

MAURÍCIO ZOCKUN
EMERSON GABARDO
Coords.

Direito Administrativo e Inovação: crises e soluções



© 2022 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 Claudia 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

L929p Direito administrativo e inovação: crises e soluções /
coordenação de Maurício Zockun, Emerson Gabardo – Curitiba:
Íthala, 2022.

580p.: il.; 22,5 cm

Vários colaboradores
ISBN: 978-65-5765-126-1

1. Direito administrativo. I. Zockun, Maurício (coord.). II. Gabardo, Emerson (coord.). III. Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA.

CDD 342.06 (22.ed)
CDU 35

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

Capa: Antônio Dias
Revisão: Aurora Alves
Diagramação: Sônia Maria Borba

abdr
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITOS
REPROGRAFIA
Respeite o direito autoral!

Informamos que é de inteira responsabilidade do autor 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.

MAURÍCIO ZOCKUN
EMERSON GABARDO
Coords.

Direito Administrativo e Inovação: crises e soluções



SUMÁRIO

Apresentação.....	9
-------------------	---

PARTE I

Textos dos professores participantes

Serviços públicos sociais e os novos modelos: voucher na educação	13
Adriana da Costa Ricardo Schier Giulia De Rossi Andrade	

O papel das palavras na hermenêutica jurídica.....	31
Alexandre Santos de Aragão	

Contribuição previdenciária das forças auxiliares estaduais na inatividade e dos seus pensionistas: inconstitucionalidade do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, Com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019.....	45
André Saddy	

Retroatividade da Lei de Improbidade Administrativa como concretização dos direitos fundamentais dos acusados em geral.....	69
Antonio Rodrigo Machado Marilene Carneiro Matos	

A ênfase no controle corretivo em detrimento do controle punitivo	89
Benjamin Zymler	

Contrato administrativo e limitação da responsabilidade civil do contratado.....	97
Carlos Ari Sundfeld	

Aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação as entidades do terceiro setor: razões, limites e possibilidades	107
Caroline Müller Bitencourt Janriê Rodrigues Reck	

Vedação da contratação de marca ou produto: há requisitos a serem observados?	137
Christianne de Carvalho Stroppa	

A promoção da diversidade racial no âmbito das contratações públicas: mecanismos e iniciativas.....	153
Daiesse Quênia Jaala Santos Bomfim Odilon dos Santos Silva	

Contratações públicas inovadoras como reforço à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.....	169
Daniel Ferreira Luciano Elias Reis	

Inovação, Direito Administrativo e Gestão Pública Municipal.....	183
Dinorá Adelaide Musetti Grotti José Roberto Pimenta Oliveira	

O direito administrativo no mundo globalizado: as relações atuais entre o direito administrativo e o direito internacional público na formação de um direito administrativo global	199
Edilson Pereira Nobre Júnior Vitor Galvão Fraga	
A mal-amada administração pública brasileira: uma análise das práticas de Odorico Paraguaçu na gestão de Sucupira e de sua subsistência nos tempos atuais	223
Fábio Lins de Lessa Carvalho	
Controle externo e políticas públicas: LGPD, LAI e segurança da informação	255
Fabrício Motta	
Competências federativas em matéria de inovação	265
Fernando Menezes de Almeida	
Uma análise crítica das determinações e recomendações no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU)	275
Flávio Garcia Cabral	
Os regimes jurídicos dos servidores públicos em face das mudanças constitucionais e interpretações do STF.....	291
Florivaldo Dutra de Araújo	
Desafios de regulação dos serviços disruptivos: equilíbrio nas fronteiras da inovação	307
Irene Patrícia Nohara	
Processo urbanístico e improbidade administrativa	323
José dos Santos Carvalho Filho	
Mecanismos de controle do gasto público: um ensaio crítico sobre o papel das políticas públicas para além da nova Lei de Improbidade Administrativa.....	335
José Osório do Nascimento Neto	
A negociação nos acordos administrativos: instrumento de efetivação da segurança jurídica e da eficiência.....	347
José Sérgio da Silva Cristóvam João Gabriel Rache Gebran	
Administração pública e inovação: o papel da tecnologia e da ideologia nas crises e soluções	363
Luiz Alberto Blanchet	
A concretização dos direitos fundamentais pelos princípios do processo administrativo .	375
Manoel Messias Peixinho	
Dois ativos, um serviço (eficiente): uma abordagem das concessões como instrumento hábil a prover serviços integrados, e não apenas delegar a exploração de ativos	387
Maria Virginia N. do A. Mesquita Nasser	
A regulação administrativa e a Lei da Liberdade Econômica.....	399
Maurício Zockun Carolina Zancaner Zockun	

Limites de competência para inovação em políticas públicas municipais.....	411
Regina Maria Macedo Nery Ferrari	
Os desafios da realidade virtual: construindo o metaverso com responsabilidade.....	421
Rodrigo Pironti Mirela Miró Ziliotto	
A nova Lei de Improbidade Administrativa: controles da administração pública embalados pela Sonata N. 2 Para piano, em Si Bemol Menor, Op.35, de Chopin.....	437
Rogério Gesta Leal	
Limites e possibilidades da intervenção estatal na autonomia privada	457
Sergio de Andréa Ferreira	
A convergência de oportunidades da nova Lei de Licitações para o setor de saneamento básico	481
Thais Marçal Caio Lopes de Macêdo	
Inovação e tecnologia para a Administração Pública Municipal: entre valor, competências e desafios.....	491
Thanderson Pereira de Sousa Isabelly Cysne Augusto Maia	
Administração Pública, viés algorítmico e desvio de finalidade: existe conciliação possível?	503
Vanice Regina Lírio do Valle	

PARTE II

Textos vencedores do concurso de artigos jurídicos

1º Lugar: Entre <i>in dubios</i> e <i>re ipsas</i> , será o “eterno retorno” à legalidade a solução inovadora da improbidade administrativa?.....	519
Joana Stlezer Leandro Caletti	
2º Lugar: Administração Pública e transparência de gestão na Lei n. 13.979/2020: Inovação regulatória para a solução de crises?	535
João Paulo Machado Piratelli	
3º Lugar: Serviços públicos digitais, inteligentes e sustentáveis e os desafios do neoliberalismo predatório.....	553
Cristina Borges Ribas Maksym	

PARTE III

Programação do evento

Coordenação do XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo	572
XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo	573

Apresentação

No XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo promoveu, uma vez mais, a reunião de relevante parcela da inteligência jurídica nacional para viabilizar a edificação de propostas jurídicas e normativas que contribuíssem para remediar e/ou solucionar o agudo momento de crise pelo qual passávamos.

No curso da pandemia, estudantes foram tolhidos do seu sadio desenvolvimento pelo inadequado ou pela impossibilidade de acesso às novas plataformas de educação, que se impuseram a todos pela premência dos acontecimentos. Propostas jurídicas para contornar esse flagelo foram ofertadas no Congresso.

A interpretação jurídica de valores fundamentais – como a vida, a dignidade da pessoa humana e a persecução do interesse público – foi reforçada, inviabilizando que aspirações egoísticas e divorciadas do bem comum vingassem naquele momento. Mas não só. Ações afirmativas raciais nas contratações públicas foram propostas em nosso Congresso, indicando um inovador caminho passível de ser trilhado nas políticas públicas.

A responsabilidade dos agentes públicos e o controle da probidade recebeu um novo olhar, especialmente em razão das mudanças promovidas na Lei de improbidade administrativa. Os encargos e responsabilidades dos contratantes, inclusive pela ótica do controle exercido pelos Tribunais de Contas, também mereceu atenção no curso do Congresso.

Contratações públicas inovadoras, utilização de novas ferramentas tecnológicas – como os algoritmos, realidade virtual, metaverso etc. –, além das contratações públicas disruptivas, foram apreciadas em mais de uma ocasião por nossos palestrantes, como os leitores poderão perceber pela leitura do incide desta obra.

Direito fundamentais como a vida e a privacidade foram igualmente examinados em razão da submissão da Administração Pública à LGPD.

Como de hábito, divulgamos os textos vencedores do concurso de artigos jurídicos, modo por meio do qual o IBDA promove, incentiva e divulga os novos talentos no cenário jurídico nacional.

E as novas leis, muitas das quais pautadas nas propostas edificadas XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, chegaram. Mas elas trazem a promessa de futuro melhor? Vejamos o que pensam os convidados e convidadas do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.

Maurício Zockun
Presidente do IBDA



PARTE I

**Textos dos professores
participantes**



Serviços públicos sociais e os novos modelos: voucher na educação

Adriana da Costa Ricardo Schier

Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Estágio Pós Doutoral em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Vice-Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

Giulia De Rossi Andrade

Doutoranda e mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Vice-Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB/PR.

Sumário: **1** Introdução. **2** A noção de serviço público e sua essencialidade em um Estado Social e Democrático de Direito. **3** A dimensão constitucional do direito à educação: subsidiariedade e Estado Social. **4** A proposta de um voucher educacional é viável? **5** O fomento como uma possível alternativa. **6** Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com a edição do Código de Defesa dos Usuários do Serviço Público, Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017, tem-se a previsão normativa de uma noção ampla de tal instituto, definido como “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”, nos termos do art. 2º, II, da Lei¹.

Com base nesse dispositivo, e em face do cenário de escassez de recursos que assola as administrações públicas no Brasil, tem sido usual a reflexão sobre a possibilidade de se admitir novos instrumentos de prestação de serviços públicos, inclusive no campo dos serviços públicos sociais. Nesse âmbito, já despontam algumas experiências na esfera nacional, admitindo-se a prestação de tais atividades por entidades do terceiro setor ou por particulares, sob nova modelagem.

É nesse contexto que se insere o problema que norteia o presente artigo: a utilização de vouchers educacionais para viabilizar o acesso dos estudantes ao serviço público de educação é uma alternativa compatível com o sistema constitucional e normativo nacional?

Para responder a tal indagação, é necessário revisitar a tratativa desta noção clássica do Direito Administrativo – o serviço público –, enquanto atividade prestacional do Estado, diretamente vinculada à realização dos direitos fundamentais sociais. Importante, ainda, identificar o regime jurídico que desponta do sistema normativo e que norteia tal atividade, vinculado e sob o enfoque da primazia do interesse público. Após essa retomada, apresen-

¹ BRASIL. *Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

tar-se-á o modelo de voucher já adotado em outros países, inclusive da América Latina. Ao final, adotando-se uma perspectiva crítica em face de tal modelo, pretende-se demonstrar a viabilidade de sua adoção desde que seja tratado como hipótese de fomento que jamais poderá substituir o dever do poder público de prestar o serviço público de educação, sob o regime publicista definido pela Constituição da República de 1988.

A metodologia de pesquisa adotada é o método hipotético-dedutivo, por meio do qual se analisam a noção de serviço público inserido no Estado Social; a interpretação sistemática constitucional do direito à educação; a impossibilidade de se adotar o instituto do voucher, como proposto pela Medida Provisória (MP) n. 1.061, de 10 de agosto de 2021², convertida na Lei n. 14.284, de 29 de dezembro de 2021³, e como o fomento pode ser uma alternativa, sem substituir o Estado no seu dever de prestador de serviço público. A técnica de pesquisa utilizada para este estudo foi a pesquisa bibliográfica.

2 A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SUA ESSENCIALIDADE EM UM ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A retomada do tema dos serviços públicos no cenário acadêmico é de extrema relevância e urgência. No panorama de desmonte da estrutura do Estado que vem se desenhando no país desde 2016, cujo marco simbólico é a aprovação da Emenda Constitucional n. 95, referente ao teto de gastos, tem-se como imprescindível rediscutir serviço público.⁴ E esse instituto é o que melhor se apresenta como instrumento de atuação administrativa que ainda fornece um núcleo de resistência para a proteção efetiva dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.⁵

E a seara dos serviços públicos sociais, fruto de intensas lutas populares, certamente é aquela que mais oferece reflexões e demanda análise crítica. Os setores vinculados à saúde e à educação, por exemplo, têm sido palco de engenhosas artimanhas em prol do mercado, em detrimento de valores basilares que foram plasmados na Constituição da República de 1988.

Apesar da pandemia da Covid-19 ter convencido muitos que o serviço público de saúde universal e gratuito é essencial, havendo reconhecimento de que foi o Sistema Único de Saúde (SUS) que impediu que a tragédia fosse ainda maior do que as mais de 667 mil vidas ceifadas no país⁶, também é certo que a crise sanitária descortinou as mazelas da educação

² BRASIL. Congresso Nacional. *Medida Provisória n. 1.061, de 10 de agosto de 2021*. Institui o Programa Auxílio Brasil e o Programa Alimenta Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/149322>. Acesso em: 13 ago. 2022.

³ BRASIL. *Lei n. 14.284, de 29 de dezembro de 2021*. Institui o Programa Auxílio Brasil e o Programa Alimenta Brasil; define metas para taxas de pobreza [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14284.htm. Acesso em: 13 ago. 2022.

⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados; Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 13 ago. 2022.

⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público*. Curitiba: Íthala, 2016.

⁶ BRASIL. Coronavírus. *Painel Coronavírus: óbitos confirmados*. Atualização: jun. 2022. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 06 jun. 2022.

pública. Vivencia-se um triste cenário em que 1 milhão e meio de crianças e adolescentes de 6 a 17 anos nem mesmo se matricularam nas escolas. Também é aterrador o dado que identifica que 3,7 milhões de pessoas dessa faixa etária que, mesmo matriculados, não tiveram acesso a nenhuma atividade escolar. No total, fazendo uma rápida análise, sem avaliar a qualidade da educação daqueles que tiveram oportunidade de ter algum tipo de atividade remota, foram mais de 5 milhões que ficaram sem acesso à educação apenas em 2020, de acordo com o Relatório Cenário da Exclusão Escolar no Brasil – um alerta sobre os impactos da pandemia da Covid-19 na Educação, lançado pelo Unicef.⁷

Então, é mais do que tempo de refletir sobre os serviços públicos sociais, retomando a noção de serviço público como uma garantia fundamental que viabiliza o acesso aos direitos fundamentais.⁸ Tal instituto pode ser entendido como um conjunto de prestações, titularizadas pelo Estado e prestadas por ele, ou por quem lhe faça as vezes. Tais atividades estarão destinadas à realização dos direitos fundamentais sociais, sendo prestadas sob um regime específico – que garante a universalidade, a modicidade das tarifas e a continuidade de tais prestações. Essa é a noção que se depreende de uma interpretação sistemática da Constituição da República.⁹

Acolhe-se, no presente artigo, a ideia de que o serviço público adequado, universal, contínuo e com taxas e tarifas módicas, é um mecanismo de distribuição de riqueza, por meio do qual se minimizam as desigualdades sociais com o fornecimento de prestações a todos os necessitados.

Na mesma perspectiva, Marçal Justen Filho vincula diretamente o serviço público à noção de dignidade de todas as pessoas, acolhendo a ideia de que tal instituto é, por excelência, “o meio de assegurar a existência digna do ser humano”¹⁰. Defende-se, assim, que tal instituto é um dos instrumentos que permitem aos cidadãos dessa e das próximas gerações o alcance aos direitos especialmente vinculados às condições de vida digna.¹¹

Por isso, não é demais afirmar que cada um dos serviços públicos previstos na Constituição da República, desde a saúde e educação, até transportes, telecomunicações e correios, vinculam-se, diretamente, a um dos princípios fundamentais consagrados no texto constitucional, notadamente ao da dignidade, mas também ao da cidadania e ao da democracia, por exemplo. Afinal, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação etc.), quanto nos princípios que,

⁷ UNICEF. *Cenário da exclusão escolar no Brasil: um alerta sobre os impactos da pandemia da covid-19 na educação*. S.l.: Unicef; Cenpec, 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil>. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público*. Op. cit.

⁹ Ver, por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 598.

¹¹ “os homens, em sociedade, desenvolvem, além de necessidades individuais, que comportam ser atendidas pelos próprios indivíduos, no âmbito e sob regime privados, algumas *necessidades coletivas*, que só podem ser plenamente satisfeitas se forem asseguradas ou assumidas pelo Poder Público e sob um regime que lhes garanta prestação adequada, com as características e nas condições tidas, em lei, como satisfatórias.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 425).

entre nós, consagram o Estado social de Direito”¹². No mesmo sentido, Juarez Freitas assevera que serviço público “pode ser entendido como todo serviço considerado normativamente essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático”¹³.

Nessa dimensão, tratar o serviço público como instrumento de concretização de direitos fundamentais – ideia amplamente aceita pela doutrina publicista – permite a sua otimização como elemento capaz de viabilizar o desenvolvimento nacional sustentável, efetivando, assim, o objetivo fundamental consagrado no art. 3º, II, da Constituição da República.

Adota-se, no presente texto, a noção de desenvolvimento como um processo responsável por fazer as condições de vida de todos elevarem-se de forma contínua, com incremento social e político.¹⁴ Trata-se de um direito fundamental, que assegura a todos os indivíduos – das gerações atuais e das vindouras –, o acesso aos direitos civis, políticos e sociais, em um ambiente sustentável e economicamente próspero.¹⁵

Assevera Emerson Gabardo, assim, que o processo de desenvolvimento previsto na Constituição da República de 1988 “é de caráter centralizado e estabelece competências próprias para o Estado e para cada um dos entes”¹⁶. Assim, tratar o serviço público como uma atividade prestada pelo Estado e financiada pela sociedade é visualizar tal instituto como um mecanismo capaz de concretizar, a todas e a todos, o direito ao desenvolvimento. Isso porque, tais serviços funcionam como “*técnica de igualación del disfrute de los bienes materiales y culturales producidos en una sociedad y para todos los individuos que la componen*”¹⁷, resultando em um mecanismo de integração social na medida em que tais atividades permitem aos indivíduos o acesso às condições que irão lhe garantir uma vida com dignidade.

Ainda, como sustenta Amartya Sen, os serviços públicos integram a rede de segurança que deve ser garantida pelo poder público de maneira a permitir a todos os cidadãos “uma vida mais livre e mais digna de ser vivida”¹⁸. Por isso mesmo, sustenta que “um país não precisa esperar até vir a ser muito rico (durante o que pode ser um longo período de crescimento econômico) antes de lançar-se na rápida expansão da educação básica e dos serviços de saúde”¹⁹. Para Amartya Sen, “a qualidade de vida pode ser em muito melhorada, a despeito dos baixos níveis de renda, mediante um programa adequado de serviços sociais”²⁰. E, quando se refere a um programa adequado de tais serviços, admite a necessidade de custeio

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 110.

¹³ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 288.

¹⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243.

¹⁵ Ver, sobre o tema: FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

¹⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*: Op. cit., p. 247.

¹⁷ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*: Op. cit., p. 326.

¹⁸ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2010. p. 375.

¹⁹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 71.

²⁰ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 71.

público, o qual, segundo ele, “é uma receita para a rápida realização de uma qualidade de vida melhor”²¹.

Tempos de grande complexidade, contudo, exigem que se avance na noção de serviço público e, com apoio nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, é necessário retomar a noção de que o rol de atividades às quais o constituinte atribuiu a natureza jurídica de serviço público identificam aquelas que são reconhecidas pela sociedade como imprescindíveis à interdependência social. Tratam-se de atividades que demandam um regime jurídico específico – o de serviço público –, porque apenas assim será garantido o interesse público que as qualifica.²²

Em outras palavras, o dever de garantir o serviço público adequado, nos termos constitucionais, não se cumpre pelo mero oferecimento da atividade, mas também implica um regime jurídico especial, voltado ao atendimento de necessidades coletivas.²³ É, por isso, um instrumento que tem por desiderato assegurar a todas e a todos, na esfera social, uma vida digna. Essas as premissas que deverão nortear a compreensão do serviço público de educação, e o alcance do dever imposto ao Estado neste setor, como será delineado no presente artigo.

3 A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO: SUBSIDIARIEDADE E ESTADO SOCIAL

As constantes mudanças sofridas pelo Direito Público, através das feições assumidas pelos Estados, resultaram em um processo de transformação contínuo, refletindo diretamente na “configuração política dos Estados”²⁴, cada um com a sua própria realidade e peculiaridades, caracterizadas pelo momento histórico, político e social.

Nas últimas décadas, dando-se destaque para o momento atual, diversos confrontos político-ideológicos tomaram a frente da reforma do Estado, sendo a Administração Pública um dos setores que mais sofreu alterações, especialmente quando se fala do regime jurídico dos seus institutos.²⁵ Daniel Wunder Hachem cita como exemplo de mudança a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 que, seguindo uma tendência do “Direito Administrativo Global”,²⁶

²¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 72.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*. Op. cit.

²³ “O Estado considera de seu dever assumi-las como pertinentes a si próprio e, em consequência, exatamente por isto, as coloca sob uma disciplina particular instaurada para resguardo dos interesses nelas encarnados: aquela disciplina que naturalmente corresponde ao próprio Estado, isto é, uma disciplina de Direito Público.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 689). “Constitui-se em uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro, porque tem assento constitucional especificador de um vasto campo de deveres do Estado Brasileiro em relação à sociedade” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 691).

²⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133- 168, jul./set. 2013.

²⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: Op. cit.

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello se refere à globalização como sendo um empreendimento de marketing, em que se assume um pensamento unilateral, mobilizando “todas as energias de difusão disponíveis”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O neocolonialismo e o direito administrativo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do*

fase já inaugurada pelas Emendas Constitucionais de 1995 anteriormente citadas, acabou por aumentar, ainda mais, o fenômeno de enxugamento das atribuições do Estado, através de sucessivas leis que foram sendo editadas, dando início ao que os administrativistas chamam de “neoliberalismo”.²⁷

A ideia da reforma administrativa proposta era a transformação de uma Administração Pública burocrática para uma Administração Pública gerencial, em que as funções estatais seriam reduzidas, passando o Estado a ter uma atuação meramente subsidiária, dando-se à atividade privada a incumbência de desenvolver atividades de promoção do bem-estar social. Irene Nohara explica que com o advento da ideia trazida pelo neoliberalismo houve “uma reformulação do papel do Estado, a partir do princípio da subsidiariedade, segundo o qual, o Estado só deve interferir onde houver incapacidade de o mercado resolver por si só o atendimento do interesse público”.²⁸

Este modelo pretendia que, de forma espontânea, houvesse uma conscientização social para que a sociedade civil fosse capaz de entender os seus próprios problemas, cabendo a ela mesma o protagonismo para a solução desses problemas, sem a interferência paternal do Estado. A este último caberia, tão somente, o dever de proporcionar o mínimo necessário para que a sociedade pudesse exercer suas liberdades, de maneira a utilizar suas capacidades individuais.²⁹ O modelo gerou reflexos diretos dentro do Direito Administrativo, com a inclusão de novas figuras ao ordenamento jurídico, todas elas dando ao Estado o papel de subsidiário.

O entendimento de que a subsidiariedade do Estado, como um princípio jurídico, não existe no Direito Público brasileiro é originalmente tratado por Emerson Gabardo, que defende que ao Estado cabe, além do afastamento de obstáculos para que os objetivos fundamentais sejam alcançados, a criação de condições reais para que eles sejam efetivados.³⁰

Dessa forma, observa-se que a tendência do neoliberalismo entra claramente em confronto com os princípios básicos e essenciais de um Estado Social. A partir de marcos constitucionalmente embasados, vê-se que a postura intervencionista do Estado se justifica, na medida em que objetiva que a Administração Pública seja vista como inclusiva, garantidora da inclusão social e do afastamento de injustiças e desigualdades existentes na sociedade brasileira.

Nesse contexto, não só a Constituição Federal de 1988, mas no ordenamento jurídico brasileiro em geral, percebe-se que tanto o constituinte quanto o legislador tentaram

Estado – REDE, Salvador, n. 17, p. 113, jan./fev./mar. 2009. Ainda sobre o tema, ver: MEILÁN GIL, José Luis. *Una aproximación al derecho administrativo global*. Sevilla: Global Law Press, 2011; RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 76, p. 1568, 2010; KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. El surgimiento del derecho Administrativo Global. Traducción al castellano por Gisela Paris y Luciana Ricart. *International Legal Studies*, Facultad de Derecho New York University, 2005. Disponível em: <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/06/ElSurgimientoDelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2019.

²⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: Op. cit.

²⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 35.

²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: Op. cit.

³⁰ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*: Op. cit., p. 203250.

tomar muito cuidado ao tratar de direitos e garantias para que o exercício livre à educação fosse o mais amplo possível. Não havendo como se sustentar o princípio da subsidiariedade do Estado, uma vez que este estaria deixando de lado uma perspectiva coletiva solidária, e passaria a abrir um espaço para uma perspectiva individualista, que não se coaduna com os preceitos constitucionais básicos. Notadamente, quando o que está em pauta são os direitos fundamentais sociais, tem-se que eles exigem uma atuação interventiva positiva do Estado.

Em relação ao direito social à educação, objeto deste artigo, tem-se que ele está previsto na redação ao artigo 6º e 205 e seguintes da Constituição da República de 1988. No entanto, os referidos artigos precisam ser interpretados em conjunto com outros dispositivos constitucionais, especialmente os artigos 1º e 3º, que estabelecem, respectivamente, os fundamentos da República Federativa brasileira, entre eles a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e os objetivos da República Federativa brasileira, entre eles o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza. Desta forma, interpretando a Constituição Federal brasileira de 1988 de forma sistemática, tem-se que a noção de educação inserida no contexto do Estado Social deve, além de atingir uma dimensão individual, atingir a dimensão social, ligada à contribuição da formação do cidadão para a sociedade, garantindo a construção de uma ordem social, adequada à realização do viver bem de todos.³¹ Não basta apenas a previsão constitucional da educação como sendo um direito fundamental social, de forma abstrata. É necessário que existam instrumentos jurídicos que imponham ao Estado a sua obrigação de efetivação e concretização desse direito – em alguns casos intervindo na esfera privada, bem como limitando a liberdade.³²

A construção do texto constitucional de 1988 demonstra claramente a vontade do constituinte originário. Ao fazer uma análise histórica de como as Constituições anteriores tratavam o direito à educação, percebe-se que houve uma mudança substancial, em que o constituinte optou em abstrair a palavra “lar” e colocar, pela primeira vez, e em primeiro lugar, a palavra “Estado” antes da palavra “família”, o que demonstra a intenção de atribuir àquele o dever principal de promover, efetivar e ministrar o ensino.³³ Tanto isso é verdade, que no artigo 206, da Constituição Federal, institui como um dos princípios de ensino “o acesso e permanência na escola”³⁴. Interpretação contrária a essa caracterizaria um malabarismo hermenêutico para além dos preceitos constitucionais expressamente postos.

A Constituição da República de 1988, através das suas normas expressas e premissas essenciais que orientam o Estado, trouxe o entendimento de que “a efetivação do direito à educação depende não só da sua previsão normativa abstrata, mas de instrumentos jurídicos que imponham especialmente ao Estado a sua concretização”³⁵. E mais, a sua exata

³¹ PARO, Vitor Henrique. Educação para a democracia: o elemento que falta na discussão da qualidade do ensino. *Revista Portuguesa de Educação*, v. 13, n. 1, p. 23-38, 2000.

³² ANDRADE, Giulia De Rossi. *Homeschooling: interpretação constitucional sistemática e intervenção estatal na educação domiciliar*. 2021. 179f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

³³ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 160.

³⁴ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

³⁵ OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. *Revista Brasileira de Educação*, v. 11, p. 61-74, 1999.

compreensão deve estar voltada, de igual forma, para a historicidade decorrente do desenvolvimento constitucional. Daí porque reconhecer o dever do Estado em prestar o serviço público de educação, sob o regime antes delineado.

Nesse mesmo sentido, e retomando ideias já tratadas neste artigo, em sendo a educação um direito fundamental social, portanto, de acesso a todas e todos, um de seus objetivos, dentre outros, está o de efetivar as condições que se fazem necessárias para o exercício da cidadania. E nesta perspectiva, o papel da escola é um fato essencial para o desenvolvimento dessa cidadania,³⁶ apontando que a ação dos indivíduos, como sujeitos políticos, pressupõe “uma revisão profunda na relação tradicional entre educação, cidadania e participação política”³⁷.

Como já referido, a cidadania é um compromisso social do Estado, previsto como um fundamento constitucional, capaz de permitir ao indivíduo a sua efetiva participação social.³⁸ Ainda, “a disseminação e a universalização da educação escolar de qualidade como um direito da cidadania são o pressuposto civil de uma cidadania universal”³⁹, traduzida por Emmanuel Kant como uma das condições da paz perpétua.⁴⁰ A noção de que a cidadania está inserida na concepção de educação, notadamente na Constituição de 1988, é reflexo do pensamento perpetrado por Paulo Freire, na medida em que ele defende que a educação não se resume à reprodução de conhecimento, ela possui uma função essencial de formar a consciência política dos indivíduos, preparando-os para o exercício da cidadania.⁴¹

A partir dessa análise constitucional sistemática, tem-se que, no campo da educação, por exemplo, o oferecimento do serviço público através de instituições oficiais de ensino vai além da garantia de universalidade, de gratuidade e de continuidade. Abrange a garantia de um ensino diferenciado, pautado em valores que ultrapassam os interesses da livre iniciativa e do mercado. As instituições públicas constituem-se como um espaço qualificado de construção da cidadania e dos valores republicanos.⁴²

Por isso, a Constituição não só assegurou o direito à educação, mas também lançou os pilares das políticas públicas que devem ser implementadas para que seja efetivado tal direito: (i) a Constituição assegurou o ensino público, ou seja, impôs tal direito como um dever do Estado, nos termos do artigo 205 e seguintes; e (ii) impôs, em seu artigo 208, a sua prestação direta, facultando à iniciativa privada a sua livre exploração – em complementariedade ao ensino público, conforme prescreve o artigo 209.

³⁶ CANIVEZ, Patrice. *Educar o cidadão*. 2. ed. Campinas: Papirus, 1998. p. 33.

³⁷ ARROYO, Miguel G. Educação e exclusão da cidadania. In: BUFFA, Ester et al. *Educação e cidadania*. Quem educa o cidadão? 5. ed. São Paulo: Cortez, 1995. p. 74.

³⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Op. cit., p. 160.

³⁹ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Op. cit., p. 160.

⁴⁰ KANT, Emmanuel. La paz perpetua. *Revista de Estudios Sociales*, n. 2, 1998. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revestudsoc/31171#tocto1n1>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁴¹ FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. São Paulo: Paz & Terra, 2019. p. 56.

⁴² “Uma escola que seja pujante, que seja criadora, na qual as crianças se apaixonem pela ciência, pela cultura” (LEHER, Roberto. Vouchers vão gerar um apartheid educacional. [Entrevista concedida a] Beatriz Mota. *Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio/Fiocruz*, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/vouchers-vao-gerar-um-apartheid-educacional#:~:text=Uma%20escola%20que%20seja%20pujante,Ao%20contr%C3%A1rio>. Acesso em: 06 jun. 2022).

Diante de tal cenário, ilustrando-se ainda que brevemente as perspectivas constitucionais e normativas apresentadas, retoma-se a pergunta inicialmente formulada: a utilização de vouchers educacionais para viabilizar o acesso dos estudantes ao serviço público de educação é uma alternativa compatível com o sistema constitucional e normativo nacional?

4 A PROPOSTA DE UM VOUCHER EDUCACIONAL É VIÁVEL?

Insurgindo-se contra a ideia de que o Estado seja o único provedor da educação, Milton Friedman é contraditório ao defender a ideia de que esse mesmo Estado deveria subsidiar a educação mediante um programa de vouchers,⁴³ que se aplicaria àqueles estudantes de baixa renda. Para a concretização da sua ideia, ele propõe dois pontos. O primeiro ponto diz respeito ao interesse paternalista pelas crianças. O segundo relaciona-se às circunstâncias sob as quais a ação de determinado indivíduo impõe custos significativos aos demais indivíduos da sociedade, impossibilitando uma eventual compensação. Sua intenção foi destacar o fato de que a educação não traz benefícios individuais ou restritos a um grupo pequeno de pessoas, mas para toda a sociedade. Desta forma, ele entende que deveria haver um mínimo de educação geral aos cidadãos, que ele chama de grau mínimo de alfabetização e conhecimento. Para o autor, o Estado somente poderia exigir que a criança recebesse um grau mínimo de instrução, limitando o papel do Estado à padrões mínimos de funcionamento.⁴⁴

No Fórum Econômico Mundial de 2020, o ministro Paulo Guedes já havia anunciado um programa de distribuição de vouchers para a educação infantil.⁴⁵ A ideia, segundo ele, é a distribuição de cupons – que funcionam como uma espécie de cheque – entregues diretamente às famílias das crianças, para que elas possam escolher “livremente” onde aplicar esses recursos: em mensalidades de creches e escolas privadas ou públicas.⁴⁶

A pandemia atrasou o referido programa, mas a temática voltou a ser assunto através da Medida Provisória n. 1061, de 10 de agosto de 2021, que teve sua validade prorrogada até meados de dezembro. A MP foi convertida, como antes referido, na Lei n. 14.284, de 29 de dezembro de 2021. Tal Lei cria o Auxílio Brasil e cria, ainda, o “Auxílio Criança Cidadã”, prevendo o voucher como o auxílio que consiste em um benefício, pago ao responsável pela família – de preferência família monoparental – que consiga emprego e não encontre vagas em creches para crianças de 0 a 48 meses.⁴⁷

⁴³ “Vouchers are a form of student-based funding that allows parents to choose any school they like, regardless of sector. An amount is allocated to each child that can then be spent on the local public, charter or private school” (RIDDLE, Stewart. Charter schools and vouchers not a solution for Australian schooling. *The Conversation*, 2 may 2017. Disponível em: <https://theconversation.com/charter-schools-and-vouchers-not-a-solution-for-australian-schooling-76937>. Acesso em: 20 nov. 2020).

⁴⁴ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: LTC, 2014. p. 136.

⁴⁵ CARRANÇA, Thais. Guedes: Vouchers para educação na 1ª infância estão na agenda do governo para desigualdade. *O Globo*, São Paulo, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/guedes-vouchers-para-educacao-na-1-infancia-estao-na-agenda-do-governo-para-desigualdade-24202370>. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁴⁶ LEHER, Roberto. Vouchers vão gerar um apartheid educacional. Op. cit.

⁴⁷ Lei n. 14.284. Art. 8º O Auxílio Criança Cidadã será concedido para acesso da criança, em tempo integral ou parcial, a creches, regulamentadas ou autorizadas, que ofertem educação infantil, nos termos do regulamento, e será pago diretamente pelo ente federado subnacional responsável pelo convênio para a instituição educacional conveniada em que a criança estiver matriculada.

Além de indicar uma clara tendência de deixar de investir no serviço público de educação para essa faixa etária, indicando um direcionamento às instituições privadas para que ofereçam suas atividades às crianças, o Programa ainda condiciona o benefício à ampliação da renda “mediante atividade remunerada ou comprovação de vínculo em emprego formal”⁴⁸, desconsiderando que o Brasil possui 14 milhões de desempregados;⁴⁹ que 27 milhões de brasileiros vivem abaixo da linha da pobreza;⁵⁰ que 19 milhões de cidadãos passam fome,⁵¹ e voltando as estratégias governamentais para assegurar creche a quem detém emprego ou atividade remunerada. Está aqui o problema central de se flexibilizar o regime jurídico de serviço público.

No Brasil, aponta-se a experiência do Distrito Federal, em que pais de filhos sem vaga em pré-escola pública recebem aproximadamente R\$ 456 mensais para pagar uma creche particular.⁵² Em Salvador, o município dá R\$ 65 ao mês para os pais de crianças de até 5 anos inscritas no Bolsa Família que não conseguiram matrícula na rede pública.⁵³

Mas o principal exemplo do sistema de voucher é o do Chile, primeiro país que o implementou, por meio de lei, em 1982, durante a ditadura de Augusto Pinochet, de forma universal, para financiar escolas públicas e escolas privadas. Lá, as famílias, ao receberem vouchers, podem optar pela escola que irão matricular as crianças – escolas públicas ou privadas. As escolas públicas não têm outra receita. Já as escolas privadas recebem os vouchers como complemento da mensalidade, gozando, portanto, de maiores recursos. Então, na prática, a experiência do Chile mostra que as escolas financiadas exclusivamente pelos vouchers são muito degradadas, porque o valor não assegura o seu custeio básico – ou seja, cria-se um ambiente de crescente segregação, em que os setores mais pauperizados estão obrigados a frequentar escolas menos estruturadas.⁵⁴

⁴⁸ Lei n. 14.284. Art. 8º, §1º. Será elegível como apto para aderir ao Auxílio Criança Cidadã o responsável por família, preferencialmente monoparental, que receba os benefícios previstos nos incisos I, II e III do caput do art. 4º desta Lei, e que tenha crianças de 0 (zero) até 48 (quarenta e oito) meses incompletos de idade, condicionado: I – ao exercício de atividade remunerada registrada no CadÚnico ou à identificação de vínculo em emprego formal;

⁴⁹ CARNEIRO, Luciane. Desemprego fica em 14,1% e atinge 14,4 milhões de brasileiros, mostra IBGE. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/08/31/brasil-tem-mais-de-14-milhoes-de-desempregados-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁵⁰ COUTO, Camille. População abaixo da linha da pobreza triplica e atinge 27 milhões de brasileiros. *CNN Brasil*, Rio de Janeiro, 08 abr. 2021. Disponível em: <https://bityli.com/ETTFJZc>. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁵¹ NEUMAM, Camila. 19 milhões de brasileiros vivem com fome; consequências na saúde são irreversíveis. *CNN Brasil*, São Paulo, 28 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/19-milhoes-de-brasileiros-vive-com-fome-consequencias-na-saude-sao-irreversiveis/#:~:text=Ao%20menos%2019%20milh%C3%B5es%20est%C3%A3o,inseguran%C3%A7a%20alimentar%20e%20da%20fome>. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁵² BOLSA Educação Infantil vai permitir o acesso de 2,5 mil crianças à escola. *Agência Brasília*, 1º jul. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasilia.df.gov.br/2016/07/01/bolsa-educacao-infantil-vai-permitir-o-acesso-de-25-mil-criancas-a-escola/>. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁵³ CAIXA. *Projeto Primeiro Passo* – Prefeitura de Salvador. S.d. Disponível em: https://www.caixa.gov.br/programas-sociais/projeto_primeiro_passo_prefeitura_de_salvador/Paginas/default.aspx. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁵⁴ “O Chile tem um dos níveis de segregação econômica entre as escolas mais altos do mundo, e a segregação escolar é ainda maior do que a segregação residencial. Pesquisas mostram que essa segregação é promovida, em parte, pela competição entre escolas, pela busca de nichos econômicos específicos da população e pela intenção de atrair estudantes “fáceis de educar” para alcançar pontuações mais altas em testes padronizados” (GUIMARÃES, Frederico. Pesquisador chileno critica sistema de vouchers escolares: tende a aumentar desigualdades e segregação. *Revista Educação*, 8 out. 2019. Disponível em: <https://revistaeducacao.com.br/2019/10/08/vouchers-escolares/>. Acesso em: 20 nov. 2020).

Esse sistema de vouchers parte da premissa de que a família é capaz de escolher a melhor escola e que, em teoria, seria eficiente, porque calcado na ideia de que quanto maior a competição, quanto mais concorrerem entre si pelos recursos, melhor as escolas vão se estruturar, vão investir na sua capacitação etc. O problema é que não é assim que tem ocorrido no mundo real. Na prática, as escolas públicas das regiões mais pobres passaram a ter que concorrer pelos recursos públicos com as instituições privadas e com as públicas mais bem localizadas e, portanto, com melhores resultados. Dessa forma, o estrato mais rico da população continuou tendo acesso às melhores escolas, enquanto as pessoas com menos renda ficaram reféns de instituições cada vez mais precárias. Essa foi a conclusão do Relatório apresentado pela Unesco, em 2017/8, que reconheceu que a adoção dos vouchers tem favorecido os processos de exclusão e segregação, pois “nos sistemas de escolha escolar, os pais baseiam sua escolha em fatores como composição demográfica, o que pode levar à diminuição da diversidade e reforçar as divisões socioeconômicas”⁵⁵.

A tese, então, fundada nos valores clássicos do liberalismo tais como liberdade – da família para escolher onde as crianças vão estudar – e igualdade – repartição do orçamento da educação com a concessão do mesmo benefício para todos – não se sustenta. Pelo contrário, é uma tendência que reforça a desigualdade, ampliando o fosso entre o ensino de qualidade fornecido pelas escolas com mais recursos e as escolas que terão que se sustentar exclusivamente pelo sistema de voucher.

Relembre-se que a educação é um direito social fundamental, e que é através dela que os cidadãos conseguem atingir outros direitos constitucionalmente previstos, a exemplo da cidadania e da dignidade, fundamentos previstos no artigo 1º, da Constituição Federal de 1988. Emerson Gabardo aponta que a dignidade é o sustentáculo primário, mas não único. Afirma, ainda, que o desenvolvimento é o corolário dessa perspectiva que ultrapassa a ideia de dignidade vinculada a proposta de um Estado subsidiário, ou seja, de um organismo político que atende os indivíduos apenas quando eles não podem se auto responsabilizar pela sua existência civilizada. Desta forma, não basta que o Estado, por intermédio dos representantes do povo, garanta o mínimo relativo à dignidade de todos, pois isso expressaria apenas um cumprimento parcial das obrigações republicanas.⁵⁶ Assim, a ideia de mínimo de alfabetização proposta por Milton Friedman é absolutamente oposta aos postulados constitucionais aqui defendidos sob uma perspectiva intervencionista.

Caso esse modelo venha a ser aplicado no Brasil, nos moldes chilenos, ter-se-á, por mais uma vez, a importação de um instituto, de maneira acrítica, sem se atentar para a realidade socioeconômica brasileira. A experiência do Chile – mas até mesmo a de outros países mais desenvolvidos, como a Suécia, por exemplo – demonstra que a adoção exclusiva do sistema de voucher como política educacional não assegura liberdade material – porque, na

⁵⁵ UNESCO. *Responsabilização na educação: cumprir nossos compromissos*. Relatório de Monitoramento Global da Educação. Paris: Unesco, 2017. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000259593_por. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁵⁶ GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 5, n. 1, p. 99-141, 2018.

prática, as famílias vão ter suas escolhas limitadas por seu poder aquisitivo – e muito menos é um instrumento de inclusão social.

Especificamente ao comentar o Programa Auxílio Criança Cidadã, Gregório Grisa, professor do Instituto Federal do Rio Grande do Sul e especialista em educação aponta que “os riscos mais reais são o da pulverização de escolas ruins, creches em casas adaptadas sem pessoal qualificado, atrás de verbas no poder público, enquanto as melhores instituições privadas tendem a intensificar a seletividade”⁵⁷.

Portanto, o voucher, assim como todas as demais ações de fomento realizadas pelo Estado, diante do desenho de Estado Social e Democrático de Direito adotado pela Constituição de 1988, demanda a (re)leitura do instituto, afastando-se de contornos alinhados ao princípio da subsidiariedade e ao Estado neoliberal. Ou seja, a figura do voucher, como instrumento decorrente de planejamento do Estado para garantir a todos, de imediato ou, ao menos, com maior brevidade, o acesso à educação básica de qualidade (direito fundamental), demanda que sua implementação se dê ao lado do serviço público em sentido estrito.

Em tese, ainda que se defendam as parcerias legítimas da Administração Pública com o particular, ainda que se sustente que uma atividade de fomento, por exemplo, poderia ser uma alternativa complementar à prestação de serviço público na universalização dos direitos fundamentais, parece que a tratativa que foi dada ao sistema de vouchers, em sua primeira regulamentação, não observa tais cautelas.

Com efeito, apesar do artigo 15, da Lei, afirmar que o Auxílio Criança Cidadã tem caráter suplementar e não afasta a obrigação de o Poder Público oferecer atendimento e expansão de creches na rede pública de ensino, esse programa vai substituir o Brasil Carinhoso. Neste sim, as verbas eram entregues diretamente aos Municípios, para custeio de suas creches. Agora, com a regulamentação proposta, as verbas serão direcionadas às instituições privadas. Ou seja, há uma nítida opção pelo mercado, em detrimento à garantia de um serviço público de educação infantil, expressamente previsto no artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal.⁵⁸

É, sem dúvida, um “projeto de poder que está em curso, que é incompatível com a existência de perspectivas de cidadania, de direito social, de direito humano e de um pensamento crítico”.⁵⁹

5 O FOMENTO COMO UMA POSSÍVEL ALTERNATIVA

Por certo, admitir que o fomento é uma atividade administrativa que se dissocia do serviço público e que sua prestação não exige o poder público de assegurar as atividades prestacionais, não significa que não se possa fazer a defesa deste instrumento como uma alternativa à realização de atividades de interesse público.

⁵⁷ VIEIRA, Maria Clara. Vouchers para a educação: entenda os prós e os contras. *Veja*, 24 jan. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/educacao/vouchers-para-a-educacao-entenda-os-pros-e-contras/>. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁵⁸ **Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:** IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

⁵⁹ LEHER, Roberto. Vouchers vão gerar um apartheid educacional. Op. cit.

O fomento, como se sabe, é um instituto clássico do Direito Administrativo e representa a efetivação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 17, ao admitir parcerias legítimas entre Estado e Sociedade Civil para a realização do direito ao desenvolvimento. É um conjunto de instrumentos pelos quais o Estado estimula os particulares a realizarem atividades de interesse público. São medidas que, ao mesmo tempo, aceleram o desenvolvimento social, mediante a garantia de direitos fundamentais aos seus beneficiários, mas também impulsionam o mercado, gerando desenvolvimento econômico.⁶⁰

Contudo, se é certo que o Estado terá o dever de fomentar os particulares para que, através da realização de parcerias seja possível a construção de um mundo em que todos possam escolher a vida que querem viver com dignidade, não será possível admitir que tais medidas substituam o oferecimento de serviços públicos. Ainda é o Estado, no cenário da Constituição Federal de 1988, quem detém o inafastável dever de atuação na garantia dos direitos fundamentais sociais.

Por certo, com a tentativa de reformulação das funções do Estado, referida no item anterior do presente artigo, essencialmente pautada num modelo de pensamento neoliberal, de influência privatista, tem-se assistido um esforço pela substituição da atuação da Administração Pública pelos particulares. O que poderia ser identificado, grosso modo, em uma paulatina substituição do serviço público pelos mecanismos de fomento.

No Brasil, desde o contexto da Reforma do Estado de 1990, antes citado, optou-se pelos mecanismos de fomento de maneira a atender os objetivos de redução do aparato administrativo e de contração das despesas com a máquina administrativa, sob a frágil justificativa de que há setores em que os particulares são mais eficientes que o Estado. Com esta alternativa, aspirava-se reduzir os custos e aumentar a qualidade de serviços prestados, pretendendo-se consagrar o ideal de eficiência.

O estudo do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado dá indicativos de que os recursos públicos voltados à satisfação de direitos sociais deveriam ser destinados a entes privados, sem fins lucrativos. Tais entidades deveriam receber os recursos como forma de financiar a prestação de atividades de interesse público. Trata-se da pretensa *publicização*, identificada, no Plano, como a propriedade pública não estatal de bens e serviços. Assim, “ao setor de serviços não exclusivos de atuação do Estado deve corresponder a propriedade pública não estatal; e, por essa razão, bens e serviços de titularidade do Estado são transferidos a organizações sem fins lucrativos e de direito privado, por intermédio do já citado processo de ‘publicização’”⁶¹.

Porém, reafirmando aquilo que já se sustentou nos itens anteriores do presente artigo, não é este o perfil de Administração Pública que emerge da Constituição da República de 1988. Com efeito, é inafastável reconhecer que “o governo deve fazer tudo [...] conquistar as demandas dos direitos humanos, se os direitos à alimentação, educação e saúde são vistos

⁶⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento: Administração Pública, direitos fundamentais e desenvolvimento*. Curitiba: Ithala, 2019.

⁶¹ HIGA, Alberto Shinji. A construção do conceito da atividade administrativa de fomento. *Revista Direito Mackenzi*, v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

como componentes do direito humano ao desenvolvimento, o Estado tem que aceitar a responsabilidade primária em oferecer esse direito [...]”⁶². A partir dessas premissas, impõe-se a conclusão de que a realização de atividades de interesse público pela sociedade civil não poderá ser tomada como substitutivo da função administrativa, reconhecendo-se que, no modelo plasmado na Constituição de 1988, a atuação do Estado na erradicação da pobreza, no alcance do bem de todos, não assume caráter secundário.⁶³

Por isso, uma devida interpretação constitucional implica reconhecer que o fomento atuará ao lado do serviço público em sentido estrito – este sim o instrumento por excelência de garantia dos direitos prestacionais. Filia-se à tese sustentada por Emerson Gabardo e Augusto César Leite de Resende no sentido de que “o adequado fundamento para o fomento de qualquer atuação privada pelo Estado exige a avaliação em concreto do interesse público na atividade. Portanto, implica em uma análise de mérito e não em uma aplicação apriorística de um princípio fundante.”⁶⁴. De acordo com os autores citados, o incentivo aos particulares na realização de atividades de interesse público no cenário da Constituição de 1988 não está pautado no princípio geral da subsidiariedade, que pressupõe uma preferência do particular em face do Estado. Ao contrário, as medidas de fomento deverão integrar um rol de instrumentos colocados à disposição da Administração Pública que, diante do planejamento eleito pelo poder público, deverão ser utilizadas, sempre vinculadas à realização de direitos fundamentais.

