SP)
- Rodrigo Valgas dos Santos (SC)
- Rogério Gesta Leal (RS)

SALA 2 | REFORMA ADMINISTRATIVA

9H00 ÀS 10H30 | PROPOSTA DE REFORMA ADMINISTRATIVA: RETROCESSOS

- Jader Guimarães (ES) – Mediador
- Clovis Beznos (SP)
- Fabrício Motta (GO)
- Angela Costaldello (PR)

10H40 ÀS 12H10 | PROPOSTA DE REFORMA ADMINISTRATIVA: AVANÇOS

- Júlio César dos Santos Esteves (MG)
 - Carlos Ari Sundfeld (SP)
 - Romeu Felipe Bacellar Filho (PR)
 - Márcio Cammarosano (SP)
-

DIA 1 | TARDE (14H00 ÀS 18H00)

SALA 1 | COMUNICADOS CIENTÍFICOS

14H00 ÀS 18H00 | COMUNICADO 1

- Ariane Scherman (MG)
- Daniel Castanha (PR)
- Spiridon Nicofotis Anyfantis (GO)
- William Gallo Aponte – Monitor

SALA 2 | COMUNICADOS CIENTÍFICOS

14H00 ÀS 18H00 | COMUNICADO 2

- Felipe Braga (CE)
 - José Osório do Nascimento Neto (PR)
 - Luciana Raso (MG)
 - Evandro Pethechust – Monitor
-

DIA 1 | NOITE (19H00 ÀS 22H10)

SALA 1 | CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

19H00 ÀS 20H30 | MUTABILIDADE E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS EM RAZÃO DA PANDEMIA

- Maira Calegari (SP) – Mediadora
- Benjamin Zymler (DF)
- Joana Paula Batista (SP)
- Karina Harb (SP)

20H40 ÀS 22H10 | RELICITAÇÕES NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

- Renata Lacerda – Mediadora
- Augusto Dal Pozzo (SP)
- Bruno Cabral Aurélio (SP)
- Maria Virgínia Mesquita (SP)

SALA 2 | SERVIDORES PÚBLICOS**19H00 ÀS 20H30 | IMPACTOS DA LEI COMPLEMENTAR 173, DE 2020**

- Bruno Barbirato (AM) – Mediador
- Sergio de Andréa Ferreira (RJ)
- Raquel Melo Urbano de Carvalho (MG)
- Fernando Menezes de Almeida (SP)

20H40 ÀS 22H10 | AUTONOMIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS EM FACE DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

- Daniel Pulino (SP) – Mediador
- Paulo Modesto (BA)
- Florivaldo Dutra de Araújo (MG)
- Miguel Horvath (SP)

— DIA 2 | 5/11/2020 – QUINTA-FEIRA —

DIA 2 | MANHÃ (9H00 ÀS 12H10)**SALA 1 | ESTADO SOCIAL****9H00 ÀS 10H30 | GARANTIA SOCIAL INDISPENSÁVEL EM TEMPOS DE CRISE**

- Flavia Cammarosano (SP) – Mediadora
- Eurico Bittencourt (MG)
- Irene Nohara (SP)
- Weida Zancaner (SP)

10H40 ÀS 12H10 | FOMENTO SOCIAL

- Manoel Messias Peixinho (RJ) - Mediador
- Adriana Schier (PR)
- Fernando Mânica (PR)
- Daniel Ferreira (PR)

SALA 2 | CONSENSUALIDADE EM FACE DO PODER PÚBLICO

9H00 ÀS 10H30 | CONSTRUÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

- Juscimar Ribeiro (GO) – Mediador
- Vladimir da Rocha França (RN)
- José Sérgio da Silva Cristóvam (SC)
- Vanice Lírio do Valle (RJ)

10H40 ÀS 12H10 | CONSENSUALIDADE POSSÍVEL EM LITÍGIOS

- Mateus Camilo (SP) – Mediador
 - Valmir Pontes Filho (CE)
 - Marcos Porta (SP)
 - Lia Porto Corona (SP)
-

DIA 2 | TARDE (14H00 ÀS 18H00)

SALA 1 | COMUNICADOS CIENTÍFICOS

14H00 ÀS 18H00 | COMUNICADO 3

- Luísa Cristina Pinto (MG)
- Luiz Alberto Blanchet (PR)
- Theresa Nóbrega (PE)
- Felipe Gonçalves de Oliveira – Monitor

SALA 2 | COMUNICADOS CIENTÍFICOS

14H00 ÀS 18H00 | COMUNICADO 4

- Juliano Heinen (RS)
 - Raquel Dias da Silveira Motta (PR)
 - Flávio Garcia Cabral (MS)
 - William Gallo Aponte – Monitor
-

DIA 2 | NOITE (19H00 ÀS 22H10)

SALA 1 | HORIZONTES DOS NOVOS MODELOS DE CONTRATAÇÃO

19H00 ÀS 20H30 | INOVAÇÕES NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

- João Paulo Lacerda (MS) – Mediador
- Carolina Zancaner (SP)
- Ronny Charles Lopes de Torres (DF)
- Edgar Guimarães (PR)

20H40 ÀS 22H10 | ADESÃO DO BRASIL AO ACORDO COMPRAS GOVERNAMENTAIS (GPA)

- Luciano Elias Reis (PR) – Mediador
- Cristiana Fortini (MG)
- Joel Menezes Niebuhr (SC)
- Cesar Guimarães Pereira (PR)

SALA 2 | SANEAMENTO BÁSICO E SUAS MUTAÇÕES**19H00 ÀS 20H30 | A NOVA REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO**

- Juliana Criscuolo (SP) – Mediadora
- André Freire (SP)
- Maurício Zockun (SP)
- Christianne Dias (DF)

20H40 ÀS 22H10 | DESAFIOS JURÍDICOS NA UNIVERSALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO

- Alexandra Berto (AL) - Mediadora
- Paulo Motta (PR)
- Marcos Perez (SP)
- Vera Monteiro (SP)

DIA 3 | 6/11/2020 – SEXTA-FEIRA

DIA 3 | MANHÃ (9H00 ÀS 12H10)**SALA 1 | PROGRAMA DE INTEGRIDADE E 'COMPLIANCE'****9H00 ÀS 10H30 | O 'COMPLIANCE' NOS PODERES PÚBLICOS**

- Mirela Miró Ziliotto (PR) – Mediadora
- Christianne Stroppa (SP)
- Heloisa Helena Monteiro (GO)
- Maria Fernanda Pires (MG)

10H40 ÀS 12H10 | AUTOCONTROLE PELAS EMPRESAS ESTATAIS

- Paola Ferrari (PR) – Mediadora
- André Saddy (RJ)
- Luciano Ferraz (MG)
- Alexandre Santos de Aragão (RJ)

SALA 2 | SOCIEDADE, CULTURA DO ÓDIO E O PAPEL DO ESTADO

9H00 ÀS 10H30 | DIREITO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE ÀS AMEAÇAS INSTITUCIONAIS E DEMOCRÁTICAS

- Renata Fabris (RO) – Mediadora
- João Batista Gomes Moreira (DF)
- Eneida Desiree Salgado (PR)
- Lígia Melo de Casimiro (CE)

10H40 ÀS 12H10 | RETROCESSO AO PATRIMONIALISMO

- Ariane Shermam Moraes Vieira (MG) – Mediadora
 - Silvio Luis Ferreira da Rocha (SP)
 - Caroline Müller Bitencourt (RS)
 - Cynara Monteiro Mariano (CE)
-

DIA 3 | TARDE (14H00 ÀS 18H00)

SALA 1 | COMUNICADOS CIENTÍFICOS

14H00 ÀS 18H00 | COMUNICADO 5

- Carolina Mota Moura (SP)
- Ana Cristina Viana (PR)
- Fábio Lins (AL)
- Evandro Pethechust – Monitor