Com isso, diante da eleição do modelo de Estado Social e Democrático de Direito pelo constituinte de 1988, tais atividades jamais poderão substituir a prestação de serviços públicos.⁶⁵ Com efeito, o artigo 175, da Constituição, impõe ao Estado a incumbência da prestação desses serviços, que se traduzem como atividades prestacionais vinculadas à realização dos direitos fundamentais sociais.⁶⁶ Então, ao atribuir a titularidade de um serviço ao Estado, o poder constituinte ou o legislador infraconstitucional criam para a Administração Pública o dever inescusável de sua prestação⁶⁷ e, em contrapartida, um direito subjetivo para toda a coletividade⁶⁸.

⁶² SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Revista da Social Democracia Brasileira*, n. 68, p. 71, mar. 2002.

⁶³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento*: Op. cit.

⁶⁴ GABARDO, Emerson; RESENDE, Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013.

⁶⁵ MORETTINI, Felipe; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), v. 8, n. 3 p. 375-387, set./dez. 2016.

⁶⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público*. Op. cit.

⁶⁷ A expressão, referida no item acima, é de Celso Antônio Bandeira de Mello, que trata tal conteúdo como princípio. Interessantes as suas colocações: “entendemos que, havendo a Constituição previsto ditos serviços como públicos, o Estado não pode se furtar a promovê-los ou assegurar-lhes a promoção em favor dos administrados. Logo, estes têm direito a que sejam instituídos os serviços que sejam singularmente fruíveis e podem judicialmente exigir-los” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 708). O autor afirma mais uma vez o dever inescusável do Estado em promover a prestação de tais serviços também em outra obra: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*. Op. cit., p. 83.

⁶⁸ Ana Cláudia Finger afirma: “Sendo a sua prestação um dever do Estado para atendimento de uma essencial necessidade da comunidade, o serviço público constitui um direito público subjetivo do cidadão, constituindo instrumento de realização efetiva dos direitos fundamentais sociais” (FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 141-165, abr./jun. 2003).

Desse modo, em relação àqueles direitos que foram vinculados a serviços públicos, pelo constituinte ou pelo legislador, o Estado poderá utilizar-se de medidas de fomento como um complemento da atuação do poder público, nas hipóteses em que a parceria com o particular se mostre como uma escolha mais oportuna e conveniente para o atendimento do interesse coletivo, de forma a ampliar, ainda mais, a fruição dos direitos sociais.

Mas infelizmente esse entendimento não parece coadunar com a tendência que vem aflorando no Brasil. É o que se vê em (i) face da redação proposta para o artigo 37-A, na PEC 32, que trata de novos instrumentos de cooperação, (ii) através da proliferação de contratos com o terceiro setor ou, ainda, pela adoção de vouchers na educação.

Assim, aquilo que vinha sendo uma tendência de administrações públicas, uma certa relativização dos instrumentos de prestação de serviços públicos através de novas modelagens, através do terceiro setor, vem agora expressamente previsto na PEC 32, com a previsão do artigo 37-A, que autoriza o poder público a firmar instrumentos de cooperação com os particulares para a execução de serviços públicos.⁶⁹

E mesmo antes da aprovação da PEC parece que o objetivo do governo é o de implementar novos mecanismos de serviço público em sentido amplo – especificamente mecanismos de fomento – no âmbito da educação infantil, como é o caso do voucher educacional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que se possa admitir os programas de fomento como mecanismos que, em uma interpretação conforme a Constituição, poderão auxiliar na construção do Estado Social e Democrático de Direito plasmado pelo constituinte, ainda que se adote uma visão esperançosa em relação às parcerias legítimas com a sociedade civil acreditando que elas também podem contribuir para a realização dos objetivos da República, é preciso reconhecer que, da forma como proposto na precitada Lei n. 14.284/21, os vouchers vêm como mais um instrumento de fuga para o direito privado, de adoção de um modelo de atuação estatal que se contenta em pagar pelo serviço. A adoção de tal modelagem representa mais uma peça na engrenagem que visa a financeirização da educação, tratando-a como mais um bem de consumo individual, subsidiado pelo poder público.

Como visto ao longo do presente artigo, essa não foi a opção da Constituição da República de 1988, ao passo em que o constituinte originário previu, em seu artigo 205 em primeiro lugar, e pela primeira vez, a palavra “Estado” antes de citar os demais agentes responsáveis pela educação, demonstrando a inequívoca intenção de atribuir àquele o dever principal de promover e ministrar o ensino.

⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional n. 32, de 03 de setembro de 2020*. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>. Acesso em: 06 jun. 2022. Art. 37-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, na forma da lei, firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades, públicos e privados, para a execução de serviços públicos, inclusive com o compartilhamento de estrutura física e a utilização de recursos humanos de particulares, com ou sem contrapartida financeira. §1º Lei federal disporá sobre as normas gerais para a regulamentação dos instrumentos de cooperação a que se refere o caput.

Dessa forma, conclui-se que a escolha constitucional tem e mantém a sua razão de ser: como objeto de interesse público de toda a população brasileira, a prestação do ensino obrigatório foi atribuída diretamente ao Estado porque, obviamente, o caráter universalizante, igualitário e inclusivo não constitui propósito típico da iniciativa privada que, a despeito disso, tem oportunidade de explorar sua atividade regulada.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Giulia De Rossi. *Homeschooling: interpretação constitucional sistemática e intervenção estatal na educação domiciliar*. 2021. 179f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.
- ARROYO, Miguel G. Educação e exclusão da cidadania. In: BUFFA, Ester *et al.* *Educação e cidadania. Quem educa o cidadão?* 5. ed. São Paulo: Cortez, 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O neocolonialismo e o direito administrativo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, Salvador, n. 17, p. 113, jan./fev./mar. 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BOLSA Educação Infantil vai permitir o acesso de 2,5 mil crianças à escola. *Agência Brasília*, 1º jul. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasilia.df.gov.br/2016/07/01/bolsa-educacao-infantil-vai-permitir-o-acesso-de-25-mil-criancas-a-escola/>. Acesso em: 06 jun. 2022.
- 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: 15 ago. 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional n. 32, de 03 de setembro de 2020*. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>. Acesso em: 06 jun. 2022.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Medida Provisória n. 1.061, de 10 de agosto de 2021*. Institui o Programa Auxílio Brasil e o Programa Alimenta Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/149322>. Acesso em: 13 ago. 2022.
- BRASIL. Coronavírus. *Painel Coronavírus: óbitos confirmados*. Atualização: jun. 2022. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 06 jun. 2022.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados; Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 13 ago. 2022.
- BRASIL. *Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.
- BRASIL. *Lei n. 14.284, de 29 de dezembro de 2021*. Institui o Programa Auxílio Brasil e o Programa Alimenta Brasil; define metas para taxas de pobreza [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14284.htm. Acesso em: 13 ago. 2022.

CAIXA. *Projeto Primeiro Passo* – Prefeitura de Salvador. S.d. Disponível em: https://www.caixa.gov.br/programas-sociais/projeto_primeiro_passo_prefeitura_de_salvador/Paginas/default.aspx. Acesso em: 06 jun. 2022.

CANIVEZ, Patrícia. *Educar o cidadão*. 2. ed. Campinas: Papirus, 1998.

CARNEIRO, Luciane. Desemprego fica em 14,1% e atinge 14,4 milhões de brasileiros, mostra IBGE. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/08/31/brasil-tem-mais-de-14-milhoes-de-desempregados-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 06 jun. 2022.

CARRANÇA, Thais. Guedes: Vouchers para educação na 1ª infância estão na agenda do governo para desigualdade. *O Globo*, São Paulo, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/guedes-vouchers-para-educacao-na-1-infancia-estao-na-agenda-do-governo-para-desigualdade-24202370>. Acesso em: 06 jun. 2022.

COUTO, Camille. População abaixo da linha da pobreza triplica e atinge 27 milhões de brasileiros. *CNN Brasil*, Rio de Janeiro, 08 abr. 2021. Disponível em: <https://bityli.com/ETTFJZc>. Acesso em: 06 jun. 2022.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 141-165, abr./jun. 2003.

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

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. São Paulo: Paz & Terra, 2019.

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

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: LTC, 2014.

GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 5, n. 1, p. 99-141, 2018.

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; RESENDE, Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013.

GUIMARÃES, Frederico. Pesquisador chileno critica sistema de vouchers escolares: tende a aumentar desigualdades e segregação. *Revista Educação*, 8 out. 2019. Disponível em: <https://revistaeducacao.com.br/2019/10/08/vouchers-escolares/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HIGA, Alberto Shinji. A construção do conceito da atividade administrativa de fomento. *Revista Direito Mackenzie*, v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Dialética, 2005.

KANT, Emmanuel. La paz perpetua. *Revista de Estudios Sociales*, n. 2, 1998. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revestudsoc/31171#tocto1n1>. Acesso em: 08 out. 2020.

KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. El surgimiento del derecho Administrativo Global. Traducción al castellano por Gisela Paris y Luciana Ricart. *International Legal Studies*, Facultad de Derecho New York University, 2005. Disponível em: <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/06/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2019.

LEHER, Roberto. Vouchers vão gerar um apartheid educacional. [Entrevista concedida a] Beatriz Mota. *Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio/Fiocruz*, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/vouchers-va-gerar-um-apartheid-educacional#:~:text=Uma%20escola%20que%20seja%20pujante,Ao%20contr%C3%A1rio>. Acesso em: 06 jun. 2022.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MEILÁN GIL, José Luis. *Una aproximación al derecho administrativo global*. Sevilla: Global Law Press, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORETTINI, Felipe; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), v. 8, n. 3 p. 375-387, set./dez. 2016.

NEUMAM, Camila. 19 milhões de brasileiros vivem com fome; consequências na saúde são irreversíveis. *CNN Brasil*, São Paulo, 28 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/19-milhoes-de-brasileiros-vive-com-fome-consequencias-na-saude-sao-irreversiveis/#:~:text=Ao%20menos%2019%20milh%C3%B5es%20est%C3%A3o,inseguran%C3%A7a%20alimentar%20e%20da%20fome>. Acesso em: 06 jun. 2022.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. *Revista Brasileira de Educação*, v. 11, p. 61-74, 1999.

PARO, Vitor Henrique. Educação para a democracia: o elemento que falta na discussão da qualidade do ensino. *Revista Portuguesa de Educação*, v. 13, n. 1, p. 23-38, 2000.

RIDDLE, Stewart. Charter schools and vouchers not a solution for Australian schooling. *The Conversation*, 2 may 2017. Disponível em: <https://theconversation.com/charter-schools-and-vouchers-not-a-solution-for-australian-schooling-76937>. Acesso em: 20 nov. 2020.

RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 76, p. 1568, 2010.

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

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

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público*. Curitiba: Íthala, 2016.

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

SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Revista da Social Democracia Brasileira*, n. 68, p. 71, mar. 2002.

UNESCO. *Responsabilização na educação*: cumprir nossos compromissos. Relatório de Monitoramento Global da Educação. Paris: Unesco, 2017. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000259593_por. Acesso em: 06 jun. 2022.

UNICEF. *Cenário da exclusão escolar no Brasil*: um alerta sobre os impactos da pandemia da covid-19 na educação. S.l.: Unicef; Cenpec, 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil>. Acesso em: 06 jun. 2022.

VIEIRA, Maria Clara. Vouchers para a educação: entenda os prós e os contras. *Veja*, 24 jan. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/educacao/vouchers-para-a-educacao-entenda-os-pros-e-contras/>. Acesso em: 06 jun. 2022.



O papel das palavras na hermenêutica jurídica

Alexandre Santos de Aragão

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

Sumário: 1 Introdução. 2 A linguística e a sua importância para a interpretação jurídica. 3 A utilização pela Constituição de termos técnico-jurídicos. 4 Conceitos jurídicos. 5 O caso das “autorizações” de atividades econômicas referidas pela Constituição Federal de 1988. Referências.

En faisant survivre les mots aux réalités qu'ils recourent, l'on évite à la masse des hommes la conscience des transformations sociales.

Gaston Morin¹

1 INTRODUÇÃO

Sendo a linguagem a matéria-prima por excelência do labor dos juristas e operadores do Direito em geral,² é natural que a maior parte das divergências jurídicas se revele em interpretações, ou seja, formas de se ver divergentes de textos legais, mister se fazendo, portanto, ter na atividade hermenêutica uma abordagem incidível entre Direito e Linguística.

Preliminarmente, deve ser advertido que uma análise linguística do Direito nada tem a ver com uma preponderância da interpretação meramente literal,³ muito pelo contrário, já que a linguística pressupõe verificações contextuais, teleológicas e sistemáticas, que vão muito além da mera gramática.

E mais, como adverte Raúl Canosa Usera, tratando da dicotomia entre o espírito e a letra da lei, escreve que essa distinção absoluta não procede, uma vez que “as palavras expressam efetivamente esse espírito e são elas mesmas também espírito”⁴.

¹ MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code*. Paris: Sirey, 1945. p. 04.

² “Não se pode fazer ciência do Direito ou pretender ensiná-lo sem ter o respaldo de uma séria compreensão dos elementos linguísticos comprometidos com o mundo jurídico. Não se deve esquecer que o objeto da ciência jurídica é algo que já pré-cientificamente se apresenta como linguagem” (WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973. p. 17).

³ A respeito da pobreza da interpretação meramente literal vale a pena citar a espirituosa passagem de voto proferido pelo Min. Luiz Galloti: “De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Cléia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso” (*apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 120). Todavia, “conquanto este método seja reputado como o mais pedestre e o mais rudimentar meio de interpretação, não há como negar-se que o texto é o ponto de partida do intérprete, bem como representa o seu limite” (SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 117).

⁴ Cf.: BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 183.

Para demonstrar mais concretamente a importância da linguística na interpretação das normas jurídicas, elegemos uma questão constitucional: o termo “autorização”, utilizado várias vezes pela Constituição Federal de 1988 como condição para o exercício de atividades econômicas, tem um conceito e uma natureza jurídica predeterminadas pelo tratamento que a doutrina administrativista vinha dando à autorização administrativa até a promulgação da Constituição, sendo inconstitucionais as leis que exigirem para o desempenho de dadas atividades econômicas atos administrativos com características diversas? Em caso negativo, já conteria então a Constituição um conceito próprio de autorização administrativa de atividade econômica? Se não o contém, o Legislador estaria livre para dar ao termo o tratamento que bem entendesse?

2 A LINGUÍSTICA E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Como afirma Tercio Sampaio Ferraz Júnior, ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o uso corrente para a designação de um fato e a sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isso ocorre. O legislador, nestes termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas frequentemente lhes atribui um sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada. Esse sentido técnico não é absolutamente independente, “mas está ligado de algum modo ao sentido comum, sendo, por isso, passível de dúvidas que emergem da tensão entre ambos”⁵.

Com efeito, por um lado, se considerado o significado usual da palavra inserida em um diploma legislativo, nunca será apenas um termo da linguagem comum: sendo parte dos textos referenciados pelo ordenamento jurídico,⁶ inevitavelmente se juridiciza, até porque serão aplicados através da técnica jurídica, que, de uma forma ou outra, banhará a palavra da linguagem comum.⁷

Por outro lado, se considerado o significado técnico-jurídico da palavra, ela também não poderá ser tomada exclusivamente neste sentido, já que também os termos técnicos

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 255.

⁶ “Construir um sentido verbal de um texto é construí-lo como um todo. Aqui, baseamo-nos mais na análise do discurso como obra do que na análise do discurso como escrito. Uma obra de discurso é mais do que uma seqüência linear de frases; é um processo cumulativo, holístico. Visto que essa estrutura específica da obra não se pode derivar das frases singulares, o texto enquanto tal tem uma espécie de plurivocidade, que é diferente da polissemia das palavras individuais e diversa da ambigüidade das frases isoladas. A plurivocidade textual é típica de obras complexas do discurso e abre-as a uma pluralidade de construções” (RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 88).

⁷ Genaro R. Carrió afirma, não sem certa ironia, que “a linguagem jurídica não é nada mais que uma forma menos espontânea e menos imprecisa de linguagem natural, que muitos juristas usam com a pretensão, consciente ou não, de estar usando uma linguagem absolutamente rigorosa. [...] O Direito não poderia cumprir as suas funções de guiar atos humanos e possibilitar a sua apreciação se as suas palavras não fossem definíveis em termos da linguagem comum. [...] Ver o Direito, não em seu sentido comum, mas tal como o vê o juiz no momento em que tem que interpretá-lo, é conceber o Direito apenas como Direito judicial. [...] O que acontece é que a simples inserção de uma expressão no contexto de uma norma converte em expressão técnica a mais comum das palavras” (CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho e lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 51, 139 e 143).

integram o universo mais geral da linguagem comum, e, um mínimo de significado afinado com o que possui nesta, os termos da linguagem técnica devem manter.

Hans-Georg Gadamer destaca também

o fato de as expressões técnicas serem tão pouco manejáveis é um fenômeno muito conhecido não apenas por parte dos pesquisadores, mas também por parte de todo leigo sedento de compreender esses termos. É como se esses termos possuíssem uma redoma protetora que impede a sua verdadeira integração na verdadeira vida da linguagem. E, no entanto, o que acontece essencialmente com essas expressões técnicas é que a sua força de esclarecimento, reduzida pela univocidade, se vê enriquecida quando inserida na comunicação viva da vida da linguagem mediante a força comunicativa do dizer, mesmo vago e polissêmico. A ciência pode se opor a esse obscurecimento de seus próprios conceitos. Todavia, a “pureza” metodológica só se deixa alcançar em âmbitos particulares. Essa vem sempre precedida pelo contexto da orientação do mundo, implicada na relação de mundo que se dá eminentemente na linguagem⁸.

A tensão entre os dois sentidos (comum e técnico-jurídico) das palavras utilizadas pelo legislador nos remete à distinção feita por Tercio Sampaio Ferraz Júnior entre “código forte”, em que o comando é mais estrito, e “código fraco” em que o comando se vale de termos e ideias mais gerais.⁹ Assim, a utilização do termo no sentido da linguagem comum é um “código fraco”, que deixa maior poder de apreciação ao hermenauta, que tende a restringi-lo ao interpretá-lo; ao passo que a utilização do termo no sentido da linguagem técnico-jurídica, por ser mais estrita, constitui um “código forte”, de maneira que são menores as opções deixadas ao intérprete, que, assim, tende a tentar ampliar as possibilidades de aplicação do texto, ainda mais se *pro libertate*.

Na verdade, “a interpretação é um ato de síntese e o intérprete, para alcançar a *ratio legis*, deve lançar mão de todos os meios doutrinários a seu alcance”¹⁰. “Por isso é uma regra dogmática a exigência de que, ao interpretar, o hermenauta não se cinja a um único método de interpretação, mas aplique todos” (gramatical, sistemático, teleológico...)¹¹.

Em relação aos procedimentos de validação pelas quais o intérprete testa as suas conjecturas hermenêuticas, elas se aproximam mais da lógica da probabilidade do que de uma lógica da verificação empírica. Mostrar que uma interpretação é mais provável à luz do que sabemos é diferente do que mostrar que uma conclusão é verdadeira. A hermenêutica jurídica é uma disciplina argumentativa, dentro de uma lógica de incerteza e de probabilidade qualitativa, não uma verificação.¹²

Como expõe Eros Roberto Grau, com base nas lições de Karl Larenz e Hermann Heller,

⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. II. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 208.

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: Op. cit., p. 283-4.

¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: Op. cit., p. 297. Cada interpretação é um recorte diferente da mesma realidade, sendo a opção por uma delas decorrente de certa margem de escolha do intérprete.

¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: Op. cit., p. 283.

¹² RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. Op. cit., p. 90.

a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao Direito; no Direito há apenas o aceitável (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução¹³.

Acompanhando esse pensamento, o ministro Nelson Jobim, ao afirmar que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) são “jurídico-políticos”, explicou: “O texto constitucional tem um espectro de julgamento dentro qual qualquer posição é legítima. Dentro desse espectro você pode pender para um lado ou para o outro e é aí que tem que ter o pé na realidade”¹⁴.

Ao realizar a atividade hermenêutica, o intérprete se vê, naturalmente, influenciado pelos seus preconceitos, considerados não do sentido negativo de opiniões prévias e irracionais sobre determinados assuntos, mas sim como toda a carga pessoal que traz para poder interpretar, já que sem dados psicológicos, científicos e de conhecimentos anteriores, a atividade hermenêutica seria logicamente impossível. Nesse sentido, o próprio conhecimento da língua em que o texto foi escrito, os estudos que a pessoa já fez do Direito, integram a noção de “preconceito” na hermenêutica.

É assim que pode ser dito que, ao interpretar, não devemos nos desvestir dos nossos preconceitos, mas sim nos vestirmos deles, deles termos consciência e explicitá-los, já que, do contrário, não se terá de onde partir para começar a interpretação: seria como ler um texto em língua estrangeira sem compreendê-la.

São por essas razões que Gadamer, bastante enfaticamente, afirma que

uma consciência crítica, que demonstra por toda a parte a existência de preconceitos e dependências, mas que considera ela mesmo absoluta, isto é, independente e livre de preconceitos, permanece necessariamente presa a ilusões.¹⁵ [...] A pretensão de uma ausência total de preconceitos é uma ingenuidade, seja na forma delirante de um ilusionismo absoluto, seja como o delírio de um empirismo livre de todos os preconceitos da tradição metafísica, ou ainda como o delírio de uma superação da ciência pela crítica ideológica¹⁶.

Muitas vezes, para se sustentar que o texto de uma norma jurídica adotou o sentido da linguagem comum ou da linguagem técnico-jurídica, invoca-se a “vontade do Legislador” neste ou naquele sentido, quando na verdade, não se deve perquirir qual era a concepção da palavra que tinha a(s) autoridade(s) que emitira(m) a norma, mas sim como ela (a palavra)

¹³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88.

¹⁴ Declaração transcrita no Jornal Valor Econômico na coluna de Rosângela Bittar. JOBIM, Nelson. Confusão jurídica. [Entrevista concedida a] Ricardo Mendonça. *Revista Época*, ago. 2004.

¹⁵ “Não há uma interpretação jurídica, uma atribuição significativa na dimensão normativa, desvinculada da ideologia dos seus usuários. Toda vez que um protagonista do jogo jurídico tenta construir uma definição normativa, está no fundo produzindo um processo de recriação significativa, que lhe permite enquadrar o sentido da sua decisão dentro do marco ideologicamente querido” (WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y definición jurídica*. Op. cit. p. 21).

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Op. cit., p. 215.

deve ser tomada no contexto hermenêutico atual, afinal “a palavra isolada, que não traga, ainda quando única, o poder da frase, não chega sequer a ser parte, já que a parte só faz sentido em referência ao todo, num contexto”¹⁷.

A intenção do autor da norma perdeu-se como evento psíquico. Além disso, a intenção de escrever não tem mais nenhuma expressão a não ser o sentido verbal do próprio texto. Daí que toda a informação acerca da biografia e da psicologia do autor constitua apenas uma pequena parte da informação total, que a lógica da validação tem de tomar em conta. Tal informação, enquanto distinta da interpretação textual, de nenhum modo é normativa quanto à tarefa da interpretação¹⁸.

O importante para o intérprete é que seja atribuído às palavras utilizadas pelas normas jurídicas “largueza e amplitude conectivas, a fim de que, numa tessitura de conexões, possa prestar-se ao sentido com maior efetividade e com mais eficácia. Não dá para se exigir que a cada palavra corresponda uma idéia; ou a cada idéia uma palavra”¹⁹.

Deve-se sempre ter em vista ainda que

o Direito, por obra da fertilidade significativa (dos seus textos), liberta as alternativas de justiça e, por decorrência, civiliza e semeia a igualdade, à luz da equidade flexibilizante e, por isso, acomodadora, em camadas de interpretações distintas, das diferentes situações individuais e dos fatos diferentes, embora sob o pálio das mesmas leis, que não podem ser uma para cada fato nem se podem tornar tão diferenciadas, por correriam o risco de serem discriminatórias, pelos casuísmos destinados a proteger ou pelos rigorismos fadados a perseguir²⁰.

Ao procurarmos aferir o sentido que a “autorização” tem na Constituição, não devemos nos prender ao seu sentido histórico, mas sim contextual atual, assim como não devemos vê-la apenas do ponto de vista da técnica jurídica, já que “autorização” também é uma palavra da linguagem comum, sentido que deve ser ainda mais relevado em se tratando de palavra inserida na Constituição.

3 A UTILIZAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE TERMOS TÉCNICO-JURÍDICOS

Os mesmos problemas expostos no item anterior em relação ao Direito em geral se verificam, com especial intensidade e peculiaridades, no direito constitucional.

Sendo a Constituição muito mais que um simples diploma normativo, mas a Carta organizativa do próprio Estado e, em certa medida, até da sociedade, é comum escutarmos a afirmação de que os termos usados pelo Constituinte não devem considerados em sua

¹⁷ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 75.

¹⁸ RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. Op. cit., p. 109. Para Raimundo Bezerra Falcão, a escrita “tenderia à inação se inexistisse a possibilidade de subjetivar-se de novo, no encontro com outros espíritos, ou num momento diferente, até com o próprio espírito de quem a objetivara” (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. Op. cit., p. 72).

¹⁹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. Op. cit., p. 75.

²⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. Op. cit., p. 79-80.

acepção técnico-jurídico, já que a Constituição deve ser conhecida, aplicada e protegida por todo o povo, não podendo ser acessível apenas aos iniciados nas letras jurídicas.²¹

Reversamente, como aplicação do princípio da maior eficácia da Constituição, há os que afirmam que, se as palavras constantes da Constituição não forem entendidas em seu sentido técnico-jurídico (“código forte”), estar-se-á abrindo a possibilidade de o Legislador vir a disciplinar a matéria com um leque de opções muito maior do que seria recomendado pela força vinculante que a Constituição deve manifestar.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), em ilustrativa passagem de voto do exmo. sr. ministro Marco Aurélio:

De início lanço a crença na premissa de que o conteúdo político de uma Constituição não pode levar quer ao desprezo de sentido vernacular das palavras utilizadas pelo legislador constituinte, quer ao técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de esmerada linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, por força dos estudos acadêmicos e pela atuação dos pretórios [...] Realmente, a flexibilidade de conceitos, o câmbio dos interesses em jogo, implicam insegurança incompatível com o objetivo da própria carta que, realmente, é um corpo político, mas o é ante os parâmetros que encerra e estes não são imunes ao real sentido dos vocábulos, especialmente os de contorno jurídicos. Sempre tenho presente a premissa de que o Direito é ciência e, como tal, possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, havendo de se presumir que o legislador, especialmente o constituinte, haja atuado com técnica, atentando para o fato de que o esmero da linguagem é essencial à revelação do sentido correto da disposição normativa²².

Mais recentemente, o ministro Marco Aurélio teve a oportunidade de reafirmar esse seu cânone hermenêutico: “Sendo o Direito uma ciência, os institutos, expressões e vocábulos têm sentido próprio, e tanto maior é a segurança jurídica quanto mais fiel for o emprego de cada qual”²³.

No mesmo sentido, Celso de Albuquerque Silva, em um primeiro momento, afirma que,

notadamente na seara constitucional, é de que tais normas devem, por princípio, serem interpretadas tomando-se como norte o sentido comum dos vocábulos, na presunção de que o Poder legislativo, por ser composto de representantes do povo, legisla para o povo e, portanto, adota conteúdos semânticos determinados e compartilhados por toda a sociedade.

²¹ Sem hermenêutica, jurídica ou não, o homem inexistente enquanto tal. Mundo e interpretação se inter-relacionam em uma unidade constitutiva. O homem é um ser permanentemente interpretante. Todos interpretam, independentemente da maior ou da menor especialização técnica.

²² RE n. 166772-9/RS. No caso se decidiu que o termo “folha de salários” utilizado pela Constituição deve ser entendido em seu sentido técnico-jurídico, como os pagamentos feitos pelos empregadores aos seus empregados, tal como definidos na legislação trabalhista.

²³ ADI 1.668-5/DF. Nesse caso, no entanto, o ministro Marco Aurélio, Relator, foi vencido ao querer impor o sentido técnico ao termo serviço público, no sentido de que todo serviço público deveria necessariamente ser prestado no regime jurídico de Direito Público.

Todavia, em um segundo momento, vem a tergiversar em relação aos vocábulos que também possuem uma acepção técnica:

Não obstante, tal regra é excepcionada quando a Constituição utiliza expressamente um vocábulo que possui um sentido eminentemente técnico, determinado seja pela conceituação científica especializada, seja por legislação específica. Em tais hipóteses, a norma constitucional sofre um processo de integração de seu sentido por obra da atividade do legislador ordinário, a revelar o fenômeno conhecido na *práxis* constitucional como a interpretação da Constituição conforme a lei²⁴.

Criticando essa possibilidade, Celso Ribeiro Bastos afirma que,

nada obstante o fato de as Constituições conterem conceitos exógenos, isto é, provenientes de outras searas do direito ou mesmo do campo extrajurídico, desde que apreendidos em disposições constitucionais, devem ser interpretados no sentido que adquirem por força desta nova inserção sistemática. *A Constituição é o marco a partir do qual se erige a ordem jurídica. Seria um contra sendo admitir-se que o que lhe vem abaixo – devendo, portanto, sofrer o seu influxo – viesse de repente a insurgir-se contra esta ordem lógica, fornecendo critérios para a inteligência do próprio preceito que lhe serve de validade.* [...] A linguagem da Constituição é a do bom senso, de um instrumento feito para exprimir necessidades práticas da vida humana. [...] Por derradeiro, não se poderia deixar de fazer referência à natural evolução da linguagem, no sentido de açambarcar as inovações operadas na realidade. Esta é, sem dúvida, uma das finalidades que a atividade interpretativa deve levar a cabo. Isto implica, pois, na aplicação do enunciado ora abordado em seu caráter dinâmico, já que a linguagem comum apresenta realmente um dinamismo próprio²⁵.

Com efeito, admitir sem muitas mitigações a acepção técnico-jurídica de palavras utilizadas pela Constituição, seria engessar conceitos contidos em leis ordinárias preexistentes ou elaborados pela doutrina e pela jurisprudência escritas até a promulgação da Constituição. Dessa maneira, a adoção dessa postura, além de constitucionalizar conceitos legislativos ou doutrinários, em ambos os casos infraconstitucionais, levaria à impossibilidade de atualização do próprio legislador infraconstitucional e até mesmo da doutrina. Ou seja, o legislador infraconstitucional do passado estaria vinculando o do futuro, o que não é admissível até mesmo por respeito às gerações futura – direito intergeracional.

A Constituição de um Estado Democrático de Direito é dotada de maior abertura pela adoção de vocábulos mais vagos, o que propicia que o equilíbrio político seja buscado em cada conjuntura econômica e política, sob pena de se inviabilizar um projeto constitucional de longo prazo, ensejando a ruptura constitucional ou a revisões mais frequentes do que seria desejável de uma Carta rígida.²⁶ Enfocar esses vocábulos sob o ponto de vista técnico-jurídico, e não da linguagem comum, seria diminuir essa vagueza linguística e, portanto, a

²⁴ SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. Op. cit., p. 118-9.

²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. Op. cit., p. 187-189. Grifos meus.

²⁶ Raúl Canosa Usera chega a afirmar, não sem certo lamento, que “o papel da interpretação gramatical se reduz ao de simples delimitadora de zonas hermenêuticas muito extensas” (USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 95).

abertura da Constituição e, em última instância, a própria viabilidade do Estado Democrático de Direito.²⁷

Isso não quer dizer, contudo, que a linguagem técnica deva sempre ser ignorada pelo intérprete da Constituição. É o que se revela pela própria visão absoluta que o ministro Marco Aurélio tem dessa necessidade, mas que, como visto acima, foi acolhida pelo STF, ao tratar da “folha de salários”, mas refutada por ampla maioria (o citado Ministro foi o único que votou pela inconstitucionalidade) ao tratar do termo “serviço público”.

O que nos parece que deve guiar os casos em que a Constituição utiliza termos que têm significado para a Ciência do Direito é que, se também possuir um significado mais amplo na linguagem comum (ex., “domicílio”) ou na Ciência Política (ex., “serviço público”), deve ser esse que deve prevalecer. Mas, se a palavra é essencialmente de natureza técnico-jurídica (ex., “terrenos de marinha”), devemos realmente respeitá-lo, não porque nesses casos a técnica prevalecerá sobre a linguagem comum, mas porque a adoção de significado outro seria um desvirtuamento dos próprios limites linguísticos da interpretação, isto é, o sentido comum da palavra é intrinsecamente ligado ao seu sentido técnico. O que devemos considerar em ambos os casos é que “as palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados”²⁸.

4 CONCEITOS JURÍDICOS

É inegável o papel dos conceitos jurídicos, com as preocupações sobre naturezas jurídicas e classificações que eles acarretam, para a estruturação do ordenamento jurídico, principalmente para fins didáticos. Essa importância não pode, contudo, ser superdimensionada, deixando que tenhamos de ter consciência dos seus limites diante da realidade multifacetária e dinâmica que os conceitos pretendem, em uma tentativa contínua e essencialmente sempre frustrante, organizar.

Ensina Genaro R. Carrió que

não podemos ter a falsa segurança de que os tecnicismos da linguagem jurídica podem enquadrar todos os casos. A experiência diária dos tribunais e, em geral, o contato profissional com o Direito, nos mostram que essa segurança é quimérica. [...] Não há como deixarmos de tropeçar com a imprecisão e a relatividade dos conceitos jurídicos, pois existem numerosas zonas de transição, nos quais o jurista deve estar atento para não cair na tentação de uma perigosa geometria jurídica²⁹.

²⁷ Tratando da questão Gustavo Zagrebelsky observa que “a lei passa a exprimir as combinações possíveis entre os princípios constitucionais. [...] Ela toma a forma de um direito particular e contingente, a saber um direito que traduz o ponto de vista dos atores políticos que ocasional e temporariamente se impõem no processo legislativo em virtude do princípio majoritário. Em relação às concepções de lei do século XIX, esta mudança consistiu num claro redimensionamento” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le droit en douceur – il diritto mite*. Tradução de Michel Leroy. Paris: Econômica, 2000. p. 91).

²⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 122.

²⁹ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho e lenguaje*. Op. cit., p. 54-5.

Além de os conceitos e classificações muitas vezes serem problemas meramente convencionais entre os juristas contendores,

é uma ilusão pensar que cada palavra corresponde a um – e apenas um – significado; a grande maioria delas tem uma pluralidade de significados. Também é ilusória a crença de que o uso de uma mesma palavra para indicar objetos diversos pressupõe necessariamente – salvo os casos de mera homonímia – que todos esses objetos têm uma propriedade ou um conjunto de propriedades em comum, que integram o corpo de uma entidade que a palavra denomina. O fato de estarmos usando uma mesma palavra não garante que estejamos nos referindo à mesma coisa³⁰.

Até mesmo do ponto de vista didático, uma simplificação exagerada dos conceitos, ao invés de ajudar, tende a confundir o estudante sempre que, em um segundo momento de aprofundamento, tentar entender a realidade jurídica através dos conceitos, dentro dos quais não é possível enquadrar a realidade a fórceps, em uma eterna tentativa de classificação de novas figuras atípicas com um arsenal conceitual que, ainda que permanentemente atualizado, será sempre insuficiente.³¹

Isso se dá com especial intensidade em momentos de grandes alterações socioeconômicas e legislativas, como o que vivemos, em que fica mais evidente que os conceitos tradicionais não são, em maior ou menor escala, instrumentos aptos a apreender e organizar a realidade jurídica e institucional. Estando vivendo um momento de “evolução do direito administrativo”³², é natural que os conceitos anteriores a esse momento estejam cada vez mais desconfortáveis diante dele.

A maioria das discussões dos juristas sobre conceitos e classificações

talvez se deva ao fato de que teoria jurídica é manejada com classificações herdadas, muitas das quais com o aval de um enorme prestígio e tradição milenar. Os juristas então crêem que essas classificações constituem a “verdadeira” forma de agrupar regras e os fenômenos, em lugar de ver nelas simples instrumentos para uma melhor compreensão deles. Os fenômenos – se crê – devem acomodar-se às classificações, e não o contrário. Boa parte das controvérsias dos juristas sobre problemas de classificação são abordadas como se fossem questões de fato, sem que se advirta que não há sentido em refutar como ‘falsa’ uma classificação – ou seus resultados – e postular em seu lugar uma outra, “verdadeira”, como se tratassem de dois modos excludentes de reproduzir com palavras certas divisões e subdivisões que estariam na “natureza das coisas”. As classificações não são nem verdadeiras, nem falsas, são funcionais ou inúteis; suas vantagens ou desvantagens dependem do interesse que guia quem as formula, e a sua fecundidade para apresentar uma área de conhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível ou mais rica das conseqüências práticas desejadas pelo autor que as elabora. Sempre há múltiplas maneiras de agrupar ou classificar um campo de relações ou de fenômenos; o critério para se decidir por uma delas é dado apenas por critérios de conveniência científica, didática ou prática³³.

³⁰ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho e lenguaje*. Op. cit., p. 94.

³¹ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho e lenguaje*. Op. cit., p. 53.

³² Ver a indispensável obra de: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

³³ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho e lenguaje*. Op. cit., p. 98-9.

Quanto às buscas pelas naturezas jurídicas dos fenômenos jurídicos, Robinson sustenta ser

muito difícil que uma pequena definição ou fórmula possa gerar afirmações verdadeiras acerca de todos os tipos de fenômenos efetivamente abrangidos pelo uso comum da palavra, já que é muito difícil que abranja um campo totalmente homogêneo. [...] As cansativas pesquisas dos juristas para “descobrir” a natureza jurídica de determinada instituição ou relação estão de antemão irremediavelmente fadadas ao fracasso. A explicação para que, apesar de tudo isto, continuar-se tentando elaborar conceitos, classificações e naturezas jurídicas, é, entre outras, o desejo de se achar um ponto de partida fixo e seguro para a posterior tarefa de classificação e sistematização. Além disso, há o desejo de equiparar as instituições de surgimento recente às de outras linhagens mais ilustres, atenuando dessa maneira o choque da novidade mediante sua absorção por um mundo familiar de idéias já elaboradas³⁴.

Os conceitos tradicionais do direito administrativo se caracterizam pelos pressupostos ideológicos da supremacia da Administração Pública sobre o particular e do papel do Estado de provedor universal das necessidades sociais. Ora, não precisamos de maiores divagações para constatar que, se esses pressupostos ideológicos não foram totalmente ultrapassados, encontram-se na melhor (ou seria na pior?) das hipóteses seriamente comprometidos, inquinando também, como não poderia deixar de ser, os conceitos que deles defluíam.

No caso das autorizações administrativas, tradicionalmente identificadas com um espaço de poder discricionário da Administração Pública e de uma posição jurídica precária do particular, a mudança do direito administrativo se fez sentir pela necessidade de se conferir maior segurança jurídica aos autorizados, sob pena de o Estado perder os investimentos que poderiam aportar.

Afinal, como explicita Luis Alberto Warat,

as definições não podem se limitar à descrição ou explicação dos conceitos, [...] devendo incluir a existência de conceitos impregnados de carga emotiva e ideológica, e previstos com força operativa, de maneira que a mera explicitação racional e lógica não é capaz de delimitar o seu conteúdo. [...] No plano jurídico é imprescindível efetuar uma análise pragmática de sua linguagem que tome em conta fundamentalmente a relação dos signos com a intencionalidade dos seus usuários, que nunca perca de vista o contexto fático e ideológico no qual no qual as mensagens normativas estão submersas. [...] Se não se nutre desse contexto, corre o perigo de se divorciar totalmente da realidade e, perder o ritmo de adaptabilidade e provocar com isso a possibilidade de uma ruptura violenta do sistema. [...] É a lei que deve se adaptar às circunstâncias, e não pretender que essas se acomodem a ela³⁵.

³⁴ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho e lenguaje*. Op. cit., p. 101-2.

³⁵ WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y definición jurídica*. Op. cit. p. 25, 28, 56 e 57.

5 O CASO DAS “AUTORIZAÇÕES” DE ATIVIDADES ECONÔMICAS REFERIDAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

À luz dos paradigmas teóricos acima colocados, passaremos a analisar se a previsão constitucional de autorizações administrativas, pressupõe a adoção pelo constituinte de concepções da doutrina tradicional do Direito Administrativo quanto a dois aspectos do instituto: o de poderem constituir uma espécie de delegação de serviço público, e o de deverem necessariamente ser atos discricionários.

A Constituição se refere a autorizações de atividades econômicas em duas ocasiões: uma, genérica, no parágrafo único do art. 170, ao dispor serem essas atividades livres, salvo exigência legal de prévia autorização pela Administração Pública; e outra, específica, ao, nos incisos XI e XII do art. 21, conferir competência à União para “explorar” diretamente, ou mediante concessão, permissão ou autorização, os serviços que enumera, entre os quais os de telecomunicações, de energia elétrica e de transportes ferroviários, aquaviários e aéreos.

A primeira questão que se coloca é se estas autorizações, chamadas por alguns de autorizações de serviços públicos, seriam distintas daquelas previstas genericamente no art. 170, que são as autorizações de poder de polícia sobre atividades econômicas privadas.

Ao nosso ver, ao contrário do que se poderia inferir da alusão semântica feita pelo art. 21 à autorização como um tipo de exploração indireta pela União daquelas atividades, devemos considerar que o art. 21 da Constituição Federal é norma meramente atributiva de competência, não de disciplina material daquelas atividades. Por ela se está admitindo que, observado o Princípio da Subsidiariedade, o Legislador da União possa vir a qualificar toda ou parte daquelas atividades como serviços públicos, passíveis de exploração direta ou indireta mediante concessão ou permissão, ou como atividades econômicas privadas que, em razão de sua importância para o interesse público, devem ficar sujeitas à autorização.

Em outras palavras, ao contrário da disciplina geral para a economia prevista no art. 170, parágrafo único, que deixa ao Legislador a discricionariedade de impor ou não a necessidade de consentimento prévio da Administração Pública para o exercício de cada atividade econômica, o art. 21, XI e XII, impõe ao Legislador a obrigação de impor, pelo menos, a autorização administrativa, sendo-lhe também possível publicizar a atividade, retirando-a da órbita privada para qualificá-la como serviço público, ao contrário das atividades econômicas em geral, que só podem vir a ser prestadas pelo Estado nos termos estritos do art. 173, CF.

A tese sustentada é a que nos parece mais consentânea com o Estado democrático de Direito, pelo qual o Constituinte não deve pré-fixar opções econômicas estanques, deixando espaço suficiente para que o Legislador, de acordo com as opções políticas majoritárias de cada momento, tenha margens de escolha razoáveis.

O que não nos parece possível é, apenas por uma interpretação literal, equiparar a autorização do art. 21 a uma forma de delegação de serviço público, quando a própria semântica da palavra “autorização” denota uma relação exógena do autorizante em relação à atividade autorizada, o que é corroborado ainda pela interpretação sistemática com o art. 170, parágrafo único, que evidentemente não prevê a autorização como mecanismo de delegação de serviço público, mas sim do exercício do poder de polícia.

Ademais, a autorização administrativa sempre foi considerada como o ato de polícia preventiva que admite o desenvolvimento de atividade de interesse preponderantemente do particular. Impossível então admitir a delegação de serviço público, atividade por essência ligada ao interesse público, mediante autorização.

Em suma, o conteúdo mínimo do termo “autorização”, tanto na linguagem comum como na técnico-jurídica, não pode ser distorcido a ponto de equipará-la a uma forma de delegação de serviço público, até porque, caso o fosse, seria uma noção inútil, pois o espectro da delegação de serviços públicos propriamente ditos já é coberto pelas concessões e permissões em suas várias modelagens possíveis.

O que muitas vezes se chama de autorização de serviço público é, na verdade, o controle permanente sobre atividades privadas, o que leva muitos a confundirem essas, talvez por uma acepção ainda oitocentista do poder de polícia, com serviços públicos, como se admitissem tamanha ordenação estatal apenas se a atividade fosse pública. As atividades privadas admitiriam, então, apenas o poder de polícia negativo do Estado Liberal, que impunha às atividades econômicas privadas apenas a não violação do interesse público, mas que não poderia, pelo menos enquanto a atividade continuasse sendo privada, obrigar a empresa a contribuir ativamente para a realização do interesse público.

Por outro lado, a acepção técnico-jurídica da autorização como ato necessariamente discricionário, ou seja, em que a Administração Pública tem a possibilidade de optar entre pelo menos duas alternativas válidas, não pode ser considerada como tendo sido constitucionalizada.

Em primeiro lugar, nem a própria doutrina é unânime quanto a isso, apesar de a grande maioria dos autores realmente apontar a discricionariedade como uma de suas principais características. Ademais, se o art. 170, parágrafo único, se referisse à “autorização” apenas enquanto ato discricionário, as licenças – atos vinculados segundo a doutrina – estariam necessariamente excluídas enquanto mecanismo de poder de polícia preventivo sobre atividades econômicas, o que contrariaria até mesmo o Princípio da Subsidiariedade, já que se estaria obrigando o Legislador a sempre deixar certa margem de apreciação para a Administração Pública assentir ou não o exercício das atividades econômicas, vedando-lhe *tout court* oferecer maiores garantias jurídicas ao particular através de requisitos de admissibilidade no mercado já previamente estabelecidos em lei.

E mais, não faria sentido permitir que a Administração Pública restringisse a sua discricionariedade através da edição de regulamentos que homogeneizassem a forma de exercício desse seu poder de polícia, e vedássemos ao legislador que o fizesse, implantando-se uma reserva de poder normativo à Administração Pública, hipótese inadmissível, ainda mais se tratando de limitação a direitos.

Podemos constatar, então, que, se por um lado, o termo “autorização” não admite uma expansão tal a ponto de poder ser considerado tecnicamente como uma delegação de serviço público, por outro, não pode ser restringida a ponto de compreender apenas a noção tradicional da doutrina administrativista de ato discricionário.

A nossa proposta hermenêutica busca conciliar a necessária mobilidade normativa exigida pelo Estado democrático de Direito, com um mínimo de rigor na utilização das palavras, que, naturalmente, não são suscetíveis de acolher qualquer sentido que pretendamos atribuir-lhes. Na interpretação, podemos tocar a *Aquarela do Brasil* de várias formas, mas não a ponto de a transformarmos na *Carinhoso*: aí, já teríamos outra canção, não mais uma das possíveis interpretações daquela.

Não devemos, com efeito, limitar excessivamente, apenas aos seus sentidos técnico-jurídicos, as palavras utilizadas pela Constituição, já que, como adverte Luis Alberto Warat,

a inalterabilidade significativa do processo definitório é a chave que fecha o caminho para novas ideologias e para a mudança. Esta é a postura do dogmatismo jurídico, que propugna uma univocidade significativa inalterável [...]. Ao revés, a multiplicidade significativa adotada pelas correntes doutrinárias que podem ser denominadas de realistas ou empíricas, dão os argumentos para que a sua concepção da linguagem jurídica se identifique com a linguagem natural. [...] O dogmatismo tem uma atitude específica em relação às definições: ao aceitar a inalterabilidade definitória dos termos da linguagem jurídica, apóia a visão de uma interpretação rígida e a idéia de que os juízes não criam direito e que a maior garantia de segurança está na pré-determinação dos conteúdos definitórios³⁶.

Sendo assim, podemos concluir que a Constituição não tem um conceito absolutamente predefinido de “autorização administrativa”, deixando largo espaço para o Legislador vir a defini-la em cada ocasião, ou melhor dizendo, para cada setor econômico regulado. Protege, contudo, a Constituição, os traços semânticos básicos das autorizações administrativas, enquanto consentimento prévio da Administração Pública para que determinadas atividades privadas definidas pelo Legislador possam vir a ser exercidas.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho e lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, v. II. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JOBIM, Nelson. Confusão jurídica. [Entrevista concedida a] Ricardo Mendonça. *Revista Época*, ago. 2004.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo : RT, 2003.
- MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code*. Paris: Sirey, 1945.

³⁶ WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y definición jurídica*. Op. cit. p. 33 e 44.


RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Coeditora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le droit em douceur – il diritto mite*. Tradução de Michel Leroy. Paris: Econômica, 2000.



Contribuição previdenciária das forças auxiliares estaduais na inatividade e dos seus pensionistas: inconstitucionalidade do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, Com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor Europeu pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Sumário: 1 Introdução. 2 Recursos humanos, militares e a falsa ideia de privilégios. 3 Impossibilidade de lei federal prever norma geral de inatividade e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares. 4 Precedentes judiciais do Egrégio Supremo Tribunal Federal. 4.1 Ação Civil Ordinária n. 3.350. 4.2 Ação Civil Ordinária n. 3.396. 4.3 Suspensão de Segurança n. 5.458. 4.4 Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.309.755. 4.5 Recurso Extraordinário n. 1.338.750. 5 Inaplicabilidade do princípio da simetria e da isonomia. 6 Principais argumentos da inconstitucionalidade do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019. 6.1 Violação à concepção de norma geral. 6.2 Violação ao princípio federativo. 6.3 Violação ao princípio da separação de poderes. 6.4 Violação ao princípio do primado do homem, da segurança jurídica, dos atos jurídicos perfeitos e dos direitos adquiridos. 7 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise do debate acerca da constitucionalidade da contribuição previdenciária das forças auxiliares estaduais na inatividade e dos seus pensionistas com fundamento no art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019.

Após tal modificação muitos Estados-membros da Federação anunciaram a aplicação da alíquota de 9,5% sobre a contribuição previdenciária dos militares inativos e seus pensionistas, com fulcro no artigo supracitado. Outros, preferiram manter as alíquotas que vinham aplicando.

Fato é que essa conduta estadual gerou uma corrida aos tribunais, tanto dos Estados membros da federação como os militares inativos e seus pensionistas.

No dia 21 de fevereiro de 2020, o ministro Luís Roberto Barroso publicou a tutela de urgência nos autos da Ação Civil Ordinária n. 3.350, promovida pelo Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo a prevalência da lei estadual e suspendendo a aplicação da lei federal em razão da potencial inconstitucionalidade do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, por ter extrapolado a competência da União para fixação de normas gerais sobre inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, conforme redação do art. 22, inc. XI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 103/2019.

Infelizmente, mesmo após tal decisão, muitos Estados-membros ignoraram-na e continuaram a cobrar a alíquota prevista no art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019.

No dia 22 de maio de 2020 foi publicada nova tutela de urgência, nos autos da Ação Civil Ordinária n. 3.396, promovida pelo Estado de Mato Grosso, reconhecendo a potencial inconstitucionalidade do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, pelos mesmos fundamentos da Ação Civil Ordinária n. 3.350.

Após essas publicações, surgiram as primeiras demandas individuais nos juizados solicitando a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019 em conformidade com as decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

No dia 5 de outubro de 2020, o Egrégio Supremo Tribunal Federal julgou o mérito da Ação Civil Ordinária n. 3.396, decidindo, por unanimidade, em sede de controle difuso, pela inconstitucionalidade do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, fundamentando que a União invadiu a competência dos Estados ao definir alíquota previdenciária de âmbito nacional, em desconformidade com a definição constitucional de normas gerais. Essa decisão de mérito transitou em julgado no dia 16/04/2021.

Por fim, em 21 de outubro de 2021, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário n. 1.338.750 Santa Catarina, fixou tese no Tema 1.177 com os seguintes dizeres:

A competência privativa da União para a edição de normas gerais sobre inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares (artigo 22, XXI, da Constituição, na redação da Emenda Constitucional 103/2019) não exclui a competência legislativa dos Estados para a fixação das alíquotas da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos de seus próprios militares inativos e pensionistas, tendo a Lei Federal 13.954/2019, no ponto, incorrido em inconstitucionalidade.

Para tratar de todo esse contexto, far-se-á uma análise inicial sobre os recursos humanos necessário e utilizados pelas Administrações Públicas para suas atividades focando nos militares. Neste aspecto, deixa-se claro que existe uma falsa ideia de privilégio em benefício dos militares. Em seguida, passou-se a analisar a impossibilidade de lei federal prever norma geral de inatividade e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares. Depois, estudou-se os principais precedentes judiciais do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Após esse embasamento, trouxe-se a tona o principal argumento que poderia ser levantado para a aplicação do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019. Assim se fez para se desconstruir tal argumento e demonstrar sua inaplicação.

Por fim, na parte final do artigo, abordou-se os principais argumentos da inconstitucionalidade do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, entre eles a violação à concepção de norma geral, ao princípio federativo, ao

princípio da separação de poderes e ao princípio do primado do homem, da segurança jurídica, dos atos jurídicos perfeitos e dos direitos adquiridos.

2 RECURSOS HUMANOS, MILITARES E A FALSA IDEIA DE PRIVILÉGIOS

Para o cumprimento dos inúmeros fins e objetivos que as Administrações Públicas possuem, faz-se necessário dispor de meios pessoais, isto é, recursos humanos para gerenciar e executar as mais diversas decisões administrativas. As Administrações, como todas as pessoas jurídicas, dependem da atuação material dos serem humanos para formar e manifestar sua vontade.

Sem um adequado regime jurídico para esses meios pessoais dos quais as Administrações Públicas se valem, o cumprimento dos fins e objetivos poderá ser prejudicado. Muitas dessas pessoas são quem, em última análise, possuem a voz de ação da Administração, pois várias têm contato com os administrados e, com isso, tramitam a imagem e a informação que desejam da Administração. Os administrados acabam por conceituar e valorar as Administrações em pertinência ao trato recebido pelos meios pessoais desta. Isso leva a crer que, por mais que a organização administrativa esteja bem-deseenhada, esta acabará sendo o que são seus agentes. Essa característica é muito evidente quando diante dos militares.¹

Todas essas pessoas são relacionadas à ideia de função pública, pois quem forma ou manifesta a vontade estatal desempenha uma função porque atua em assunto alheio, em benefício de terceiros, e não nos próprios interesses.

Exatamente por tais motivos que, tradicionalmente, a relação entre as Administrações e o pessoal a seu serviço, sempre, sujeitou-se a regras específicas, distintas das relações laborais entre empresários e empregados.

Infelizmente, os agentes públicos com vínculo jurídico formal (agentes de direito), principalmente aqueles vinculados a pessoas jurídicas de direito público (agentes políticos, militar, servidor estatutário, temporário ou agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias), vêm sofrendo uma desvalorização, criando-se um imaginário de que são beneficiados com “*privilégios*” funcionais.

Carlos Válder do Nascimento², quando pela primeira vez se impôs contribuição dos inativos no Brasil, preconiza:

Já agora se utilizam, sorrateiramente, da palavra privilégio como sinônimo de direito, para incutir no seio da sociedade a falsa idéia de que a aposentadoria do servidor é responsável pelas dificuldades por que a atravessa a nação. Essa idéia assaz difundida procura transmitir uma imagem negativa de que a crise é gerada por uma gama expressiva de favores deferidos aos servidores públicos, que, parasitários, vivem às expensas do erário.

¹ São militares aquelas pessoas integrantes de entes e órgãos estatais estruturados de modo permanente para resguardar a defesa da pátria e a garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem. A categoria militar é integrada apenas pelas Forças Armadas (art. 142, §3º, da CRFB), policiais militares e corpo de bombeiros instituídos nos Estados e no Distrito Federal (art. 42 da CRFB).

² NASCIMENTO, Carlos Válder do. *Reforma da Previdência e Contribuição dos Inativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 9.

Longe de ver eventual exclusão ou alíquota baixa dos militares inativos e pensionistas da contribuição previdenciária como um “*privilégio*”, deve esta, assim como outras prerrogativas, serem vistas e entendidas como salvaguardas de históricas e penosas conquistas, incorporadas à legislação. Sendo assim, deve-se, de pronto, ir contra qualquer recuo de tal prerrogativa, ainda que supostamente exigido para lograr-se eficiência da Administração Pública.

Sob tal perspectiva, o que erroneamente se aponta como “*privilégio*” deve ser visto como prerrogativas reconhecidas aos militares inativos e a seus pensionistas.

Esse tipo de prerrogativa existe, principalmente, quando diante de militares, pois eles têm tratamento específico perante suas especificidades. Em outras palavras, os militares estaduais, por se utilizarem, de forma inerente, da coação administrativa (uso da força e violência legítima) possuem regime jurídico diferenciado. A título de exemplo, são eles submetidos a uma noção rigorosa de hierarquia e à imposição de deveres de sacrifício da sua própria segurança em prol da coletividade, são disciplinados por um Código Penal próprio, o Militar, possuem Estatutos e Códigos de Ética e Disciplina com penalidades maiores se comparadas à dos agentes administrativos. São proibidos de se sindicalizar e de fazer greve. Caso algum deles tome posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inc. XVI, alínea “c”, será transferido para a reserva. São impedidos, enquanto em serviço ativo, de se filiarem a partidos políticos. Os militares devem respeitar o princípio da devoção, pois a carreira militar é caracterizada por atividade contínua, por conseguinte, devem ser inteiramente devotados às suas atividades e estar em disponibilidade permanente, além de serem obrigados a exercer a atividade militar em qualquer lugar do Estado. Possuem jornadas de trabalho em que suas vidas são constantemente colocadas em perigo. Realizam trabalhos noturno, horas extras, entre outras atribuições sem contrapartida remuneratória. A qualificação de tempo de serviço é quinquenal em vez de trienal. Sofrem muito mais de distúrbios psicológicos, tais como estresse pós-traumático, depressão, ansiedade, entre outros, em decorrência da própria função que exercem, pois esta exige atuação cotidianamente com os aspectos mais negativos que podem existir nas relações sociais. Enfim, são muitos os exemplos que poderiam ser elencados para justificar o tratamento diferenciado que se costuma conferir aos militares, incluindo os militares inativos e seus pensionistas.

Sabe-se que a previdência, em todo o país, encontra-se em situação precária. E isso é resultado de imprudência crônica de sucessivos governos, desvio de recursos previdenciários para o financiamento de projetos governamentais, ausência de atualização dos cálculos atuariais, entre outros motivos; nunca, porém, como alguns setores insidiosamente pretendem fazer crer, correria à conta de supostos “*privilégios*” de servidores públicos e, muito menos, dos militares.³

Inclusive, é bom ressaltar que a contribuição dos militares e dos pensionistas possui natureza acessória e retributiva no sistema de proteção social dos militares. Isso mesmo, sistema de proteção social, e não previdência. Os militares possuem tal sistema porque garante

³ Haja vista os contínuos *deficits* da previdência, inúmeras reformas da previdência na CRFB já ocorreram, sendo elas as Emendas à Constituição n. 3/1993, 20/1998, 41/2003, 47/2005, 70/2012, 88/2015 e 103/2019.

a integralidade do salário na inatividade e a paridade com o pessoal do serviço ativo, além da pensão integral às viúvas/aos filhos. É a única categoria do serviço público que tem um sistema de proteção social.⁴

Independentemente do que for, fato é que a situação é dramática, e isso leva a necessárias soluções drásticas para corrigir, para o futuro, os erros acumulados no passado. Agora, apesar de ser necessário efetuar reformas, elas devem observar os direitos constitucionais existentes sem se deixar levar pelo perverso discurso de alguns de que os militares seriam um dos causadores da crise que se abate nas finanças previdenciárias. Não é possível analisar o caso, sob a regé de um embate de classes, em que se pretenda indigitar, como vilões e os maiores responsáveis pelo estado de coisas a ser corrigido, os militares, sobre as quais se traveja nossa defesa, à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem.

Por isso, sempre que o tema envolva questão previdenciárias, por melhores que sejam os argumentos técnicos e econômico-financeiros utilizados, há inafastáveis limites jurídicos que devem ser necessariamente respeitados e que serão tratados ao longo deste estudo.

3 IMPOSSIBILIDADE DE LEI FEDERAL PREVER NORMA GERAL DE INATIVIDADE E PENSÕES DAS POLÍCIAS MILITARES E DOS CORPOS DE BOMBEIROS MILITARES

A Emenda Constitucional n. 103/2019 alterou o art. 22, inc. XXI, da CRFB, ao estabelecer que compete privativamente à União:

~~XXI — normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;~~

XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares; [...]

⁴ Segundo Jônatas Wondracek: “Importante destacar que o Sistema de Proteção Social dos Militares difere da expressão previdência social, isto é, militares não possuem previdência social, e sim Sistema de Proteção Social que lhes garantem tratamento adequado e compatível com as atividades e exposição de risco desenvolvidas, estabelecendo um tratamento digno aos policiais e bombeiros militares que exercem atividades com o risco da própria vida no seu dia-a-dia. Portanto, ratificamos que os militares estaduais não possuem previdência social em razão de que estes a) possuem um regime retributivo ao invés do regime contributivo (atenção ao §1º do art. 42 da CF que diz: do art. 40, §9, ou seja, do sistema contributivo previsto no art. 40 dos servidores apenas o §9º é aplicável aos militares estaduais); b) a contribuição é para a pensão militar; c) o Tesouro do ente federativo fará o pagamento dos proventos; d) paridade e integralidade como garantia; e) critério de tempo de serviço (ausência de idade mínima, tempo de contribuição ou fator previdenciário, em que pese agora tenha o tempo mínimo de exercício de atividade de natureza militar, conforme parágrafo único do art. 24-G). Portanto, o Sistema de Proteção Social abriga policiais e bombeiros militares ativos (percentual de contribuição social diferenciado, benefícios de saúde e assistenciais, bem como para policiais e bombeiros militares inativos e pensionistas (paridade e integralidade etc.))” (WONDRACEK, Jônatas. O sistema de proteção social dos militares: Estudo sobre a Lei n. 13.954/19 e Decreto-Lei n. 667/1969. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 25, n. 6153, 6 maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81879>. Acesso em: 03 ago. 2021). Para maiores informações sobre esse modelo único, vide: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito da seguridade social: previdência social, saúde, assistência social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020; NÓBREGA, Tatiana de Lima; BENEDITO, Maurício Roberto de Souza. *O Regime previdenciário do servidor público*. Indaiatuba: Foco, 2021.

Como se pode observar, acrescentou-se à competência privativa da União estabelecer normas gerais sobre “*inatividade e pensões*” das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares. Retirou-se, portanto, parte da competência de normatização previdenciária dos governadores.

A União exerceu dita competência com a edição da Lei Federal n. 13.954/2019. E, por mais que existam aqueles que defendam a legalidade do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, haja vista a simetria e a isonomia⁵, entende-se que o legislador federal exacerbou ao estabelecer a alíquota e a base de cálculo dessa contribuição, qual seja, alíquota e base de cálculo igual à aplicável aos militares das Forças Armadas.

A regra anterior estabelecia que os militares da ativa contribuíam com uma alíquota entre 14,5% e 11% sobre a totalidade de sua remuneração, e os inativos e pensionistas contribuíam com a mesma alíquota, incidindo apenas sobre o excedente ao teto do Regime Geral de Previdência Social. Com a nova redação, os inativos e seus pensionistas contribuem sobre a totalidade de sua remuneração com alíquota de 9,5%, a partir de 1º de janeiro de 2020, e 10,5%, a partir de 1º de janeiro de 2021.

No mais, o §1º, do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, estabelece a garantia de que o Estado ou o Distrito Federal cobrirá eventuais insuficiências financeiras decorrentes dos pagamentos das pensões militares e da remuneração da inatividade. O que significa que o Estado ou o Distrito Federal não mais deveria promover o recolhimento de contribuição mensal para garantir o equilíbrio atuarial do sistema, afinal, pela Emenda à Constituição n. 41/2003, o poder público contribuía com, no mínimo, uma alíquota equivalente à do próprio militar até o limite de duas vezes o valor dessa alíquota.

Já o §2º, do mesmo dispositivo, devolve aos governadores, a partir de 1º de janeiro de 2025, a possibilidade de alterarem, por lei ordinária, o valor das alíquotas de contribuição previdenciária dos militares inativos e seus pensionistas nos termos e limites definidos em lei federal.

Segundo Paulo Modesto⁶, a Emenda Constitucional n. 103/2019 “alçou – ou tentou alçar – a União Federal à condição de fiscal, regulador e censor da administração previdenciária dos entes subnacionais”, além de promover a “redistribuição de competências em favor do legislador infraconstitucional da União com aparente afronta ao núcleo da autonomia normativa dos entes subnacionais para dispor sobre o regime previdenciário de seus servidores efetivos”. Nessa segunda via, o autor traz o exemplo da situação aqui analisada ao apontar o deslocamento para a competência normativa do legislador federal de parte da disciplina do regime de inatividade e pensões dos policiais militares e dos corpos de bombeiros militares estaduais.

⁵ MORETTI, Roberto de Jesus. A nova previdência social dos militares estaduais: primeiras impressões em face da Emenda Constitucional n. 103, de 2019 e da Lei Federal n. 13.954, de 16 de dezembro de 2019. *RIBSP*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 63-89, jul./dez. 2020. p. 69.

⁶ MODESTO, Paulo. *Café com prosa*: crônicas de direito e reforma do estado. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 76- 77.

Com se demonstrará daqui em diante, entende-se que compete exclusivamente ao Estado e ao Distrito Federal dispor sobre alíquotas e a respectiva base de cálculo dos seus militares inativos e seus pensionistas. Há, portanto, uma extrapolação da competência fixada no inc. XXI, do art. 22 da CRFB, conforme previsão da Emenda Constitucional n. 103/2019, por violar a concepção de normas gerais, além de transgredir o princípio federativo, o princípio democrático, o princípio da separação de poderes e o princípio do primado do homem, da segurança jurídica, dos atos jurídicos perfeitos e dos direitos adquiridos. Passa-se, assim, a analisar cada uma dessas violações, mas, antes, serão examinados os precedentes judiciais do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

4 PRECEDENTES JUDICIAIS DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já reconhecido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, a Lei Federal n. 13.954/2019, ao estabelecer a alíquota de contribuição previdenciária dos militares estaduais inativos e seus pensionistas, extrapola a competência conferida, no inc. XXI, do art. 22 da CRFB, à União para legislar sobre normas gerais de “*inatividades e pensões*”. Passa-se a analisar as principais ações que tratam do tema.

4.1 Ação Civil Ordinária n. 3.350

Essa questão jurídica foi levada à apreciação do Egrégio Supremo Tribunal Federal pelo Estado do Rio Grande do Sul na Ação Civil Ordinária n. 3.350, ajuizada em face da União, na qual se discutiu a possibilidade de se atribuir natureza de “*normas gerais*” às regras que fixam as alíquotas e às bases de cálculo das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração, os proventos e as pensões dos militares estaduais. Na referida ação, articulou-se, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 24-C, em suma, sob os seguintes fundamentos:

- (i) as disposições dos arts. 42, §1º, e 142, §3º, inc. X, da CRFB não foram alteradas pela Emenda Constitucional n. 103/2019, de forma que o ente federado permanece sendo responsável pela instituição do sistema de inativação e pensão dos militares estaduais;
- (ii) o caráter contributivo do sistema de inativação militar exsurge da leitura do art. 40, §9º e dos §9º e 9º-A do art. 201 da CRFB, cabendo aos Estados, mediante a edição de lei específica, fixar a alíquota de contribuição previdenciária adequada ao custeio dos benefícios de inativação e pensão dos militares estaduais;
- (iii) a elisão da competência para instituir as balizas da contribuição necessária ao custeio do sistema previdenciário dos policiais militares e bombeiros militares estaduais, com a obrigação, por sua vez, de proceder à “cobertura de eventuais insuficiências financeiras decorrentes do pagamento das pensões militares e da remuneração da inatividade”, conforme previsão do §1º do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, implicaria evidente desequilíbrio orçamentário das contas públicas estaduais, representando

clara afronta aos poderes de auto-organização e de autoadministração ínsitos aos poderes constituídos e à governabilidade, além de constituir infringência à autonomia legislativa dos Estados, em vulneração ao princípio do pacto federativo (arts. 1º, *caput*, e 18 da CRFB); e

- (iv) o art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, extrapolou a competência conferida, no inc. XXI, do art. 22 da CRFB, à União para legislar sobre normas gerais de “*inatividades e pensões*”, bem como a prevista no inc. XII do art. 24 e no §1º do art. 149 da CRFB, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 103/2019.

O Relator do feito, ministro Luís Roberto Barroso, deferiu a liminar postulada, analisando expressamente a questão atinente à (in)competência da União para disciplinar a matéria, conforme se verifica da ementa:

Ementa: Direito Administrativo. Ação cível originária. Alíquota de contribuição para inatividade e pensão. Policiais e bombeiros militares estaduais. 1. Ação cível originária por meio da qual o Estado do Rio Grande do Sul pretende não ser sancionado caso aplique aos militares estaduais a alíquota de contribuição para o regime de inatividade e pensão prevista na legislação estadual (14%), em detrimento de lei federal que determinou que se aplicasse a essa categoria a mesma alíquota estabelecida para as Forças Armadas (atualmente, 9,5%). 2. Plausibilidade jurídica da tese de que a União, ao definir a alíquota de contribuição previdenciária a ser aplicada aos militares estaduais, extrapolou a competência para a edição de normas gerais sobre “inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares” (art. 22, XI, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 103/2019). 3. A interpretação sistemática da Constituição fortalece o argumento de que a alíquota da contribuição previdenciária devida por militares estaduais deve ser fixada por meio de lei estadual que considere as características dos regimes de cada um desses entes públicos (arts. 42, §1º, 142, §3º, X e 149, §1º, da Constituição). 4. A edição de atos normativos cuja aplicação implicará a redução das alíquotas de contribuição praticadas pelo Estado revela comportamento contraditório da União – que, de um lado, exige dos demais entes públicos que assegurem o equilíbrio de seus regimes próprios de previdência, e de outro, restringe os meios para o alcance desse objetivo. 5. Existência de perigo na demora, já que o descumprimento da legislação federal sujeita o Estado à aplicação das consequências jurídicas previstas no art. 7º da Lei n. 9.717/1998 e à negativa de expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária, com prováveis prejuízos à execução de políticas públicas. 6. Medida cautelar deferida.

Em sua decisão, manifestou-se o ministro da seguinte forma:

10. A interpretação sistemática da Constituição fortalece o argumento de que a alíquota da contribuição previdenciária devida por militares estaduais e seus pensionistas deve ser fixada por meio de lei estadual. Observe-se que, de acordo com os arts. 42, §1º, e 142, §3º, X, da Constituição, cabe a “lei estadual específica” dispor sobre “a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade” e “a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares”. Além disso, o art. 149, §1º, da Constituição – na redação atual, dada pela Emenda Constitucional n. 103/2009, e nas anteriores – estabelece que as contribuições para o custeio dos regimes próprios de previdência social deverão ser instituídas por meio de lei a ser

editada pelos entes federativos responsáveis por sua gestão, além de definir diretrizes para as alíquotas a serem praticadas por eles. 11. Permitir que cada ente da federação defina a alíquota da contribuição devida por seus servidores e pensionistas viabiliza que essa seja uma decisão coerente com a sua realidade. O Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, traz dados que evidenciam a sobrecarga de seu sistema de inatividade e pensões, dentre os quais os seguintes: (i) aproximadamente 90% das despesas previdenciárias são custeadas pelo Estado, por meio da contribuição previdenciária patronal ou de aportes para a cobertura do déficit; (ii) o número de servidores inativos e pensionistas supera o de servidores ativos em mais de 60%; e (iii) a população gaúcha apresenta o mais alto índice de envelhecimento do país. Em casos como esse, espera-se que a sustentabilidade do regime próprio de inatividade e pensões demande a fixação de alíquota de contribuição mais elevada. Assim, parece fora de dúvida que a estipulação de alíquota nacional dificulta que características específicas dos Estados sejam levadas em consideração, o que pode prejudicar o equilíbrio de seus regimes.

Vale aqui citar, novamente, Paulo Modesto⁷, que defende ser tal decisão “certada e oportuna”. O autor subscreve integralmente os argumentos adotados pela decisão e acrescenta algumas considerações. Para ele, os militares dos Estados e do Distrito Federal permanecem sob as responsabilidades financeira e administrativa desses entes e, a rigor, estão inseridos na previdência própria estadual. Assim aduz:

A Reforma da Previdência (Emenda Constitucional 103/2019) não concedeu à União competência privativa ampla para disciplinar as aposentadorias e pensões de policiais e bombeiros militares (Art. 22, inciso XI). Cingiu-se a prever a edição de “normas gerais”, normas básicas, alheias a peculiaridades e circunstâncias locais dos respectivos regimes próprios de previdência, inclusive financeiras e atuariais. Os servidores militares estaduais não foram federalizados nem o respectivo regime de previdência. Foram mantidos integrados à estrutura institucional do Poder Executivo Estadual, em posição de dependência administrativa, funcional e financeira em relação ao respectivo Governo do Estado, do Distrito Federal ou dos Territórios (Art. 144, §6º, CF, com a redação da EC 104/2019).

As normas infraconstitucionais federais que lhes são atinentes devem ser harmonizadas com as normas estabelecidas pela própria Emenda Constitucional n. 103/2019, que conferem aos Estados-membros e ao Distrito Federal responsabilidades e competências normativas abrangentes para dispor sobre a previdência própria dos seus *servidores efetivos*, sem diferenciação entre servidores civis e militares.

4.2 Ação Civil Ordinária n. 3.396

Importa registrar, ainda, a Ação Civil Ordinária n. 3.396, ajuizada pelo Estado de Mato Grosso, também em face da União, com a mesma razão de direito quanto à inconstitucionalidade do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019. Essa demanda teve seu mérito apreciado na sessão virtual realizada pelo Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal entre os dias 25/9 e 1º/10/2020, da qual participaram os onze

⁷ MODESTO, Paulo. *Café com prosa*: Op. cit., p. 76-77.

Ministros que, à unanimidade, julgaram integralmente procedente a pretensão do Estado de Mato Grosso, *in verbis*:

Ementa: AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI 13.954/2019. ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PARA INATIVIDADE E PENSÃO. POLICIAIS E BOMBEIROS MILITARES ESTADUAIS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA ESTABELECEER NORMAS GERAIS. ART. 22, XXI, DA CF/88. EXTRAVASAMENTO DO CAMPO ALUSIVO A NORMAS GERAIS. INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Ação Cível Originária ajuizada por Estado-membro com o objetivo não afastar sanção decorrente de aplicação, aos militares, de alíquota de contribuição para o regime de inatividade e pensão prevista na legislação estadual, em detrimento de lei federal que prevê a aplicação da mesma alíquota estabelecida para as Forças Armadas. 2. É possível a utilização da Ação Cível Originária a fim de obter pronunciamento que declare, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, particularmente quando esta declaração constituir-lhe a sua causa de pedir e não o próprio pedido. 3. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 4. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos – União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios – e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). 5. Cabe à lei estadual, nos termos do art. 42, §1º, da Constituição Federal, regulamentar as disposições do art. 142, §3º, inciso X, dentre as quais as relativas ao regime de aposentadoria dos militares estaduais e a questões pertinentes ao regime jurídico. 6. A Lei Federal 13.954/2019, ao definir a alíquota de contribuição previdenciária a ser aplicada aos militares estaduais, extrapolou a competência para a edição de normas gerais, prevista no art. 22, XI, da Constituição, sobre “inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares”. 7. Ação Cível Originária julgada procedente para determinar à União que se abstenha de aplicar ao Estado de Mato Grosso qualquer das providências previstas no art. 7º da Lei 9.717/1998 ou de negar-lhe a expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária caso continue a aplicar aos policiais e bombeiros militares estaduais e seus pensionistas a alíquota de contribuição para o regime de inatividade e pensão prevista em lei estadual, em detrimento do que prevê o art. 24-C do Decreto-Lei 667/1969, com a redação da Lei 13.954/2019. Honorários sucumbenciais arbitrados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), nos termos do artigo 85, §8º, do CPC de 2015, devidos ao Estado-Autor.

4.3 Suspensão de Segurança n. 5.458

Já em 2021, no dia 13 de janeiro, o presidente do egrégio Supremo Tribunal Federal, ministro Luiz Fux, negou seguimento à Suspensão de Segurança n. 5.458, assentando a impossibilidade de aplicação automática do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, aos militares dos estados, tendo em vista que as alíquotas e bases de cálculo de contribuição devem ser fixadas em lei estadual, conforme ementa:

Ementa: AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA PARA A FIXAÇÃO DE ALÍQUOTAS DE CONTRIBUIÇÃO. POLICIAIS E BOMBEIROS MILITARES. ART. 22, XXI, DA CF, COM A REDAÇÃO DA EC 103/2019. DECISÃO QUE ASSENTA A PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS PARA A FIXAÇÃO DAS ALÍQUOTAS DE CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DE SEUS SERVIDORES. ALEGAÇÃO DE RISCO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. INOCORRÊNCIA. ADEQUAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de deliberação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (SS 5.049-AgR-ED, rel. Min. Presidente Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 16/5/2016). 2. In casu, a decisão que se busca suspender está em conformidade com a jurisprudência do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, firmada no sentido de que remanesce a competência dos Estados para a fixação das alíquotas da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos de seus próprios militares inativos, tendo a Lei Federal n. 13.954/2019, no ponto, incorrido em inconstitucionalidade (ACO 3396, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 19/10/2020). Destarte, resta obstado deferimento da medida de contracautela ora postulada, ante os limites da cognição possível nos pedidos de suspensão e a impossibilidade de sua utilização como sucedâneo recursal. 3. Agravo a que se nega provimento.

4. Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.309.755

Em decisão monocrática de 25 de maio de 2021, o ministro Edson Fachin seguiu os precedentes já mencionados e decidiu no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.309.755 que o Estado de São Paulo não pode aplicar a alíquota constante no art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019.

4.5 Recurso Extraordinário n. 1.338.750

Por fim, tem-se o Recurso Extraordinário n. 1.338.750 interposto pelo Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (Iprev) contra acórdão proferido pela 1ª Turma Recursal de Florianópolis, do Sistema dos Juizados Especiais do Estado de Santa Catarina. Nesta ação o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por meio do ministro Luiz Fux, reconheceu a Repercussão Geral e fixou tese no Tema 1.177 com os seguintes dizeres:

A competência privativa da União para a edição de normas gerais sobre inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares (artigo 22, XXI, da Constituição, na redação da Emenda Constitucional 103/2019) não exclui a competência legislativa dos Estados para a fixação das alíquotas da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos de seus próprios militares inativos e pensionistas, tendo a Lei Federal 13.954/2019, no ponto, incorrido em inconstitucionalidade.

5 INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA E DA ISONOMIA

O princípio da simetria sugere que o modelo de organização dos poderes dos Estados e Município seja similar ao preconizado para os poderes da União. Assim, as estruturas básicas destes seriam simétricas às da União.

No caso, como o art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, estabeleceu que a alíquota da contribuição previdenciária deve incidir sobre a totalidade da remuneração do militar estadual inativos e seus pensionistas e será igual à aplicável aos militares das Forças Armadas, aplicar-se-ia a simetria como critério para sustentar a legalidade da escolha legislativa.

Segundo Thiago Guerreiro Bastos⁸, o princípio da simetria surgiu como instrumento político de controle em um período marcado pela eleição indireta para governador e indicação do prefeito das capitais pelo governante estadual.

A atual CRFB não impõe, como fez a Constituição de 1967/1969, que os Estados sigam a forma federal do processo legislativo, assim como o número de deputados estaduais como fatores simétricos. Pelo contrário, não há qualquer enunciado normativo de extensão da estrutura federal aos demais entes. Motivo pelo qual Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento⁹ afirmam que quaisquer tentativas simétricas promovem uma “interpretação retrospectiva da Constituição: analisa-se a nova ordem jurídica sob a ótica do regime passado, como se nada houvesse mudado”.

Atualmente, o princípio da simetria existe por imposição da atual jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal¹⁰ e atinge tanto o poder político legislativo quanto o organizativo. Tal dinâmica tolhe a possibilidade de experimentação, criatividade e rearranjos nos estados e municípios, pois gera a necessidade de observar o modelo existente no plano federal. Esse tipo de engessamento federativo, como infere Leonardo Marins¹¹, não é institucionalmente interessante, veja-se:

Em um país de dimensões continentais, em que cada estado possui necessidades socioeconômicas diversas, e que há enorme variedade cultural, atribuir uma leitura centralizadora ao modelo federativo significa afastar a possibilidade do direito de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Em que medida, portanto, a adoção do “princípio

⁸ BASTOS, Thiago Guerreiro. *As formas federativas do Brasil, México e Argentina no contexto latino-americano: a excessiva simetria brasileira*. 2015. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2015. p. 141.

⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 333.

¹⁰ Os principais casos que se pode citar, conforme a data de julgamento, são: ADI 216-MC, Min. Rel. Celso Borja, 23.05.1990, DJ 07.05.1993, PP-08325; ADI 1087 – MC, Min. Rel. Moreira Alves, 01.02.1995, DJe 07.04.1995, PP-08870; ADI 486, Min. Rel. Celso de Mello, 03.04.1997, DJ 10.11.2006, PP-00048; ADI 792, Min. Rel. Moreira Alves, 26.05.1997, DJ 20.04.1997, PP-00104; ADI 98, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, 07.08.1997, DJ 31.10.1997, PP-55539; ADI 227, Min. Rel. Maurício Correa, 19.11.1997, DJ 18.05.2001, PP-00429; ADI 1722-MC, Min. Rel. Marco Aurélio, 10.12.1997, DJ 19.09.2003, PP-00014; ADI 2314 MC, Min. Rel. Moreira Alves, 25.04.2001, DJ 08.06.2001, PP-00005; ADI 678, Min. Rel. Carlos Velloso, 13.11.2002, DJ 19.12.2002 PP-00069; ADI 3046, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, 15.04.2004, DJ 28.05.2004, PP-00492; ADI 2461, Min. Rel. Gilmar Mendes, 12.05.2005, DJ 07.10.2005, PP-00003; ADI 3619, Min. Rel. Eros Grau, 01.08.2006, DJ 20.04.2007, PP-00078; ADI 3644, Min. Rel. Gilmar Mendes, 04.03.2009, DJe 10.06.2009, PP-00060; ADI 2997, Min. Rel. Cezar Peluso, 12.08.2009, DJ 12.03.2010, PP-00119; ADI 4298-MC, Min. Rel. Cezar Peluso, 07.10.2009, DJe 26.11.2009, PP-00093.

¹¹ MARINS, Leonardo. Limites ao princípio da simetria constitucional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 690.

da simetria” não revela a mais absoluta insensibilidade às condições de vida das sociedades que integram a nossa federação? Mais do que isso, de onde decorre o princípio da simetria? Seria ele um verdadeiro princípio? Afinal, existe um princípio da simetria?

Apesar disso, é certo, também, que tal princípio evitou estruturas mirabolantes que viessem a favorecer àqueles que controlam os poderes estadual e municipal. Sendo assim, pode-se referir que o egrégio Supremo Tribunal Federal, de forma paternalista, tolheu as liberdades estaduais por medo de seus excessos.¹²

Para Cristiano Franco Martins¹³, o conjunto de normas constitucionais consideradas simétricas compõe o universo dos limites ao poder de auto-organização dos estados-membros (poder constituinte decorrente), o que significa que a introdução de novas normas simétricas agride sensivelmente o núcleo material do princípio federativo.

A imposição de alíquotas e respectiva base de cálculo aos militares estaduais inativos e a seus pensionistas mostra-se, dessa forma, excessiva ao ter como fundamento o princípio da simetria. Caso o admitisse, estar-se-ia criando uma situação na qual este seria banalizado ou, se preferir, estar-se-ia utilizando-o de forma desregrada.

O argumento concernente à suposta simetria que se estabeleceria entre os integrantes das Forças Armadas e os militares estaduais não passou despercebido ao ministro Luís Roberto Barroso, o qual, na decisão da Ação Civil Ordinária n. 3.350, bem pontuou que:

[...] a unificação das alíquotas de contribuição aplicáveis às Forças Armadas e aos militares estaduais não assegura simetria na política remuneratória aplicável a essas carreiras. Considerando que cabe à União e a cada um dos Estados fixar a remuneração de seus militares, a alíquota única incidirá sobre bases de cálculo distintas, resultando em remunerações líquidas com valores diferentes.

A simetria como regra de extensão, portanto, cerceia a atividade criativa do legislador estadual, não devendo ser levada em consideração na situação concreta em questão.

Além disso, inaplicável também o princípio da isonomia. Enunciado pela conhecida expressão de que todos somos iguais ante a ordem jurídica e, por conseguinte, ante o Estado, que é seu instrumento de afirmação, obriga-se o poder público a não adotar tratamento diferenciado entre os administrados que não tenha fundamento em uma norma que, por sua vez, tenha garantido igualdade de tratamento a todos os que se encontram em uma mesma situação de fato tomada como base da desigualdade, como condição para conformar uma nova categoria de iguais. Ou seja, salvo a existência de um motivo justificado, não será aceitável que situações similares sejam tratadas de maneira diferente, e situações díspares recebam tratamento idêntico.

Para Bernado Diniz De Ayala¹⁴:

¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: Op. cit., p. 334.

¹³ MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio federativo e mudança constitucional*: limites e possibilidades na Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 121.

¹⁴ AYALA, Bernado Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995. p. 269.

A igualdade deve ser entendida em sentido material e significa que, mesmo naqueles casos em que a Administração tem liberdade de actuação, não pode discriminar injustificadamente os particulares; ou seja, apenas existe autonomia pública administrativa dentro dos limites da regra de que situações idênticas devem ser tratadas de forma idêntica, e situações diferentes devem ser perspectivadas em termos distintos, de acordo com a medida da diferença. A grande dificuldade que o princípio da igualdade suscita se prende justamente com a aferição da medida da diferença, à qual estão imanentes considerações com algum grau de subjetivismo que eliminam parte significativa da sua força conformadora.

Não se pode tratar de forma isonômica o militar inativo estadual e seus pensionistas e os militares das Forças Armadas. São desiguais e possuem características distintas. O tratamento isonômico de ambos, ao contrário do que se possa alegar, é violador da isonomia.

Conclui-se, assim, que a alíquota federal simétrica com as Forças Armadas não pode incidir sobre a totalidade da remuneração dos inativos e seus pensionistas, desse modo, podendo a legislação estadual estabelecer valor diverso, até mesmo a isenção.

Por conseguinte, qualquer tentativa de unificação dos regimes de previdência dos militares das Forças Armadas com os militares estaduais, sem as devidas adaptações do regime jurídico constitucional, é desconsiderar a especificidade da atividade militar estadual, sendo inegável aos militares estaduais a existência de um regime próprio de previdência.

6 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 24-C DO DECRETO-LEI N. 667/1969, COM A REDAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 13.954/2019

6.1 Violação à concepção de norma geral

As decisões até o momento julgadas pelo Supremo Tribunal Federal são uníssonas no sentido de afastar a alíquota federal simétrica das Forças Armadas, atualmente de 10,5%, para aplicar a alíquota constante na legislação estadual.

Um dos principais argumentos utilizados é o fato de que o art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, ter extrapolado a competência para a edição de normas gerais sobre “inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares”.

A expressão “*normas gerais*” do art. 22, inc. XXI, equivale àquelas previstas nos parágrafos do art. 24, ambos da CRFB, razão pela qual os Estados e o Distrito Federal podem legislar sobre inatividade e pensões de seus militares, desde que por meio de normas específicas dessa matéria, nos moldes da competência legislativa concorrente do art. 24 da CRFB.

Nessa vertente, cabe citar Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵, que tabula o entendimento doutrinário a respeito das características mais comuns e frequentes indicadas para a

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988. p. 149.

concepção do que sejam normas gerais. Segundo o autor, as normas gerais seriam institutos que:

- a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais (BULHER, MAUNZ, BURDEAU, PONTES, PINTO FALCÃO, CLAUDIO PACHECO, SHAID MALUF, JOSÉ AFONSO DA SILVA, PAULO DE BARROS CARVALHO, MARCO AURÉLIO GRECCO);
- b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislativo (MATZ, BUHLER, MAUNZ, PONTES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO DE BARROS CARVALHO e MARCO AURÉLIO GRECCO);
- c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos entes públicos (PINTO FALCÃO, SOUTO MAIOR BORGES, PAULO DE BARROS CARVALHO, CARVALHO PINTO e ADILSON ABREU DALLARI);
- d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas (PINTO FALCÃO, CARVALHO PINTO e ADILSON ABREU DALLARI);
- e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito (PAULO DE BARROS CARVALHO e GERALDO ATALIBA);
- f) devem referir-se a questões fundamentais (PONTES e ADILSON ABREU DALLARI);
- g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados (PONTES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO DE BARROS CARVALHO e ADILSON ABREU DALLARI);
- h) não são normas de aplicação direta (BURDEAU e CLÁUDIO PACHECO).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁶ defende, inclusive, teoria própria de que as normas gerais são um *tertium genus* normativo, isto é, um terceiro gênero normativo, intermediário, situadas entre o que chama de normas-princípios e normas-particularizantes. Para o autor, as normas gerais, além de possuírem as características das normas-princípios, acrescida a elas o fato de se aplicarem de forma concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competências administrativas federais, assemelham-se às normas-particularizantes, visto que podem ser aplicadas concreta e diretamente às relações específicas no âmbito da competência administrativa federal, bem como nos âmbitos estadual, distrital ou municipal, desde que estes entes não tenham legislado sobre normas específicas ou tenham legislado em desconformidade com as normas gerais federais.

Esse autor adota um critério lógico-formal, ou seja, considera geral aquilo que não for específico, *in verbis*¹⁷:

[...] normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos estados-membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente,

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. Op. cit., p. 152-162.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. Op. cit., p. 159.

às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.

Tal não é, no entanto, a única posição existente. Há quem adote o critério teleológico-material, pelo qual se opta pelo princípio da predominância do interesse. Nesse sentido, normas gerais são aquelas que alcançam interesses amplos, além do interesse regional ou local. Sob essa perspectiva, pode-se citar Tércio Sampaio Ferraz¹⁸:

Sempre restarão dúvidas, no caso concreto, para aplicar o critério estritamente lógico-formal. Deste modo, para o intérprete, a necessidade de se analisar o conteúdo num contexto finalístico se impõe. Assim, do ângulo teleológico, a distinção há de se reportar ao interesse prevalecente na organização federativa. A federação brasileira, já pelo disposto no caput do art. 1º, já pela ênfase na solidariedade, na redução das desigualdades regionais, na garantia de um desenvolvimento nacional (art. 3º) aponta muito mais para um federalismo do tipo cooperativo, que exige a colaboração dos entes federativos e confere, correspondentemente, menor importância à separação e independência recíproca entre eles. [...] Ora, o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração. Assim, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral.

Independentemente de qual corrente venha a adotar, é evidente que o legislador federal extrapolou sua competência, afinal, estabelecer a alíquota e sua respectiva base de cálculo é detalhar e pormenorizar a questão das inatividades e pensões ou, se preferir, é legislar sobre interesse regional ou local.

Aqui, há de observar o precedente vinculante disposto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.912 do Supremo Tribunal Federal, que trata da competência dos Estados para fixação de alíquotas de contribuição previdenciária, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 8º, 9º E 10 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 125/2012, DE MINAS GERAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES DE CLASSE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 42, §§1º E 2º, E 142, §3º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXIGÊNCIA DE LEI ESTADUAL ESPECÍFICA. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA O ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS. ARTIGO 22, XXI E XXIII. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece os seguintes requisitos a serem atendidos pelas entidades de classe no ajuizamento de ação de controle concentrado: a) abrangência nacional; b) delimitação subjetiva da associação; c) pertinência temática; e d) compatibilidade entre a abrangência da representação da associação e o ato questionado. Requisitos atendidos pelas associações postulantes. Legitimidade ativa reconhecida. 2. A Lei Complementar Estadual 125/2012, do Estado de Minas Gerais, por tratar exclusivamente sobre o regime jurídico dos militares daquele Estado e sobre regras de previdência do regime próprio dos militares e praças,

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 7, p. 16-20, jul./set. 1994. p. 18-19.

tem a especificidade exigida pela Constituição Federal, atendendo ao comando dos arts. 42, §§1º e 2º e 142, §3º, X, da Constituição Federal. 3. *O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência dominante no sentido de reconhecer que cabe à lei estadual, nos termos do art. 42, §1º, da Constituição Federal, regulamentar as disposições do art. 142, §3º, inciso X, dentre as quais as relativas ao regime de aposentadoria dos militares estaduais.* A atribuição da competência legislativa federal para edição de normas gerais das polícias militares e corpos de bombeiros militares, necessárias para regular a competência, estrutura, organização, efetivos, instrução, armamento, justiça e disciplina que lhes importem um controle geral, de âmbito nacional, *não exclui a competência legislativa dos Estados para tratar das especificidades atinentes aos temas previstos pela própria Constituição como objeto de disciplina em lei específica de cada ente estatal em relação aos militares que lhes preste serviço.* 4. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, julgada improcedente. (Grifos meus).

Fica evidente, portanto, o abuso legislativo da União, invadindo impropriamente campos que ela não pode legislar. Especificou e legislou situação que, por sua natureza, é reservada aos Estados e ao Distrito Federal. Transpôs os limites e, assim, são inconstitucionais. Cada regime próprio de previdência possui suas características e peculiaridades. É o Estado ou o Distrito Federal responsável por arcar com as aposentadorias e pensões e não pode ele ser privado de sua competência para definir pela exclusão ou não de alíquotas, e por alíquota distinta estabelecida pelo art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019.

6.2 Violação ao princípio federativo

Quanto ao princípio federativo, observa-se que a Emenda à Constituição n.103/2019, ao estabelecer que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, substituiu as vontades políticas autônomas dos Estados e do Distrito Federal pela vontade política da União, não obstante ser tal vontade assegurada pela CRFB nos arts. 1º, 18 e 60, §4º, inc. I.

Mesmo entendendo que há possibilidade de a União estabelecer normas gerais de inatividades e pensões dos militares estaduais, ou seja, que tal previsão é perfeitamente coerente com a autonomia político-administrativa das unidades federadas para organizarem seus próprios serviços, de acordo com suas peculiaridades e conveniências, verifica-se que a Lei Federal n. 13.954/2019 exacerbou o que é possível considerar dentro do conceito jurídico indeterminado de “norma geral”.

Isso porque o art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, estabelece uma incompreensível vinculação entre as alíquotas contributivas cobradas pelas unidades da federação e aquelas cobradas pela União, servindo estas de piso. Essa vinculação obrigatória viola o princípio constitucional federativo por agredir a autonomia das entidades da federação, impedindo antes de criarem alíquotas próprias.¹⁹

¹⁹ Esse entendimento, porém, não é unânime. O próprio Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.138 afirma que “1. A norma que fixa alíquota mínima (contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos na União) para a contribuição a ser cobrada pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de

6.3 Violação ao princípio da separação de poderes

Existe violação ao princípio da separação de poderes tanto quando o constituinte reformador e o legislador federal estabeleceram, respectivamente, a competência da União de legislar sobre inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares e definiram que o índice da contribuição sobre a totalidade da remuneração dos militares e seus pensionistas dos estados e do Distrito Federal teriam alíquota igual à aplicável às Forças Armadas (art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019), bem como de eventual Poder Executivo estadual que fez valer uma lei federal em detrimento de uma lei estadual.

Essa concentração de poderes no ente federal, ou seja, na União, permite que o Legislativo federal estabeleça alíquota de contribuição previdenciária a militares inativos e seus pensionistas dos estados e do Distrito Federal. Admitir isso é aceitar que o poder constituinte reformador, em conjunto com o Poder Legislativo federal, possa interferir, esta e tantas vezes quiser e como quiser, no sistema remuneratório dos militares estaduais e seus pensionistas. Admitir tal prática levaria à possibilidade de que o Legislativo federal, sempre a pretexto de introduzir reformas “*necessárias*”, ainda que com sacrifício de direitos subjetivos, desse prosseguimento a uma paulatina debilitação da carreira dos policiais militares e dos corpos de bombeiros militares, amesquinhando-a a ponto de torná-la não atrativa para o recrutamento de pessoas de boa-fé.

Vale aqui recordar que a carreira militar estadual e distrital é essencial à própria existência do Estado Democrático de Direito, afinal, resguarda a segurança cidadã, além de garantir a lei e a ordem.

Com efeito, essas previsões estabelecidas, principalmente o art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, agridem o sistema constitucional de equilíbrio entre todos os Poderes e funções que devem ser constitucionalmente independentes.