SALA 2 | COMUNICADOS CIENTÍFICOS

14H00 ÀS 18H00 | COMUNICADO 6

- Juliana Abreu (CE)
 - Tarso Cabral Violin (PR)
 - Virginia Kirchmeyer Vieira (MG)
 - Felipe Gonçalves de Oliveira – Monitor
-

DIA 3 | NOITE (19H00 ÀS 22H10)

SALA 1 | HORIZONTES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

19H00 ÀS 20H30 | MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS PARA EVITAR E SOLUCIONAR CONFLITOS

- Rita Nolasco (SP) - Mediadora
- Min. Carlos Ayres Britto (SE)

- Thiago Marrara (SP)
- Wallace Paiva Martins Jr. (SP)

20H40 ÀS 22H10 | OS LIMITES DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- Eduardo Jacob Alkmin (SP) – Mediador
- Roberto Penna Chaves Neto (SP)
- Paula Butti (DF)
- Eugênia Marolla (SP)

SALA 2 | NOVAS TECNOLOGIAS EM FACE DO ESTADO

19H00 ÀS 20H30 | LGPD E SEUS IMPACTOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- Marcela Mangullo – Mediadora
- Rodrigo Pironti (PR)
- Flavio Unes (DF)
- Dinorá Adelaide Musetti Grotti (SP)

20H40 ÀS 22H10 | DIREITO ADMINISTRATIVO DIGITAL

- Fábio de Souza Santos (RO) - Mediador
- Juarez Freitas (RS)
- Fernando Tasso (SP)
- Emerson Moura (RJ)

DIA 4 | 7/11/2020 – SÁBADO

DIA 4 | MANHÃ (9H00 ÀS 12H10)

SALA 1 | COMUNICADOS CIENTÍFICOS

9H00 ÀS 12H10 | COMUNICADO 7

- Iggor Gomes Rocha (MA)
- Caroline da Rocha Franco (PR)
- Philippe Magalhães Bezerra (CE)
- Evandro Pettechust – Monitor

SALA 2 | COMUNICADOS CIENTÍFICOS

9H00 ÀS 12H10 | COMUNICADO 8

- Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira (CE)
- Renata Carvalho Kobus (PR)

- Antônio Flávio de Oliveira (GO)
- Felipe Gonçalves de Oliveira – Monitor

DIA 4 | TARDE (14H30 ÀS 15H30)

SALAS 1 E 2 | SESSÃO DE PREMIAÇÃO E ENCERRAMENTO

COMISSÃO DE ARTIGOS E COMUNICADOS CIENTÍFICOS

- Presidente: Profa. Dra. Ligia Maria Melo de Casimiro (CE)
- Vice-presidente: Prof. Dr. Alexandre Godoy Dotta (PR)

COMISSÃO DE ARTIGOS

- Janriê Rodrigues Reck (RS)
- Raquel Ramos Machado (CE)
- Thanderson Souza (MA)
- Vivian Cristina Lima López Valle (PR)
- Aline Sueli de Salles Santos (TO)

MAURÍCIO ZOCKUN

Presidente do Instituto
Brasileiro de Direito
Administrativo

Professor de Direito
Administrativo da Graduação,
Mestrado e Doutorado da
Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo

Livre-Docente em Direito
Administrativo pela Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo

Diretor Científico do Instituto
de Direito Administrativo
Paulista - IDASP

EMERSON GABARDO

Professor Titular de Direito
Administrativo da Pontifícia
Universidade Católica do
Paraná

Professor Associado de
Direito Administrativo da
Universidade Federal do
Paraná

Pós-doutorado pela Fordham
University School of Law e pela
University of California – UCI
(EUA)

XXXIV Congresso
Brasileiro de



Direito Administrativo

O DIREITO ADMINISTRATIVO DO PÓS-CRISE



ISBN 978-65-5765-073-8



9 786557 650738



ithala.com.br