6.4 Violação ao princípio do primado do homem, da segurança jurídica, dos atos jurídicos perfeitos e dos direitos adquiridos

O princípio do primado do homem e de suas garantias pode reputar-se como uma das principais conquistas do espírito humano no campo da política. Gerações se sacrificaram para tanto.

O art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, ao estabelecer a alíquota de 9,5% (atualmente 10,5%) aos militares inativos e a seus pensionistas tripudiou da segurança jurídica tanto ao ignorar a existência de atos jurídicos perfeitos como ao ferir direitos adquiridos das pessoas, ambos previstos no art. 5º, inc. XXXVI, da CRFB.

seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40 da Constituição da República não contraria o pacto federativo ou configura quebra de equilíbrio atuarial. 2. A observância da alíquota mínima fixada na Emenda Constitucional n. 41/2003 não configura quebra da autonomia dos Estados Federados. O art. 201, §9º, da Constituição da República, ao estabelecer um sistema geral de compensação, há ser interpretado à luz dos princípios da solidariedade e da contributividade, que regem o atual sistema previdenciário brasileiro”. Entende-se, no entanto, que a situação concreta é distinta, pois não atinge toda uma classe, mas apenas os militares inativos e seus pensionistas.

Entende-se que a incidência de contribuições sobre os proventos dos militares inativos e seus pensionistas que antes eram excluídos de tais contribuições ou que pagamento alíquota menor do que a imposta pelo art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, vai contra essas garantias.

Além disso, é injusto com esses militares e seus pensionistas, depois de anos colocando suas vidas a risco em prol da coletividade, fazer incidir mais encargos do que os já suportados, em um momento da vida no qual os recursos financeiros são escassos e a saúde debilitada. Fazer incidir alíquota, depois de estar excluído de tal contribuição ou de pagar alíquota menor do que a nova estabelecida, justamente no momento que os recursos são mais necessários, é desmedido.

A esses argumentos somam-se outros que evidenciam a inconstitucionalidade da redução remuneratória dos militares inativos e seus pensionistas, quais seja, o tempo da aquisição do direito e o regime em que se deu essa aquisição de direitos.

Quanto ao primeiro argumento, tem-se que o direito à aposentadoria surge no momento da investidura na função pública. Esse direito passa a ter plena eficácia no momento da investidura, o tempo de serviço, a idade, entre outros, apenas conferirão exequibilidade e esse direito. Assim o é, pois o vínculo entre o militar e o Estado, uma vez instituído, com existência e validade, subsiste *ad vitam*, não cessando nem mesmo com sua passagem à inatividade.

Em razão disso, todos os militares da ativa têm incorporado a seu patrimônio jurídico um direito subjetivo público de natureza estatutária, nascido com a sua investidura, tanto à aposentadoria como à percepção de proventos. Tornando-se, com isso, atos jurídicos perfeitos, restando-lhes, apenas, alcançar exequibilidade desse direito, o que se dá com a satisfação das condições e o cumprimento dos termos vigentes.

É aqui que reside, inclusive, a diferença entre direitos adquiridos e expectativas de direito. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁰, enquanto aqueles já têm constituição pretérita como um valor econômico, pendente apenas do mero decurso de tempo necessário para preencher os requisitos que o tornarão exequíveis, estas não são mais que meras possibilidades de uma futura aquisição, dependentes de fatos constitutivos futuros.

Logo, ficar com sua exequibilidade na dependência de humores políticos ou de preferências de governantes afronta à CRFB. E mais, se ao direito à aposentadoria decorre o direito a seus efeitos patrimoniais, com muito mais razão, estarão protegidos esses efeitos depois que o militar tiver alcançado o implemento da idade ou de tempo de serviço que o tornou exequível.

No tocante ao segundo argumento, tem-se que se o direito à aposentadoria e a seus efeitos ganhou eficácia constitutiva sob o regime atualmente vigente regedor da previdência do militar: o ato jurídico perfeito de sua investidura incorporou eficazmente ao patrimônio jurídico do aposentado a percepção dos consectários direitos patrimoniais *previstos no regime em que ingressou*, tornando-os, portanto, direitos adquiridos nos termos em que foram

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 245.

constituídos, e não quando se tornaram exequíveis, a salvo, portanto, de qualquer redução em razão de alteração de regime, pois que incidirão apenas sobre os novos militares.

Ora, o regime que se aplica às aposentadorias já deferidas (portanto, com exequibilidade) não mais poderá ser alterado sem violação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Frisa-se, no momento da investidura, ocasião em que o militar se submete ao regime estatutário, inicia-se, coligada à relação funcional, a relação previdenciária, que sendo, como era para muitos dos militares inativos, apenas contributiva, para estes, deveria implicar em uma relação sinalagmática pela qual se estabeleça uma relação atuarial entre o que contribui e o que receberá na inatividade. Talvez, para aqueles militares inativos que já se encontravam sob um modelo previdenciário *contributivo* e *solidário*, esse argumento não seja tão forte pelas características que esse novo modelo possui, por deixar de ser um regime sinalagmático para se tornar um regime puramente impositivo.

Para aqueles militares inativos e seus pensionistas investidos no serviço público antes da Emenda à Constituição n. 41/2003, em que o regime era contributivo, os efeitos de eventual mudança só poderiam ocorrer de forma *ex nunc*, não podendo retroagir para alcançar os atos jurídicos perfeitos e os consequentes direitos adquiridos, sob o qual se tornou eficaz e, posteriormente, exequível a aposentadoria; valendo o mesmo raciocínio para as pensões. Já para aqueles que foram investidos depois de tal emenda, por ser o modelo contributivo e solidário, os efeitos poderiam ser *ex tunc*.

É por isso que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, consolidou o seu entendimento no sentido de que “*não há direito adquirido a regime jurídico*” (ADIn n. 2555/DF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 02.05.2003; RE n. 241884/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 12.09.2003; RE n. 293578/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 29.11.2002; RE n. 161263/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJU 19.05.1995).

Significa dizer que o Estado pode introduzir alterações (ampliando ou reduzindo direitos e deveres) no regime jurídico dos militares para os fatos verificados depois do início da vigência da nova lei, fatos passados estão sujeitos ao regime jurídico anterior e produzirão efeitos previstos na lei sob cuja égide se aperfeiçoaram.

Percebe-se, portanto, que, enquanto não atingidas as condições para a aquisição de um direito, independentemente dessa aquisição ser prolongada no tempo e sujeita a critérios complexos e diferenciados, pode ocorrer a alteração do regime jurídico. Isso porque existe mera expectativa de direito.

Ora, não é admissível que a segurança jurídica proteja tão somente o direito adquirido, em detrimento das expectativas de direito.

É fato que os direitos adquiridos possuem uma verificação objetiva, ou seja, ocorrido o fato descrito na lei, o direito se insere no patrimônio de seu titular, prescindindo-se da discussão sobre a confiança depositada pelo indivíduo na estabilidade do ordenamento. Agora, essa confiança também deve ser resguardada, afinal, existe expectativas de direito, pois, com base na legislação vigente, cria-se uma expectativa razoável (e, portanto, tem-se uma expectativa legítima) que entenderá como mais importante que o indivíduo seja protegido em face das mudanças na legislação.

É indiscutível, assim, que o militar adquira e tenha direitos subjetivos que a lei deve respeitar, e nesse sentido é claro que ostenta, desde que ingressa na função pública, certos direitos, como o de se aposentar, por exemplo. Todavia uma coisa é ou são esses direitos e outra é a pretensão de que sejam eles imodificáveis em seu conteúdo concreto. Isso porque o militar que ingressa no serviço se coloca em uma situação jurídica objetiva, definida legal e regulamentarmente e, por conseguinte, modificável por um ou outro instrumento normativo, sem que, conseqüentemente, possa exigir que a situação estatutária fique congelada nos termos em que se encontrava regulada no tempo de seu ingresso, ou que se mantenha a situação que se está desfrutando.

A conclusão, desse modo, é que não há privação de direitos, apenas alteração de seu regime no âmbito de poder do legislador constitucionalmente permitido, o que não impede entender que essa modificação legal origina uma frustração das expectativas existentes e, em determinados casos, prejuízos econômicos que podem merecer algum tipo de compensação.

Desse modo, entende-se que a frustração de expectativas legítimas seja precedida de procedimento equitativo em que as partes envolvidas e, principalmente, aquelas que serão prejudicadas possam se manifestar. Além disso, deve-se existir a previsão de um regime transitório, preservando ao menos parcela de suas expectativas. Por fim, de igual modo, dever-se-ia pensar em uma proteção compensatória, na medida em que se oferece alguma compensação pela retirada da expectativa, até mesmo pecuniária²¹.

Conclui-se, portanto, que a manutenção da exclusão dos militares inativos e dos seus pensionistas da contribuição previdenciária ou a manutenção de alíquota menor do que a pretendida, fez ingressar no patrimônio jurídico dos destinatários da norma a expectativa legítima da não incidência de contribuição ou de contribuição a menor. Qualquer aplicação abrupta de alíquota com fundamento no art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, fere o direito subjetivo desses militares e dos seus pensionistas à não incidência.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, é inconstitucional.

O principal motivo que gera a inconstitucionalidade do dispositivo é a impossibilidade de lei federal prever norma geral de inatividade e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares. Entende-se que o legislador federal exacerbou ao estabelecer que a alíquota e a base de cálculo dessa contribuição, qual seja, alíquota igual à aplicável aos militares das Forças Armadas e base de cálculo, a totalidade da remuneração. Essa competência é exclusivamente dos Estados e do Distrito Federal. Assim o é porque violar a concepção de normas gerais, afinal, estabelecer a alíquota e sua respectiva base de cálculo é detalhar e pormenorizar a questão das inatividades e pensões ou, se preferir, é legislar sobre interesse regional ou local. Além disso, transgride o princípio federativo, o princípio democrático, o

²¹ SCHØNBERG, Søren. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 166-167.

princípio da separação de poderes e o princípio do primado do homem, da segurança jurídica, dos atos jurídicos perfeitos e dos direitos adquiridos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o dispositivo viola o princípio federativo porque os Estados e o Distrito Federal deixam de ter liberdade de configuração/conformação para organizarem suas respectivas alíquotas e base de cálculo, tendo sua vontade política autônoma substituída pela vontade política da União, não obstante ser tal vontade assegurada pela CRFB, nos arts. 1º, 18 e 60, §4º, inc. I.

É violador do princípio da separação de poderes, pois se impõe um regime arbitrário de alíquotas e base de cálculo tanto quando o constituinte reformador e o legislador federal estabeleceram, respectivamente, a competência da União de legislar sobre inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares e definiram que o índice da contribuição sobre a totalidade da remuneração dos militares e seus pensionistas dos Estados e do Distrito Federal teriam alíquota igual à aplicável às Forças Armadas, bem como quando o Poder Executivo estadual fez valer uma lei federal em detrimento de uma lei estadual.

E, por fim, vai contra o primado do homem, os atos jurídicos perfeitos e os direitos adquiridos dos militares, ao ignorar-lhes os direitos subjetivos públicos legitimamente incorporados a seus respectivos patrimônios jurídicos, muitas vezes, após muitos anos de serviço.


Assim, inclusive, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que possui, pelo menos, 5 (cinco) precedentes sobre: a Ação Civil Ordinária n. 3.350; a Ação Civil Ordinária n. 3.396; a Suspensão de Segurança n. 5.458; o Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.309.755; e Recurso Extraordinário n. 1.338.750.

Os principais argumentos utilizados nesses julgados foram: (i) as disposições dos arts. 42, §1º, e 142, §3º, inc. X, da CRFB, não foram alteradas pela Emenda Constitucional n. 103/2019, de forma que o ente federado permanece sendo responsável pela instituição do sistema de inativação e pensão dos militares estaduais; (ii) o caráter contributivo do sistema de inativação militar exsurge da leitura do art. 40, §9º e dos §9º e 9º-A do art. 201 da CRFB, cabendo aos Estados, mediante a edição de lei específica, fixar a alíquota de contribuição previdenciária adequada ao custeio dos benefícios de inativação e pensão dos militares estaduais; (iii) a elisão da competência para instituir as balizas da contribuição necessária ao custeio do sistema previdenciário dos policiais militares e bombeiros militares estaduais, com a obrigação, por sua vez, de proceder à “cobertura de eventuais insuficiências financeiras decorrentes do pagamento das pensões militares e da remuneração da inatividade”, conforme previsão do §1º do art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, implicaria evidente desequilíbrio orçamentário das contas públicas estaduais, representando clara afronta ao poder de auto-organização e de autoadministração ínsitos aos poderes constituídos e à governabilidade, além de constituir infringência à autonomia legislativa dos Estados, em vulneração ao princípio do pacto federativo (arts. 1º, *caput*, e 18 da CRFB); e (iv) o art. 24-C do Decreto-Lei n. 667/1969, com a redação da Lei Federal n. 13.954/2019, extrapolou a competência conferida, no inc. XXI, do art. 22 da CRFB, à União para legislar sobre normas gerais de “*inatividades e pensões*”, bem como a prevista no inc.

XII, do art. 24, e no §1º, do art. 149 da CRFB, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 103/2019.

REFERÊNCIAS

- AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995.
- BASTOS, Thiago Guerreiro. *As formas federativas do Brasil, México e Argentina no contexto latino-americano: a excessiva simetria brasileira*. 2015. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2015.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 7, p. 16-20, jul./set. 1994.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito da seguridade social: previdência social, saúde, assistência social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MARINS, Leonardo. Limites ao Princípio da Simetria Constitucional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio federativo e mudança constitucional: limites e possibilidades na Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MODESTO, Paulo. *Café com prosa: crônicas de direito e reforma do estado*. Rio de Janeiro: GZ, 2021.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MORETTI, Roberto de Jesus. A nova previdência social dos militares estaduais: primeiras impressões em face da Emenda Constitucional n. 103, de 2019 e da Lei Federal n. 13.954, de 16 de dezembro de 2019. *RIBSP*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 63-89, jul./dez. 2020.
- NASCIMENTO, Carlos Válder do. *Reforma da Previdência e Contribuição dos Inativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- NÓBREGA, Tatiana de Lima; BENEDITO, Maurício Roberto de Souza. *O Regime previdenciário do servidor público*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- SCHÖNBERG, Søren. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- WONDRACEK, Jônatas. O sistema de proteção social dos militares: Estudo sobre a Lei n. 13.954/19 e Decreto-Lei n. 667/1969. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 25, n. 6153, 6 maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81879>. Acesso em: 03 ago. 2021.



Retroatividade da lei de improbidade administrativa como concretização dos direitos fundamentais dos acusados em geral

Antonio Rodrigo Machado

Doutorando em Direito Constitucional. Mestre em Direito Administrativo pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Marilene Carneiro Matos

Doutoranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Professora de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Sumário: 1 Introdução. 2 As garantias constitucionais no direito administrativo sancionador. 3 A questão da retroatividade na Convenção Americana de Direitos Humanos. 4 A questão da retroatividade na legislação brasileira. 5 O posicionamento contrário à retroatividade por parte do MPF. 6 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, alterou a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e, no §4º do art. 1º, incorporou ao seu texto os chamados “princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador”. O presente artigo apresenta a reflexão sobre quais as normas constitucionais que devem ser asseguradas aos acusados por ato de improbidade e, a partir desta análise, pretende identificar se a retroatividade da lei mais benéfica se aplica ao sistema de improbidade no formato de direito fundamental dos acusados em geral.

A dita reforma da lei de improbidade modificou profundamente o sistema de combate à improbidade administrativa e, em especial para o tema do presente trabalho, passou a exigir dolo para a condenação por improbidade, eliminou as sanções de perda do cargo público e suspensão dos direitos políticos para o caso das condutas descritas no art. 11 da LIA, além de modificar a tipificação dos ilícitos indicados neste artigo. Antes eram tipos abertos e condutas meramente exemplificativas no art. 11, que trata dos atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, mas agora há um rol taxativo que precisa ser respeitado para que seja configurado o ato de improbidade.

As três mudanças apresentadas – extinção da improbidade culposa, retirada da sanção de perda do cargo público e suspensão de direitos políticos para o art. 11, além de modificação da tipificação das condutas com base neste tipo de improbidade – afastam a punibilidade dos agentes públicos acusados de atos de improbidade ou impossibilitam alguns tipos de sanções e, o que é ainda mais sensível, abre espaço para que a reforma da lei alcance os atos praticados no passado. Seja para arquivar as ações de improbidade em curso, seja para afastar os efeitos da coisa julgada nas ações condenatórias transitadas em julgado.

Na verdade, ademais das alterações mencionadas, diversas mudanças na Reforma da Lei de Improbidade Administrativa poderão, de alguma maneira, ser impactadas pela aplicação retroativa da lei, a exemplo da questão referente à prescrição e às normas de natureza processual. Entendemos que a primeira exige uma análise especial, pois trata-se de questão mais tormentosa sobre a natureza dos diferentes tipos de prescrição¹, e a segunda não exterioriza maiores celeumas: é pacífico na lei, na doutrina e na jurisprudência que a aplicação da nova lei de natureza processual não retroage.

A grande questão gira em torno do art. 5º, XL, da Constituição Federal quando dispõe que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. A regra geral é de eficácia da lei apenas a partir de sua publicação, mas a CF garante que a alteração de uma norma penal poderá voltar ao passado para a aplicação de uma lei que venha a ser mais benéfica ao acusado. Apesar de a CF utilizar a expressão “lei penal”, a dúvida gira em torno da aplicação ou não de tal princípio constitucional para a legislação punitiva não penal.

O surgimento de uma legislação mais vantajosa ao acusado da prática de um ilícito é a aplicação do instituto da *novatio legis in melius*. Essa sucessão de leis que tratam de um determinado fato tipificado como crime vai garantir que a punição do Estado, ou o seu afastamento, leve em consideração a descrição mais benéfica ao indivíduo que poderá ser punido pelo *ius puniendi* estatal.

O problema é que a Lei de Improbidade não trouxe uma redação explícita garantindo a aplicação da retroatividade de seu texto², mas apenas indicou que o sistema de combate à improbidade deveria seguir os ditames dos princípios constitucionais de direito administrativo sancionador e, por essa razão, há dúvida razoável na doutrina se a retroatividade de lei punitiva, não apenas oriunda do sistema criminal, deve ser utilizada para beneficiar um acusado em esfera distinta da jurisdição penal.

Sobre a omissão no texto da reforma na Lei de Improbidade, João Trindade³ pondera que a *mens legislatoris* não vincula a interpretação da norma, mas, nesse caso, deve ser levado em consideração para afastar uma possível omissão do legislador. De acordo com o autor, não foi negligência, foi escolha legislativa, já que a Comissão de Constituição e Justiça do Senado rejeitou emenda ao projeto de lei que pretendia deixar explícita a regra de retroatividade, uma vez que considerou ser “consolidada a orientação de longa data do Superior Tribunal de

¹ No tocante à prescrição intercorrente na esfera das ações de improbidade administrativa, há controvérsia doutrinária quanto à natureza jurídica da prescrição contida no §8º, art. 23 da LIA, porquanto, com a inovação legislativa mencionada, há a discussão a respeito da (ir)retroatividade desta disposição dada a discussão sobre a natureza jurídica da norma em específico dentro do microsistema da LIA. MUDROVITSCH, Rodrigo de B.; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Improbidade administrativa: retroatividade e prescrição intercorrente. *Consultor Jurídico*, 26 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-26/improbidade-debate-retroatividade-prescricao-intercorrente>. Acesso em: 31 dez. 2021.

² Para o Professor Fábio Medina Osório, o legislador possui três opções em relação à retroatividade da lei punitiva: 1. Estabelecer explicitamente a retroatividade na norma mais benéfica e ela retroagirá; 2. Definir expressamente que ela não deverá retroagir e ela não retroagirá; e 3) Se for silente, deverá ser aplicado o princípio constitucional. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 337-338.

³ CAVALCANTE FILHO, J. T. et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa*. Brasília, DF: Unyleya, 2021. p. 56.

Justiça, na linha de que, considerando os princípios do Direito Sancionador, a *novatio legis in mellius* deve retroagir para favorecer o apenado”⁴.

A problemática ganha importância porque a exclusão da improbidade culposa e a transformação do art. 11 em rol taxativo de condutas são modificações na Lei de Improbidade que importaram em *abolitio criminis*. Para a lei penal, *abolitio criminis* (abolição do delito) “trata-se do fenômeno que ocorre quando lei posterior deixa de considerar crime determinado fato”⁵. Condutas abertas tipificadas no art. 11 deixaram de ser consideradas atos de improbidade e os atos culposos de dano ao erário, definido na redação anterior do art. 10, não podem mais resultar na aplicação de qualquer sanção após a vigência da Lei 14.230/2021.

2 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A identificação de princípios constitucionais de direito administrativo sancionador, como exposto na nova redação do §4º, do art. 1º, da Lei 8.429/92, registra a existência de direitos fundamentais dos acusados em processos sancionadores de caráter administrativo. A grande questão é saber quais são esses princípios.

O ponto convergente entre o direito penal e o direito administrativo sancionador é que os dois regimes jurídicos guardam a aplicação de medidas afliativas como competência exclusiva do Estado. São os agentes públicos que possuem o dever de aplicar um castigo à pessoa física ou pessoa jurídica que praticou um ilícito, seja de natureza penal, seja de natureza administrativa.

A separação do poder punitivo do Estado se dá por meio de diferentes regimes jurídicos destinados à proteção de bens jurídicos distintos, mas essa diferenciação é feita com o objetivo de organização do ordenamento jurídico. Em qualquer dessas vertentes existirá de um lado o Estado agindo com base numa lei e do outro lado uma pessoa acusada de infração a esta mesma lei.

Sendo uma única pessoa a aplicar tais sanções, a unidade de poder punitivo estatal está marcada a partir do seu sujeito ativo, mas é no texto constitucional que vai ser materializado o parâmetro estrutural que definirá os diferentes exercícios do poder sancionador. O Estado é um só e determina, mediante suas leis, quais sanções serão aplicadas, qual o Poder competente e qual a gradação dessas medidas afliativas⁶.

⁴ Quando da tramitação do PL 2505/2021 que resultou na alteração da Lei de Improbidade, o Relator rejeitou a emenda n. 40, cujo objeto era a inserção de uma referência expressa à retroatividade de normas benéficas, ao argumento de que já se considerava “consolidada a orientação de longa data do Superior Tribunal de Justiça, na linha de que ‘considerando os princípios do Direito Sancionador, a *novatio legis in mellius* deve retroagir para favorecer o apenado’ (Resp n. 1.153.083/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 19/11/2014)” (BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Parecer SF n. 14, de 2021*. Relator Senador Weverton. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. p. 44. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?d-m=9022430&ts=1635251854642&disposition=inline>. Acesso em: 15 nov. 2021).

⁵ NUCCI, Guilherme. *Código penal comentado*. 18. ed. São Paulo: Gen; Forense, 2018. p. 41-43.

⁶ MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativas e jurisdicional penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 17.

Como já apresentado por Machado, a unidade punitiva do Estado⁷ se estabelece a partir de quem tem a competência para a aplicar a penalização, “mas também a partir do tratamento dado, em razão disso, aos que são acusados⁸ do cometimento de uma determinada infração”⁹. Isso fica evidenciado no art. 5º, LV, da Constituição Federal ao definir que “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”¹⁰.

A base dos direitos dos acusados em geral presentes na Constituição é o princípio do devido processo legal, mas tal garantia pode ser ponto de partida ou uma ilha dentro da Carta Constitucional e esse é o foco da presente pesquisa. Isso porque o ato ilícito será tipificado em diferentes leis, mas ainda assim o cidadão acusado recebe a mesma proteção geral por parte do ordenamento constitucional. Uma condenação, por mais branda que seja o seu teor, afeta gravemente a pessoa, sendo elementar a aplicação da “lógica garantista da Constituição”¹¹.

A Constituição de 1988 “[...] se revela como o marco teórico inaugural, porque o mais elevado fundamento de validade de todas as normas jurídicas que capitulam certas condutas como administrativamente reprováveis”¹². É certo que a Constituição Federal “traz um conjunto de garantias aos acusados em geral, independente da esfera de julgamento, promovendo a aplicação dos princípios constitucionais”¹³ aos acusados em geral e integrando-os aos poderes sancionadores gerais¹⁴.

Além do devido processo legal garantido na Constituição no art. 5º, inciso LV, Machado sustenta a aplicação aos acusados na esfera administrativa do princípio da presunção de

⁷ Citando duas decisões do Tribunal Constitucional da Espanha, 30 de janeiro e 08 de junho de 1981, Enterría e Fernandes escreveram que “[...] os princípios inspiradores da ordem penal são de aplicação, com certos matizes, ao Direito Sancionatório, uma vez que ambos são manifestações do ordenamento punitivo do Estado, tal e como reflete a própria Constituição (art. 25, princípio da legalidade) e uma reiterada jurisprudência do nosso Tribunal Supremo [...], até o ponto de que um mesmo bem jurídico pode ser protegido por técnicas administrativas ou penais. Deste modo, a imensa lacuna que supunha a ausência de um quadro normativo geral que definisse os princípios gerais de funcionamento das sanções administrativas e de sua aplicação se encontra suprida por essa remissão geral (que viria imposta por um princípio constitucional, o que pressupõe a sua superioridade sobre qualquer determinação contrária das LEIS) aos ‘princípios da ordem penal’, o que é de uma extraordinária importância prática, como é fácil entender” (ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón Fernandez. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 193).

⁸ Para Osório, “[...] em realidade, a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: Direito Penal e Direito Administrativo obedecem a comandos Constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto, que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 183).

⁹ MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas*: Op. cit., p. 18.

¹⁰ 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: 15 ago. 2022.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014. p. 1.

¹² FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 359.

¹³ MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas*: Op. cit., p. 18.

¹⁴ ENTERRÍA, Eduardo García. *Curso de derecho administrativo*. v. II. Madrid: Civitas, 1991. p. 168.

não culpabilidade, art. 5º, LVII, e afirma ainda que “esta garantia fundamental é precedida de outros quatro direitos dos acusados em geral, independente se respondem por ilícito administrativo ou penal”. Presentes no art. 5º da CF, seriam garantias dos acusados: a) ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (inciso LIII); b) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV); c) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV); d) são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI)¹⁵.

Numa visão ampliativa dos direitos fundamentais, a identificação de princípios constitucionais que digam respeito aos direitos dos acusados, independentemente da esfera de acusação, é tarefa que se impõe ao estudo. Numa análise geral do art. 5º da CF, sem pretensão de esgotar o tema e de uma pesquisa geral no texto constitucional, eis uma proposta de sistematização:

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

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLII - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

¹⁵ MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas*: Op. cit., p. 114.

[...]

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Afora um conjunto mais explícito de princípios do direito administrativo sancionador, a doutrina administrativista já reconhece (a) legalidade/reserva legal; (b) retroatividade da lei mais benéfica; (c) pessoalidade da pena; (d) individualização da sanção; (e) presunção de inocência; (f) razoabilidade/proporcionalidade; (g) proibição da dupla punição na mesma esfera pelo mesmo fato (*ne bis in idem*)¹⁶, mas a proteção constitucional é ainda mais ampla. Inegável o arcabouço normativo na Constituição que vai muito além destes citados, conforme aqui apresentado.

¹⁶ FÉO, Rebecca. *Direito administrativo sancionador e os princípios constitucionais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 65-114.

Na maior parte das normas constitucionais indicadas não há qualquer diferenciação que separa o acusado na esfera criminal do acusado numa eventual ação de improbidade ou processo administrativo disciplinar. É impossível imaginar que na esfera administrativa pudesse uma autoridade sancionadora aplicar penalização sem lei que fundamente seu ato ou que pudesse violar o sigilo de correspondência de agente público sem decisão judicial, por exemplo.

O art. 5º da Constituição demonstra que a exigência de individualização da pena, a impossibilidade de sanção de caráter perpétuo ou utilização de prova ilícita e a intranscendência da medida afliativa são garantias dos acusados em geral que não possuem qualquer exclusividade do Direito Penal. A única parte do texto constitucional, art. 5º, LVII, que se refere explicitamente a ato exclusivo da esfera penal é quando o princípio da presunção de não culpabilidade trata de “sentença penal” para a definitiva caracterização de perda da presunção de inocência. E nesse caso, obviamente, não há dúvida que tal princípio é também aplicado em todas as esferas punitivas do Estado.

Dentro dessa estrutura que é apresentada está o núcleo estruturante das garantias fundamentais dos acusados em que ambos, direito administrativo sancionador e direito penal, utilizam-se das mesmas técnicas e são chamados a respeitar os limites “na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito”¹⁷. O texto constitucional, no que é pertinente a este campo, veicula conteúdos mínimos obrigatórios, já que “a aplicação da Constituição é imanente à aplicação de todo o direito, em qualquer ordem hierárquica de normatividade”¹⁸.

Essa sistematização constitucional não exige o respeito a garantias formais para legitimação da condenação. Para que uma condenação seja considerada válida é essencial que também o ato sancionador na jurisdição não penal “esteja em consonância com os princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana”¹⁹.

Se qualquer um dos ditames constitucionais aqui apresentados for afastado na atividade de interpretação do Direito Administrativo Sancionador, haverá uma definitiva caracterização de nulidade no ato administrativo ou jurisdicional. Isso porque “são direitos que se fundamentam num degrau evolutivo, um após o outro, para a formação de um arcabouço protetivo aos acusados em geral”²⁰.

O olhar de proteção do indivíduo frente ao aparato estatal, seja um cidadão comum, seja o cidadão que decidiu assumir uma função pública, não pode renunciar às garantias do Estado Democrático de Direito. Um olhar que classifique negativamente a postura protecionista em relação às garantias fundamentais relacionadas à acusação reduz a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição. Força esta que a impulsiona, conduzindo-a e transformando-a, assim, em força ativa²¹.

¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. Op. cit., p. 125.

¹⁸ GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato Cesar Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da Constituição de 1988. *Revista Estudos Institucionais – REI*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 467-478, ago. 2021. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636/699> Acesso em: 30 abr. 2022.

¹⁹ MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas*: Op. cit., p. 117.

²⁰ MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas*: Op. cit.

²¹ HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983. p. 5.

3 A QUESTÃO DA RETROATIVIDADE NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica), promulgada em âmbito doméstico por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, define em seu art. 9º o princípio da legalidade e da retroatividade em relação às penas aplicadas pelos Estados signatários da convenção.

O texto do Pacto, em seu art. 9º, expõe sobre o Princípio da Retroatividade indicado que “se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado”. Trata-se de disposição que privilegia o Princípio da retroatividade da lei mais benéfica com aplicabilidade explícita às condutas delituosas, entendidas estas com abrangência tanto daquelas penais quanto não penais. Ademais, importante ressaltar que tal acordo internacional seguiu o rito previsto no art. 5º da CF, com o que passou a incorporar o texto da Constituição Federal.

Frise-se que os contornos do controle de convencionalidade desenvolvido no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos são recentes e têm como julgamentos paradigmáticos os casos “*Almonacid Arellano vs. Chile*”²² e “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru*”²³, em 2006.

A literatura jurídica especializada destaca a relevância da contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como importante mecanismo de proteção aos direitos humanos na medida em que apresenta o controle de convencionalidade como um importante mecanismo de integração entre o direito internacional com o direito interno, na busca da ampliação do âmbito de proteção dos Direitos Humanos.

Considerando a observância dos pressupostos constitucionais de internalização e integração das normas internacionais no ordenamento interno, é cediço que os Tratados que versam sobre Direitos Humanos são de aplicação obrigatória e devem servir de norte à formulação legislativa e aplicação judicial/administrativa da novel legislação que se mostre mais benéfica ao sujeito passivo da *persecutio* estatal.

Outro argumento em favor da aplicação do Princípio da Retroatividade *in mellius* no campo da Improbidade Administrativa é a constatação de alta similitude entre as sanções previstas na LIA e na lei penal. Nesse sentido, Fernando Capez defende que há na essência das sanções penais e de improbidade altas semelhanças, o que justificaria a aplicação das garantias materiais e processuais de índole penal à improbidade. Nesse sentido, diz o autor que:

Não se pode subtrair do cidadão as garantias de ampla defesa, contraditório, devido processo legal e princípios de retroatividade *in mellius*, apenas porque o legislador optou por definir uma infração com a roupagem jurídica de ato de improbidade, quando

²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058b-c5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2021.

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 31 dez. 2021.

as penalidades previstas são de igual ou, em muitos casos, maior gravidade do que as consequências penais²⁴.

Nesse sentido, ressalte-se a utilização de critério de identificação da real natureza de dada sanção pela Corte Europeia de Direitos Humanos, quando da análise de aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre sanções administrativas e penais desde 1976, bem como o Tribunal de Justiça da União Europeia, que também utiliza tais critérios em seus julgados.²⁵ De acordo com tais decisões, os critérios para definir a essência de determinada sanção levaria em conta: a) a natureza que a própria legislação atribui à sanção; b) a finalidade preventivo-repressiva ou reparatória da sanção; e c) a gravidade da sanção.

Não há como negar a gravidade das sanções previstas para atos de improbidade administrativa²⁶. Com efeito, as sanções decorrentes de improbidade abrangem dois direitos fundamentais do indivíduo: os direitos políticos e o exercício da cidadania, os quais integram o próprio conceito de dignidade da pessoa humana numa abrangência restritiva. A lei não define a sanção da lei de improbidade como sanção penal e este é o único critério de diferenciação para negar uma suposta natureza de direito penal.

4 A QUESTÃO DA RETROATIVIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como já apresentado no início do presente trabalho, a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, editada pela Lei 14.230/2021, aboliu a improbidade culposa, antes presente do art. 10 que faz referência ao dano em face do erário, extinguiu diversas práticas que eram tipificadas como atos de improbidade na modalidade de ofensa aos princípios da Administração Pública e excluiu sanções que antes eram aplicadas aos agentes públicos ainda no art. 11. O problema em relação a tais modificações, além de questões como prescrição e outras tantas, é saber se elas serão utilizadas para ir ao passado e modificar a visão do sistema estatal sobre essas condutas que deixaram de ser ilícitas.

Tempus regit actum é a regra geral de aplicação da lei no tempo. A irretroatividade da lei está materializada amplamente em nosso ordenamento jurídico e, em especial, na legislação punitiva, uma vez que o princípio da legalidade é ferramenta de contenção ao arbítrio do

²⁴ CAPEZ, Fernando. Retroatividade *in mellius* da prescrição intercorrente na Lei de Improbidade. *Consultor Jurídico*, 02 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/controversias-juridicas-retroatividade-in-mellius-prescricao-intercorrente-lei-improbidade>. Acesso em: 05 jan. 2021.

²⁵ EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Autos C-489-10*. Luxemburgo, 05 de junho de 2012. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/. Acesso em: 05 jan. 2021.

²⁶ O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes em que atesta essa similitude entre sanções: “[...] Em função de seu caráter repressivo e da severidade das sanções que aplica, a Lei de Improbidade identifica-se com o Direito Penal, sendo rígida a tipificação das condutas previstas na lei que rege a matéria, não se perdendo de vista que a Lei de Improbidade Administrativa visa coibir a prática de atos lesivos contra a Administração Pública perpetrados por administradores públicos desonestos, e não aqueles que tenham sido praticados por administradores inábeis, sem a comprovação da má-fé [...]” (REsp. 734.984/SP, rel. Ministro José Delgado, rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, Dje 16.06.2008) e “é uníssona a doutrina no sentido de que, quanto aos aspectos sancionatórios da lei de improbidade, impõe-se exegese idêntica à que se empreende com relação às figuras típicas penais” (REsp n. 721.190/CE, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/12/2005, DJ de 13/2/2006. p. 696).

poder sancionador do Estado, além de importar em concretização do princípio da segurança jurídica, pela previsibilidade que o cidadão necessita ter da consequência dos seus atos²⁷. Se o ilícito é o ato contra o comando da lei, a lei precisa existir no tempo em que o ato foi praticado para que a ilicitude exista também.

A Constituição Federal incorpora a regra geral de irretroatividade da lei ao tratar de matéria relacionada à “lei penal”, mas, ao mesmo tempo, traz a sua principal exceção ao fazer a ressalva em seu art. 5º, LX, quanto à vigência de nova lei para beneficiar o acusado: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. A questão não rende maiores controvérsias na esfera penal, uma vez que a irretroatividade para proteger o acusado é questão sem maiores dúvidas e a retroatividade da lei para o benefício do réu é questão relativamente pacífica²⁸. O ponto central para as reflexões do presente trabalho é a sua aplicação no campo do direito administrativo sancionador.

A Lei de Improbidade, Lei 8.429/92, disciplina uma das facetas punitivas do Estado naquilo que diz respeito aos atos praticados por agentes públicos e que sejam considerados lesivos à Administração Pública, mas não é uma lei penal em sentido estrito. É norma que compõe o regime jurídico administrativo do Estado, mas que também prevê a aplicação de sanções extrapenais.

No capítulo anterior foi feita a análise da retroatividade da lei mais benéfica na condição de direito fundamental dos acusados em geral e sua inserção no Pacto de São José da Costa Rica. A partir de agora o trabalho terá como objeto de análise a legislação infraconstitucional sobre o tema da retroatividade da lei.

O primeiro ponto a ser investigado diz respeito à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O art. 6º da lei define que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. A nova lei, portanto, terá vigência imediata e geral sobre todos os atos com exceção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.

Partindo-se do pressuposto que não existe direito adquirido do Estado em punir alguém por ato que deixou de considerar ilícito em lei, resta-nos analisar os limites da retroatividade da nova lei em relação ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada como instrumentos de limitação para incidência da reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Isso porque a lei vigente estabelece o tratamento que o Estado deve dar aos atos de improbidade e, pela regra geral, seria ela a norma que deverá ser levada em consideração.

²⁷ MATOS, Marilene Carneiro. *Princípio da proteção da confiança legítima*: limite ao Estado legislador. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020. Nesse sentido, diz Matos que: “Dessa forma, um dos objetivos mais fundamentais de qualquer ordem jurídica é justamente propiciar segurança para que os cidadãos guiem suas condutas, já sabendo de antemão quais serão as consequências dos seus atos para o direito”.

²⁸ Uma controvérsia existente é a combinação de leis. Com a publicação da Lei 11.343/2006 houve a revogação da Lei 6.368/1976 que alterou a legislação de drogas no Brasil. Acontece que a combinação dos dois dispositivos legais poderia trazer uma situação mais benéfica ao réu que a aplicação de uma ou de outra. O STJ entendeu que não seria possível a utilização do que havia de melhor numa lei e o que havia de mais benéfico na outra para a conclusão de uma situação mais benéfica. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 501: “É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”.

Segundo o §1º do art. 6º da LINDB, ato jurídico perfeito é aquele que já foi “consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. Ainda nesse mesmo artigo, o §3º define coisa julgada como a “decisão judicial de que já não caiba recurso”. Podemos então definir que, de acordo com a LINDB, uma alteração legislativa terá efeito imediato e geral com exceção do ato já consumado e da decisão judicial contra a qual não caiba mais recurso.

Se o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica ao acusado não for aplicado ao direito administrativo sancionador, a reforma da Lei de Improbidade não atingirá as sentenças condenatórias transitadas em julgado ou os fatos ocorridos no passado, mas ainda não julgados definitivamente. A primeira circunstância estaria albergada pelo respeito à coisa julgada e a segunda pelo ato jurídico perfeito.

Por uma leitura direta do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada seriam limites à incidência dos efeitos da *novatio legis in mellius*. Essa interpretação seria suficiente, inclusive, para descaracterizar a *abolitio criminis* (abolição do delito) em relação à improbidade administrativa culposa.

Insta ressaltar que a aplicação da regra geral de irretroatividade de lei nova ao direito administrativo sancionador resultaria na imposição de aplicação de sanções por atos que deixaram de ser considerados ilícitos, uma vez que eles já produziram efeitos no passado e, portanto, de acordo com o §1º, do art. 6º, da LINDB, estão consumados segundo a lei vigente ao tempo em que foram efetivamente praticados.

Em sentido contrário ao estabelecido na regra geral da LINDB, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LX, define retroatividade da lei mais benéfica ao acusado na esfera penal, mas a legislação penal regulamenta o direito fundamental antes mesmo da promulgação da Carta Constitucional. O art. 107, III, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 7.209, de 11 julho de 1984, estabelece a extinção de punibilidade “pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”.

Em relação às normas de caráter processual, aliás, como já foi aqui referido, a vigência segue a regra geral de irretroatividade, conforme definido no art. 2º do Código de Processo Penal: “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Está, portanto, mais uma vez demonstrado não ser ponto controvertido a irretroatividade da legislação de caráter processual aos atos que precederam a sua entrada em vigência.

No âmbito do Processo Civil, o art. 14 do respectivo diploma estabelece idêntico posicionamento: “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

Feitas tais considerações, o ponto de relevância à discussão consiste no fato de que o ordenamento jurídico pátrio mitiga a regra de irretroatividade da norma penal, quando novel legislação tenha o condão de beneficiar o agente, seja com a abolição do tipo, seja com a “melhora” dos preceitos primários e secundários da norma.

Partindo-se do pressuposto já apresentado de que há proximidade entre as esferas Penal e de Improbidade Administrativa quanto à sanção, tendo como elemento de convergência primordial o exercício do poder punitivo em face dos sujeitos passivos das respectivas e pertinentes normas, torna-se imperioso que tal semelhança aproxime também os sistemas de garantias dos acusados. Como já decidiu o STJ, os “sistemas punitivos estão sujeitos a princípios constitucionais semelhantes [...] a exemplo do que ocorre, no plano material, entre a Lei de Improbidade e o direito penal –, a atração, pela ação de improbidade, de princípios típicos do processo penal”²⁹.

No que tange à Lei 14.230/2021, há diversos dispositivos que estabelecem *reformatio in mellius* que demandam reflexões no tocante à aplicação prática: acusados de improbidade em hipóteses que deixaram de constituir ilícito; sanções mais brandas de multas; requisitos mais exigentes para cautelares de indisponibilidade de bens; extinção da improbidade culposa; taxatividade das condutas configuradoras de ofensa aos princípios da Administração Pública; na extinção explícita do dano presumido (*in re ipsa*) exigência de trânsito em julgado para aplicação das sanções, dentre diversas outras alterações.

Em todas as situações mencionadas, verifica-se *reformatio in mellius* que demandará, conforme a situação: a) trancamento dos inquéritos civis em andamento; b) extinção da ação por improbidade em andamento, quando a conduta deixou de ser tipificada ou aplicação da penalidade mais leve prevista na nova norma; c) ação rescisória de ações já transitadas em julgado, caso ainda esteja dentro do prazo previsto na lei processual.

Para sanções de improbidade já cumpridas e que ultrapassaram o prazo da ação rescisória, entretanto, exauriu-se o exercício do *jus puniendi* pelo Estado segundo a qual aplicável ao tempo do ato. Daí, tendo em conta que a segurança jurídica é também fundamento do Estado de Direito, e que a estabilização das relações é elemento imprescindível da segurança jurídica, entende-se que não há que se falar em retroatividade da norma mais benéfica.

Nesse sentido, a retroatividade pode alcançar, por exemplo, parte da sanção de suspensão dos direitos políticos ainda em curso, vez que não se exauriu o *jus puniendi* do Estado e que há a possibilidade de a lei mais benéfica retroagir para beneficiar o réu, como seria em uma hipótese de cumprimento de pena de prisão, em que a norma mais benevolente seria aplicada para determinar a imediata soltura do preso.

A garantia constitucional da retroatividade mais benéfica na condição de “imperativo ético de atualização do Direito Punitivo”³⁰ se aplica³¹: a) aos acusados de condutas de improbidade nos casos em que o ato deixou de ser tipificado na lei, a exemplo de improbidade

²⁹ BRASIL. STJ. *REsp* n. 885.836/MG. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 26.06.2007.

³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 300.

³¹ Essa é a posição de Marçal: “Embora a redação se refira à ‘lei penal’, é evidente que essa garantia se aplica a qualquer norma de natureza punitiva. Não existe alguma característica diferenciada da lei penal que propiciasse a retroatividade da lei punitiva não penal. [...] Assim se impõe em vista da própria garantia constitucional. Deve-se compreender que o legislador reputou que a solução prevista na lei pretérita era excessiva. O entendimento consagrado na legislação superveniente alcança as infrações pretéritas”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada*: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 292-3.

culposa e dos tipos abertos no art. 11; b) a retroatividade alcançará (1) os atos praticados e que ainda não houve ação de improbidade; (2) os atos que são objetos de ações de improbidade em curso; (3) as ações de improbidade com condenação transitada em julgado com efeitos sendo produzidos ou dentro do prazo para ação rescisória³².

5 O POSICIONAMENTO CONTRÁRIO À RETROATIVIDADE POR PARTE DO MPF

Muitos críticos da Reforma, a exemplo do posicionamento institucional do Ministério Público Federal (MPF) na Nota Técnica n. 01/2021 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal sobre aplicação da Lei n. 8.429/1992, com as alterações da Lei n. 14.230/2021 –, defendem a irretroatividade da lei. O posicionamento da 5ª CCR do MPF pode ser resumido em destaques de seu próprio texto:

A aplicação nos novos dispositivos da Lei n. 14.230/2021 deve ser orientada pela sua interpretação à luz do Sistema Brasileiro Anticorrupção, em harmonia com a Constituição Federal e sua proteção conferida à tutela da probidade, no princípio republicano e no Estado Democrático, assegurados direitos e garantias fundamentais aos investigados/acusados, como sistema administrativo sancionador, bem como à luz de Convenções Internacionais contra a Corrupção, internalizadas no Direito Brasileiro (OCDE, OEA e ONU). [...]

4.6. O princípio da retroatividade de norma mais benéfica (artigo 5º, inciso XL, e artigo 37, §4º da CF) aplica-se de forma diferenciada no campo do direito administrativo sancionador, que não busca primariamente a reprovabilidade de condutas ilícitas, sob a perspectiva retrospectiva, mas, ao contrário, constitui modelos normativos que tutelam bens jurídicos públicos (interesses públicos), de forma prospectiva, valorando em grau superior a prevenção, dissuasão e repressão de atos ilícitos, exigindo que a retroatividade seja disciplinada expressamente pela lei.

4.7. Demais disso, no campo da tutela da probidade administrativa, o artigo 37, §4º da CF impede a retroatividade de novas normas mais benéficas como instrumento de vedação ao retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobas ou práticas corruptivas (em sentido amplo), e, mesmo que lei nacional disponha sobre a retroatividade, é necessário juízo sobre a manutenção da conduta ilícita no ordenamento jurídico como atentado ao princípio da moralidade administrativa.

4.8 Quando a lei nacional nada dispõe sobre a retroatividade – como foi o caso da Lei n. 14.230/2021, a alteração de tipos gerais e especiais exige igualmente este juízo sobre a continuidade típica do ilícito, seja na própria Lei n. 8.429, seja à luz do artigo 37, §4º da CF.

4.9 Além da expressa previsão legal e da análise da continuidade típica, a retroatividade será vedada quando as modificações legislativas nos elementos do sistema de responsabilização (ilícito e sanção) foram relevantes e extensas, acarretando normas desfavoráveis e favoráveis e resultando na reformulação complexa de tipos e sanções – como foi o caso da Lei n. 14.230/2021, de forma que não é dado ao Poder Judi-

³² O Professor João Trindade Cavalcante Filho, em seu importante livro sobre as alterações da Lei de Improbidade, afirma que a desconstituição da coisa julgada poderá ser feita por ação rescisória, por *querela nullitatis*, por petição simples com contraditório do MP ou até mesmo de ofício pelo Juízo. CAVALCANTE FILHO, J. T. et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa*. Op. cit., p. 60.

ciário optar pela aplicação de um ou outro segmento do sistema de responsabilidade, apenas para beneficiar os infratores, sob pena de o juiz competente acabar por instituir sistema não criado pelo Poder Legislativo. Nesta hipótese, o Poder Judiciário deverá aplicar o sistema reconfigurado a partir da vigência das modificações relevantes nele engendradas por lei nacional.

De maneira geral, o posicionamento do Ministério Público Federal sobre a retroatividade pode ser resumido em três pontos: (1) a não aplicação do princípio constitucional da retroatividade de lei mais benéfica ao acusado por ato de improbidade, algo que só poderia ser feito se a lei expressamente definisse isso; (2) O artigo 37, §4º da CF impede a retroatividade de novas normas mais benéficas como instrumento de vedação ao retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobos; e (3) não há que se falar em norma mais benéfica, uma vez que houve a chamada “continuidade normativa típica”, onde as condutas ilícitas que deixaram de ser tipificadas continuam existindo em razão do art. 37, §4º da CF³³.

Por ser um posicionamento institucional do principal órgão titular da ação de improbidade administrativa, a Nota Técnica n. 01/2021 é forte posicionamento em sentido contrário à aplicação retroativa da lei. Apesar dessa tão importante representatividade, o documento traduz mais uma insatisfação com a legislação aprovada do que verdadeiramente uma tentativa de interpretação da sua nova redação.

Ainda que se compreenda a forte crise institucional vivida pelo Parlamento brasileiro³⁴, a Lei do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1995, define que umas das principais atribuições do MPU é a defesa da “soberania e representatividade popular”³⁵. A interpretação jurídica, consistente no ato de revelar o posicionamento da norma, deve sempre ter como limite a moldura³⁶ apresentada pela lei. O documento do Minis-

³³ NOVA Lei de Improbidade Administrativa deve ser analisada à luz da Constituição e das normas internacionais de combate à corrupção, defende PGR. *Procuradoria-Geral da República*, 13 dez. 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/nova-lei-de-improbidade-administrativa-deve-ser-analisada-a-luz-da-constituicao-e-das-normas-internacionais-de-combate-a-corrupcao-defende-pgr>. Acesso em: 03 jan. 2022.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015. p. 38: “Há muitas décadas, em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. Da Escandinávia à América Latina, um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstenção revelam o desinteresse geral. Em países de voto obrigatório, como o Brasil, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. E, não obstante isso, em qualquer Estado democrático, política é um gênero de primeira necessidade. Mas as insuficiências da democracia representativa, na quadra atual, são excessivamente óbvias para serem ignoradas. A consequência inevitável é a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população. O fenômeno é em certa medida universal”.

³⁵ Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1995 - Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios: a) a soberania e a representatividade popular; [...].

³⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36: “É o fato de a “moldura da norma” ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito”.

tério Público Federal defende a ilicitude de condutas em posicionamento que vai de encontro ao aprovado pelo legislativo e se insere num contexto de carta política.

Embora no imaginário das pessoas o conceito de política esteja entregue às questões de natureza estritamente negativas, não é esse o sentido da análise que é feita aqui. O conceito de política aqui utilizado está relacionado à opção por caminhos legislativos ou, de fato, a uma política punitiva ideológica, não partidária ou partidarizada. A dicotomia entre Direito e Política sempre serviu às mais diversas disputas intelectuais nos campos da filosofia, da sociologia e doutrinadores jurídicos. Mas essa querela não poderá ser resolvida facilmente porque não será possível definir onde se inicia o Direito e onde termina o papel da política. Afirmações feitas pelo professor Luís Roberto Barroso³⁷ inquietam ao questionar onde o direito e a política se apartam e onde há sobreposição. O argumento convencional do positivismo jurídico sempre tentou definir uma separação de mundos que não conseguiu um aval da realidade.

A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantêm-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do direito. No plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político.³⁸

De acordo com o constitucionalista, os dois grandes momentos para a análise da separação entre Direito e Política são: criação e aplicação. Não há controvérsia razoável sobre a política na criação do Direito, pois o direito é feito pelos políticos. As dúvidas sobre essa separação surgem apenas quando da aplicação da norma, pois uma série de casos difíceis³⁹, para os quais a norma legal não concede uma resposta imediata, serão resolvidos por meio de fatores extrajurídicos, entre eles a ideologia do julgador. A ideia do Direito como consequência de um processo exclusivamente racional é um engodo fartamente difundido. A aplicação da norma perpassa por elementos que vão além da expressão pura da justiça ou da razão.

Até na aplicação da norma, o magistrado exerce função ideológica. E não existe misticismo que nos afaste de sua constatação. Em célebre artigo sobre a teoria constitucional, escreveu Emerson Clève que “pior, todavia, do que o que pretende decidir ocultando a ideo-

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, p. 5-43, fev./maio 2010.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Op. cit., p. 17.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 350: “Esses são os casos difíceis, assim chamados por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Nesse cenário, a ponderação de normas, bem ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*”.

logia é aquele que decide ideologicamente imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade”⁴⁰.

Outra questão relevante relacionada à Nota Técnica do MPF é de premissa: a de que as alterações da lei de improbidade importam necessariamente em retrocesso do combate à corrupção. Ora, admitir-se como verdadeira tal posição importa em considerar inconstitucionais as mudanças na LIA o que impediria a própria validade da alteração normativa. Mas importaria um grave contrassenso admitir que a lei legitimamente aprovada pelo Parlamento possa ferir de morte o combate a corrupção, desde que sua aplicação se restrinja ao futuro.

Dessa forma, a grande questão que deve nos ajudar a resolver a problemática sobre a aplicação ou não da retroatividade da lei não está apenas na vontade de uma instituição, mas sim na investigação sobre quais são os princípios constitucionais aplicados ao direito administrativo sancionador e, posteriormente, qual a resposta da Constituição Federal sobre a aplicação da retroatividade da lei punitiva mais benéfica aos acusados no sistema de combate à improbidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa constitui uma das mais importantes alterações legislativas do ano de 2021, vez que LIA tem constituído ao longo dos seus quase 30 anos de existência jurídica uma peça normativa chave relacionada ao controle da Administração Pública e ao combate à corrupção. Aliás, quando da aprovação da LIA no ano de 1992, havia um clamor popular, no contexto do *impeachment* do então presidente Fernando Collor e do escândalo conhecido como “Anões do Orçamento”, de medidas duras contra o desbaratamento de recursos do erário. Nesse sentido, o Congresso Nacional aprovou a Lei 8.429/92, seguindo um influxo da população que reclamava tolerância zero com atos de corrupção.

Entretanto, a despeito de se reconhecer o mérito da norma e da atuação dos órgãos de Controle estruturados principalmente a partir do desenho instituído pelo Constituinte de 1988, é inegável que problemas advindos de um controle disfuncional começaram a fazer parte do cotidiano de agentes públicos. Os problemas advindos da utilização disfuncional das ações de improbidade administrativa se traduziram nas estatísticas, segundo pesquisa realizada por Grupo de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Ensino Pesquisa e Desenvolvimento (IDP)⁴¹, mais da metade das ações de improbidade são ajuizadas com base no art. 11 que traduz ofensas aos princípios da Administração Pública. Assome-se aos tipos abertos da LIA antes da reforma da Lei 14.230/21, a não responsabilização dos autores ante ações temerá-

⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: LEMBO, Cláudio (Org.). *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 46-47.

⁴¹ A pesquisa foi liderada pelo professor Rafael Carneiro e contou com a participação dos seguintes pesquisadores: Pedro Paulo Alves Corrêa dos Passos, Liana Claudia Hentges Cajal, Túlio da Luz Lins Parca, Dijeison Tiago Rios Nascimento, Rafael Bonassa Faria, Matheus Soares Salgado Nunes de Matos, Isis Negraes Mendes de Barros e Renan Carvalho Teodoro. Dados resumidos podem ser consultados em: CARNEIRO, Rafael Araripe. Ações de improbidade no STJ: o que se condena? *Jota*, 04 jan. 2022. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-acoes-de-improbidade-o-que-se-condena-04012022#_ftn1. Acesso em: 1º jun. 2022.

rias, ou sob o signo da litigância de má-fé, que colocavam na seara da Improbidade autor e réu em uma situação de absurda desproporcionalidade de armas processuais.

Muito bem asseverou o professor Rodrigo Valgas, um controle disfuncional “pode levar ao esboroamento das instituições democráticas pela falta de agentes públicos que disponham a ordenar despesa pública por não arcarem com os elevados riscos financeiros, patrimoniais ou políticos, abrindo espaço para os que ‘não têm nada a perder’”⁴². Um controle sem limites bem expostos é mais que um risco aos agentes públicos é um risco ao caminhar democrático do Estado brasileiro.

Ademais das circunstâncias nefastas para a boa gestão administrativa propiciadas por um instrumento irracional de controle da Administração Pública, o combate à corrupção e ao mau uso dos recursos públicos não pode desconSIDERAR direitos fundamentais dos cidadãos, erigidos pela Constituição como componentes dos direitos dos acusados em geral. Um controle administrativo que ignore direitos fundamentais é sem sombra de dúvida inconstitucional. Nossa Constituição pátria abriga o controle da máquina pública, desde que seja efetuado nos limites das garantias constitucionais dos cidadãos.

Ocorre que a Lei 8.429/92, ao impor medidas sancionatórias duras, chegando a decretar a “suspensão da cidadania”, bem como a perda de um cargo público, mas ao mesmo tempo previa condutas antijurídicas baseadas em princípios, de textura bastante aberta, criou uma situação em que o gestor público não tem dúvidas se sofrerá uma ação de improbidade administrativa, mas quando isso irá ocorrer.⁴³

A improbidade presumida (*in re ipsa*) constitui outro ponto de fragilização dos direitos fundamentais. A improbidade culposa é também outro aspecto que demandava urgente revisão: como se pode conceber uma desonestidade por descuido? O diploma na norma original tratava no mesmo balaio o gestor público desonesto e o descuidado. Possibilitava uso político do instrumento por parte de adversários.

Extrai-se do presente estudo que as alterações na LIA não podem ser vistas exclusivamente como retrocesso geral do combate à corrupção. Ao contrário, significam em muitos aspectos, isso sim, medida legislativa para racionalização do controle, para que não se afaste bons gestores dos cargos públicos. Para que se respeitem os direitos fundamentais quando da apuração de atos de improbidade bem como na sua penalização.

Nesse contexto, não há como se entender que o Estado entenda determinada conduta como atípica, como a improbidade culposa e diversas condutas às quais se imputava a pecha de atentatórias a princípios constitucionais, mas continua sendo permitida a aplicação de penalidades desde que a conduta tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Lei 14.230/21. É um contrassenso permitir, por exemplo, que determinada autoridade que tenha por descuido ou por imperícia acarretado um prejuízo ao erário continue sofrendo as sanções de improbidade administrativa, quando o próprio Estado entenda que a conduta não configura mais improbidade administrativa.

⁴² VALGAS, Rodrigo. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 48.

⁴³ VALGAS, Rodrigo. *Direito administrativo do medo*. Op. cit., p. 173.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, p. 5-43, fev./maio 2010.

BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Parecer SF n. 14, de 2021*. Relator Senador Weverton. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. p. 44. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9022430&ts=1635251854642&disposition=inline>. Acesso em: 15 nov. 2021.

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: 15 ago. 2022.

BRASIL. STJ. *REsp n. 885.836/MG*. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 26.06.2007.

CAPEZ, Fernando. Retroatividade *in mellius* da prescrição intercorrente na Lei de Improbidade. *Consultor Jurídico*, 02 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/controversias-juridicas-retroatividade-in-mellius-prescricao-intercorrente-lei-improbidade>. Acesso em: 05 jan. 2021.

CARNEIRO, Rafael Araripe. Ações de improbidade no STJ: o que se condena? *Jota*, 04 jan. 2022. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-aco-es-de-improbidade-o-que-se-condena-04012022#_ftn1. Acesso em: 1º jun. 2022.

CAVALCANTE FILHO, J. T. *et al. Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa*. Brasília, DF: Unyleya, 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: LEMBO, Cláudio (Org.). *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 31 dez. 2021.

ENTERRÍA, Eduardo García. *Curso de derecho administrativo*. v. II. Madrid: Civitas, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón Fernandez. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Autos C-489-10*. Luxemburgo, 05 de junho de 2012. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/. Acesso em: 05 jan. 2021.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FÉO, Rebecca. *Direito administrativo sancionador e os princípios constitucionais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato Cesar Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da Constituição de 1988. *Revista Estudos Institucionais – REI*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 467-478, ago. 2021.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983.

MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativas e jurisdicional penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MATOS, Marilene Carneiro. *Princípio da proteção da confiança legítima: limite ao Estado legislador*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020.

MUDROVITSCH, Rodrigo de B.; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Improbidade administrativa: retroatividade e prescrição intercorrente. *Consultor Jurídico*, 26 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-26/improbidade-debate-retroatividade-prescricao-intercorrente>. Acesso em: 31 dez. 2021.

NOVA Lei de Improbidade Administrativa deve ser analisada à luz da Constituição e das normas internacionais de combate à corrupção, defende PGR. *Procuradoria-Geral da República*, 13 dez. 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/nova-lei-de-improbidade-administrativa-deve-ser-analisada-a-luz-da-constituicao-e-das-normas-internacionais-de-combate-a-corrupcao-defende-pgr>. Acesso em: 03 jan. 2022.

NUCCI, Guilherme. *Código penal comentado*. 18. ed. São Paulo: Gen; Forense, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VALGAS, Rodrigo. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.



A ênfase no controle corretivo em detrimento do controle punitivo

Benjamin Zymler

Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Graduado em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia. Ministro no Tribunal de Contas da União.

Sumário: 1 Introdução. 2 Controle corretivo x controle punitivo. 3 Consensualismo e acordo de leniência. 4 O erro grosseiro na responsabilização dos agentes públicos. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) criou um modelo de tribunal de contas que é uma mescla das características de um tribunal de contas latino e de uma controladoria geral, comum nos países anglo-saxões.

Por um lado, a CF/1988 manteve, tradicionalmente, as competências dos tribunais de contas para avaliar a legalidade dos atos, analisar o aspecto financeiro-orçamentário e julgar as contas. Por outro, a Carta Política conferiu a esse “julgar contas” uma visão mais

moderna e incluiu a avaliação das condutas praticadas pelos gestores no exercício financeiro sob o prisma da legalidade, da legitimidade e da economicidade, o que ampliou o escopo do controle externo.

A CF/88 mencionou um novo espaço de atuação dos tribunais de contas: a análise da eficiência, eficácia e efetividade da gestão. Isso significou a instituição de um controle de gestão desvinculado da ideia de legalidade estrita, na tentativa de estabelecer que os tribunais de contas são, também, responsáveis pela melhoria dos resultados dos programas públicos. Esse novo modelo deve aferir não apenas se os programas públicos estão de acordo com as regras legais, mas, também, buscar a otimização dos resultados desses programas.

Nesse escopo, o constituinte originário vislumbrou a necessidade de criar, para além do Poder Judiciário, um órgão de controle dotado de impulso próprio para realizar esse tipo de controle operacional, financeiro, orçamentário e patrimonial.

De fato, o que diferencia o controle externo, titularizado pelo Congresso Nacional e exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), do controle exercido pelo Poder Judiciário é a capacidade que têm os tribunais de contas de planejar o seu controle por meio de programas e planos de auditorias baseados em avaliações técnicas de risco. Esse foi e ainda é um grande desafio a ser encarado pelos tribunais de contas: enfrentar um espaço destinado constitucionalmente à auditoria de gestão, de desempenho ou operacional – típica das controladorias.

Trinta anos após a edição da CF/1988, alguns tribunais de contas conseguiram ocupar esse novo espaço e implementar condições para que suas equipes técnicas pudessem realizar auditorias operacionais, de gestão ou de desempenho. Em síntese, observa-se que:

- i) o controle lida com a ampliação da judicialização da política (a sobrecarga do Parlamento faz chegar aos órgãos de controle temas políticos relevantes); ii) a sobrecarga política faz surgir leis abstratas que ampliam a discricionariedade do gestor; e iii) há uma enorme ampliação dos espaços de regulamentação (legislador cria leis mais abstratas e o poder de regulamentar passa a ser exercido de forma mais intensa).

Observa-se que, hoje, o tribunal de contas exerce uma função importantíssima de evitar que a discricionariedade vire arbitrariedade nos espaços do Estado brasileiro.

Diante dessa maior abstração das leis e da ampliação dos espaços discricionários, é quase uma tentação para o gestor público usar de forma desproporcional e desarrazoada esse limite que lhe é dado pela lei. São os princípios do direito administrativo que colocarão limites à atuação pautada pela oportunidade e pela conveniência.

Essa atuação exige que o gestor faça opções no limite da lei e quem o guiará na escolha dessas alternativas são os princípios da legalidade, da eficiência, da moralidade, da impessoalidade e os diversos outros não explícitos no texto constitucional.

O TCU exerce seu papel de controlador da discricionariedade sob dois focos distintos:

- i) no âmbito da legalidade: diante de um ato discricionário que exorbite de seus limites legais, a Corte de Contas tem poderes para desconstituir esse ato, para determinar ao órgão que o desconstitua e para aplicar sanção a quem o praticou. Esse papel, destaca se, também é feito pelo Poder Judiciário;
- ii) no âmbito da intralegalidade: ocorre quando o TCU avalia a eficiência, a eficácia e a efetividade, realizando o controle da discricionariedade sob um prisma não legal, mas sob o aspecto dos resultados que serão obtidos pelo gestor. Essa função, diferentemente do controle legal, não é feita pelo Poder Judiciário. No controle intralegal da discricionariedade, o TCU pode reconhecer que a opção foi legal, respeitou a ideia de uma eficiência e de uma economicidade médias, mas pode não ter sido a melhor opção possível – a opção ótima.

Esse segundo controle permite a otimização da opção discricionária. Dentre as várias alternativas legais possíveis, o TCU busca o porquê da opção adotada e que não produziu os resultados mais eficientes, eficazes e efetivos. É nesse plano intralegal que o TCU atua com maior envergadura, impondo, sugerindo e incentivando o gestor a otimizar seu juízo de oportunidade e de conveniência.

Por óbvio, essa atuação se dá por meio de recomendações, sem a força que se tem quando se está diante de um ato ilegal. Afinal, nem a CF/1988, nem a Lei Orgânica do TCU permitem a anulação de um ato legal que não tenha sido a melhor opção discricionária.

2 CONTROLE CORRETIVO X CONTROLE PUNITIVO

A CF/88 manteve, ainda, em relação aos tribunais de contas: (i) o controle corretivo dos (viés mandamental), no sentido de que eles devem expedir ordens para a correção das falhas quando encontram ilegalidade, assinando prazo para a sua correção; (ii) a competência punitiva deles para aplicar sanções diante de irregularidade e falhas.

Tem-se observado que a modalidade corretiva ganhou, ao longo dos anos, um realce muito superior à punitiva, mas esta não pode deixar de ser exercida, até porque evita a sensação de impunidade. Além disso, sabendo que podem ser punidos, os gestores devem se sentir estimulados a não adotar condutas inadequadas. No plano do ser humano, há três grupos de pessoas: os que sempre vão cometer atos ilícitos, os que nunca vão praticar irregularidades e os que estão atentos ao sistema de controle. A atividade de controle da Administração Pública visa a atingir principalmente o terceiro grupo de pessoas, que avalio ser a maioria.

Recentemente, deve-se destacar uma tentativa do Tribunal de Contas da União de respeitar o servidor público que busca novas soluções, mas que atua sempre dentro dos limites legais. Hoje, o TCU seria o tutor desse servidor, não apenas do ponto de vista formal (nos acórdãos), mas também informal. Nas diversas audiências que são realizadas, busca-se dialogar com todo o serviço público por meio de conversas técnicas.

Especialmente em temas controversos, o Tribunal não prioriza a aplicação de sanções, mas a orientação da conduta dos gestores. Por exemplo, ao examinar processo do Ministério da Economia para a contratação do serviço de transporte de servidores e colaboradores da Administração Pública Federal em deslocamentos a trabalho com o uso de táxis, o Tribunal deparou-se com um modelo inovador de contratação que buscava: (i) a gestão centralizada; (ii) a desmobilização de recursos de capital empregados com veículos; (iii) a redução da ociosidade; (iv) a incorporação de tecnologias de informação; (v) a melhoria dos controles; (vi) a redução de gastos; (vii) a maior capilaridade para atendimento; e (viii) o menor gasto com recursos de *backoffice* (gestão interna da operação).

Apesar disso, o Tribunal identificou que o projeto havia deixado de considerar como possível modelo de contratação os novos serviços de transporte individual remunerado de passageiros, caracterizados pela solicitação por meio de aplicativos para telefones celulares, que se encontravam em pleno funcionamento no Distrito Federal (Uber, Cabify, dentre outros). Mesmo considerando a indevida restrição à competitividade do certame, o Tribunal entendeu que o interesse público estaria mais bem atendido caso se autorizasse, de forma excepcional, a continuidade dos contratos já celebrados. Isso porque a moderna doutrina administrativista em torno da teoria das nulidades tem admitido a preservação dos efeitos de atos administrativos ilegais quando o seu desfazimento estiver em desacordo com o interesse público subjacente à prática do ato, sobretudo no caso em apreço, em que a modelagem já previa uma redução significativa nos gastos com transporte.

Além disso, não se cogitou a responsabilização de qualquer gestor, sobretudo porque se estava diante de um modelo inovador para a Administração Pública. Outros exemplos podem ser mencionados.

Pouco depois da publicação da Lei 13.303/2016, que instituiu a possibilidade de as empresas públicas e as sociedades de economia mista realizarem parcerias de negócio com instituições privadas, a Telebras acertou com a Viasat, sem licitação, a utilização do Satélite Geostacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas, lançado pela primeira, para a prestação de serviços de banda larga em localidades sem conexão ou com acesso limitado à rede. Esse contrato inaugurou o modelo de parceria de negócio, que seria a gênese do diálogo competitivo previsto na Lei 14.133/2021.

Ao examinar esse negócio jurídico, o TCU encontrou algumas falhas, mas não cogitou aplicar qualquer sanção. Na análise de mérito, o Tribunal aprovou a parceria, mas fez diversas determinações e recomendações para melhorar a modelagem (após um processo dialético, as partes aceitaram aumentar as receitas destinadas à Telebras). Lembro que a decisão foi, inclusive, utilizada como lastro pelo STF para denegar pleitos de suspensão contratual.

Esse “risco TCU” tem que ser analisado, portanto, sob duas vertentes: ao mesmo tempo em que pode resultar na aplicação de sanções, pode trazer segurança jurídica para a tomada de decisão. Neste caso, o Tribunal é, na verdade, o tutor das novas ideias, dos novos institutos e do gestor que ousa. Ao passarem pelo crivo do Tribunal de Contas, as inovações da Lei de Licitações e Contratos (diálogo competitivo, regime de fornecimento e de prestação de serviço, nova dimensão da contratação integrada, matriz de riscos, remuneração variável) ganham maior robustez, diminuem a insegurança jurídica e fomentam a replicação por outros gestores.

A utilização do credenciamento, por exemplo, difundiu-se na administração pública após a delimitação de seus contornos pelo Tribunal de Contas. Na Lei 14.133/2021, está lançada a gênese do *e-marketplace* público. Em um futuro próximo, é

muito provável que, para bens e serviços comuns, em vez de licitar, a Administração Pública utilize algo semelhante ao que existe na iniciativa privada (Submarino ou Mercado Livre, por exemplo). Não há dúvidas de que a questão deve ser avaliada pelo Tribunal de Contas, de modo que a decisão a ser proferida deve inspirar e dar segurança jurídica ao bom gestor na implementação dessa inovação.

Não é o direito administrativo do medo que vai impedir os servidores públicos de usarem esses novos institutos. Essas pessoas buscam, na verdade, o amparo do TCU. Elas sabem que a avaliação feita pelo Tribunal pode inclusive influenciar a atuação de outras instâncias de controle, como o Ministério Público e o próprio Poder Judiciário, que muitas vezes não realizam análises verticais, tal como desenvolvidas pela Corte de Contas.

3 CONSENSUALISMO E ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei Anticorrupção Empresarial instituiu a possibilidade de realização do chamado acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Em troca, a pessoa jurídica obtém redução ou isenção das sanções a ela aplicáveis e a administração pública obtém informações aptas a permitir o aprofundamento das investigações.

São instrumentos jurídicos bilaterais, formados a partir da conjunção de vontades entre um órgão da administração pública e uma pessoa jurídica que tenha praticado atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, tipificados na referida lei.

A infração objeto de acordo de cooperação, além de possivelmente configurar a violação de diversas normas legais, pode estar sujeita a avaliação por mais de um órgão da administração pública. Isso pode se tornar um fator de insegurança jurídica, pois a celebração de acordos por determinados órgãos, de forma isolada, poderia fazer com que a informação

fosse utilizada por outros órgãos e entidades no exercício de suas competências, prejudicando a empresa colaboradora.

Nesse caso, as vantagens da celebração do acordo podem ser esmaecidas caso o seu resultado seja considerado uma confissão do ilícito a ser objeto de diferentes sanções em outras instâncias (possível enfraquecimento do instituto). Com isso, é necessário refletir acerca do instituto do compartilhamento de provas no que se refere a provas obtidas em função de acordos de leniência e de colaboração premiada.

Portanto, a interlocução entre os órgãos deverá delinear em cada caso concreto os comportamentos dos agentes públicos responsáveis pelas diversas instâncias de apuração.

No âmbito do consensualismo na resolução de conflitos, observa-se uma crescente iniciativa do TCU de buscar respaldar, na jurisdição de contas, todos os termos de colaboração premiada e acordos de leniência firmados com o Ministério Público Federal e com a Controladoria-Geral da União, para que esses colaboradores não sejam punidos em processos de controle externo que tratem dos mesmos assuntos. A medida tem por propósito garantir o sucesso desses institutos e não inviabilizar os trabalhos de investigação de casos complexos de corrupção.

Reconhecendo a importância dos institutos de colaboração, o TCU busca dar um tratamento diferenciado aos colaboradores, sendo que, no Acórdão 483/2017-Plenário, foi indicada a possibilidade de se estabelecer os seguintes benefícios aos colaboradores: i) benefício de ordem na cobrança da dívida; ii) reconhecimento da boa-fé, com seus naturais efeitos de extinção dos juros de mora; iii) ressarcimento da dívida mediante parcelamento delineado de forma a respeitar a capacidade real de pagamento das empresas (*ability to pay*); e iv) abatimento, em cada uma das primeiras parcelas da dívida, dos valores já antecipados no âmbito do acordo celebrado pelo Ministério Público Federal.

Como se percebe, por um lado, mantêm-se intactas as competências constitucionais do Tribunal de Contas de buscar o ressarcimento dos prejuízos causados aos cofres públicos e, por outro, busca-se conferir ao colaborador uma posição privilegiada em relação aos que não contribuíram com o poder público.

Em outra decisão mais recente (Acórdão 1.361/2021-Plenário), o TCU concedeu alguns dos benefícios mencionados no Acórdão 483/2017-Plenário. Apesar de o colaborador ter sido condenado em débito, solidariamente com os demais responsáveis, a Corte de Contas decidiu que: i) os pagamentos efetuados no âmbito dos acordos de colaboração, a título de multas ou confiscos, devem ser considerados para amortização do dano ao Erário, desde que configurada a identidade dos fatos geradores e do cofre credor; ii) a cobrança da indenização seria prioritária em relação àqueles que não detinham a condição de colaborador; e iii) o colaborador não deveria pagar multa, nem sofrer qualquer sanção.

Independentemente dessas iniciativas, recentemente, cresceu o debate acerca da possibilidade de o TCU estabelecer acordos de cooperação diretamente com os seus jurisdicionados. Por não haver previsão legal, nem constar no Regimento Interno, só haveria uma forma de se instituir esse mecanismo: por meio das decisões dos órgãos Colegiados do Tribunal.

No Acórdão 965/2022-Plenário, foram feitas as seguintes ponderações sobre o tema:

- i) a boa-fé processual corresponde ao dever de todo aquele que participa do processo de agir de acordo com as normas processuais, a ética e os valores insculpidos no ordenamento jurídico (umbilicalmente ligada ao dever de cooperação e às ideias de efetividade e eficiência processual, os quais exigem a atuação das partes no sentido de obter a justa decisão de mérito de modo célere);
- ii) o processo de controle externo deve ser instrumentalizado para admitir a cooperação das partes como forma de obter a verdade real, com o menor tempo possível e economia de custos administrativos, oferecendo em troca sanções premiais compatíveis com o grau de colaboração e o ordenamento jurídico; e
- iii) o reconhecimento da colaboração direta perante o TCU somente pode ocorrer de forma endoprocessual (os efeitos decorrentes da cooperação repercutem em cada feito, mediante a eventual isenção ou mitigação das sanções que seriam aplicadas em razão dos fatos em análise no respectivo processo).

Portanto, mesmo não tendo sido firmado, até o momento, qualquer acordo de cooperação, o Tribunal de Contas tem debatido a questão, de modo que, em um futuro próximo, a matéria deverá ser novamente discutida.

4 O ERRO GROSSEIRO NA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

A despeito de ser priorizado o controle corretivo em detrimento do punitivo, cabe aqui uma observação: em relação às inovações da LINDB, em especial à previsão de que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, o TCU concluiu, no Acórdão 2.391/2018-Plenário, que o disposto no art. 28 da LINDB somente se aplica quando das decisões em matéria de aplicação de sanção, não de imputação de responsabilidade financeira em razão de um prejuízo ao Erário (débito).

Ou seja, o dever de indenizar o prejuízo ao Erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, pois, em regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. O art. 37, §6º, da Constituição, quando fala do direito de regresso da Administração em face do servidor público, não limita a culpa. Diz apenas que o direito de regresso será realizado havendo dolo ou culpa do agente público. Na Lei 8.112/1990 e na Lei 8.429/1992, existem alusões à pretensão ressarcitória do Estado, mas não há nenhuma menção à culpa grave ou ao erro grosseiro.

A única exceção encontra-se no Código Civil, em que o juiz pode reduzir, equitativamente, a indenização se verificar uma desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 944, parágrafo único).

Como exemplo dessa exceção, pode-se mencionar o caso de um consórcio formado por duas empresas, uma com participação de 90%, outra de 10%, sendo que esta (a de menor participação) havia ingressado em substituição a uma terceira sociedade empresarial e após a prática dos fatos tidos como irregulares. Como não havia evidências de que seus

diretores ou administradores praticaram qualquer ato ilícito, o Tribunal não a condenou solidariamente pelo total do débito identificado, mas apenas pela fração de 10%.

Retornando ao art. 28 da LINDB, a visão do Tribunal sobre o que vem a ser erro grosseiro encontra-se positivada em algumas decisões. De modo geral, pode-se definir o erro grosseiro como aquela conduta praticada com grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticada com culpa grave.

Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado, por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Repete-se: o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

A interpretação do TCU foi posteriormente veiculada no Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, que, ao regulamentar os arts. 20 a 30 da LINDB, estatuiu, no §1º do art. 12, que o erro grosseiro seria “[...] aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente aplicação do consensualismo na administração pública, como meio alternativo de solução de conflitos, está, em muitos casos, afastando a tomada de decisões unilaterais e impositivas por parte do poder público.

Não se descarta que o interesse público pode se identificar com o objeto litigioso. Entretanto, é fato que esse interesse público também pode ser atendido por medidas de cooperação entre o particular e a administração pública.

Além de permitir uma solução mais rápida de conflitos, medidas adotadas por meio de soluções consensuais podem levar ao atendimento público de forma mais direta. Os acordos de caráter investigativo, por sua vez, em que pesem redundarem na redução ou isenção da aplicação de pena ao colaborar, permitem que a administração aprofunde as investigações e identifique outros agentes que estejam atentando contra a Administração Pública.

Assim, acordos do tipo bem elaborados apresentam um evidente interesse público. A aplicação de soluções consensuais ainda é incipiente em muitos setores da administração pública, quer em razão de engessamentos normativos quer por dificuldades em se superar determinados paradigmas.

No âmbito do TCU, está sendo percorrida uma curva de aprendizagem para a aplicação de soluções consensuais nos processos da Corte, em especial, naqueles derivados da “Operação Lava Jato”, em que muitos dos colaboradores demonstram interesse em colaborar com as investigações desenvolvidas por outras instâncias.

Por certo, haverá situações em que a administração não deve renunciar ao seu poder sancionatório pleno, pois, em muitos casos, somente o poder dissuasório dessas sanções propiciará a desejável mudança de comportamento dos agentes.

A realização de acordos também não deve propiciar que floresça o sentimento de impunidade, de forma a estimular a prática de novos ilícitos. Reside, aí, a maior dificuldade em sua celebração, qual seja, adotar a dose certa entre as concessões ao particular e as contrapartidas exigidas, com o intuito de sequer deixar dúvidas acerca do entendimento de que o ilícito não compensa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Tomada de Contas n. 016.991/2015-0. *Acórdão 483/2017-Plenário*. Relator Ministro Bruno Dantas, Brasília, F. TCU, Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/portal>. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Tomada de Contas n. 027.542/2015-7. *Acórdão 1.361/2021-Plenário*. Relator Ministro Benjamin Zymler, Brasília, DF. TCU, Brasília, 2021. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/portal>. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Tomada de Contas n. 040.142/2018-3. *Acórdão 965/2022-Plenário*. Relator Ministro Benjamin Zymler, Brasília, DF. TCU, Brasília, 2022. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/portal>. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Tomada de Contas n. 007.416/2013-0. *Acórdão 2.391/2018-Plenário*. Relator Ministro Benjamin Zymler, Brasília, DF. TCU, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/portal>. Acesso em: 29 jul. 2022.



Contrato administrativo e limitação da responsabilidade civil do contratado

Carlos Ari Sundfeld

Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular da Fundação Getúlio Vargas. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Sumário: 1 Introdução. 2 A limitação da responsabilidade civil na teoria geral dos contratos. 3 Os princípios do direito administrativo e a limitação contratual da responsabilidade civil. 4 A Lei de Contratações Públicas de 2021 e a limitação da responsabilidade civil. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta apresentação é discutir a viabilidade das cláusulas de limitação da responsabilidade civil do contratado nos contratos com a administração pública sujeitos à Lei de Contratações Públicas de 2021 (Lei 14.133).

Além desta introdução e das considerações finais, a apresentação está dividida em mais 3 itens. O item 2 trata da limitação da responsabilidade civil na teoria geral dos contratos e no direito privado. O item 3 é a respeito da compatibilidade entre as cláusulas de limitação dessa responsabilidade e os princípios do direito administrativo. O item 4 analisa os dispositivos da legislação administrativa relativos ao tema.

2 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Na teoria geral, a liberdade negocial é o fundamento jurídico para a celebração de contratos com cláusulas de limitação da responsabilidade civil entre as partes. Embora o Código Civil contenha disciplina geral sobre a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações (exemplo: arts. 389 e 393), isso não impede que, no exercício de sua liberdade – e em virtude da *disponibilidade*, em princípio, *dos direitos* de natureza econômica –, as partes contratualizem outras condições, bem como limitações, à sua incidência em cada caso.

No Direito brasileiro há expressiva norma legal quanto a isso: “nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização [decorrente da responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços] poderá ser limitada, *em situações justificáveis*” (Código de Defesa do Consumidor, art. 51, I, *in fine*).

Todavia, ainda no âmbito da teoria geral, reconhecem-se certas restrições a essa liberdade contratual quanto às condições e limites da responsabilidade civil. As restrições têm normalmente a ver com a falta, no caso concreto, de *causa justificável* para o condicionamento da responsabilidade, como referido pelo Código do Consumidor; têm a ver com a *interdição das cláusulas de pura potestatividade*, como seriam as que isentassem uma das partes de toda e qualquer responsabilidade, sem exceção, desonerando-a, na prática, de cumprir o contratado (Código Civil, art. 122, que nega juridicidade à cláusula que sujeite

todo o efeito de negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes); e têm a ver, ainda, com a *proteção da parte frágil* da relação (Código de Defesa do Consumidor, art. 51, I, primeira parte – que, dirigindo-se à relação de consumo, protege o consumidor pessoa física, impedindo a renúncia ou disposição antecipada, por cláusula contratual, de seu direito à reparação).

Quanto à relação de forças entre as partes contratantes, o Código Civil, em preceito introduzido em 2019, é explícito ao dispor que os “contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção” (art. 421-A, *caput*). Portanto, não se presume a fragilidade de uma das partes como causa de inviabilidade jurídica da cláusula de limitação de responsabilidade; a fragilidade tem de ser provada com “elementos concretos”. A presunção geral *juris tantum*, inclusive na análise de validade das cláusulas de limitação de responsabilidade, é de paridade e simetria entre as partes.

Em seguida, o mesmo preceito, ainda tratando dos “contratos civis e empresariais”, dispõe que “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada” (art. 421-A, II), o que é coerente com os princípios gerais da “liberdade contratual” e da “intervenção mínima” nas relações contratuais privadas (art. 421). Assim, no direito contratual brasileiro, a regra geral é de que as partes podem negociar com liberdade sobre as condições e limites de sua responsabilidade civil recíproca pelas perdas e danos causados na execução do contrato.

A ideia por trás da limitação contratual da responsabilidade – ideia correta – é que ela pode proporcionar, a ambas as partes, níveis vantajosos de segurança e de retorno econômico. Cada parte obtém no contrato a definição – e, portanto, um nível desejável de certeza – sobre o se e o *quanto* estará juridicamente comprometida em virtude de eventuais danos emergentes ou lucros cessantes relacionados à sua execução.

Se a existência desses níveis de segurança e de retorno for importante para o interesse e equilíbrio de ambas as partes, ou mesmo para a viabilidade do negócio, e se a limitação contratual, além de proporcional, não conceder na prática imunidade absoluta da responsabilidade, haverá causa justificável para ela e a cláusula respectiva deverá ser respeitada, não podendo ser desconsiderada. Para usar uma expressão do Código Civil, tratando do negócio jurídico, deve-se respeitar a “racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração” (art. 113, §1º, V).

Depois da ocorrência de eventuais danos, ao se discutir, para fins de decisão sobre a validade jurídica da cláusula contratual de limitação da responsabilidade, se ela tinha ou não justificativa e racionalidade econômica, é natural que o julgador se defronte com dificuldades cognitivas. Nem sempre é simples recompor as informações que estavam disponíveis no momento da celebração, tampouco construir visão isenta e clara sobre razoabilidade e racionalidade. Para situações assim, o Código Civil, art. 113, §1º, II, impõe ao intérprete a consideração dos “usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio”.

Em decorrência disso tudo, pelo ângulo da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, se a cláusula de limitação de responsabilidade civil tiver sido livremente pactuada e se corresponder ao comportamento contratual racional adotado habitualmente no mercado, incidirá a presunção de licitude. A cláusula terá de ser preservada e respeitada.

3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A LIMITAÇÃO CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Só que o foco da presente apresentação são os contratos administrativos, não sendo indispensável o aprofundamento da discussão, à luz das normas gerais de Direito, sobre a viabilidade em princípio, e sobre as condições gerais de licitude, de cláusulas de condicionamento e limitação da responsabilidade civil em contratos civis e empresariais. Quanto à legislação, à jurisprudência e à literatura mais gerais, pode-se dizer que cláusulas da espécie são aceitas, com as condicionantes já referidas.

Assim, o passo seguinte da apresentação será discutir se, na legislação brasileira, existem *proibições ou restrições especiais* a cláusulas de condicionamento e limitação da responsabilidade civil em *contratos administrativos* – proibições ou restrições que, se existissem, prevaleceriam sobre as permissões das normas gerais (como, inclusive, ressalvado pelo próprio art. 421-A do Código Civil).

A simples existência, na legislação sobre contratos administrativos, de algumas regras especiais sobre responsabilidade não importa no afastamento em bloco das regras mais gerais acima mencionadas, pois os “princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado” são “aplicados, supletivamente” também aos contratos administrativos (Lei de Contratações Públicas de 2021, art. 89, *caput*). Para o afastamento em bloco seria preciso que as normas legais administrativas contivessem proibição expressa e total à inserção, nos contratos por elas regidos, de cláusula de limitação da responsabilidade civil. Essa proibição não se presume pois, afinal, também nas contratações administrativas “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei” (Código Civil, art. 122).

Mas, antes de examinar as normas legais administrativas, é importante dizer também que nem o *objeto*, nem a *finalidade* dessas contratações, tampouco o *caráter público de uma das contratantes*, são logicamente incompatíveis com cláusulas de limitação da responsabilidade.

Contratações administrativas podem, em muitos casos, envolver objeto especial, inexistente no mundo privado (ex.: a execução, por particular, de serviço público exclusivo do estado) ou finalidade de interesse público (ex.: a realização, por particular, de prestação indispensável ao funcionamento de organização pública de atendimento à coletividade). Mas essas especialidades não eliminam o reconhecimento, para a administração pública, de certo nível de liberdade de conformação de seus negócios, sobretudo quanto aos aspectos econômico-financeiros.

O poder jurídico de a administração pública conformar seus contratos e seu inequívoco poder de disposição em matéria econômico-financeira são, em princípio, fundamento para a pactuação de cláusulas de condicionamento ou de limitação da responsabilidade civil do contratado privado. A liberdade contratual também se aplica à administração pública – que, de resto, como pessoa jurídica de direito público, não é alcançada pelas restrições protetivas das relações de consumo exclusivas das pessoas mais frágeis.

Como bem escreveu Eros Grau, “não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse

público”¹. Também eu, em outra ocasião, constatei que a administração pública, quando celebra um contrato qualquer, está assumindo determinado ônus (em geral financeiro) com a perspectiva de, como bônus, receber a prestação estipulada e os correspondentes benefícios econômico-financeiros; desse modo, quando contrata e se compromete e pagar algo, algum direito de caráter patrimonial aquela entidade pública está negociando, fazendo todo sentido considerá-lo “um direito disponível, ou seja, um direito negociável”².

Em suma, também para a administração pública o direito de receber ou não, e em que termos, o ressarcimento das perdas e danos que vier a sofrer no contexto de uma relação contratual é um direito negociável, e isso autoriza, quando economicamente justificável pelas características da operação e práticas de mercado, que, por meio do contrato, tal direito seja previamente regulado, e mesmo limitado.

Em princípio, também nas contratações administrativas é juridicamente natural a delimitação de responsabilidades. Da mesma forma que nas contratações privadas, ela é um possível instrumento para estabelecer a justa proporção entre os ônus e os bônus, certos ou potenciais, de cada parte, viabilizando o negócio e preservando a equidade no intercâmbio contratual, segundo a necessidade e a conveniência de ambas.

A medida é útil, entre outras coisas, porque permite que as partes, aí incluída a administração contratante, programem a gestão mais eficiente dos riscos que cada uma tiver assumido e, quando for o caso, também programem a contratação de seguros adequados. A delimitação da responsabilidade tem potencial impacto na redução do preço que o contratado será capaz de oferecer pela contratação, pois permite que ele não precise embutir parcelas que antecipem a cobertura de eventuais reparações em valor superior. Ao propiciar essa contenção do preço, a delimitação da responsabilidade do contratado diminui o valor dos desembolsos da administração pública.

O risco de, pela ausência de limitações contratuais, o contratado da administração ter de suportar reparações de valor excessivamente elevado, é capaz, inclusive, de, desde logo – em especial em certos empreendimentos de grande porte – impossibilitar economicamente a celebração do negócio, isso pela dimensão do preço que seria necessário para viabilizá-lo.

É distorcido argumentar, contra as cláusulas de limitação de responsabilidade civil nos contratos administrativos, com a genérica invocação da ideia de “indisponibilidade do interesse público”. A Administração Pública não modela e celebra contratos como simples investimentos em potenciais oportunidades de lucro com ressarcimentos de perdas e danos. A função dos contratos administrativos é outra: permitir que a administração troque dinheiro público por prestações de particulares que lhe são necessárias. O interesse público primário buscado pela administração é, portanto, obter essas prestações, e a um custo razoável, e não obter indenizações.

¹ GRAU, Eros. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 32, p. 14-20, 2000. p. 20.

² SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 248, p. 117-126, mai./ago. 2008.

Em certos casos, a cláusula de limitação de responsabilidade civil é necessária justamente para viabilizar o negócio – e, assim, viabilizar as prestações necessárias ao interesse público, as quais não seriam obtidas pela administração sem a cláusula, pois sem a limitação de responsabilidade o mercado não teria como funcionar. Em outros casos, a cláusula serve para, distribuindo entre ambas as partes o peso dos riscos de dano, reduzir proporcionalmente o preço que a administração terá de pagar ao contratado pelas prestações de interesse público.

Logo, trata-se de cláusula que beneficia a administração, sendo logicamente vocacionada a atender ao interesse público, não se traduzindo em atos de disposição especificamente quanto a ele – como mencionado, para a administração, dispor de seus direitos patrimoniais não é o mesmo que dispor do interesse público. Daí a completa impertinência lógica de, em função de uma vaga ideia de indisponibilidade do interesse público, recusar em princípio a viabilidade da cláusula de limitação de responsabilidade nos contratos administrativos.

Cabe agora verificar se, apesar disso tudo, a legislação sobre contratações administrativas proíbe ou restringe, com regras especiais, a inserção de cláusula que condicione ou limite a responsabilidade do contratado privado.

4 A LEI DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DE 2021 E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Lei de Contratações Públicas de 2021, na mesma linha do que fez o Código Civil, possui um regime de base sobre responsabilidade civil por danos oriundos da execução do contrato. Diz o art. 120 que o “contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato”.

Mas, à semelhança do art. 389 do Código Civil, esse regime de base é bastante genérico, não explicitando até que ponto vai a responsabilidade do contratado, tampouco os fatores que podem motivá-la; a única referência é a “danos causados diretamente” à contratante pública.³ O objetivo do art. 120 não foi impor ao contratado, independentemente do que diga o contrato sobre os riscos e as responsabilidades das partes, a obrigação de fazer o ressarcimento pleno de todos os danos causados diretamente à administração. A norma apenas diz o óbvio: que o contratado ressarcirá a administração quando cabível, o que supõe a consideração dos termos e dos limites previstos no contrato.

Ademais, assim como o art. 389 do Código Civil, o art. 120 da Lei de Contratações Públicas de 2021 *não é propriamente norma de ordem pública*, isto é, uma norma insuscetível de, para um contrato em concreto, ser detalhada, condicionada, alterada ou mitigada por livre deliberação das partes.

É que a mesma lei, em outros artigos, foi expressa em admitir que cada contrato administrativo regule o assunto a seu modo – apenas observando diretrizes que, aliás, não

³ A norma nova é mais genérica, inclusive, do que a do art. 70 da Lei 8.666, de 1993, que referia a “culpa ou dolo na execução do contrato” como causa da responsabilização do contratado, referência essa que não foi repetida pela lei nova.

diferem em essência das adotadas na legislação sobre contratos civis e empresariais. O art. 120 não existe isolado do restante da lei, devendo sua leitura e interpretação serem feitas sistematicamente, em conjunto com todos os demais que tratam do tema.

Logo, o contrato administrativo pode sim atribuir certo risco (ou certos riscos) por inteiro à administração contratante. Também pode partilhar algum risco, ou alguns deles, entre contratante e contratado – partilha essa que, na prática, é uma forma de limitar a responsabilidade do contratado.

O art. 89, §2º foi expresso quanto a isso, ao dispor que os “contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em *cláusulas que definam* os direitos, as obrigações e as *responsabilidades das partes*, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta”. No mesmo sentido, o art. 92, XIV considerou como “necessária em todo contrato” cláusula que estabeleça “os direitos e as *responsabilidades das partes*, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo”.

Tal exigência formal – de que sejam incluídas no contrato administrativo cláusulas tratando das responsabilidades das partes – não faria sentido se o regime quanto a isso já tivesse sido petrificado e exaurido no art. 120; e, de fato, ele não está.

Em distintos dispositivos, alguns deles bastante repetitivos, a lei tratou da possibilidade de distribuição, pelo próprio contrato, de riscos entre as partes – e, portanto, da distribuição e limitação da responsabilidade civil pelas perdas e danos a eles relacionados.

Ao incorporar e definir a expressão *matriz de riscos* (art. 6º, inc. XXVII), a lei *permitiu* que essa cláusula fosse contemplada no edital e nos contratos administrativos em geral (art. 22, *caput* e art. 92, IX). No caso dos contratos de obras ou de serviços de grande vulto, bem como dos que adotem os regimes de contratação integrada e semi-integrada, essa cláusula é, inclusive, *obrigatória* (art. 22, §3º e 4º).

Compete à cláusula contratual de matriz de risco definir os “riscos e responsabilidades” das partes (art. 6º, inc. XXVII). Isso significa caber a ela, não só “identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis”, como também fazer a “alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados” (art. 103, *caput*).

Dessa forma, não é necessariamente a própria lei, por seu art. 120, mas sim cada contrato, modelado pela administração e aceito pelo contratado, ou diretamente negociado entre ambos, que faz essa definição: tanto a definição sobre *qual risco* é assumido por qual parte e as *condições* para a responsabilização, como a definição sobre os *eventuais limites* da responsabilidade assumida por cada parte em relação a cada risco.

As hipóteses da “força maior”, do “caso fortuito”, dos “fatos imprevisíveis” ou dos fatos “previsíveis de consequências incalculáveis” ilustram bem esse grau de abertura do regime legal. Todas essas hipóteses estão referidas no art. 124, II, *d*, como possíveis causas de alteração do contrato para “restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato”, mas com a importante advertência de que *deve ser “respeitada, em qualquer caso,*

a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato”. Portanto, a lei não considera que algum desses riscos seja naturalmente da administração contratante ou do contratado, tampouco que cada um deles tenha de ser alocado à primeira ou ao segundo. O contrato é livre para, de modo objetivo e com critério adequado, fazer a distribuição de tais riscos.⁴

É verdade que nenhuma das normas da Lei de Contratações Públicas de 2021 usa a expressão *limitação de responsabilidade do contratado* para facultar a inserção de cláusula quanto a isso nos contratos administrativos. A terminologia da lei alude a *definição, alocação, repartição* ou *compartilhamento* de riscos ou de responsabilidades entre as partes.

Qual o efeito desse silêncio? Será um efeito proibitivo de cláusulas de limitação de responsabilidade do contratado nos contratos administrativos?

A resposta é negativa, por quatro razões.

A primeira é que não se trata de cláusula em si lesiva ao patrimônio público, pois, como visto, pode haver justificção econômica suficiente para ela; logo, a cláusula é lícita por natureza para o campo público.

A segunda é que, para existir, a proibição à cláusula de limitação de responsabilidade precisaria estar expressa; no silêncio legal, as administrações públicas contratantes são livres para modelar ou negociar o conteúdo das diversas cláusulas contratuais que celebram. É inaplicável na esfera contratual pública a ideia de legalidade administrativa estrita, isto é, o princípio de que a administração seria proibida de fazer o que a lei não tenha autorizado de modo expresso.⁵ Essa ideia se aplica sim em relação ao exercício de poderes extroversos pelos agentes administrativos (que, portanto, só têm os poderes de impor e constringer que as leis confirmam expressamente), mas não se aplica quanto ao exercício, por esses agentes, em nome da administração, da liberdade contratual e dos direitos contratuais que qualquer sujeito de direito, público ou privado, naturalmente possui.⁶ Nem na esfera privada, nem na esfera pública, a prévia tipificação legal é exigível em matéria contratual.⁷

⁴ Essa solução é idêntica à da Lei Nacional de PPP (11.079, de 2004), segundo a qual “as cláusulas dos contratos de parceria público-privada” deverão prever “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, III).

⁵ Não é incomum que, em um primeiro momento, alguns órgãos de controle, por insegurança, cautela, preconceito ou desconhecimento, critiquem cláusulas contratuais novas cujo conteúdo específico não seja simples reprodução de fórmulas já expressas na legislação de contratações públicas. Em alguns desses casos, chegue-se a argumentar vagamente com ideias como “legalidade administrativa estrita”, “especialidade dos contratos administrativos” ou necessidade de “tipificação legal”. Mas as resistências ao novo costumam ceder com o tempo e se acaba por retornar ao princípio segundo o qual, no direito contratual administrativo, assim como no direito privado, não se aplica a exigência de tipificação legal prévia. Um exemplo expressivo nesse sentido foi a discussão sobre a validade da remuneração variável nos contratos administrativos, à época em que não havia autorização legal expressa para sua adoção. A respeito, cf.: SUNDFELD, Carlos Ari; LIANDRO, João Domingos. Remuneração variável em contratos com o setor público – balanço jurídico. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, v. 75, p. 55-71, jul./set. 2021.

⁶ Para uma explicação ampla sobre porque o direito administrativo não se reduz a um “direito administrativo da autoridade”, cf.: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 130 e ss.

⁷ O Código Civil, após assegurar a todos a “liberdade contratual” (art. 421, *caput*), previu ser “lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código” (art. 425). Essas normas gerais também se aplicam aos contratos administrativos. É que a Lei de Contratações Públicas de 2021, além de não haver formulado exigência de tipicidade contratual para a administração pública, determinou a aplicação supletiva, quanto a ela, do direito contratual comum (art. 89, *caput*), o que inclui os citados arts. 421, *caput* e 425 do Código Civil.

A terceira razão é que a teoria geral dos contratos e as normas dos contratos civis e empresariais admitem as cláusulas de limitação da responsabilidade como forma possível de repartição de riscos entre as partes (Código do Consumidor, art. 51, I e Código Civil, arts. 421 e 421-A). Isso também se aplica aos contratos administrativos, que são submetidos supletivamente ao direito contratual comum, já que não existe disposição expressa em sentido contrário na legislação especial administrativa.

A quarta é que a Lei de Contratações Públicas de 2021 admite expressamente que o contrato faça a alocação, repartição ou compartilhamento de riscos e, por razões de pura lógica, um modo de fazê-lo é atribuir a cada contratante apenas uma parcela de certo risco específico, ou de vários riscos específicos. Quando, por exemplo, uma cláusula contratual limita ao valor X a responsabilidade do contratado por lucros cessantes, o que ela está fazendo é partilhar a perda entre ele (que paga até X) e a administração pública (que, do total de perdas constituído por $X + Z$, suporta apenas a restante parcela Z). Limitar, quanto a um tipo de dano, a responsabilidade de um dos contratantes perante o outro, é justamente fazer uma repartição do risco e da responsabilidade entre ambos os contratantes.

A conclusão é que a possibilidade de limitação do montante da indenização que o contratado terá de versar quanto a certo dano *está implícita*, com toda clareza, na autorização para o instrumento contratual regular a responsabilidade das partes na cláusula de matriz de riscos, destinada justamente a alocar e repartir riscos (arts. 6º, XXVII; 22; 92, IX; e 103 da Lei de Contratações Públicas de 2021).

Qual é a baliza legal para o administrador público incumbido da modelagem ou da negociação do contrato administrativo decidir sobre a inclusão de cláusula de limitação de responsabilidade, bem como sobre o modo de fazê-lo? O critério de referência para essas opções – entre limitar ou não a responsabilidade, e entre uma limitação maior ou menor – é o mesmo mencionado pela legislação dos contratos civis e empresariais: a *racionalidade econômica*.

No contrato administrativo, a cláusula de matriz de risco deve “promover a *alocação eficiente* dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante” (art. 22, §1º). E isso para que o valor da contratação possa “considerar taxa de risco compatível” não só com o “objeto”, mas também “com os riscos atribuídos ao contratado” (art. 22, *caput*). Para tanto, a “alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação” (art. 103, §3º). Em suma, para impor balizas à discricionariedade do administrador público a Lei de Contratações Públicas de 2021 também recorreu à racionalidade econômica.

Como fazer nos casos de dúvida?

Da mesma forma que nos contratos civis e empresariais, nos contratos administrativos as práticas habituais de mercado também são a principal referência desse trabalho discricionário de modelagem ou negociação, bem como das posteriores decisões sobre sua validade. Segundo a Lei de Contratações Públicas de 2021 esse trabalho levará em conta “métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão

definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários à sua identificação, alocação e quantificação financeira” (art. 103, §6º).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS


1. Os arts. 6º, XXVII; 22; 92, IX; 103; e 124, II, *d*, da Lei de Contratações Públicas de 2021 admitem implicitamente que a matriz de risco faça o compartilhamento de risco específico entre a administração contratante e o contratado por meio da limitação de responsabilidade. Se dúvida hermenêutica pudesse haver quanto a essa autorização implícita, ela teria de ser resolvida pela aplicação dos “princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado” (art. 89, *caput*). E eles são expressos ao conferir liberdade às pessoas jurídicas para decidirem sobre a inserção de cláusulas de alocação de risco, aí incluída a limitação de responsabilidade (Código do Consumidor, art. 51, I e Código Civil, arts. 421 e 421-A).

2. O objetivo do art. 120 da Lei de Contratações Públicas de 2021 não foi impor ao contratado, independentemente do que diga o contrato sobre riscos e responsabilidades das partes, a obrigação de fazer o ressarcimento pleno de todos os danos causados diretamente à administração. A norma apenas diz o óbvio: que o contratado ressarcirá a administração quando cabível, o que supõe a consideração dos termos e dos limites previstos no contrato. E essa norma não existe isolada do restante da lei, devendo sua leitura e interpretação serem feitas sistematicamente, em conjunto com as demais que tratam do tema, as quais foram expressas ao prever que a regulação, definição, alocação e compartilhamento de riscos e de responsabilidades são decisões a cargo do próprio contrato.

3. O administrador público incumbido da modelagem ou da negociação do contrato administrativo tem discricionariedade para, ao exercer a competência que lhe resulta do disposto nas normas legais referidas, decidir sobre a alocação e compartilhamento de riscos e de responsabilidades, nisso incluída a inserção ou não de cláusula de limitação de responsabilidade civil. Mas essa discricionariedade não é absoluta, pois a lei a baliza com os mesmos critérios da legislação dos contratos civis e empresariais: a racionalidade econômica (Lei de Contratações Públicas de 2021, arts. 22, *caput* e §1º; e 103, §3º) e os métodos e padrões usualmente utilizados no mercado (art. 103, §6º).

REFERÊNCIAS

- GRAU, Eros. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 32, p. 14-20, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 248, p. 117-126, mai./ago. 2008.
- SUNDFELD, Carlos Ari; LIANDRO, João Domingos. Remuneração variável em contratos com o setor público – balanço jurídico. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, v. 75, p. 55-71, jul./set. 2021.



Aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação às entidades do terceiro setor: razões, limites e possibilidades

Caroline Müller Bitencourt

Pós-Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas. Advogada.

Janriê Rodrigues Reck

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal.

Sumário: 1 Introdução. 2 Razões pelas quais a LAI deve ser aplicada ao terceiro setor: o necessário resgate aos fundamentos do direito administrativo. 3 A aplicação da LAI para entidades do terceiro setor. 4 Uma análise exemplificativa do acesso à informação em relação às entidades do terceiro setor no âmbito dos municípios mais transparentes do Rio Grande do Sul em matéria de direito à saúde. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil não passou imune às sucessivas ondas de liberalização econômica, com evidentes reflexos no campo do direito administrativo. O perfil do Estado brasileiro mudou, e não só o modelo do Estado empresário foi abandonado, mas também o do próprio Estado prestador de serviços. É importante dizer que o direito administrativo como legislação não foi revogado ou diminuído, mas foram observados o crescimento da assunção de serviços públicos por entidades de direito privado e a criação de novas figuras regidas pelo direito privado especializadas na realização de atividades antes tidas como públicas.

Desde a proposta de reforma do Estado da década de 90, o Brasil vem intensificando a participação de entidades da sociedade civil, como forma “em tese” de valorização da sociedade nos espaços de decisão, prestação e realização do interesse público. Em todos os governos, tanto de esquerda quanto de direita viu-se a amplitude dessas parcerias após a Constituição de 1988 e o crescente discurso acerca do Estado subsidiário.

Essa intensificação da valorização do chamado terceiro setor resultou em um amplo repasse de atividades até então prestadas pelo Estado para entes privados, os quais em face de suas diferentes características enquadram-se no amplo conceito de terceiro setor. Diga-se que no caso brasileiro, seu surgimento não se deu exclusivamente sob o discurso da redemocratização, mas também em um cenário de extrema desconfiança de parte dos críticos do papel do Estado, qualificado como ineficiência no cumprimento de seus deveres constitucionais, em um claro cenário de mentalidade e desconfiança do Estado¹.

¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência da configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

O que deve, portanto, ser a palavra de ordem quando se trata de terceiro setor, é participação, que nos moldes do Estado Democrático de Direito mesmo o voluntariado está sujeito a amplo controle. Além do mais, certamente os fundamentos da existência do terceiro setor está na solidariedade social, e não na solidariedade de grupos que atuam de forma quase que “estatizada”, atribuindo ao papel do Estado o dever de recolher e repassar, algo extremamente ainda mais complexo quando se pensa em políticas públicas sociais, a exemplo de saúde e educação.

Por acreditar que o terceiro setor deve ser concebido sob a lógica da participação popular através da sociedade civil organizada, imbuída da solidariedade social como objetivo e não solidariedade de pequenos grupos², cujo objetivo é o bem comum e a realização eficiente de bens e serviços de interesse público e, por contar com dispêndio de altos recursos públicos custeados por cada cidadão/contribuinte, acredita-se que é preciso que tais entidades também se sujeitem a determinados compromissos como moralidade e transparência.

Com base nessas afirmações, o objetivo desse trabalho é apontar as razões, os limites e possibilidades para aplicação da Lei de Acesso à Informação (LAI) a entidades do terceiro setor. Por isso, o problema a ser respondido é: qual o fundamento, os limites e as possibilidades de aplicação da LAI em entidades do terceiro setor? Para responder o problema o trabalho dividiu-se em três etapas: primeira, analisar os fundamentos da sujeição do terceiro setor as normas de transparência aplicadas a Administração Pública; discutir o problema sob a ótica normativas, em face da análise da Lei 12.527/2011; por fim, fazer uma análise meramente exemplificativa quanto às informações disponibilizadas nos dez municípios mais transparente do Rio Grande do Sul quanto ao terceiro setor em matéria de saúde.

A pesquisa realizada e a argumentação elaborada são adequadas para a sustentação final da hipótese em caráter de conclusão. As considerações finais do texto retomam a ideia central, considerando que não se trata de uma pesquisa empírica ou dialética e sim um trabalho teórico de análise jurídico-política do tema.

2 Razões pelas quais a LAI deve ser aplicada ao terceiro setor: o necessário resgate aos fundamentos do direito administrativo

O Brasil não passou imune às sucessivas ondas de liberalização econômica, com evidentes reflexos no campo do direito administrativo. O perfil do Estado brasileiro mudou, e não só o modelo do Estado empresário foi abandonado, mas também o do próprio Estado prestador de serviços. É importante dizer que o direito administrativo como legislação não foi revogado ou diminuído, mas foram observados o crescimento da assunção de serviços públicos por entidades de direito privado e a criação de novas figuras regidas pelo direito privado especializadas na realização de atividades antes tidas como públicas. Essas entidades de direito privado continuaram regidas, em suas estruturas internas, pelo direito privado legislado – no Brasil, uma mistura de Código Napoleônico com direito comercial italiano dos anos 1950 e algumas pitadas de Direito de Defesa do Consumidor. Note-se, contudo, que se desenvolveram impressionantes contribuições da doutrina e da jurisprudência, além de

² BERCOVICI, Gilberto. Administração pública dos cupons. *Consultor Jurídico*, 06 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 20 dez. 2020.

alguns avanços legislativos pontuais, naqueles sub-ramos do direito privado. Entretanto, os avanços se deram, notadamente, nas missões daqueles ramos, quais sejam, precisamente, reger de forma ética e justa a relação entre particulares que estão buscando realizar trocas econômicas ou normatizar relações afetivas.

Assim, não se pode creditar falta de normas éticas no que se refere à prestação de serviços de relevância pública à pouca preocupação moral de seus cientistas, já que esse tipo de reflexão simplesmente não se põe para aqueles operadores. Apontar as falhas que o modelo de Administração Pública brasileiro e latino-americano acabaram causando em matéria de moralidade administrativa é um dever dos administrativistas, mesmo que redunde um Direito policontextualizado, nos dizeres de Günther e Teubner – ou melhor, um “Direito misturado”, ou que desrespeita as lógicas canônicas de divisão de disciplinas. A evolução legislativa brasileira das duas últimas décadas é demonstrativa do fenômeno de fuga do direito administrativo via transferência a pessoas jurídicas de direito privado³.

Além disso, há projetos de lei e de políticas públicas que visam intensificar o fenômeno. Pode-se estabelecer, cronologicamente: instrumentos tradicionais e sua intensificação, como delegação, permissão e concessão; venda de empresas estatais; intensificação da terceirização das atividades-meio no campo da Administração Pública e trâmites de projeto de lei oficializando para a atividade-fim; surgimento da lei das organizações sociais (Lei n. 9.637), que permite a transferência de pessoal, bens e recursos públicos sem licitação a organizações privadas, e sua consequente declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e sua posterior aplicação em âmbitos essenciais como a educação; surgimento da lei das organizações de interesse público da sociedade civil (Lei n. 9.790), com possibilidade de entrega de recursos e atividades públicas sem licitação; lei das parcerias públicas (Lei n. 11.079), com possibilidade de a Administração Pública contratar serviços em atividades-fim para si mesma (e não prestando a serviços a terceiros, como no caso das concessões).

Essas normas, uma vez que permitem gestão interna da organização ou do serviço em caráter privado, tem provocado (ou pelo menos dão abertura) o seguinte tipo de comportamento, visto como legítimo, já que não há norma expressa que contrarie essas práticas: emprego de parentes dos dirigentes em empresas prestadoras de serviços de utilidade pública; demissão ou perseguição de funcionários por motivos ideológicos e partidários; contratação de funcionários com base em critérios subjetivos ou ideológicos e partidários; impossibilidade de acompanhamento da evolução patrimonial dos dirigentes; aquisição de bens e serviços de terceiros com base em critérios subjetivos, de amizade ou partidários; impossibilidade de verificação dos elementos formadores dos preços cobrados; inexistência de controle sobre as entradas financeiras nas empresas, de modo que não se pode diferenciar entre entrada de capitais legítima ou criminosa; impossibilidade de participação administrativa na formulação das políticas internas do serviço; redução dos mecanismos de controle parlamentar das políticas de prestação dos serviços; obstacularização de qualquer chance de o cidadão participar diretamente da administração interna do serviço, salvo mediante ouvidorias sem

³ GUIMARÃES, Bernardo S. *O exercício da função administrativa e o direito privado*. 2010. 219p. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-111633/publico/Bernardo_Strobel_Guimaraes_DO.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

compulsoriedade; descontrole sobre a atividade lobista e parlamentar, assim como os seus gastos – o cidadão não conhece a atividade política dos privados e como a cena política está sendo alterada em favor deles; inexistência da obrigação de prestar e divulgar informações na internet; participação financeiras dos funcionários e dirigentes em campanhas políticas; envolvimento geopolítico com potências estrangeiras no caso de empresas prestadoras de serviços e bens estratégicos; dificuldade de obter de informações por parte do próprio poder público ante o prestador privado; contratação sem licitação do próprio prestador de serviço por parte do poder público; doações e gastos despropositados do prestador de serviço – que repercutirão no preço final do bem ou serviço prestado.

Assim, uma vez posto o problema, torna-se necessário superar a noção de que a divisão público/privado é imóvel e absoluta⁴. O direito privado possui em sua origem um núcleo, que é precisamente a irradiação da propriedade privada. Todos os institutos de direito civil acabaram se moldando em torno da noção de propriedade exclusiva. Se a propriedade é inclusiva e absoluta, também as empresas e demais direitos privados também assim o são. Entretanto, se fala aqui de interesse público, razão pela qual as bases de pensamento devem ser desenvolvidas em outro núcleo. Não é possível pensar que a noção romana de 2 mil anos atrás continue a reger atividades fundamentais para a vida em sociedade. Uma refundação do direito administrativo a partir de uma perspectiva pós-moderna de reconhecimento da indeterminação e do paradoxo.

Dados os estreitos limites deste trabalho, as novas bases são enunciadas de forma objetiva: resgate do critério objetivo para caracterização da incidência do direito administrativo, com abandono das pretensões metafísicas de desenvolvimento de um conceito seguro e preciso de interesse público; interesse e utilidade pública passam a ser fórmulas da contingência ou, em outras palavras, termos que, em si, são vagos e meramente simbólicos, mas adquirem alguma consistência por meio de uma rede de outros conceitos, que remetem à fórmula (o conceito de interesse público seria formado, assim, por leis administrativas, jurisprudência, doutrina, princípios constitucionais, boas práticas etc.); generalização do conceito de utilidade pública para as entidades privadas que prestam serviços econômicos de relevância pública (boa parte antigos serviços públicos); reconhecimento de políticas públicas policontexturais, ou seja, políticas públicas que não funcionam na lógica única de arrecadação de tributos > estrutura pública > prestação de serviços públicos e aplicação de poder de polícia, mas que operam a partir de outras lógicas; aplicação do direito administrativo não só nas relações entre privados entre si e com a Administração Pública, mas também nas relações nas próprias pessoas jurídicas privadas; moralidade administrativa como um dos princípios estruturantes e reitores do direito administrativo; complexidade e policontexturalidade dentro do próprio direito administrativo (mais importante).

O direito administrativo precisa se reinventar e os juristas precisam entender que é possível existir múltiplos contextos de aplicação do direito administrativo, com diversos regimes jurídicos diferenciados. Significa dizer que o direito administrativo, como Direito do interesse público e das políticas públicas, pode incidir em diversas intensidades, com diver-

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

dos regimes jurídicos. Por exemplo, a Administração Direta possui um regime jurídico de direito administrativo intenso. Uma sociedade de economia mista, um regime jurídico já com intensidade menor de incidência de normas de direito administrativo. O tabu que precisa ser rompido, contudo, é precisamente o da incidência das normas de direito administrativo sobre entidades privadas de utilidade pública. Uma vez sendo substituído o critério subjetivo como predominante (e já há exemplos no ordenamento jurídico brasileiro) para o da utilidade pública, se poderá pensar não no fim do direito administrativo, mas na sua expansão a fronteiras ainda inexploradas. Tal necessidade se impõe diante de uma evidente recepção incompleta dos valores constitucionais em face da canônica divisão direito público/privado. Advoga-se aqui não uma construção a priori desse regime jurídico; de fato, a moralidade administrativa e a transparência estão na Constituição⁵.

Assim, são obrigações de serviço público e de direito administrativo que incidem sobre privados, quando no exercício de uma função pública, as estipuladas a seguir. Todas estão baseadas no princípio republicano, no direito fundamental ao bom governo e em normas que estão expressas em todas as Constituições da América Latina: não contratação de parentes para o exercício de emprego em empresas, concessionários e delegatários de funções públicas, já que o critério de contratação é uma relação de afetividade, e não competência e isonomia, o que fere o valor republicano da igualdade; proibição da denúncia imotivada ou vazia do contrato de trabalho e possibilidade de controle jurisdicional da despedida mediante provocação do empregado, para evitar perseguições políticas – já que, em uma República, há pluralismo e igualdade de chances entre os partidos, sendo imoral favorecer o partido que eventualmente estava no governo no momento da outorga do serviço, delegação ou concessão; novamente, para evitar partidarismo e preferências pessoais, há de se estabelecer critérios impessoais para contratação de trabalhadores.

É evidente que uma pequena ONG ou delegatário de serviço público não pode realizar um concurso público; pode, contudo, realizar um processo seletivo simplificado; grandes empresas prestadoras de uma função pública estão obrigadas ao concurso público, contudo, dado o princípio republicano da igualdade; os bens e serviços a serem contratados pelas empresas e delegatários devem estar guiados por critérios impessoais, e não preferências

⁵ Note-se que a Lei n. 14.345 tinha precisamente a intenção deste artigo, isto é, de trazer maior transparência aos convênios entabulados entre o poder público e estas instituições. Ocorre que justamente o art. 1º da referida Lei, o qual alterava o art. 7º da LAI, foi vetado pelo poder público, com as seguintes razões: “A proposição legislativa estabelece que estaria compreendido no acesso à informação de que trata a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, entre outros, o direito de obter acesso integral a qualquer informação, documento ou sistema de controle relacionados a parcerias disciplinadas pela Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, ou decorrentes dos instrumentos previstos no art. 3º da referida Lei. Entretanto, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade, pois generaliza indiscriminadamente o acesso a informações e documentos. Nem todo documento ou informação é de livre acesso, consoante o disposto no inciso LXXIX do art. 5º da Constituição, o qual assegura, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Outrossim, a despeito da boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público, haja vista a proteção legal das hipóteses de restrição de acesso a informações pessoais, sigilosas ou classificadas, inclusive a restrição especial sobre documentos preparatórios, utilizados para fundamentar a tomada de decisão dos gestores públicos, prevista no §3º do art. 7º da Lei n. 12.527, de 2011. Caso aprovada, a proposição legislativa poderia inviabilizar a restrição ao acesso a tais documentos, de modo a impossibilitar a atividade de auditoria e ações de tomada de decisão.” Como é possível notar, estas razões são absolutamente inconsistentes, já que os convênios implicam em alocações financeiras, sendo impossível que elas coloquem em perigo a segurança do Estado.

políticas – logo, alguma espécie de licitação ou seleção simplificada é necessária para o operador de função pública adquirir bens licitamente; transparência e abertura total das planilhas de custos – o princípio da publicidade não pode deixar de lado em uma República; transparência e divulgação da contabilidade da empresa, com abertura bancária, de modo que o cidadão possa conferir as entradas e saídas de recursos e suas correspondências nas contas bancárias; conselhos com participação da Administração Pública e de cidadãos, com competência para elaboração de diretrizes no que toca ao serviço e às políticas da empresa – mesmo que seja uma sociedade anônima, uma vez que o valor democracia em uma República é mais importante que um aspecto apenas do direito de titularidade de uma ação; transparência total dos gastos e das relações de diretores com partidos e representantes de empresas perante partidos; divulgação total de salários, contabilidade, planilha de custos, entradas, saídas e gastos em sites da internet; transparência das relações de empresas multinacionais com seus Estados de origem/controladores; controle de gastos com doações/investimentos dos prestadores de serviços públicos e de utilidade pública; controle jurisdicional interna corporis dos atos dos prestadores de serviços de utilidade pública, mediante critérios como parâmetros para controle dos atos administrativos, como moralidade e finalidade; acompanhamento da evolução patrimonial dos proprietários e dirigentes das entidades privadas. Com essas medidas, reduz-se o nível de arbitrariedade e desconexão do interesse público relacionado com os particulares prestadores de serviços públicos e serviços econômicos de utilidade pública.

Os espaços de atuação da sociedade civil pressupõem a existência de uma gestão compartilhada, a qual se destaca justamente pela busca da racionalidade comunicativa, pela amplitude dos espaços de decisão democrática, sujeição ao controle social, no qual o cidadão mais do que ser um simples legitimador do processo de tomada de decisão, passa a ser o próprio gestor e destinatário das políticas públicas. Logo, sai de sua posição de inércia e, mais do que destinatário dos atos Estatais, é copartícipe deles. Por outro lado, “na Gestão Pública não-compartilhada, a racionalidade instrumental é o paradigma dominante, o interesse público é abstrato e *a priori*, a sociedade civil apenas serve para pressão por sobre a administração, o cidadão é tomado como cliente das políticas públicas [...]”⁶. Nesse cenário, a sociedade civil faria o papel de articulação de duas tendências:

a) a superação da polaridade público/privado e b) a transferência do público para o terreno da Sociedade no binômio Estado/Sociedade. Essa última bastante influenciada pelas teorias desenvolvidas no âmbito de movimentos sociais e de organizações do terceiro setor no país, especialmente no que se refere ao alargamento da cidadania e suas íntimas relações com as discussões sobre a “nova sociedade civil”, empreendidas nas décadas de 1970 e 1980, do século XX⁷.

⁶ RECK, Janriê. *Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público*. 2006. 320f. Dissertação (Mestrado) – Unisc, Santa Cruz do Sul, 2006. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2006/janrie.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁷ GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga. Esfera pública e privada. In: CASTRO, Carmem L. F. de; GONTIJO, Cynthia R. B.; AMABILE, Antônio E. de N. (Orgs.). *Dicionário de políticas públicas*. Barbacena: Editora UEMG, 2012. p. 164. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13076#>. Acesso em: 19 nov. 2019.

Os ventos da mudança vieram então com a Constituição de 1988: era a promessa do Estado Democrático de Direito. Essa observação é relevante, pois, com a Constituição de 1988, os espaços de participação popular da gestão pública, bem como o rol de direitos fundamentais, seriam meios de fortalecer a sociedade civil tanto como agente propulsora de demandas sociais ou mesmo ser opositora quando os interesses do Poder Público não refletissem as diretrizes constitucionais, logo, uma sociedade apta ao controle. Mas seria esse o caso brasileiro? Por que é possível falar em retórica do poder do povo?

Obviamente as causas de apatia nos espaços públicos não são exclusividades da sociedade brasileira: “*los mecanismos productores de incertidumbre e inseguridad son, em general, de tipo global, y permanecen, por lo tanto, fuera del alcance das instituciones políticas existentes [...]*”⁸, embora algumas características sejam marcantes em nossa história. A cidadania no Brasil, antes de configurar efetivamente um espaço de construção, diálogo e resistência da sociedade em nome de suas demandas sociais, serviu mais como um discurso retórico de legitimar os atos governamentais que, de certa forma, ainda se mantiveram escondidos. Isso se aplica tanto à democracia representativa quanto à democracia direta e deliberativa. Enalteceu-se muito a cidadania na perspectiva normativa sem um histórico cultural e aparato político que permitisse opinar de forma mais técnica, com mais informação, buscando coerência argumentativa.

Além disso, os obstáculos a uma cidadania ativa no Brasil e zelosa com a coisa pública são de várias ordens, e o recorte pretendido nesta pesquisa está relacionado à formação da sociedade civil no Brasil, à marginalização dos movimentos sociais, à formação institucionalizada do controle social, ao acesso à informação como mecanismo mais formal do que social, à descrença nas instituições e à fuga do direito administrativo.

A sociedade civil, na concepção gramsciana da cultura, da religião, da ciência, entre outros, que advém de diversas e organizadas ações coletivas e contraditórias, como espaço de interação social, sempre existiu. Entretanto, antes dos movimentos de reconhecimento da sociedade civil, ela confundia-se com a totalidade da vida social, e foi de certa forma a perda dos espaços pelo Estado pela sua incapacidade de abarcar as demandas sociais e compreender a sociedade no âmbito de sua complexidade que deu força ao crescimento do conceito de sociedade civil. A definição de sociedade civil implica, entre outros elementos, pensar no seu lugar em uma perspectiva teórica que tradicional e comumente divide aquilo que é público daquilo que é privado. Uma forma para aprofundar essa discussão é pensar o público e o privado em debate na ágora, como se refere Bauman:

O público e o privado se encontram na ágora como o guia e o guiado, respectivamente. O público era o sujeito primordial da ação e o privado, o objeto dessa ação [...]. Quanto ao poder público parece cada vez mais terra de ninguém. O campo de batalha foi praticamente abandonado a mercê de qualquer aventureiro que queira invadi-lo⁹.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. *En busca de la política*. Tradução de Mirta Rosenberg. Buenos Aires: FEC Argentina, 2001.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 103.

A ágora, para Bauman, como o espaço da política e da conformação dos bens públicos, poderia ser a solução para o rompimento das barreiras que separam o público e o privado enquanto um espaço de construção da sociabilidade e reconstrução dos interesses coletivos. Estaria envolto nessa proposição o espaço reservado nas sociedades contemporâneas à sociedade civil? A ágora de Bauman poderia ser lida à luz do que se concebe hoje como terceiro setor? Seria o engajamento voluntário, a prática cidadã e o espírito de cidadania o que moveria hoje a sociedade civil? Seria movida pelo desejo de participação e cuidado com o outro e com a comunidade? O mesmo individualismo¹⁰ (ou superindividualismos, que serão vistos adiante) movido pelos preceitos neoliberais adoce o sujeito enquanto indivíduo e enquanto coletividade. E a prática social tem demonstrado que a sociedade civil como constituída não está imune a esses fatores. O entendimento da sociedade civil como uma esfera autônoma, ao lado do Estado e que com ele não se confunde, é capaz de configurar uma área de manifestações culturais e políticas de óbvia natureza intersubjetiva e plural¹¹.

No caso brasileiro, o termo sociedade civil ganhou espaço a partir do final da década de 70¹², coincidindo com a oposição ao governo da ditadura militar. Nesse contexto, o Estado (no caso o militar) é visto como algo ruim e a sociedade civil, que nasce como sua oposição, é associada àquilo que é positivo. Assim, formam-se as imagens do mal e do bem. Todavia, no caso brasileiro, a despeito da existência de uma visão positiva do Estado no período ditatorial, há um movimento explícito de apoio das massas à ditadura, que até hoje mantém muitos simpatizantes e tolerantes aos governos militares, justificando-a (o mal) como algo necessário; eis uma das razões pelas quais a ditadura brasileira manteve a aparência de

¹⁰ Habermas encontra o conceito de individuação por meio da socialização, conceito no qual se ampara o sentido da expressão individualidade que, em seu entendimento, só é possível quando os sujeitos, dotados de razão situada, percebem-se como capazes de discurso e ação, dispostos assim a se justificarem perante terceiros como insubstituíveis por serem cada qual singulares. Por conseguinte, a individuação, sendo um processo que se dá por meio da socialização, portanto, gerada a partir da interação comunicativa, demanda a reconstrução do modelo de indivíduo da filosofia da consciência e sua adequação ao paradigma da filosofia da linguagem. (EISENBERG, José. *A democracia depois do liberalismo*: ensaios sobre ética, direito e política. Rio de Janeiro: Relume Dumaré, 2003.)

¹¹ 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. 409p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf;jsessionid=EFCBB13A8CB3DB1E-69200746B62B575D?sequence=1. Acesso em: 18 ago. 2022.

¹² Esse processo de reconhecimento da sociedade civil no caso brasileiro não pode ser desconectado de um processo de mudanças paradigmáticas ocorridas na sociedade em geral, apesar de que, no caso brasileiro, os processos de mudanças costumam ser mais retardados e a isso Castells atribui três razões principais: “Um novo mundo está tomando forma neste fim de milênio. Originou-se mais ou menos no fim dos anos 60 e meados da década de 70 na coincidência histórica de três processos independentes: revolução da tecnologia da informação; crise econômica do capitalismo e do estatismo e a consequente reestruturação de ambos; e apogeu de movimentos sociais culturais, tais como libertarismo, direitos humanos, feminismo e ambientalismo. A interação entre esses processos e as reações por eles desencadeadas fizeram surgir uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede; uma nova economia, a economia informacional/global; e uma nova cultura, a cultura da virtualidade real. A lógica inserida nessa economia, nessa sociedade e nessa cultura está subjacente à ação e às instituições sociais em um mundo interdependente” (CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 412).

normalidade em alguns aspectos, como a estrutura do parlamento¹³ e mesmo a Constituição “formal”, deixando para os atos de exceção as grandes e verdadeiras violações de direito.

Optou-se por tratar de forma exemplificativa dos portais de transparência, por ser o caminho eleito pela administração pública para concretização do acesso à informação e transparência ativa no Brasil. Nesse sentido, os portais seriam o principal de canal de comunicação da administração pública com seus cidadãos, a fim de fomentar o exercício do controle social.

3 A APLICAÇÃO DA LAI PARA ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

Questão extremamente interessante é a sua aplicabilidade em relação a entidades privadas, ressaltando aquelas que são concessionárias ou permissionárias, aquelas que, de forma subsidiária, prestam serviços públicos e são enquadradas pela Lei n. 13.019/2014, assim como as organizações sociais definidas pela Lei n. 9.637/1998 como “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” estarão sujeitas ao debate do artigo 2º da LAI e sua incidência conforme regulamentado pelo Decreto n. 7.724/2012:

Art. 5º Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

§1º A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários.

§2º Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos¹⁴.

Uma leitura diferente do dispositivo do artigo 2º da LAI é proposta por Heinen, ao dividir a leitura do artigo entre dois critérios: I) a primeira parte da adoção de um critério material para definir a administração pública como atividade exercida pelo estado, atrelado então à função

¹³ Ao lado da formação de uma primitiva “sociedade civil” caracteristicamente brasileira, o Brasil também pôde registrar a paulatina recepção do modelo de Estado de Direito no seu sistema jurídico. Cabe ressaltar, todavia, que, embora o surgimento da cidadania formal no Brasil coincida com o advento do Estado de Direito, não retrata necessariamente um fenômeno simultâneo do ponto de vista da alteração de paradigma social e sua respectiva mentalidade subjacente. GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal*: Op. cit., p. 72.

¹⁴ BRASIL. *Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

administrativa; II) a parte final dedica-se à adoção de um critério formal, considerando sua incidência sobre o tipo de vínculo que mantém com o estado, atribuindo ao tipo de negócio jurídico que forneça recursos públicos às entidades privadas¹⁵, e também material, quando afirma que a entidade deve desempenhar atividades sem fins lucrativos e ações de interesse público¹⁶. Dessa forma, pode-se extrair da leitura a inclusão das entidades do Terceiro Setor, ao passo que se excluem, em tese, empresas que recebam incentivos fiscais, subvenções ou outros benefícios, por não cumprirem o requisito formal “sem fins” lucrativos.

Tais reflexões são suficientes para construir algumas premissas: 1) A LAI buscou abrangência quanto aos sujeitos com dever de prestar à informação, não se restringindo àqueles comprometidos com o regime jurídico de direito público, ou seja, estende-se àquelas privadas que, de alguma forma, mantenham e recebam valores dispendidos pela administração pública; 2) não pretendeu impor-se a todas entidades privadas de forma indiscriminada, pois a exegese do texto recorta as entidades “sem fins lucrativos”, provavelmente por configurar a estas um *status* específico por lei; 3) ainda sob essas entidades, o dever de prestar informação estaria restrito àquelas relativas aos valores públicos percebidos, devendo-se estabelecer um nexo do pedido de informação ao montante recebido, ou seja, mantendo-se silente em relação a outras informações que poderiam ser relevantes na fiscalização da coisa pública, especialmente sob o prisma da moralidade.

Resumidamente, Heinen apresenta a proposta de incidência da LAI da seguinte forma:

- a) ALAI aplica-se indistintamente a toda administração pública direta e indireta, a partir da hermenêutica literal e teleológica;
 - b) A LAI não se aplica a pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à administração pública indireta e que prestem atividade econômica, a partir da interpretação conforme a Constituição;
 - c) As delegatárias de serviços públicos (art. 175, CF/88) não se sujeitam à LAI, por estarem excluídas do âmbito da incidência do art. 1º e art. 2º desta legislação. Contudo, nada impede que possa que possa solicitar informações sobre o contrato administrativo de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.
- [...] Contudo, apesar da ausência de previsão expressa, a partir de uma interpretação sistemática, consegue-se com facilidade visualizar a aplicação da LAI aos consórcios públicos. Essas entidades originam-se de um ajuste entre dois ou mais entes federados com vistas a gestão associada de serviços públicos de interesse comum¹⁷.

Também visando a ampliar o debate, vale menção à Lei n. 13.019/2014, que, em capítulo próprio, já discute o acesso à informação e transparência de todas as suas ações nas parcerias e contratos formados com a administração pública, conforme dispõem seus artigos 11 e 12¹⁸, nada diferente do que já está previsto pela própria LAI, muito embora, ao trazer as

¹⁵ Diretamente do orçamento; mediante subvenções sociais; contrato de gestão; termo de parceria; convênios; acordo; ajustes ou instrumentos congêneres.

¹⁶ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

¹⁷ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação*. Op. cit., p. 101-102.

¹⁸ Art. 11. A organização da sociedade civil deverá divulgar na internet e em locais visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações todas as parcerias celebradas com a administração pública. Parágrafo

discriminações, acabe propiciando maiores diretrizes ao seu cumprimento, enquanto a Lei n. 9.637/1998, apesar de ser anterior à LAI, a suas regras e diretrizes estará sujeita.

Quando se questiona sobre o campo de incidência da LAI em relação às organizações de toda sociedade civil relacionadas ao terceiro setor¹⁹ e aquelas entidades que podem firmar parcerias e convênios para receber verbas públicas e atuar em prol da coletividade, a redação do artigo 2º da LAI, combinada com o artigo 63²⁰ do Decreto n. 7.724/2012, aponta quais as informações que devem ser divulgadas pelo terceiro setor na internet, somente estando dispensada a transparência ativa em caso de impossibilidade e de decisão motivada. Contudo, a redação do artigo 2º merece maiores reflexões, especialmente quanto à expressão “no que couber”, em se tratando de entidades do terceiro setor²¹.

Concorda-se com a doutrina que entende integrantes do Terceiro Setor entidades privadas cujo objetivo seja contribuir com o interesse geral da sociedade, devendo ser desprovidas de caráter corporativos, objetivos egoísticos para proveito próprio e interesses privados. Não bastaria para se configurar como entidade do Terceiro Setor enquadrar-se nos conceitos de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, impõem-se o exame da pessoa jurídica e das finalidades que devem estar demarcadas em seu ato de constituição, para que então possa estar sendo enquadrada como Terceiro Setor²². Além disso haveria uma relação

único. As informações de que tratam este artigo e o art. 10 deverão incluir, no mínimo: I - data de assinatura e identificação do instrumento de parceria e do órgão da administração pública responsável; II - nome da organização da sociedade civil e seu número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB; III - descrição do objeto da parceria; IV - valor total da parceria e valores liberados, quando for o caso; V - situação da prestação de contas da parceria, que deverá informar a data prevista para a sua apresentação, a data em que foi apresentada, o prazo para a sua análise e o resultado conclusivo; VI - quando vinculados à execução do objeto e pagos com recursos da parceria, o valor total da remuneração da equipe de trabalho, as funções que seus integrantes desempenham e a remuneração prevista para o respectivo exercício. Art. 12. A administração pública deverá divulgar pela internet os meios de representação sobre a aplicação irregular dos recursos envolvidos na parceria. (BRASIL. *Lei 13.019, de 31 de julho de 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.)

¹⁹ Mais uma vez temos uma interpretação autêntica, ou seja, a própria Lei define como classificar organização da sociedade civil: “ a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na *Lei no 9.867, de 10 de novembro de 1999*; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos” (BRASIL. *Lei 13.019, de 31 de julho de 2014*. Op. cit.).

²⁰ BRASIL. *Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012*. Op. cit.

²¹ Aqui abrangidas aquelas que firmaram algum convênio ou parceria com a administração pública ou recebem algum tipo de fomento público.

²² COSTA, Marcelo Ferreira José. *Organizações sociais: comentários à Lei Federal n. 9.637, de maio de 2015*. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Direito Administrativo Positivo, v. 14. Coordenadores: Irene Patrícia Nohara; Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho). p. 04. No mesmo sentido: MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 168-169.

dessas entidades com o princípio da subsidiariedade, na medida que tal princípio pressuporia e existência de canais da sociedade aptos a ser incentivados a assumirem atividades em prol da coletividade: “a finalidade é obter a consolidação e atuação de pessoas jurídicas estranhas à estrutura desconectada e descentralizada do Poder Público, que deve instigar a sociedade civil a auxiliá-lo para ampliação de benefícios sociais à população”²³.

Considerando tal conceituação, o fato de estar atrelada ao interesse público e ser uma forma da sociedade atuar sobre ela mesma de acordo com demandas de interesse coletivo, como não ampliar aplicação da LAI para tais entidades?

Uma interpretação mais reducionista defenderia uma observância ao artigo 63 do Decreto, bem como às determinações legais que envolvem cada uma das organizações, como ocorre no caso das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs)²⁴. Segundo Regules, “não podemos cogitar que o princípio da publicidade aplicável à administração pública direta e indireta tenha o mesmo significado para OSCIPs”²⁵. O autor defende que deve haver mitigações quanto à natureza jurídica de direito privado dessas organizações sociais, especialmente se obtiverem títulos jurídicos específicos (como OS, OSCIPs, utilidade pública) e receberem recursos do estado, e, nesses casos e para prestar contas dessas duas situações, é que se sujeitam a algumas regras de direito público²⁶.

Qual a crítica que se poderia fazer a respeito de uma interpretação mais restritiva da Lei de Acesso à Informação quando o fiscalizado não estiver sob a lógica do regime jurídico de direito público, portanto, sob ele não recaindo o mesmo peso da publicidade e transparência aplicada à administração pública?

Primeiramente, em se tratando de atividade privada, no que se refere àquela fatia de recebimento de verbas públicas, a regra deverá ser a publicidade, uma vez que, pelo regime da Lei, pode certamente extrair que seu objetivo com a transparência e publicidade é o de gerar o controle da gestão pública. Para Salgado, inclusive uma interpretação que defenda que as entidades privadas com fins lucrativos que recebam de alguma forma subvenções, isenções, perdão de dívidas, entre outros, deveriam se subordinar a esse regime de publicidade e amplo acesso, é uma interpretação extensiva de um direito fundamental que busca a máxima concretização do princípio da publicidade. Segundo a autora, a leitura do artigo 7º, III, amplia o âmbito dos sujeitos privados que são submetidos à Lei com redação do artigo 2º, pois, se a informação foi produzida por pessoa física ou entidade privada e acumulada pelo Poder Público, então esse privado deverá prestar informações que ficam restringidas àquilo que foi objeto do vínculo que mantém com a administração pública; se for de interesse público, a administração é quem tem o dever de garantir o acesso. O cuidado que se deve ter

²³ COSTA, Marcelo Ferreira José. COSTA, Marcelo Ferreira José. *Organizações sociais*: Op. cit., p. 04.

²⁴ BRASIL. *Lei 9.790, de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm. Acesso em: 24 nov. 2018.

²⁵ REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: o regime jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006. p. 107.

²⁶ REGULES, Luis Eduardo Patrone. A Lei 12.527/2011 e as entidades do terceiro setor. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (Orgs.). *Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 91-109. p. 102-103.

é se a informação for acumulada, custodiada pela pessoa privada, afinal, contraria a gestão transparente a administração pública que produz uma informação de interesse público que por ela não seja cumulada. Em ocorrendo tais hipóteses excepcionais, entende-se que seria caso de apreciação judicial, a exemplo de uma ação de exibição de documento, mas não há como se impor a algum órgão ou entidade e obrigatoriedade de fornecimento²⁷.

Guimarães²⁸, em oposição a uma leitura expansiva da Lei, compreende que não se pode, em nome do acesso à informação, “sacrificar” a proteção da privacidade, do sigilo dos dados, fiscais etc., devendo submeter a LAI a uma leitura coerente com demais dimensões da proteção de direitos fundamentais.

Nesta pesquisa, defende-se que, sobre as relações constituídas com a administração pública subjaz o peso do interesse público, o que certamente impõe um ônus àquela que com ela mantiver algum tipo de benefício, ou seja, no sopesamento, deve prevalecer o princípio da supremacia do interesse público, independente se tal controle já seja realizado pelos órgãos institucionais, pois a transparência deve ser acessível ao público e, com isso, instrumentaliza mecanismos que o controle social tenha a seu dispor. Aquele que, de alguma forma, é contemplado com algum tipo de vantagem da administração pública sujeita-se à ampla transparência e publicidade e não pode requerer segredos aos administrados que são os verdadeiros interessados na boa gestão dos recursos. A discussão acerca de como viabilizar tal prestação e as inúmeras nuances práticas não podem ser empecilho para o avanço da transparência das subvenções, fomentos e incentivos públicos.

Essa digressão sobre a aplicabilidade a entidades privadas exige também uma leitura sistemática com o artigo 7^o²⁹ da LAI, pois, ao descrever o direito de acesso à informação albergado pela Lei, vale destacar os conteúdos do inciso II: “informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, *recolhidos ou não a arquivos públicos*”; e III “informação produzida ou custodiada por *pessoa física ou entidade*

²⁷ SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de acesso à informação (LAI): comentários à Lei n. 12.527/2011 e ao Decreto n. 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Direito Administrativo Positivo, v. 33, Coordenadores: Irene Patrícia Nohara; Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho). p. 96-99.

²⁸ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Lei de Acesso à Informação: reconstrução da verdade histórica, ambientes regulatórios e o direito à intimidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

²⁹ Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada; V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e VII - informação relativa: a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores. (BRASIL. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm#art40. Acesso em: 18 ago. 2022.)

privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado”. Em ambos os dispositivos, destaca-se a obrigatoriedade segundo exegese do texto tanto de entidade privada, bem como a possibilidade de acesso a arquivos não públicos?

Não há dúvida de que, sobre as informações coletadas pelos órgãos e entidades públicas, deva dar-se a elas amplo acesso, mas, entre tais informações, podem estar aquelas decorrentes de documentos com informações privadas? Tal preocupação com a proteção da privacidade é revelada na obra de Nunes³⁰, que, em alguns momentos, chega a questionar a constitucionalidade sob a perspectiva da proteção do direito fundamental à intimidade e à vida privada, ao sigilo de dados, entre outros. Compreende-se que os critérios para discutir a amplitude do referido dispositivo devem sempre se guiar sob a lógica do interesse público, ou seja, se tal informação guardar estreita contribuição para a fiscalização e gestão dos atos administrativos, é coerente conceder-lhe acesso. Diferentemente, se tais informações não refletem em pauta relativa a interesse da sociedade, há de ser preservada a intimidade e privacidade. Critério absolutamente subjetivo para auferir? A indeterminação do conceito de interesse público poderia prejudicar a sua aplicação? Aparentemente, entende-se que não, mesmo porque o indeferimento requer motivação e caberá controle da própria motivação da administração pública; além disso, visando a evitar interpretações restritivas, o Decreto n. 7.724/2012 dedicou um capítulo para dizer quais informações estão sujeitas à transparência ativa e, em seu artigo 7º, define todos os sujeitos a essa informação. Merece atenção o fato de que são informações “produzidas e custeadas” e os procedimentos de divulgação conforme informa o artigo 8º³¹.

O artigo 3º³² e seus incisos determinam os princípios orientadores para a aplicação da LAI, e deles é possível extrair quais intenções advêm da proposta legislativa, haja vista que

³⁰ Art. 63. As entidades privadas sem fins lucrativos que receberem recursos públicos para realização de ações de interesse público deverão dar publicidade às seguintes informações: I - cópia do estatuto social atualizado da entidade; II - relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade; e III - cópia integral dos convênios, contratos, termos de parcerias, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres realizados com o Poder Executivo federal, respectivos aditivos, e relatórios finais de prestação de contas, na forma da legislação aplicável. §1º As informações de que trata o **caput** serão divulgadas em sítio na Internet da entidade privada e em quadro de avisos de amplo acesso público em sua sede. §2º A divulgação em sítio na Internet referida no §1º poderá ser dispensada, por decisão do órgão ou entidade pública, e mediante expressa justificativa da entidade, nos casos de entidades privadas sem fins lucrativos que não disponham de meios para realizá-la. §3º As informações de que trata o **caput** deverão ser publicadas a partir da celebração do convênio, contrato, termo de parceria, acordo, ajuste ou instrumento congêneres, serão atualizadas periodicamente e ficarão disponíveis até cento e oitenta dias após a entrega da prestação de contas final (BRASIL. *Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012*. Op. cit.)

³¹ Art. 8º [...] I - conter formulário para pedido de acesso à informação; II - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão; III - possibilitar gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações; IV - possibilitar acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina; V - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação; VI - garantir autenticidade e integridade das informações disponíveis para acesso; VII - indicar instruções que permitam ao requerente comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade; e VIII - garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência. (BRASIL. *Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012*. Op. cit.)

³² Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação

uma interpretação não pode negar a intenção do autor³³, muito embora a ela não esteja limitada o intérprete. Nesse sentido, é sabido que toda a atribuição de sentido certamente contém uma carga do próprio intérprete e daquilo que o condiciona³⁴, ou seja, todo compreender é também um compreender-se.

A interpretação que se considera adequada é a de que os incisos remetem tanto à conformação de pressupostos de interpretação dos deveres do Estado, bem como estabelecem as diretrizes da política pública Estatal da conformação do acesso à informação. O inciso I anuncia que toda interpretação deve ser favorável à publicização, e o sigilo como exceção induz a um dever de motivação substancial, já que a regra será o revelar, o clarear da administração, enquanto o inciso II determina que, à luz do interesse público, é dever do Estado sua divulgação, pouco importando as razões que levaram o administrado a solicitar tais informações. Disso, em havendo dúvidas quanto ao dever de prestar informações, seja por não ser entidade ou órgão público, ainda, em havendo dúvidas se deve ou não o sítio fornecer as informações do solicitante, a leitura de ambos os dispositivos conduz o intérprete a uma interpretação pró-acesso à informação.

Por outro lado, o inciso III, que se refere a “utilização dos meios tecnológicos adequados”, o inciso IV, que menciona “o fomento a cultura da transparência” e, por fim, o inciso V, sobre “o desenvolvimento do controle social”, impõem, na perspectiva desta pesquisadora, um dirigismo sobre as políticas públicas de acesso à informação no Brasil, a ser viabilizada por todos os entes federativos. Isso porque, apesar de atribuir a responsabilidade também a privados que guardem relação com a administração pública, indiscutivelmente é o Estado quem tem o dever de propor, implementar, fiscalizar tais políticas públicas como forma de agir em nome e na defesa dos interesses públicos, pois são as demandas sociais que fazem surgir a necessidade de políticas públicas.

Não fica difícil compreender, nessa linha de raciocínio, que diretrizes seriam essas quando a LAI se refere a meios tecnológicos adequados, fomentando a utilização de meios digitais e de fácil acesso: seja por sítios eletrônicos (como são os portais de transparência),

de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública. (BRASIL. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Op. cit.).

³³ Vale lembrar as lições de Dworkin para quem nenhuma teoria da interpretação poderia negar importância da intenção do autor, mas também a ela não deve se limitar a atividade do intérprete, daí porque se defende o interpretativismo do Direito. Para exemplificar, utiliza-se o exemplo de John Fowles autor da obra literária *A Mulher do Tenente Francês*, ao ver sua obra adaptada para o cinema, repensa a sua própria linha de exposição, ao observar as inúmeras intencionalidades distintas atribuídas a sua obra, admitindo que exista um mundo criado pela própria obra que independe do autor, e o mundo criado pelo autor deve ser livre de seu próprio criador. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁴ No sentido que Heidegger atribui como condicionantes de sentido: “A interpretação de algo como algo funda-se essencialmente por ter-prévio, ver-prévio e conceito-prévio. a interpretação nunca é uma apreensão sem-pressupostos de algo previamente dado [eines Vorgegebenen, de um já dado]. Quando a concretização particular da interpretação, no sentido da interpretação exata de texto, apela de bom grado para o que de imediato ‘está-aí’, o que está aí de imediato nada mais é do que a indiscutida, e que-se-entende-por-si-mesma, opinião-prévio do intérprete, que ocorre necessariamente em todo princípio-de-interpretação como aquilo que já é ‘posto’ com a interpretação em geral, isto é, já é previamente dado no ter-próprio, no ver-prévio e no conceito-prévio” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2012. p. 427).

aplicativos, redes sociais, tudo aquilo que for capaz de dar eficiência à comunicação da administração com o administrado. Note-se que é uma preocupação material, uma vez que formalmente é possível publicizar a informação em mídias impressas, por exemplo. Daí surge uma nova diretriz para a política pública, pois de que adiantaria alimentar os meios tecnológicos virtuais, se grande parte da população não tiver acesso a redes de computadores ou a internet? É necessário criar os meios, favorecer a inclusão digital e o manuseio de tecnologias levadas ao homem comum, ao “cidadão distante”³⁵.

Tratar de fomento à cultura da transparência é de alguma forma direcionar programas e ações voltados aos gestores públicos, para que suas ações sejam pautadas cotidianamente por processos públicos, atuando como em uma vitrine em que tudo se vê, tudo se fundamenta e tudo se pode conhecer. Assim tem-se, como exemplo, programas de formação continuada, treinamentos, formações de gestores e funcionários públicos.

Por fim, para atingir a diretriz de desenvolvimento do controle social, também é necessária a implementação de políticas públicas, a começar pela imposição legislativa de regulamentação da LAI, incentivo à participação em Conselhos Municipais, criação de canais de denúncia ou disponibilização de setores para fiscalização em caso de descumprimento do acesso à informação, incentivo à organização da sociedade civil que objetive o controle da administração pública, bem como programas governamentais que fomentem a participação social na gestão pública.

4 UMA ANÁLISE EXEMPLIFICATIVA DO ACESSO À INFORMAÇÃO EM RELAÇÃO AS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS MAIS TRANSPARENTES DO RIO GRANDE DO SUL EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE

Antes, contudo, de dar início à exposição de dados e análise de portais de transparência, convém explicitar as razões pelas quais se elegeu examinar portais de transparência que fazem parte do *corpus* desta pesquisa. Por que falar dos portais dos municípios e não do governo federal? Os municípios entram também para exemplificar alguns fatores. Pri-

³⁵ Na realidade, entende-se cidadão, na perspectiva desta pesquisa, como aquela que integra, constitui e se sente pertencente à coisa pública. Uma perspectiva que não se realiza obviamente com a inclusão digital, mas também passa por ela na modernidade. É possível afirmar que, na realidade brasileira, o espírito de cidadania sempre passou ao largo de nossa realidade, histórica, cultural e política. Não é de hoje que o Brasil experimenta a falta de um espírito público, a qual decorre de inúmeros fatores, tais como: uma politização tardia, falta de autoconsciência de perspectivas políticas e sociais, cultura do privatismo que advém da história do Brasil colônia, ausência de um espírito de luta e ação política, dentre outros (SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986). Dados de 2016 do IBGE apontam que mais de 60% da população brasileira têm acesso à internet (percentual maior que em 2015), ou seja, há uma inclusão digital mesmo que ainda não atinja a população inteira do país. Contudo, o uso que os brasileiros fazem da rede é o que precisa ser dimensionado, já que a maioria dos brasileiros usam a internet para trocar mensagens., ou seja, há o predomínio da função fática de comunicação e não da função informativa com vistas ao exercício da cidadania. Em outras palavras, além da inclusão digital, creio que é preciso criar uma cultura e uma educação para a busca pelo acesso a informações provenientes do portal da transparência e para a conscientização da população acerca de seu papel no processo de acompanhar os atos públicos, pois acesso à internet e possibilidade real de visitar os portais de transparência a maioria dos brasileiros possui. (GOMES, Helton Simões. Brasil tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet, diz IBGE. *G1*, 21 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 18 ago. 2022.

meio, acredita-se que, pela proximidade da gestão pública com seus administrados e seus interesses, o município é o primeiro local de exercício da gestão compartilhada. Segundo, os municípios são ranqueados com premiações de transparência; logo, em tese, há uma escala já testada por instituições públicas, tais como Ministério Público Federal, Tribunal de Contas e Controladoria Geral, os quais já teriam certificado a qualidade desses portais. Terceiro, porque permite demonstrar que a falta de uniformidade no trato da informação também dificulta a transparência, ou seja, cada município pode eleger seu sistema e a forma como disponibilizar a informação, absolutamente legal em termos de competência e ineficiente em termos de transparência, como se pretende demonstrar.

A análise possível, em razão do tempo e espaço para ilustração deste trabalho desenvolvido, apresenta-se na forma exemplificativa, seja pelo número excessivo de municípios, seja porque as deficiências tendem a se repetir diante dos mesmos problemas de ordem normativa e operacional. Dessa forma, opta-se pelos portais, pois se traduzem no canal de comunicação da administração pública com a sociedade, reforçam o controle como elemento da própria legitimidade do Estado Democrático e contribuem para o não abuso do poder e prerrogativas constitucionais conferidas aos gestores públicos, servindo de reforço a essa dupla dimensão de legitimidade e contenção de poder.

Ao divulgar as informações que servirão como impulso à participação popular e darão subsídios necessários ao exercício do controle social, “sempre é bom lembrar que a manipulação de dados divulgados por governos com o intuito de fazer com que seus resultados pareçam melhores do que realmente são é algo bastante comum em democracias, mesmo nas mais consolidadas”³⁶. Portanto, a preocupação na construção dos portais deveria ir muito além da disponibilização da informação; deveria envolver uma preocupação com metodologias, formas de divulgação, bases de comparação, apresentação de informações, enfim, uma série de fatores pode contribuir em nível de comunicação para a adequação dos portais quanto a acesso à informação e transparência. Isso deveria valer para as entidades que em parceria com os municípios são prestadoras desse serviço público.

A opção de recorte metodológico foi o ranking da transparência do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (último ranking divulgado), que criou o prêmio de boas práticas de transparência na internet³⁷. Esse prêmio é oferecido aos municípios pertencentes ao Estado e consiste na concessão de um diploma aos gestores municipais e na disponibilização de um selo digital em reconhecimento às iniciativas governamentais que prestigiam a transparência e o controle social³⁸. O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS)

³⁶ LOPES, Cristiano Aguiar. Acesso a informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos: literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro. *Cadernos de Finanças Públicas*, Brasília, n. 8, p. 5-40, dez. 2007. p. 22-23. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3857/1/caderno%20numero%208.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2022.

³⁷ O relatório do TCE-RS resultante da avaliação do ano de 2015 pode ser consultado em: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Prêmio boas práticas de transparência na internet*. 2. ed. Porto Alegre: TCE-RS, 2015. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/docs/transparencia_2015/relatorio_pre-mio_boas_praticas_2015.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

³⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Prêmio boas práticas de transparência na internet*. Op. cit.

aplicou um questionário padrão contendo 22 critérios (sendo 20³⁹ aplicados aos poderes executivos e 2 exclusivos aos poderes legislativos), totalizando 88 itens de controle, sendo 82 aplicados aos poderes executivos. A avaliação abrange todos os 497 municípios gaúchos, utilizando como referência para elaboração dos critérios de avaliação as Leis Complementares n.101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e n. 131/2009⁴⁰ (Lei da Transparência), a Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e o Decreto Federal n. 7.185/2010.⁴¹ A totalidade dos critérios foi analisada nos municípios com mais de 10 mil habitantes. Em relação àqueles com população inferior a isso, a análise restringiu-se aos itens relativos às Leis Complementares Federais n. 101/2000 e n. 131/2009, tendo em vista a dispensa prevista no artigo 8º, §4º, da Lei Federal n. 12.527/2011⁴². Dessa forma, a premiação aos poderes executivos teve duas categorias, a saber, executivos com população acima de 10 e abaixo de 10 mil habitantes. O nível de detalhamentos do questionário também o torna de certa forma mais analítico do que os demais, mas, no entender desta pesquisadora, ao manter uma análise mais voltada ao cumprimento formal a partir dos comandos normativos na LAI, não há uma análise qualitativa sob a lógica da transparência, da comunicação conforme já abordado no início desta pesquisa. O próprio Tribunal de Contas disponibiliza uma cartilha informando os municípios, orientações para câmaras e prefeituras sobre o que deve ser publicado nos portais, visando reduzir o espaço de discricionariedade e evitar arbitrariedades no acesso à informação⁴³.

Citando o exemplo do Estado do Rio Grande do Sul, no sítio do Tribunal de Contas, é possível perceber a evolução do cumprimento da LAI a partir dos critérios estabelecidos para análise no Tribunal e não há como negar que os números são representativos conforme ilustra a próxima figura.

³⁹ Critérios aplicados pelo TCE-RS. 1) Pedido de informações por meio da Internet; 2) Relatório de pedidos de informação; 3) Informações organizacionais; 4) Registro de repasses ou transferências; 5) Registro de despesas; 6) Registro de receitas; 7) Relatórios da transparência da gestão fiscal; 8) Informações sobre licitações e seus editais e resultados; 9) Informações sobre contratos celebrados; 10) Dados gerais para acompanhamento de programas, ações, projetos e obras; 11) Administração do patrimônio público – Imóveis; 12) Administração do patrimônio público – Veículos; 13) Recursos Humanos; 14) Diárias; 15) Publicação de respostas a perguntas mais frequentes; 16) Ferramenta de pesquisa; 17) Canal de comunicação com o cidadão (“Fale Conosco” – Ouvidoria); 18) Medidas para garantir atendimento a usuários com necessidade especiais; 19) Instrumento Normativo local que regulamente a LAI; Serviços e atividades de interesse coletivo – Executivo.

⁴⁰ A Lei Complementar n. 131/2009 acrescentou os artigos 48-A, 73-A, 73-B e 73-C e acrescentou o §1º à Lei Complementar n. 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

⁴¹ Esse decreto regulamenta a Lei de acesso à informação no âmbito federal. Art. 2º. O sistema integrado de administração financeira e controle utilizado no âmbito de cada ente da Federação, doravante denominado SISTEMA, deverá permitir a liberação em tempo real das informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira das unidades gestoras, referentes à receita e à despesa, com a abertura mínima estabelecida neste Decreto, bem como o registro contábil tempestivo dos atos e fatos que afetam ou possam afetar o patrimônio da entidade.

⁴² Art. 8º, §4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o §2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Acesso à informação na prática: orientações para prefeituras e câmaras*. 3. ed. Porto Alegre: TCE-RS, 2021. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/orientacoes_gestores/acesso_informacao_pratica.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

FIGURA 1 – TABELA ANUAL DO ÍNDICE DE ATENDIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PARA AVALIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS, COM MAIS DE 10 MIL HABITANTES

Índice de atendimento dos itens avaliados	2014	2015	2016	2017
100%	0%	0%	0%	1%
Acima de 90%	0%	3%	5%	44%
Acima de 80%	0,5%	11%	30%	71%
Acima de 70%	14%	23%	57%	86%

Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul⁴⁴.

Mesmo diante da significativa melhora no atendimento aos itens avaliados, aponta o Tribunal de Contas que há muito a ser cumprido, especialmente porque “percebe-se um desempenho abaixo da média na divulgação de informações relativas a repasses e transferências efetuados pela Prefeitura para outros órgãos públicos e/ou entidades privados, o que já se vinha verificando em anos anteriores”⁴⁵. Esse é um dado que esta pesquisa buscará discutir ao avaliar o cumprimento da LAI. Interessa refletir sobre como a transferência da prestação dos serviços e os repasses públicos a entidades prestadoras de serviços públicos são expostos nos portais de transparência e em que medida, ainda que cumpram os requisitos da LAI, tais portais podem, efetivamente, atender à transparência da gestão pública e não apenas indicar uma expectativa de publicidade. Para poder eleger alguns pontos de críticas, optou-se por analisar algumas informações referentes à saúde, que servem de forma exemplificativa para tecer diretrizes de melhoria.

Optou-se pelo caso da saúde para demonstrar exemplificativamente como o cumprimento da LAI pode dar-se pelos portais, atendendo apenas características normativas formais, afastando-se da almejada transparência das informações públicas. Justifica-se a escolha pelos seguintes motivos e argumentos: 1) O direito à saúde fundamentalmente é um direito no qual a participação social e o controle social têm um papel imprescindível, pois basta referir tanto sua transformação a partir das conquistas do movimento sanitário quanto o poder de decisão das Comissões e Conselhos⁴⁶ no âmbito da concretização desse direito; 2) Essencialmente, pretendeu-se sua estruturação de forma descentralizada quando

⁴⁴ Relatório de 2017, municípios com mais de 10 mil habitantes. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Relatório da transparência ativa dos municípios gaúchos*: avaliação realizada em 2017. Porto Alegre: TCE-RS, 2018. p. 14. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/docs/transparencia_2017/relatorio_transparencia_2017.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Relatório da transparência ativa dos municípios gaúchos*: Op. cit., p. 36.

⁴⁶ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. §1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. 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: 15 ago. 2022.

da reforma do direito à saúde, atribuindo-se importante papel aos municípios no processo de implementação das políticas públicas de saúde; 3) Possui regulamentações específicas quanto a sua obrigatoriedade com despesas no orçamento, a partir da Emenda Constitucional n. 29, além da sua regulamentação pela Lei Complementar n. 141, apontando os indicativos normativos para o que pode ou não contabilizar no percentual a ser gasto no âmbito da saúde, ou seja, é um direito público com detalhamentos no âmbito normativo; 4) o âmbito da saúde tem vivenciado na prática a transferência de sua prestação a entidades do chamado terceiro setor, especialmente as organizações como OSs e OSCIPs, o que leva a questionar como se configura a transparência pública em relação a tais transferências e repasses e também o cumprimento da própria LAI por essas entidades⁴⁷; 5) o interesse da população sobre o tema da saúde pública, sobre o qual, para não haver desperdício de recursos, deveria incidir ainda mais o controle social de sua gestão, que hoje, além de enfrentar a ineficiência do Estado, a escassez de recursos, ainda enfrenta o problema de excessivas decisões judiciais que, muitas vezes, invertem a lógica do sistema e comprometem a execução de políticas públicas, dificultando, também nesse sentido, a informação e a transparência nas despesas com saúde.

Não é o objetivo desta pesquisa discutir a forma de financiamento da saúde no Brasil, nem mesmo tratar da estruturação do orçamento público e das inúmeras polêmicas envolvendo a sua prestação pelas OSCIPs, ONGs e OSs⁴⁸, somadas as decisões judiciais que, em casos mais extremos, comprometem até a metade dos orçamentos públicos dos municípios, atendendo pouquíssimas demandas. Os dados que serão averiguados serão de 2018. Assim ficou disposta a classificação e pontuação:

⁴⁷ Lembrando que o Tribunal de Contas decidiu que os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3931/2012*. 2ª Câmara. Sessão em: 5/6/2012 – Ordinária. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizar-RelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=396366>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁴⁸ Excelente análise sobre os possíveis desvirtuamentos dos contratos tanto pela perspectiva de eficiência, quanto de economicidade e mesmo de controle é feita na obra de Ana Helena Corraza, que analisa diversos contratos de prestação no Rio Grande do Sul, a partir dos relatórios de auditoria desses contratos pelos Tribunal de Contas do Estado. Para leitura ver: CORAZZA, Ana Helena S. *Os contratos de gestão e os termos de parceria nos municípios para a execução da saúde pública: reflexões e propostas à luz da teoria da ação comunicativa*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

FIGURA 2 – RANKING DOS MUNICÍPIOS (LISTA INCLUI MUNICÍPIOS COM MENOS DE 10 MIL E COM MAIS DE 10 MIL HABITANTES)

Lista Executivo			
Município	Categoria	Prêmio Boas Práticas de Transparência	Pontuação Total
PORTO ALEGRE	Acima de 10 mil	Atendido	94,80
NOVO HAMBURGO	Acima de 10 mil	Atendido	93,85
CANOAS	Acima de 10 mil	Atendido	92,67
PICADA CAFÉ	Abaixo de 10 mil	Atendido	91,90
PASSO FUNDO	Acima de 10 mil	Atendido	91,35
VENÂNCIO AIRES	Acima de 10 mil	Atendido	91,33
FARROUPILHA	Acima de 10 mil	Atendido	91,00
SÃO PEDRO DO SUL	Acima de 10 mil	Atendido	90,80
IPÊ	Abaixo de 10 mil	Atendido	90,17
FELIZ	Acima de 10 mil	Atendido	89,85

Fonte: Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul⁴⁹

Em face da seleção do tema “saúde” para verificar a transparência e o acesso à informação ativa nos portais, sempre lembrando que é apenas exemplificativa tal análise, quatro são as informações selecionadas que são consideradas extremamente relevantes para informar a população acerca do cumprimento das normativas referentes à saúde: Existe a indicação de quais são as parcerias do terceiro setor, tais como OSs, ONGs e OSCIPs (listagem das instituições), apontando qual o tipo de contrato, percentuais de repasse, descrição dos serviços prestados e indicativo de portal de transparência da entidade?

Resultado se é possível buscar a resposta às questões levantadas a partir dos sítios dos municípios elencados:

QUADRO 1 – SÍNTESE DOS RESULTADOS

MUNICÍPIOS	Existe a indicação de quais são as parcerias do terceiro setor, tais como OSs, ONGs e OSCIPs (listagem das instituições), apontando qual o tipo de contrato, percentuais de repasse, descrição dos serviços prestados e indicativo de portal de transparência da entidade?
Porto Alegre	NÃO
Novo Hamburgo	NÃO
Canoas	NÃO
Picada Café	NÃO

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/Relatorios/Executivo.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

MUNICÍPIOS	Existe a indicação de quais são as parcerias do terceiro setor, tais como OSs, ONGs e OSCIPs (listagem das instituições), apontando qual o tipo de contrato, percentuais de repasse, descrição dos serviços prestados e indicativo de portal de transparência da entidade?
Passo Fundo	NÃO
Venâncio Aires	NÃO
Farroupilha	NÃO
São Pedro do Sul	NÃO
Ipê	NÃO
Feliz	NÃO

Fonte: Elaborado pelos autores.

A análise é um pouco mais complexa, pois se refere às distintas formas de averiguar a prestação de contas quando há transferência para entidades denominadas como “terceiro setor”, sejam OSs, ONGs, OSCIPs ou Fundações para prestação do serviço de saúde. Nesta pesquisa, a resposta *não* foi atribuída em termos de transparência. Sabe-se que a transferência de serviços por termos de convênio e parceria tem sido prática comum nos municípios; portanto, esperava-se encontrar, nos portais, referências claras das entidades conveniadas ou parceiras, com os *links* para os convênios e contratos quando elas fossem mencionadas, bem como o redirecionamento para conferir se tais entidades mantinham transparência ativa em relação a esses recursos recebidos e os serviços prestados por eles. Nesse aspecto, é praticamente uma tarefa de “adivinhação” misturada com a de “instituição” para fazer o cruzamento de tais informações.

Sobre a existência e menção dos convênios, contratos e parcerias, os dez municípios cujos portais foram examinados possuem um *link* para acesso a esse tipo de dado, geralmente indicado na página principal da transparência. Um exemplo bem claro é o que se verifica no portal da Prefeitura de Porto Alegre⁵⁰ e no do município do Passo fundo, que traz ainda o objeto e o tipo de convênio ou termo de ajuste⁵¹. Novo Hamburgo⁵², dentro do indicativo de despesas, apresenta “transferência de terceiros/convênios e repasses”, no qual, indicando o ano, é possível encontrar quais os convênios e tentar desvendar qual seria a natureza e finalidades. No caso, ainda há apenas a menção a um convênio, mas existem diversas despesas elencadas como serviços de terceiros, ou seja, as informações não são esclarecedoras. Na prefeitura de Feliz, por exemplo, outra forma de expor os dados é clicando no portal da trans-

⁵⁰ PORTO ALEGRE. *PMPA – Parcerias, convênios e contratos do órgão/entidade*. S.d. Disponível em: http://cnc.procempa.com.br/cnc/servlet/cnc.procempa.com.br/www/convenios_portal. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁵¹ Prefeitura da Passo Fundo. <https://grp.pmpf.rs.gov.br/grp/acessoexterno/programaAcessoExternoPortal.faces>.

⁵² NOVO HAMBURGO. *Transferências a entidades privadas*. S.d. Disponível em: <https://novohamburgo.atende.net/?pg=transparencia#!/grupo/3/item/11/tipo/1>. Acesso em: 18 ago. 2022.

parência/transferências voluntárias/convênios concedidos⁵³. Cada prefeitura tem sua discricionariedade no sentido de como conceder a informação e o quanto essa informação conterá detalhamentos, aliás, na maioria, sequer há detalhamentos quanto à natureza da prestação e do terceiro que a recebe.

A análise indica que não há, em nenhum dos portais de transparência dos municípios mencionados (não há também nenhuma obrigatoriedade jurídica quanto a essa informação), o percentual de repasse a entidades do terceiro setor. Quando questionado pelo portal de transparência via transparência passiva, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul obteve como resposta a informação de que os municípios pouco expõem sobre atividades relacionadas a gastos com terceiro setor: “infelizmente, um dos critérios com menor índice de atendimento é o que verifica se existem informações sobre *‘Transferências realizadas pelo Município a outra entidade e órgão público e privados’*”, justificando que tais dados são disponibilizados pelos gestores e que o Tribunal não faz controle anterior a esses dados lançados pelos próprios municípios.

Em relação à transparência quanto às entidades da sociedade civil que recebem recursos da administração pública, o caminho eleito não foram os convênios, pois o filtro não permitia identificar que o vínculo seria com saúde em alguns casos. Em cada município, foi possível fazer uma busca de acordo com diferentes critérios para demonstrar, exemplificativamente, como é difícil o cumprimento da LAI em se tratando das entidades que receberam os recursos públicos. Selecionou-se uma por município para fazer a varredura.

No caso de Porto Alegre, o caminho viável, de acordo com as informações disponibilizadas, foi buscar por “gastos por favorecido”, exercício 2018, utilizando a expressão “hospital”, e, entre os resultados está, por exemplo, o Hospital Moinhos de Vento⁵⁴. Existe um filtro de despesas por favorecido, mas como o cidadão vai procurar um favorecido se não se sabe sequer quem é? Não aparece de imediato a referência de qual serviço ele está recebendo o pagamento, o caminho no sítio indica abrir cada um dos CNPJs e consultar individualmente. Não há um filtro que apresente todos os CNPJs que receberam recursos por prestarem serviços para a pasta da saúde. Não há nenhum link remetendo ao portal de prestação de contas do Hospital Moinhos de Vento. Buscando pelo Google, encontra-se o sítio do hospital, mas não a transparência quanto aos recursos recebidos⁵⁵.

No caso do município de Novo Hamburgo⁵⁶, consultando a partir do Exercício 2018, em “Despesas”, não se permite filtro, e o usuário teria que abrir cada uma das despesas e conferir. Os critérios são engessados, não permitem buscas sem preencher algum dos campos. Mesma situação praticamente ocorre no portal de Canoas⁵⁷, pois também permite

⁵³ FELIZ. *Portal da transparência*. GOVBR TransparênciaBrasil. S.d. Disponível em: <https://feliz-portais.govcloud.com.br/pronimtb/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁵⁴ Critérios: Exercício 2018; Despesas por órgão saúde; Categoria econômica despesas correntes; Natureza Despesa outras despesas correntes; Elemento da Despesa Outros serviços de terceiros Pessoa Jurídica; Valor 637.405.322,00 não permite clicar no valor e consultar quem recebeu.

⁵⁵ HOSPITAL MOINHOS DE VENTO. Disponível em: <http://www.hospitalmoinhos.org.br/>. Acesso em: 18 ago. 2022. No sítio do hospital não há portal para prestar contas.

⁵⁶ NOVO HAMBURGO. *Transferências a entidades privadas*. Op. cit.

⁵⁷ CANOAS. *Portal da transparência*. Despesas. S.d. Disponível em: <http://sistemas.canoas.rs.gov.br/transparencia/>

fazer buscas pelas despesas, Exercício 2018, Secretaria de Saúde. Apareceu, no exercício de 2018, para uma análise exemplificativa, a Associação Beneficente de Canoas, a qual, apesar de constar os valores da despesa, não remete a nenhum link ou sítio de prestação de contas. Buscando via google, é possível verificar que essa associação é uma ONG e possui como nome fantasia Hospital Nossa Senhora das Graças⁵⁸, e, uma vez acessando o sítio, não há qualquer transparência quanto ao recurso recebido pelo município.

No município de Picada Café, também pelo *link* do portal de transparência, acessando em despesas, é possível encontrar no *link* de credores o OASE – Hospital Nova Petrópolis. No sítio do município, não há qualquer *link* para prestação de contas dos recursos por parte da entidade. Em pesquisa no Google, descobre-se que é uma ONG, não possui sítio próprio e aparece vinculada apenas às notícias da prefeitura de Nova Petrópolis⁵⁹.

No município de Passo Fundo⁶⁰, é possível, acessando Despesas por órgão, Exercício 2018 e clicando em ASPS (Ações de Serviços Públicos em Saúde), encontrar referência a recursos ao Hospital Beneficente Dr. César Santos⁶¹, entretanto, novamente não há nenhum *link* a um portal de transparência. No entanto, em pesquisa no google, identifica-se no sítio do hospital um portal de transparência.⁶² Interessante é registrar que, tentando acessar tanto as despesas quanto as receitas, o sítio remete ao portal de transparência da prefeitura municipal, para que ela mesma organize como quer disponibilizar a informação.

No caso do município de Venâncio Aires, permite-se identificar as despesas através de Exercício 2018, e, ao selecionar ASPS como filtro, é possível clicar em “outros serviços de terceiros – pessoa jurídica”, onde se encontra a menção ao Hospital São Sebastião Mártir⁶³, mas o sítio está em construção, logo, impossível o acesso a todos os dados.

No sítio do portal do município de Farroupilha⁶⁴, após selecionar os critérios de buscas por Exercício 2018, “Despesas”, aparecem, para seleção, os órgãos, os recursos, os programas, categorias e funções, ou seja, informações de que o cidadão não dispõe ao buscar o acesso. Mesmo selecionando como órgão “Secretaria de Saúde” e “recurso ASPS” como filtro, aparece a seleção por mês e uma infinidade de descrição, dificultando absurdamente a identificação de entidades⁶⁵. Pesquisando então em convênios, encontrou-se o

servlet/wmdespesas?2. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁵⁸ Site do hospital Nossa Senhora das graças. <http://www.gracas.org.br/sobre-o-hospital/a-mantenedora>

⁵⁹ ADMINISTRAÇÃO Municipal investe R\$ 150 mil no Hospital Nova Petrópolis. *Nova Petrópolis*, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.novapetropolis.rs.gov.br/noticias/administracao-municipal-investe-r-150-mil-no-hospital-nova-petropolis>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁶⁰ PASSO FUNDO. *Despesas por órgãos*. 2018. Disponível em: <https://grp.pmpf.rs.gov.br/grp/contabilidade/acessoexterno/balanceteDespesaExterno.faces>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁶¹ O montante é significativo, quase nove milhões e quinhentos mil reais.

⁶² HOSPITAL BENEFICENTE DR. CÉSAR SANTOS. *Portal de transparência*. S.d. Disponível em: <https://www.hbcs.rs.gov.br/portalttransparencia>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁶³ HOSPITAL SÃO SEBASTIÃO MARTIR. Disponível em: <https://hssm.com.br/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁶⁴ FARROUPILHA. *Portal de transparência*. Despesa/Despesa/Despesa orçamentária por categoria. S.d. Disponível em: http://transparencia.farroupilha.rs.gov.br/?secao=despesas&sub=por_categoria. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁶⁵ FARROUPILHA. *Balancete da despesa por categoria*. 2018. Disponível: http://transparencia.farroupilha.rs.gov.br/gerador.php?secao=despesa_por_categoria&relatorio=09/2018&competencia=2018&id_organizacao=&id_recurso=&id_projeto_atividade=&id_categoria=&id_funcao=&id_subfuncao=&id_programa=&id_entidade=1,2,3. Acesso em: 18 ago. 2022.

Hospital Beneficente São Carlos⁶⁶, a fim de proceder a nossa testagem exemplificativa, mas não há qualquer menção ao sítio, para haver transparência.

No município de São Pedro Do Sul⁶⁷, o caminho possível se deu, consultando “despesas por credor”, e, para facilitar a busca, é possível digitar. Digitando “assoc” para buscar alguma associação, foi possível encontrar Associação Lar Santa Rita⁶⁸. Acessando o sítio, não foi observada prestação de contas no portal quanto aos recursos recebidos.

No município de Ipê⁶⁹, buscando por credor, Exercício 2018; palavra-chave “hospital”, entre os resultados, foi possível encontrar a Sociedade Hospitalar São José, e, de forma quase inédita, existe um portal de transparência, mas ele se encontra em manutenção, impossibilitando o acesso.

Por fim, no portal do município de Feliz⁷⁰, utilizando como critério o Exercício 2018, despesas correntes/outras despesas correntes/transferências a instituições sem fins lucrativos/contribuições, constatou-se, entre os resultados, a Associação de Saúde de Feliz (que recebeu mais de 5 milhões de reais no exercício de 2018). Como não há *link* para remeter à associação, em pesquisa no google, descobriu-se de que se trata do Hospital Municipal Schlatter, mas não possui nenhum sítio que pudesse cumprir a transparência dos recursos.

Nesta breve pesquisa, é possível observar, nos casos estudados, que quanto mais se transferem os recursos às entidades parceiras ou conveniadas, maior é a dificuldade de acesso em face das sombras sobre o que deveria ser público, além de dificultar ainda mais o possível exercício do controle social.

Diante dos dados coletados, é oportuno apontar que situação referente ao cumprimento das organizações sociais de saúde e seu cumprimento pela LAI em nível Estadual, já foi objeto de um interessante estudo desenvolvido na obra Organizações Sociais de Saúde e Lei de Acesso à Transparência⁷¹. Em pesquisa que divulga os dados de 2016 e 2017, destacam-se alguns informes da obra: 1) em torno 70% dos sítios eletrônicos das secretarias estaduais não apresentaram a lista das OSSs que foram contratadas; 2) entre os que apresentaram a lista de OSSs, 80% não publicaram os contratos de gestão e termos aditivos em sua íntegra; 3) das quatro maiores OSSs do Brasil em 2016, apenas uma possuía sítio disponibilizando o contrato e gestão e termos de aditivo, além de, a partir de 2017, incluir um E-SIC. Ressalta a obra que a fiscalização e o controle social são fundamentais para boa governança, sendo que a pesquisa revelou uma precariedade das informações prestadas pelas secretarias estaduais,

⁶⁶ HOSPITAL SÃO CARLOS. Disponível em: <http://www.hospitalsaocarlos.com.br/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁶⁷ SÃO PEDRO DO SUL. *Despesas por credor*. S.d. Disponível em: https://e-gov.betha.com.br/transparencia/01037-138/con_gastoporfavorecido.faces. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁶⁸ CASA DO EXCEPCIONAL SANTA RITA DE CÁSSIA. Disponível em: <http://www.casasantarita.com.br/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁶⁹ IPÊ. *Portal da Transparência*. S.d. Disponível em: <https://www.pmipe.rs.gov.br/portal-da-transparencia>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁷⁰ FELIZ. *Portal da transparência*. Op. cit.

⁷¹ ZAGANELLI, Juliana Costa; BUSSINGER, Edna Coelho de Azevedo; BAHIA, Lígia. *Organizações sociais de saúde e a Lei de Acesso à Informação*. Curitiba: Juruá, 2017.

pelas OSSs e pela Comissão de Avaliação e Monitoramento de Contratos de Gestão (órgão que seria responsável pela atividade segundo o artigo 8º da Lei n. 9637/1998)⁷².

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O critério subjetivo, ou seja, é direito administrativo o Direito das pessoas da Administração Pública, oferece alguma segurança. De fato, se a Constituição ou as leis infraconstitucionais estabelecem que determinada pessoa faz parte da Administração, torna-se fácil um esquema de operação (*script*, nos dizeres de Luhmann) que ligue aquela pessoa a um regime jurídico. Tal critério, porém, é insuficiente, pois a Constituição Federal estabelece, em diversos dispositivos, o critério objetivo (ao determinar, por exemplo, que quem sofre abuso de poder de pessoa investida em autoridade pública poderá invocar o mandado de segurança) ou quando estabelece a delegação cartorária, indicando tratar-se de atividade de relevância pública. Por outro lado, há uma tímida evolução legislativa a indicar alguma aplicação de direito administrativo a particulares – como a recente lei anticorrupção e a lei de improbidade (ambas somente aplicáveis nas relações jurídicas com a Administração Pública).

É necessário lembrar, por outro lado, as atuais construções em termos de direitos fundamentais. Uma vez que só há direitos fundamentais enquanto há políticas públicas e serviços públicos, fala-se hoje que o direito administrativo é, no final das contas, o direito constitucional materializado. se o direito administrativo assumiu nova missão, a de colocar condições para a promoção de políticas públicas realizadoras de direitos fundamentais, seu centro se desloca das pessoas da Administração Pública para o cidadão, tornando tênues os critérios antes estabelecidos. O critério subjetivo mostrou-se, assim, insuficiente para uma descrição minimamente complexa do direito administrativo em suas novas facetas. Além disso, também não está adequado às novas demandas que estão emergindo.

De fato, conforme descrito, há uma poderosa onda de atividades de interesse público sendo levada a cabo por pessoas jurídicas privadas – com boas experiências em termos de gestão e eficiência e outras com consequências desastrosas para a moralidade pública e para os valores constitucionais. Por essa razão, compreende-se que a sujeição das entidades de terceiro setor a transparência pública é mais do que necessária, é uma obrigação constitucional capaz de viabilizar o próprio exercício do controle social.

REFERÊNCIAS

ADMINISTRAÇÃO Municipal investe R\$ 150 mil no Hospital Nova Petrópolis. *Nova Petrópolis*, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.novapetropolis.rs.gov.br/noticias/administracao-municipal-investe-r-150-mil-no-hospital-nova-petropolis>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *En busca de la política*. Tradução de Mirta Rosenberg. Buenos Aires: FEC Argentina, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁷² As tabelas e relatórios completos estão na obra: ZAGANELLI, Juliana Costa; BUSSINGER, Edna Coelho de Azevedo; BAHIA, Lígia. *Organizações sociais de saúde e a Lei de Acesso à Informação*. Op. cit., p. 85-128.

BERCOVICI, Gilberto. Administração pública dos cupons. *Consultor Jurídico*, 06 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 20 dez. 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: 15 ago. 2022.

BRASIL. *Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm#art40. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. *Lei 13.019, de 31 de julho de 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. *Lei 9.790, de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm. Acesso em: 24 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3931/2012*. 2ª Câmara. Sessão em: 5/6/2012 – Ordinária. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=396366>. Acesso em: 18 ago. 2022.

CANOAS. *Portal da transparência*. Despesas. S.d. Disponível em: <http://sistemas.canoas.rs.gov.br/transparencia/servlet/wmdespesas?2>. Acesso em: 18 ago. 2022.

CASA DO EXCEPCIONAL SANTA RITA DE CÁSSIA. Disponível em: <http://www.casasantarita.com.br/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CORAZZA, Ana Helena S. *Os contratos de gestão e os termos de parceria nos municípios para a execução da saúde pública: reflexões e propostas à luz da teoria da ação comunicativa*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

COSTA, Marcelo Ferreira José. *Organizações sociais: comentários à Lei Federal n. 9.637, de maio de 2015*. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Direito Administrativo Positivo, v. 14. Coordenadores: Irene Patrícia Nohara; Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho).

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EISENBERG, José. *A democracia depois do liberalismo: ensaios sobre ética, direito e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

FARROUPILHA. *Portal de transparência*. Despesa/Despesa/Despesa orçamentária por categoria. S.d. Disponível em: http://transparencia.farroupilha.rs.gov.br/?secao=despesas&sub=por_categoria. Acesso em: 18 ago. 2022.

FARROUPILHA. *Balancete da despesa por categoria*. 2018. Disponível: http://transparencia.farroupilha.rs.gov.br/gerador.php?secao=despesa_por_categoria&relatorio=09/2018&competencia=2018&id_orgao=&id_recurso=&id_projeto_atividade=&id_categoria=&id_funcao=&id_subfuncao=&id_programa=&id_entidade=1,2,3. Acesso em: 18 ago. 2022.

FELIZ. *Portal da transparência*. GOVBR TransparênciaBrasil. S.d. Disponível em: <https://feliz-portais.govcloud.com.br/pronimtb/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

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. 409p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf;jsessionid=EF-CBB13A8CB3DB1E69200746B62B575D?sequence=1. Acesso em: 18 ago. 2022.

GOMES, Helton Simões. Brasil tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet, diz IBGE. *G1*, 11 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 18 ago. 2022.

GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga. Esfera pública e privada. In: CASTRO, Carmem L. F. de; GONTIJO, Cynthia R. B.; AMABILE, Antônio E. de N. (Orgs.). *Dicionário de políticas públicas*. Barbacena: Editora UEMG, 2012. p. 162-165. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13076#>. Acesso em: 19 nov. 2019.

GUIMARÃES, Bernardo S. *O exercício da função administrativa e o direito privado*. 2010. 219p. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-111633/publico/Bernardo_Strobel_Guimaraes_DO.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2012.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HOSPITAL MOINHOS DE VENTO. Disponível em: <http://www.hospitalmoinhos.org.br/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

HOSPITAL BENEFICENTE DR. CÉSAR SANTOS. *Portal de transparência*. S.d. Disponível em: <https://www.hbcs.rs.gov.br/portalttransparencia>. Acesso em: 18 ago. 2022.

HOSPITAL SÃO SEBASTIÃO MARTIR. Disponível em: <https://hssm.com.br/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

HOSPITAL SÃO CARLOS. Disponível em: <http://www.hospitalsaocarlos.com.br/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

IPÊ. *Portal da Transparência*. S.d. Disponível em: <https://www.pripe.rs.gov.br/portal-da-transparencia>. Acesso em: 18 ago. 2022.

LOPES, Cristiano Aguiar. Acesso à informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos: literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro. *Cadernos de Finanças Públicas*, Brasília, n. 8, p. 5-40, dez. 2007. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3857/1/caderno%20numero%208.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2022.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência da configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVO HAMBURGO. *Transferências a entidades privadas*. S.d. Disponível em: <https://novohamburgo.atende.net/?pg=transparencia#!grupo/3/item/11/tipo/1>. Acesso em: 18 ago. 2022.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Lei de Acesso à Informação: reconstrução da verdade histórica, ambientes regulatórios e o direito à intimidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

PASSO FUNDO. *Despesas por órgãos*. 2018. Disponível em: <https://grp.pmpf.rs.gov.br/grp/contabilidade/acessoexterno/balanceteDespesaExterno.faces>. Acesso em: 18 ago. 2022.

PORTO ALEGRE. *PMPA – Parcerias, convênios e contratos do órgão/entidade*. S.d. Disponível em: http://cnc.procempa.com.br/cnc/servlet/cnc.procempa.com.br.wwwconvencios_portal. Acesso em: 18 ago. 2022.

RECK, Janriê. Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público. 2006. 320f. Dissertação (Mestrado) – Unisc, Santa Cruz do Sul, 2006. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2006/janrie.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. A Lei 12.527/2011 e as entidades do terceiro setor. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (Orgs.). *Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 91-109.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: o regime jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Acesso à informação na prática: orientações para prefeituras e câmaras*. 3. ed. Porto Alegre: TCE-RS, 2021. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/orientacoes_gestores/acesso_informacao_pratica.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Prêmio boas práticas de transparência na internet*. 2. ed. Porto Alegre: TCE-RS, 2015. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/docs/transparencia_2015/relatorio_premio_boas_praticas_2015.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Relatório da transparência ativa dos municípios gaúchos: avaliação realizada em 2017*. Porto Alegre: TCE-RS, 2018. p. 14. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/docs/transparencia_2017/relatorio_transparencia_2017.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/Relatorios/Executivo.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de acesso à informação (LAI): comentários à Lei n. 12.527/2011 e ao Decreto n. 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Direito Administrativo Positivo, v. 33, Coordenadores: Irene Patrícia Nohara; Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho).

SÃO PEDRO DO SUL. *Despesas por credor*. S.d. Disponível em: https://e-gov.betha.com.br/transparencia/01037-138/con_gastoporfavorecido.faces. Acesso em: 18 ago. 2022.

ZAGANELLI, Juliana Costa; BUSSINGER, Edna Coelho de Azevedo; BAHIA, Lígia. *Organizações sociais de saúde e a Lei de Acesso à Informação*. Curitiba: Juruá, 2017.



Vedação da contratação de marca ou produto: há requisitos a serem observados?

Christianne de Carvalho Stroppa

Doutora em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Assessora de Controle Externo no Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Sumário: 1 Introdução. 2 As compras na Lei n. 14.133/2021. 3 Indicação de marca e padronização. 4 Vedação de marca ou modelo. 5 Requisitos. 6 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde o dia 1º de abril de 2021, o tema das contratações públicas se volta a compreender e aplicar a Lei n. 14.133/2021. Denominada “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, irá, a partir de 1º de abril de 2023, revogar integralmente a Lei n. 8.666/1993 – atual norma geral das licitações e contratos –, a Lei n. 10.520/2002 – disciplinadora da modalidade pregão – e os arts. 1º a 47 da Lei n. 12.462/2011 – disciplinadora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (inciso II, art. 193)¹.

Como torcedores de times de futebol, a doutrina tem travado acalorado debate sobre a Lei n. 14.133/2021: para alguns “parece um grande museu de novidades”, já que incorporou institutos consagrados em leis especiais, positivou orientações dos órgãos de controle e apresentou texto prolixo²; para outros há “avanços pontuais, entretanto a nova lei reproduz a mesma gênese excessivamente burocrática, excessivamente formalista, excessivamente engessada e excessivamente desconfiada da Lei n. 8.666/1993³; há quem ilustre a Nova Lei como equivalente a um New Beetle, nos moldes de um fusquinha aprimorado⁴; há ainda àqueles que visualizam na Lei grandes e profundas inovações⁵. Sem ignorar que muitos dos instrumentos nela previstos realmente já constavam em outras legislações, não se pode negar que a principal novidade da Lei n. 14.133/2021, não encontrando qualquer correspondência na Lei n. 8.666/1993, é ter uma linha mestra baseada na governança das contratações, a ser necessariamente implementada pela alta administração do órgão ou entidade (parágrafo único do art. 11 c.c. art. 169).

O Tribunal de Contas da União elaborou a seguinte definição para a Governança das Aquisições, com base no conceito macro de Governança Pública:

¹ As empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias continuarão sendo regidas pela Lei n. 13.303/2016, com a ressalva contida expressamente no art. 178 da Lei n. 14.133/2021, disciplinadora dos crimes. É o que se verifica do §1º, art. 1º c.c. art. 185 da NLLC.

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A nova Lei de Licitações: um museu de novidades? *Consultor Jurídico*, 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>. Acesso em: 30 maio 2022.

³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 54.

⁴ Analogia utilizada por Ronny Charles Lopes de Torres em diversas palestras e aulas.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A nova Lei de Licitações: Op. cit.

Governança das aquisições compreende essencialmente o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições, com objetivo de que as aquisições agreguem valor ao negócio da organização, com riscos aceitáveis.⁶

Como alertado por Isabella Brito,

Trata-se de um conceito em construção, cujo escopo vem sendo delineado pelas boas práticas em planejamento e gestão e disseminado por meio de acórdãos e novos normativos infralegais. Em suma, governança nas aquisições refere-se ao conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle que visam assegurar que as decisões e as ações relativas à gestão das compras e contratações estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas (art. 2º, II da Resolução TCU n. 247/2011).⁷

A Governança, como elemento intrínseco à cultura do Planejamento, tem como principais instrumentos: (i) Plano Anual de Contratações – PAC⁸; (ii) Plano de Logística Sustentável – PLS⁹; (iii) Plano Anual de Capacitação; e (iv) Plano de Tratamento de Risco do Macroprocesso de Contratação.

Evidente que, os instrumentos do PAC e PLS,

[quando] sistematizados e alinhados à metodologia de Gestão de Riscos no metaprocessos de contratações, possibilita o aprimoramento dos mecanismos de governança e de gestão a partir da evidênciação de fragilidades relacionadas, por exemplo, à capacidade operacional e à qualidade dos recursos disponíveis, principalmente, no que diz respeito à qualificação dos gestores dessas unidades, responsáveis diretos pela alocação eficiente de tais recursos.¹⁰

Evidente, então, que o alcance da governança somente se dará, por um lado, com a qualificação, capacitação e certificação dos agentes envolvidos, o que possibilitará a elevação do nível de eficiência, eficácia e efetividade das aquisições e, por outro, com a melhoria das etapas preparatórias do processo de contratação, garantindo concretude a ideia de planejamento.

⁶ BRASIL. TCU. Processo n. TC 025.068/2013-0. *Acórdão n. 2.622/2015* – Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Data da Sessão: 21 out. 2015.

⁷ BRITO, Isabella. Governança em contratações públicas: a transformação passa pelos meios. *Portal L&C*, 17 jul. 2020. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_62.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.

⁸ Ferramenta de gestão que consolida todas as contratações e prorrogações que um órgão pretende realizar no ano subsequente, independente do objeto a ser contratado. Tem como principal objetivo permitir uma visão sistêmica sobre todas as demandas de compras do Governo, atuando na identificação da fragmentação das contratações/compras. (LEONEZ, Angelina. O Plano Anual de Contratações e os desafios na sua operacionalização. *Portal L&C*, 17 mar. 2021. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_94.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.).

⁹ Ferramenta de planejamento que permite ao órgão ou entidade estabelecer práticas de sustentabilidade e racionalização dos gastos e processos na Administração Pública (instituído pelo art. 16 do Decreto Federal n. 7.746/2012). (BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Plano de Gestão de Logística Sustentável* – mapa. Brasília, DF: Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, s.d. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/ acesso-a-informacao/acoes-e-programas/publicacoes/plano-de-gestao-de-logistica-sustentavel-mapa>. Acesso em: 30 maio 2022).

¹⁰ BRITO, Isabella. Governança em contratações públicas: Op. cit.

Dentre os diversos elementos a serem analisados quando do planejamento destaca-se a preocupação da Lei n. 14.133/2021 com os objetos a serem contratados. Enquanto a Lei n. 8.666/1993 enumerava os objetos sobre os quais recaiam seu procedimentos, a Lei n. 14.133/2021 referenciou as pretensões contratuais que serão submetidas ao seu regime jurídico, quais sejam: alienação e concessão de direito real de uso de bens; compra, inclusive por encomenda; locação; concessão e permissão de uso de bens públicos; prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; obras e serviços de arquitetura e engenharia; contratações de tecnologia da informação e de comunicação (art. 2º)¹¹. Não obstante se trate de rol meramente exemplificativo, contempla um elenco composto basicamente por contratos de colaboração¹².

Em reforço, o art. 6º acabou por apresentar definições de alguns desses objetos, em especial: compra, serviço, obra e serviço de engenharia (comum ou especial).

Afora isso, merece destaque a preocupação do legislador em trazer exigências complementares na hipótese da contratação de compras (arts. 40 a 44), de obras e serviços de engenharia (arts. 45 e 46) e de serviços em geral (arts. 47 a 50).

Na hipótese de licitação envolvendo o fornecimento de bens, de forma excepcional, poderá a Administração vedar a contratação de marca ou produto (inciso III, art. 41 da Lei n. 14.133/2021).

Mesmo necessária essa vedação, o que evidencia ser a previsão uma solução apresentada para os diversos problemas enfrentados pelos gestores públicos, certo que o conteúdo do dispositivo não é claro o suficiente para indicar a natureza jurídica do instituto, o procedimento a ser adotado para sua aplicação, o impacto em licitações em curso, o impacto no momento da formalização do contrato, o impacto em contratos já em execução, hipóteses recursais, vigência da vedação e reabilitação da marca ou produto.

2 AS COMPRAS NA LEI N. 14.133/2021

A definição de compra, contida no inciso X, do art. 6º, compreende toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, considerada imediata aquela com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da ordem de fornecimento.

Com efeito imediato na vigência do contrato, que passa a ser de até 5 (cinco) anos¹³, possível também o fornecimento contínuo, como compra realizada pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas (inciso XV, art. 6º).

¹¹ STROPPA, Christianne de Carvalho. Artigos 1º a 4º. In: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (Coords.). *Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada: Lei 14.133/21*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 31.

¹² Tem por objeto prestação determinada, a ser executada por uma das partes para integração no patrimônio da outra. São usualmente bilaterais e comutativos, envolvendo o desembolso de recursos por parte da Administração em favor do particular (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 67).

¹³ Lei n. 14.133/2021. Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

Mesmo que não disciplinada de forma detalhada na Lei, possível entender como compra por encomenda, aquela onde a empresa percebe, quando a Administração realiza um pedido, que não possui quantidade suficiente em estoque, hipótese em que, informada da situação, a Administração concorda em aguardar o produto ser entregue ou até ser produzido. Essa hipótese pode acarretar a necessidade de pagamento antecipado¹⁴, até como garantia de não desistência da compra por parte da Administração. Por outro lado, pode levantar a discussão sobre a aplicação e consequência do direito de arrependimento por parte da Administração¹⁵.

Destaca-se ainda a necessidade de regulamentação para aquisição de bem comum¹⁶:

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.

§1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.

§2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o §1º deste artigo.

Isso não significa que a Administração Pública não tenha que se preocupar com a qualidade da especificação do objeto, podendo contratar objetos com qualidade ótima, excelente desempenho e performance, porquanto o que veda de forma expressa é a contratação de artigos de luxo, supérfluos e, nessa medida, desnecessários e desproporcionais¹⁷.

Sobre o planejamento de compras, verifica-se a obrigatoriedade de a Administração atentar para as condições arroladas no art. 40:

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;

II - processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente;

III - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;

¹⁴ Lei n. 14.133/2021. Art. 145, §1º A antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar 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.

¹⁵ Sobre o direito de arrependimento, cf.: RODRIGUES, Ana Francisca. Direito de arrependimento aplicado às compras sob encomenda e sob medida. *Jota*, 22 fev. 2020 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-de-arrependimento-aplicado-as-compras-sob-encomenda-e-sob-medida-22022020>. Acesso em: 31 maio 2022.

¹⁶ Na esfera federal a regulamentação consta do Decreto n. 10.818/2021.

¹⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Op. cit., p. 465.

IV - condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material;

V - atendimento aos princípios:

- a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;
- b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;
- c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

§1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

§2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

§3º O parcelamento não será adotado quando:

I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

§4º Em relação à informação de que trata o inciso III do §1º deste artigo, desde que fundamentada em estudo técnico preliminar, a Administração poderá exigir que os serviços de manutenção e assistência técnica sejam prestados mediante deslocamento de técnico ou disponibilizados em unidade de prestação de serviços localizada em distância compatível com suas necessidades.

Forte aliado ao planejamento de compras é a necessidade de que a Administração busque o *Best Value of Money*, no sentido de “fazer uma análise de custo-benefício da compra pública, avaliando o retorno que a referida aquisição trará para a Administração”¹⁸.

¹⁸ NÓBREGA, Marcos. Do planejamento das compras. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; TAMARÃO, Tatiana (Coords.). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 449-450.

3 INDICAÇÃO DE MARCA E PADRONIZAÇÃO¹⁹

Tendo como fundamento o princípio constitucional da isonomia, expressamente referido no art. 3º, *caput* da Lei n. 8.666/1993, a indicação da marca sempre foi algo tormentoso. Desejada fervorosamente por aqueles que fazem uso dos objetos adquiridos por meio de licitações e que sofrem com sua má qualidade, não pode ser sinônimo de restrição indevida à competição, sendo admitida em poucas hipóteses²⁰, entre elas, a existência de processo de padronização devidamente implementado.²¹

A Lei n. 14.133/2021 prevê, em seu art. 40, inciso V, alínea “a”, que o planejamento das compras deverá atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho. Importante, de início, apontar que, mesmo não contido no rol do art. 5º da Lei n. 14.133/2021, a padronização está posta como princípio a ser observado pela Administração Pública.

Por outro lado, a utilização da expressão “deverá”²² reflete imposição e torna obrigatória a adoção das providências constantes do elenco, dentre eles o princípio da padronização. Portanto, na vigência da nova lei, a Administração deverá justificar a não observância do referido dispositivo legal, explicitando os fundamentos evidenciadores da impossibilidade de sua aplicação. Ademais, a regra força a que toda compra seja avaliada em face do dito princípio, com o intuito de evitar a aquisição de bens diferentes nos seus elementos componentes, na qualidade, na produtividade e na durabilidade, com implicações diretas e imediatas no estoque, na manutenção, na assistência técnica, nos custos, no controle e na atividade administrativa.²³

Padronizar significa igualar, uniformizar, adotar um modelo. Um princípio, por sua vez, indica o básico, o elementar. Assim, deve a Administração Pública, tomada essa expressão com o sentido lato que lhe é atribuído pelo inciso III, do art. 6º da Lei n. 14.133/2021, em to-

¹⁹ Interessante análise sobre “O Processo de Padronização e o Instituto do ‘carona’” foi feito por: STROPPIA, Christianne de Carvalho; PÉRCIO, Gabriela Verona. O processo de padronização e o instituto do “carona”. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thais. *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 79-97.

²⁰ Lei n. 8.666/1993, art. 7º, §5º: “É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”

²¹ Vide Acórdão n. 1.553/2008 – TCU/Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti; Acórdão n. 2.829/2015 – TCU/Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas; Acórdão n. 113/2016 – TCU/Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas; e Súmula n. 270 do TCU.

²² “[o] que está estatuído no art. 15, I não constitui uma faculdade do poder público de imprimir a padronização. O verbo **deverão** denota que o legislador desejou que sempre nas compras fossem atendidos os aspectos relativos ao **princípio da padronização**. Entendemos que a padronização é obrigatória em todos os casos onde existam possibilidades para tanto, inclusive para bens de consumo.” (SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Princípio e processo de padronização e a utilização de marca. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5220>. Acesso em: 30 maio 2022).

²³ Em parecer dado para a Companhia Vale do Rio Doce, em 25 de novembro de 1994, Toshio Mukai asseverou, tendo como fundamento a Lei n. 8.666/1993: “Ao interpretarmos o dispositivo podemos concluir que o princípio da padronização não é uma mera faculdade conferida pela lei ao administrador. Em absoluto não. Trata-se, sim, de um dever a ele imposto. A padronização é, portanto, a regra que será excepcionada somente quando as condições intrínsecas do bem a ser adquirido impedirem sua execução.” (MUKAI, Toshio. Parecer inédito dado para a Companhia Vale do Rio Doce em 25 de novembro de 1994. *Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, Consulta em Destaque – 628/66/AGO/99*).

dos os negócios para a aquisição de bens, observar as regras básicas que levam à adoção de um padrão que, vantajosamente, possa satisfazer às necessidades das atividades que estão a seu encargo. As compras, portanto, não devem ser simplesmente executadas, mas planejadas e decididas, antes de sua realização, sempre segundo esse princípio e as finalidades de interesse público que se busca alcançar.

Em síntese, cabe à Administração Pública, sempre que possível, adotar o modelo, dentre os vários bens similares encontráveis no mercado, ou criar o seu próprio padrão, inconfundível com qualquer dos existentes.²⁴ Na primeira hipótese, acolherá, conforme o bem, determinadas especificações ou uma marca (bens móveis) ou um tipo (alimento), por exemplo. Na segunda hipótese, indicará como deve ser o bem desejado.

Tanto a eleição da marca, como a adoção de um padrão próprio, somente pode acontecer mediante prévia e devida justificativa, lastreada, conforme o caso, em estudos, laudos, perícias e pareceres técnicos, em que as vantagens para o interesse público fiquem clara e sobejamente demonstradas, sob pena de caracterizar fraude ao princípio da licitação²⁵. Nada, portanto, pode ficar ao critério subjetivo da autoridade administrativa.²⁶

²⁴ Acerca da vantajosidade da padronização, como apontado por Marçal Justen Filho:

- a) é um importante instrumento de racionalização da atividade administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos. Significa que a padronização elimina variações tanto no tocante à seleção de produtos no momento da contratação como também na sua utilização, conservação etc.;
- b) há menor dispêndio de tempo e de esforços na ocasião da contratação, eis que a Administração já conhece as características técnicas da prestação. Não há necessidade de longos exames para selecionar a melhor opção;
- c) todas as contratações posteriores serão efetuadas de acordo com as linhas mestras predeterminadas.
- d) há ganhos no curso da execução do contrato;
- e) os servidores públicos não precisam ser treinados para novas técnicas ou características desconhecidas dos objetos;
- f) as providências de conservação e manutenção são idênticas às praticadas no passado;
- g) não há necessidade de multiplicação de estoques de peças de reposição, material de consumo etc., eis que esse conjunto de bens pode ser utilizado, de modo indistinto, para a totalidade dos produtos obtidos por meio de contratações (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 295).

Eduardo Azeredo Rodrigues aponta que "A padronização deve ser resultado da experiência da Administração nas aquisições de produtos e utilização de serviços, com vistas a repercutir nas futuras contratações, que deverão ser pautadas pelas constatações predeterminadas. Uma das principais vantagens que a padronização pode proporcionar, sob os aspectos técnico e econômico, é o aproveitamento do *know-how* utilizado na manutenção e conservação dos novos produtos – tendo por paradigma as experiências anteriores – bem como o uso dos mesmos insumos que passarão a atender não só aos antigos equipamentos como a todos os novos, padronizados. Deve-se destacar, entretanto, que padronização não se confunde com escolha de marca, demais de que se admite apenas excepcionalmente a exclusividade de marca, quando for tecnicamente justificável. A padronização tem o objetivo de definir características referentes às especificações técnicas e de desempenho de determinado gênero de produtos que são almejadas pela Administração Pública, o que pode resultar na conclusão de que determinadas marcas atendem ao tipo de padronização adotado ou, até mesmo, apenas determinado fabricante oferece o produto que se coaduna com os padrões pretendidos. Pode também haver a conclusão motivada e circunstanciada no sentido de que a homogeneidade de produtos adquiridos, ainda que existam similares no mercado, é a única solução que satisfaz ao interesse público, sob as perspectivas da economicidade e eficiência. Nessa última hipótese, óbice não há que a Administração conclua pela escolha de determinada marca, sendo esta a única que ostenta as características compatíveis com a padronização adotada, ou desde que haja justificada necessidade de adoção de apenas uma marca (RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da padronização*. 2010. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uid=e2f26adc-f860-4836-bfb1-1012092f25ae&groupId=10136. Acesso em: 31 maio 2022).

²⁵ O art. 337-F inserido no Código Penal, pelo art. 178 da Lei n. 14.133/2021, disciplina ser crime "frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório".

²⁶ Por isso, tem razão Raul Armando Mendes quando ensina que a padronização só deve ser adotada se oferecer real interesse para os serviços públicos, que sua adoção não deve ficar ao alveldo do administrador e que a falta da

Igualmente, a padronização não deve ser utilizada como fim em si mesma, isto é, padronizar por padronizar.²⁷ A despeito da imposição extraída do referido art. 40, inciso V, alínea “a”, a racionalidade da padronização está nos benefícios que ela pode proporcionar à Administração Pública, considerando a natureza do objeto e do mercado em que ele se insere, assim como os custos envolvidos. Portanto, padronizar será justificável quando, analisadas todas as variáveis, for o caminho apto a trazer maiores benefícios.²⁸

A indicação de marca é tema conexo à padronização. Por meio desse processo é possível não apenas padronizar características de certos objetos, mas, também, em algumas situações, a marca dos objetos a serem adquiridos pela Administração. Ao se indicar a marca, garante-se a padronização exata dos objetos futuros com aqueles já existentes. Porém, por configurar uma restrição à competição, a vinculação à marca precisa estar justificada no processo, considerando a natureza dos objetos e os fins a serem alcançados.

A Lei n. 14.133/2021 segue, rigorosamente, essa linha de raciocínio. O já referido princípio da padronização inclui considerar a “a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho”. Ainda, o art. 41, inciso I prevê a indicação de marca em caráter excepcional, desde que formalmente justificada, em quatro hipóteses: i) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; ii) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração; iii) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for o único capaz de atender às necessidades do contratante; e iv) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo apto a servir apenas como referência.²⁹

comprovação das vantagens pode ensejar a sua anulação administrativa ou judicial e a responsabilização do agente que a determinou. A padronização, seja pela escolha de uma marca, seja pela entronização de um modelo próprio, não pode ser meio, instrumento, para beneficiar ou prejudicar fornecedores (MENDES, Raul Armando. *Comentários ao estatuto federal das licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 41.).

²⁷ Até porque, como ensina Justen Filho, “a Administração deverá ter em vista aquisições passadas e futuras. A padronização aplica-se não apenas a uma compra específica, especialmente quando se trate de bem de vida útil continuada. Ao selecionar o fornecedor para produtos não consumíveis, a Administração deverá ter em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever eventuais futuras aquisições. Somente assim a padronização produzirá os efeitos desejados, consistentes na redução de custos de manutenção, simplificação de mão-de-obra etc.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. Op. cit., p. 295.).

²⁸ É certo que, contudo, que sempre que um mecanismo racionalizador das compras puder ser usado em benefício da Administração Pública, qualquer bem por ela desejado pode e deve ser padronizado. É a lição que se retira sem maior dificuldade da precisa afirmação de Hely Lopes Meirelles, quando prescreve que “O princípio da padronização impõe que as compras de materiais, equipamentos e gêneros de uso comum na Administração se realizem mediante especificações uniformes, que, dentre outras coisas, busquem compatibilizar a técnica com o desempenho e igualar as condições de manutenção e assistência técnica.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 66.).

²⁹ Muito embora a Lei não coloque de maneira expressa que o objeto da licitação deve ser caracterizado de forma adequada, sucinta e clara, seus dispositivos sugerem que a descrição do objeto deve ser simples e sem maiores detalhes, ressalvados aqueles necessários à sua perfeita caracterização (vide arts. 18, 25 e 150). O objeto deve ser descrito de forma que revele a exata necessidade do Poder Público, com todas as características indispensáveis, afastando-se aquelas irrelevantes e desnecessárias, que apenas restringem a competição. A indefinição do objeto, além de dificultar a obtenção dos resultados pretendidos pela Administração, lesa o princípio da isonomia, pois a falta de clareza impede a elaboração de uma proposta objetiva e, conseqüentemente, a precisão nos demonstrativos de custo, necessária para se concorrer em igualdade de condições. Assim, a

Vale salientar que a doutrina já entendia, com fundamento na Lei n. 8.666/1993, que a aquisição de produto de marca determinada, com exclusão de similares, era possível (i) para a continuidade de utilização de marca adotada no serviço público; (ii) para a adoção de nova marca mais conveniente que as utilizadas; (iii) para padronização de marca ou tipo no serviço público. O essencial, nessas situações, é que a Administração demonstre que a adoção da marca busca apenas atender o interesse público, afastando as predileções ou aversões pessoais do administrador.³⁰

O art. 40, §3º, inciso III da Lei admite a possibilidade de o processo de padronização ou de escolha da marca levar a fornecedor exclusivo. É imprescindível, nesses casos, que sejam verificadas as diferentes soluções existentes e produzidas as justificativas para amparar a escolha da Administração, de forma que atenda o interesse público. Não há reprovação legal à utilização de marca como meio de identificação de um objeto escolhido por suas qualidades ou propriedades intrínsecas, podendo levar a uma situação de inviabilidade absoluta de competição. A avaliação deve ser, no entanto, objetiva, podendo-se, mesmo, valer-se da marca como forma de identificação do objeto, desde que tal opção tenha sido baseada em características pertinentes ao próprio objeto. Embora se entenda que a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, admite-se a identificação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.³¹

Em relação à descrição do objeto com características exclusivas ou com indicação de marca, têm o TCU, ao decidir sobre a questão, buscado confrontar a razoabilidade dessa restrição à competitividade com o interesse público. Sua jurisprudência caminha na direção de se admitir a indicação de marca como parâmetro de qualidade do objeto a ser licitado, desde que a Administração demonstre, de forma efetiva, que pretende dar continuidade à utilização de determinada marca já adotada, ou utilizar marca mais conveniente ou padronizar marca no serviço público.³²

descrição precisa do objeto da licitação, com a indicação de suas características técnicas, visa alcançar plenamente o princípio da igualdade (vide Súmula 177 do Tribunal de Contas da União) Somente de posse de todas as informações sobre o produto a ser licitado é que os interessados poderão disputar o certame em igualdade de condições. A falta de clareza do objeto da licitação também fere o princípio do julgamento objetivo, pois não haverá condições de comparar as propostas ofertadas nem de demonstrar que o preço proposto é compatível. Em suma, pode-se dizer que a falta de definição correta e clara do objeto da licitação ofende, sobremaneira, o princípio fundamental da licitação, que é a competição. Nesse contexto, a indicação de marca pode ser admitida, conforme doutrina e jurisprudência assente, para a identificação e definição adequada do objeto pretendido na licitação, melhorando as condições de competição.

³⁰ Na Lei n. 14.133/2021, a palavra “marca” aparece sete vezes: em cinco é admitida sua indicação, mesmo que excepcionalmente, e apenas em duas é vedada.

³¹ Marçal Justen Filho, ao tratar do tema no contexto da Lei n. 8.666/1993, ensina que “[a] vedação do §5º (art. 7º) conjuga-se com o art. 25, inciso I, a cujo conteúdo se remete. É possível a contratação de fornecedores exclusivos ou a preferência por certas marcas, desde que essa seja a solução mais adequada para satisfazer as necessidades coletivas. Não se admite a opção arbitrária, destinada a beneficiar determinado fornecedor ou fabricante. A proibição não atinge, obviamente, a mera utilização de marca como instrumento de identificação de um bem – selecionado pela Administração em virtude de suas características intrínsecas. O que se proíbe é a escolha do bem fundada exclusivamente em uma preferência arbitrária pela marca, processo psicológico usual entre os particulares e irrelevante nos limites do direito privado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. Op. cit., p. 252).

³² Vide TCU. Acórdão n. 1.547-22/2004 – 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues e TCU. Acórdão n. 300/1998 – 1ª Câmara, Rel. Min. Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

4 VEDAÇÃO DE MARCA OU MODELO³³

O art. 41 da Lei n. 14.133/2021 de forma curiosa, porquanto está a tratar da indicação de marca ou modelo, de exigência de amostra ou prova de conceito e da solicitação da carta de solidariedade, indica a possibilidade da vedação da contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual (inciso III, art. 41).

A Administração passa a ter um poderoso instrumento para excluir de futuras contratações, determinadas marcas e modelos que, em contratos passados, lhe causaram problemas. Na Lei n. 8.666/1993 não havia essa possibilidade, cabendo apenas a verificação e apenação da empresa contratada, o que não implicava em proibição de ser a mesma marca e modelo apresentada em futura contratação.

Podendo ser denominado de “atestado de vida pregressa”, verifica-se que esse “atestado” não pode ser ampliado para serviços ou para os contratantes. Para tanto, a Administração Pública, caso queira validar, pontuar ou, enfim, considerar em uma licitação a atuação pretérita de uma empresa ou de um serviço, deverá se valer de outras regras.³⁴

Trata-se de um avanço na gestão, ao aproximar o Poder Público do mundo corporativo da iniciativa privada, porquanto estas têm capacidade para “fugir” de determinadas marcas que criam problemas ao invés de oferecerem soluções³⁵.

Para que não estejamos perante uma vedação eterna, decorrente de atos de personalidade do gestor público, com o fito único de prejudicar certa e determinada empresa, necessário que alguns requisitos expressos ou não no referido dispositivo, sejam observados.

5 REQUISITOS

Podem ser indicados como *requisitos expressos*: (i) vedação incide sobre o objeto e não sobre a empresa contratada; (ii) objetos já adquiridos e utilizados pela Administração; (iii) extensão para outros órgãos e entes públicos; (iv) prévio processo administrativo; e (v) vedação como consequência lógica. Já, como *requisitos implícitos*: (vi) natureza jurídica; (vii) impactos nas licitações em curso, na formalização dos contratos e nos contratos já em execução; (viii) hipóteses recursais; (ix) vigência; e (x) hipótese de reabilitação.

Dentre os requisitos expressos, não resta dúvida de que a vedação incide obrigatoriamente sobre o objeto contratado (Item I) e não sobre a empresa contratada. Isso significa

³³ Sugere-se a oitiva dos professores João Domingues e Rafael Sérgio de Oliveira no Reverbere Podcast #03 (PORTAL L&C. Vedação de contratação de marca ou produto na NLL – Reverbere Podcast #03. *Youtube*, jun. 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4o1xGoJ_RZE. Acesso em: 03 jun. 2022).

³⁴ HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”. *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/05/13/a-folha-corrida-das-marcas-e-produtos-atestado-de-vida-pregressa/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

³⁵ SANTOS, Laércio José Loureiro dos. A nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca. *Migalhas*, 04 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349627/a-nova-lei-de-licitacoes-e-o-procedimento-para-proibicao-de-marca>. Acesso em: 30 maio 2022.

que não se trata de hipótese onde a contratada apresentou objeto diverso daquele licitado e/ou contratado, hipótese em que a contratada estaria em total desconformidade com o que fora pactuado, podendo sofrer as sanções previstas no art. 156 da Lei n. 14.133/2021.

Em reforço, destaca-se a obrigatoriedade de que os objetos já tenham sido adquiridos e já tenham sido utilizados pela Administração (Item II). Isso implica, em análise preliminar, que a própria Administração, ou seja, o órgão ou entidade por meio do qual a Administração Pública atua (inciso IV, art. 6º da Lei n. 14.133/2021), tenha comprado e usado o objeto; não sendo possível se valer de problemas causados em contratos de outra Administração (Item III). Como consequência, não seria possível que determinado órgão ou entidade pública se utilize de vedação de marca ou produto aplicada por outro órgão ou ente público.

Para Marçal Justen Filho, a “expressão ‘marca’, adotada no dispositivo, não pode ser interpretada na acepção genérica. Ou seja, não pode alcançar todo e qualquer produto de que apresente a mesma marca daquele adquirido anteriormente.”³⁶

Em sentido contrário, pela possibilidade de determinado ente licitante se valer de vedação aplicada por outro órgão ou ente, seria “plenamente possível, desde que se respeite o devido processo legal, bem como exista pertinência na contratação. Assim, os produtos adquiridos e utilizados anteriormente e que não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual podem ser comprovados a partir de informações de outros entes públicos. Exemplo: se determinado Estado da federação atestou idoneamente que um medicamento não possui capacidade de curar certa doença, isso deve ser considerado por outro ente federado”³⁷.

Por se tratar de ato restritivo de direito, em estrita obediência aos preceitos constitucionais, a Administração deverá instaurar processo administrativo específico para aplicar referida vedação (Item IV).

Para pleno atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa (inciso LV, art. 5º da Constituição Federal), mesmo que relacionados a objetos e não a pessoas, sugere-se a instauração de um Processo de Vedação, tendo como parâmetros, de forma análoga e no que couber, o Processo de Apuração de Responsabilidade – PAR, previsto no art. 158 da Lei n. 14.133/2021. Imperiosa a indicação de servidor com conhecimento técnico do objeto para compor a Comissão de Vedação.

A vedação tem que decorrer de forma coerente, lógica e racional do processo instaurado, no qual fique evidenciado que os produtos não atenderam os requisitos indispensáveis ao pleno atendimento da obrigação contratual (Item V). Por outro lado, obrigatória a observância do princípio da segregação de funções, pois “não se admite que a imposição da vedação à contratação seja aplicada por agente público que tenha atuado no âmbito da contratação relativa ao objeto”.³⁸

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. 19. ed. Op. cit., p. 554.

³⁷ HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – Op. cit.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. 19. ed. Op. cit., p. 554.

Como requisitos implícitos, necessário verificar qual a natureza jurídica da vedação (Item VI). Não resta dúvida que se trata de sanção, já que decorrente do descumprimento dos requisitos indispensáveis ao pleno atendimento da obrigação contratual.

Mesmo que não esteja expressamente contida nas hipóteses do art. 155, até porque se trata de rol aberto, bem como porque são hipóteses praticadas por licitantes e contratadas, às quais acarretam sanções aplicadas a essas pessoas, seria possível entender que a constatação pode ser tipificada como inexecução parcial ou até total do contrato.

Como consequência, a sanção de vedação está implícita no art. 156, o qual, por evidenciar um rol fechado, enumera as consequências administrativas pelo descumprimento das infrações indicadas no art. 155, quais sejam: advertência, multa moratória, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade.

O que fica evidente é se tratar de sanção aplicável ao objeto e não à contratada, o que não a torna impedida de participar de outros processos licitatórios ou contratações diretas.³⁹

Sobre os impactos nas licitações em curso, na formalização dos contratos e nos contratos já em execução (Item VII), seria possível considerar, em todas essas situações, que a Administração poderia determinar ao licitante ou à contratada a alteração da marca ou modelo apresentado, mesmo que isso gerasse algum direito ao reequilíbrio econômico-financeiro de contrato já formalizado. Será necessário que a Administração faça a efetiva ponderação da determinação da alteração da marca ou modelo, porquanto, em algumas situações, isso já terá sido avaliado e aceito pela Administração.

Não resta dúvida de que a contratada poderá apresentar recurso sobre a decisão de vedação (Item VIII), sendo cabível, na hipótese, o pedido de reconsideração, nos termos do inciso II, art. 165 da Lei n. 14.133/2021.

Como não se aceita, em um Estado Democrático de Direito, aplicação de sanções eternas, razoável que a Administração indique um prazo para cabimento/vigência da vedação (Item IX). Até porque, para a Administração basta que a contratada troque o produto, mas como fica a vedação? Um grande aliado seria o estabelecimento de critérios para reabilitação de marca ou modelo, o qual pode buscar, por analogia, os parâmetros indicados no art. 163 da Lei n. 14.133/2021 (Item X)⁴⁰. “Deve-se assegurar ao interessado a faculdade de

³⁹ “Ainda, deve-se perceber que o inciso III do art. 41 não se confunde com a sanção de impedimento de contratar com o poder público ou com a declaração de inidoneidade (incisos III e IV do art. 156 da Lei n. 14.133/2021). O art. 41 não alberga caso de sanção, porque trata de uma opção técnica por produtos que sejam mais eficientes, deixando-se de adquirir objetos que não se mostraram qualificados. Por conseguinte, o art. 41, inciso III, indica que não se volte a comprar certos bens, enquanto que o art. 156 gera efeitos sancionatórios e impeditivos a pessoas. É dizer: o primeiro tem cunho objetivo e o segundo espectro subjetivo. Veja a diferença: imagine que a empresa “A” forneça refil para impressoras da marca “X”. Esta se mostrou muito ruim, e houve determinação para não mais se contratar esta marca. Contudo, nada impede que a mesma empresa “A” possa participar de novas licitações e fornecer um refil de marca “Y” ou “Z” ou “W”. A mesma fabricante pode possuir produtos de maior qualidade, e não estará impedida de participar de certames – o que não pode é voltar a entregar a marca rechaçada.” (HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – Op. cit.).

⁴⁰ “Então, consideramos que pode existir uma reabilitação do contratado a qualquer momento, desde que prove, cabal e tecnicamente, que o produto deixa de apresentar vícios e passa a estar dotado de suficiente qualidade. Esta reabilitação deve ser feita perante os técnicos da Administração Pública, aos quais cabe formular parecer neste sentido.” (HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – Op. cit.).

pleitear, a qualquer tempo, a revogação da vedação, mediante instauração de novo processo administrativo destinado a evidenciar a eliminação dos defeitos que motivaram a decisão administrativa⁴¹.

Outra providência relevante é dar ampla publicidade

à decisão administrativa que proíbe a contratação de determinada marca ou produto, a fim de orientar toda a Administração Pública e outros fornecedores que eventualmente intentem participar de licitação fornecendo o objeto já vetado. É adequado que essa publicidade seja feita no portal de licitação de cada órgão. Por conseguinte, pende a dúvida quanto ao prazo para se manter vedada a aquisição de certo produto ou marca na forma do art. 41, inciso III, da Lei n. 14.133/2021⁴².

Em complemento:

Outro requisito para a instauração, prosseguimento e imposição da pena genérica de vedação de marca será o registro junto ao Portal Nacional de Contratações Públicas da mesma forma que serão feitos os registros de licitações.

Aliás, a realização de licitações pode – facultativamente – utilizar a plataforma do PNCP. No caso do processo administrativo de vedação de marca, a interpretação sistemática nos leva à conclusão da obrigatoriedade do uso da plataforma do PNCP, seja porque garante mais elevado grau de possibilidade de conhecimento pela marca a ser vedada (e, portanto, do exercício da ampla defesa), seja porque a nova lei de licitações prevê que o catálogo eletrônico de padronização (art. 174, §3º) deve constar no PNCP e a vedação de marca configura um detalhamento do referido catálogo.

Além disso, o PNCP dará acesso Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), motivos que reforçam a necessidade de que todo o procedimento seja feito no seio desta nova plataforma ou – pelo menos – encaminhado após o término do processo administrativo, caso resulte na vedação da marca.

É possível (e até provável) que haja um cadastro específico das marcas vedadas já que a proibição de marca não se encaixa – nos exatos termos – às descrições do parágrafo anterior.⁴³

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esteira da implementação do planejamento das contratações, a Lei n. 14.133/2021 inova ao possibilitar que a Administração possa reprová-la marca ou modelo de produto utilizado em contrato em curso, o que permite seja vedada em futuras contratações.

Nota Juliano Heinen, que:

Para que o dispositivo possa ser bem aplicado, mostra-se imprescindível que seja regulamentado, a fim de se definir parâmetros objetivos para se considerar que um

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. 19. ed. Op. cit., p. 555.

⁴² HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – Op. cit.

⁴³ SANTOS, Laércio José Loureiro dos. A nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca. Op. cit.

produto não atende à contratação pretendida – respeitadas as providências do art. 41 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/21). E isso deverá ser provado e decidido em processo administrativo, momento em que, como dito, dar-se-á oportunidade à defesa do licitante. Por exemplo: deve ser considerado determinado produto em relação à determinada contratação. Essa pertinência, ou melhor, esse nexo deverá ser balizado, por conta de que um objeto contratado pode ser ineficiente para certa situação, mas efetivo para outra contratação diversa. Por isto que a história de consumo do produto deverá estar documentada, sendo um documento central na aplicação do art. 41, inciso III, da Lei Geral de Licitações e Contratos.⁴⁴

Dentre os requisitos expressos e implícitos, evidencia-se que o disposto no citado inciso III, art. 41 carece de regulamentação, especialmente para definir de que forma será a vedação aplicada, o que garantirá segurança jurídica, em especial, para a contratada que tiver um produto com marca ou modelo vedado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Plano de Gestão de Logística Sustentável – mapa*. Brasília, DF: Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, s.d. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/publicacoes/plano-de-gestao-de-logistica-sustentavel-mapa>. Acesso em: 30 maio 2022
- BRASIL. TCU. Processo n. TC 025.068/2013-0. *Acórdão n. 2.622/2015* – Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Data da Sessão: 21 out. 2015.
- BRITO, Isabella. Governança em contratações públicas: a transformação passa pelos meios. *Portal L&C*, 17 jul. 2020. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_62.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.
- HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”. *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/05/13/a-folha-corrida-das-marcas-e-produtos-atestado-de-vida-pregressa/>. Acesso em: 17 ago. 2022.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- LEONEZ, Angelina. O Plano Anual de Contratações e os desafios na sua operacionalização. *Portal L&C*, 17 mar. 2021. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_94.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Raul Armando. *Comentários ao estatuto federal das licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- MUKAI, Toshio. Parecer inédito dado para a Companhia Vale do Rio Doce em 25 de novembro de 1994. *Informativo Licitações e Contratos – ILC*, Zênite, Consulta em Destaque – 628/66/AGO/99.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

⁴⁴ HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – Op. cit.

NÓBREGA, Marcos. Do planejamento das compras. *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; TAMARÃO, Tatiana (Coords.). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A nova Lei de Licitações: um museu de novidades? *Consultor Jurídico*, 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>. Acesso em: 30 maio 2022.

PORTAL L&C. Vedação de contratação de marca ou produto na NLL – Reverbere Podcast #03. *Youtube*, jun. 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4o1xGoJ_RZE. Acesso em: 03 jun. 2022

RODRIGUES, Ana Francisca. Direito de arrependimento aplicado às compras sob encomenda e sob medida. *Jota*, 22 fev. 2020 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-de-arrependimento-aplicado-as-compras-sob-encomenda-e-sob-medida-22022020>. Acesso em: 31 maio 2022.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da padronização*. 2010. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e2f26adc-f860-4836-bfb1-1012092f25ae&groupId=10136. Acesso em: 31 maio 2022.

SANTOS, Laércio José Loureiro dos. A nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca. *Migalhas*, 04 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349627/a-nova-lei-de-licitacoes-e-o-procedimento-para-proibicao-de-marca>. Acesso em: 30 maio 2022.

SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Princípio e processo de padronização e a utilização de marca. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5220>. Acesso em: 30 maio 2022.

STROPPIA, Christianne de Carvalho. Artigos 1º a 4º. *In*: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (Coords.). *Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada*: Lei 14.133/21. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

STROPPIA, Christianne de Carvalho; PÉRCIO, Gabriela Verona. O processo de padronização e o instituto do “carona”. *In*: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thais. *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2021.



A promoção da diversidade racial no âmbito das contratações públicas: mecanismos e iniciativas

Daiesse Quênia Jaala Santos Bomfim

Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Auditora de Controle Externo no Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Presidente da Comissão de Estudos sobre Diversidade Racial no Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Odilon dos Santos Silva

Pós-Graduado em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Baiana de Direito. Graduado pela Universidade Federal da Bahia. Membro da Comissão de Estudos sobre Diversidade Racial no Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Advogado e Consultor Jurídico.

Sumário: 1 Introdução. 2 A teoria ESG, diversidade racial e iniciativas do setor privado. 3 A promoção de ações afirmativas na esfera pública. 4 Diversidade racial e as contratações públicas: mecanismos e iniciativas. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Antes de falar sobre a necessidade de políticas de promoção da diversidade racial no âmbito das contratações públicas é imprescindível apresentar o contexto histórico da luta da raça negra por direitos fundamentais básicos, bem como sobre o processo de reparação, ainda hoje maculado, em todas as esferas sociais, como forma de reaver o enorme abismo enfrentado pelos negros por causa da escravidão.

No ano de 1888, o Brasil aboliu a escravidão oficialmente. No entanto, embora tenha sido ato positivo e necessário, não implicou a adequada reintegração da população escravizada à sociedade. Com efeito, a Lei Áurea era composta apenas por dois artigos, um declarava extinta a escravidão no Brasil a partir daquela data e o segundo apenas revogava as disposições em contrário.

Não foram criadas políticas ou definidos mecanismos de reparação social que pudesse estruturar e dar direcionamento àquelas pessoas que viveram escravizadas durante tanto tempo, situação que gerou, conseqüentemente, acentuado grau de vulnerabilidade econômica, social e histórica do povo negro, ainda evidente atualmente.

A conjuntura a que a população negra foi submetida não permitiu a sua adequada inclusão no mercado de trabalho, nem a ocupação de postos assalariados dignos, ao contrário, a precarização da mão de obra do povo negro e a localização em áreas estagnadas economicamente foram determinantes para a ampliação das desigualdades raciais. Fator adicional predominante se referiu ao estabelecimento de políticas migratórias que valorizavam e conferiam terras a europeus, no contexto de projeto de desenvolvimento nacional que buscava “embranquecer” o território brasileiro.

Ainda nessa esteira, a lição da professora Sueli Carneiro¹ nos ensina que o conflito racial “permanece aqui, hoje, estruturando a sociedade brasileira, organizando a própria es-

¹ CARNEIRO, Sueli. Sobrevivente, testemunha, porta-voz. [Entrevista concedida a] Bianca Santana. *CULT – Revista Brasileira de Cultura*, São Paulo, n. 223, p. 12-20, maio 2017.

trutura de classes sociais. Porque no topo da pirâmide temos uma hegemonia absolutamente branca e nas bases uma maioria absolutamente negra. Então, raça estrutura classe no Brasil. Este problema está aí desde a abolição”.

Diante desse cenário de desigualdade, temos a violência como o primeiro sintoma do descaso com a população negra. O Atlas da Violência de 2020 comprova que as principais vítimas de homicídios do país são indivíduos pretos:

[...] apenas em 2018, para citar o exemplo mais recente, os negros (soma de pretos e pardos, segundo classificação do IBGE) representaram 75,7% das vítimas de homicídios, com uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 37,8. Comparativamente, entre os não negros (soma de brancos, amarelos e indígenas) a taxa foi de 13,9, o que significa que, para cada indivíduo não negro morto em 2018, 2,7 negros foram mortos. Da mesma forma, as mulheres negras representaram 68% do total das mulheres assassinadas no Brasil, com uma taxa de mortalidade por 100 mil habitantes de 5,2, quase o dobro quando comparada à das mulheres não negras.²

Tal desproporção representa um verdadeiro menosprezo à condição humana do negro e revela, por si só, a falha na política de diversidade racial.

Quanto à questão das desigualdades educacionais entre brancos e negros no Brasil, uma pesquisa publicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)³ destacou que:

A dívida histórica do país com a educação de seu povo é ainda maior com a população negra. Enquanto 3,9% da população branca com 15 anos ou mais é iletrada, o percentual sobe para 9,1% entre os negros. Entre os brasileiros analfabetos com mais de 60 anos, 10,3% são brancos. E 27,5% são negros. Entre outros dados negativos, 40% das pessoas com mais de 25 anos não chegaram a concluir essa etapa da educação básica; 30,7% dos alunos do ensino médio estavam defasados em relação idade/série ou fora da escola. E outros 46% não se qualificavam para o trabalho e muito menos trabalhavam. Embora tenha aumentado de 46,2% para 47,4% o índice de pessoas com 25 anos ou mais que tenham finalizado o ensino médio, essa variação não foi acompanhada de redução na desigualdade racial. Enquanto os brancos constituem 55,5% desse universo, os negros correspondem a 40,3%.

Sob o viés do mercado de trabalho, o Boletim Especial do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), datado de 10 de novembro de 2020⁴, demonstrou que, entre o 1º e 2º semestre de 2020, dos 8 milhões de pessoas que perderam o emprego, 6,3 milhões eram negros e negras, o equivalente a 71% do total. A publicação informa, ademais, que entre o 4º trimestre de 2019 e o 2º trimestre de 2020, cerca de 72% ou 8,1 milhões de negros e negras estavam em situação vulnerável no país.

² IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. *Atlas da Violência 2020*. Brasília, DF: IPEA, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 20 maio 2022.

³ OLIVEIRA, Cida de. Pesquisa IBGE mostra que educação brasileira ainda não é para todos. *Rede Brasil Atual* – RBA, 20 jun. 2019. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/06/pesquisa-ibge-mostra-que-educacao-brasileira-ainda-nao-e-para-todos/>. Acesso em: 06 maio 2022.

⁴ DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Desigualdade entre negros e brancos se aprofunda durante a pandemia. Boletim Especial*, 10 nov. 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimespecial/2020/boletimEspecial03.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

O fato é que o decreto da abolição da escravatura sem garantir condições mínimas de dignidade e acesso à educação, saúde, habitação e trabalho, representou, para população negra, uma sentença de vulnerabilidade permanente e arraigada.

É dentro dessa conjuntura histórica de “abandono” da raça negra que, ao longo dos anos, passou a surgir movimentos pela inserção dos negros nas diversas camadas sociais, numa busca incessante pela propagação de ações afirmativas em universidades, em ambientes corporativos, na administração pública, tudo isso para minimizar o impacto de todos esses anos de exclusão social.

2 A TEORIA ESG, DIVERSIDADE RACIAL E INICIATIVAS DO SETOR PRIVADO

O mercado de trabalho brasileiro é marcado por um abismo social, quando comparadas as oportunidades entre trabalhadores negros e brancos. A falta de representatividade é ainda mais latente quando colocamos em evidência as funções de chefia e liderança. Tal fato é fruto também de um comportamento histórico de gestão dos ambientes privados, inexpressivamente comandados por pessoas negras.

No entanto, é importante destacar um movimento crescente da disseminação de políticas e práticas de diversidade, que acabam induzindo e praticamente obrigando, as empresas do setor privado a se adequarem ao cenário com medidas em resposta às cobranças da sociedade no que tange a diversos aspectos sociais, dentre eles a diversidade racial na composição dos seus quadros de funcionários.

Com efeito, ao longo dos últimos anos, conceitos como sustentabilidade e responsabilidade adquiriram especial relevância no mundo corporativo, que vislumbrava, para além dos indicadores econômicos, o impacto da sua imagem perante seus stakeholders. O surgimento da teoria ESG – *Environmental, Social and Governance* (Ambiental, Social e Governança) –impulsionou a preocupação em torno desses eixos, o que resultou na criação de áreas específicas dentro das empresas voltadas para promoção de valores como justiça social, direitos humanos, equidade, diversidade, diminuição da geração de resíduos sólidos, redução do consumo de recursos naturais, além de valores como integridade, transparência e combate à corrupção.

O conceito ganhou robustez a partir da citação em documento oficial produzido pelo Banco Mundial em parceria com a iniciativa Pacto Global⁵ (sustentabilidade corporativa), denominado “*Who Cares Wins*” – “Quem se importa ganha” –, ou seja, incorporava a ideia do impacto do engajamento com causas sociais e ambientais, além da boa governança, nos resultados empresariais e na ampliação da competitividade. A adoção de políticas de inclusão, a preocupação com a cultura do local de trabalho, com a saúde mental e física dos funcionários, além da realização de ações positivas com a comunidade local e apoio às causas filantrópicas evidenciam o compromisso da organização com a agenda ESG e a Agenda 2030 (ONU).

⁵ O Pacto Global é um plano de ação promovido pela ONU em torno do conceito de sustentabilidade corporativa, cujo objetivo é o alinhamento de metas e estratégias ao longo dos anos de 2015 a 2030, com o compromisso de seus signatários na consecução dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

As políticas de diversidade têm por objetivo a adoção de iniciativas, atividades e medidas que promovam a diferença entre pessoas, para que seja desenvolvido como instrumento de integração social, em benefício da produtividade da empresa e da democratização das oportunidades de acesso ao mercado de trabalho. Desse modo, em atenção a exigência do mercado e dos consumidores, muitas empresas começaram a adotar um posicionamento em favor da inclusão, para que a participação de pessoas negras na sociedade e no mercado de trabalho fossem reais.

É o caso do “Enegrecer a Tecnologia — programa da ThoughtWorks⁶”, é uma iniciativa da ThoughtWorks Brasil desenvolvida por pessoas negras da empresa, como resposta ao cotidiano impactado pelo racismo no mercado de trabalho. O foco do programa é enegrecer cada vez mais a Tecnologia, a ThoughtWorks Brasil e colocar a negritude em foco.

O início do programa foi marcado pelo Enegrecer Recrutamento Express, uma campanha de recrutamento de pessoas negras desenvolvedoras para quatro dos escritórios da TW no Brasil. Além disso, há também o Enegrecer Talks, que promove discussões sobre a tecnologia e diversidade racial no mercado de trabalho.

No mesmo sentido segue o “Movimento *Black Money*”⁷, que nasceu no Brasil com o intuito de reforçar o poder de compra dentro da comunidade negra — que representa 51% dos empreendedores do Brasil e, em termos de população, tem a maior representatividade em números do país. O movimento busca também a educação, transformação e o desenvolvimento em uma perspectiva de inovação e empreendedorismo na comunidade citada. Por meio do blog do Movimento *Black Money*, é possível acessar muitos conteúdos sobre tendências, inovação e mercado — sempre focados no afroempreendedorismo.

Outra iniciativa que ganhou grande destaque no debate público foi o Programa de Trainee da empresa Magazine Luiza, voltado apenas para profissionais negros. A postura foi bastante criticada por uma parcela da população, mas bastante festejada por outros, tendo obtido a chancela do Ministério Público do Trabalho⁸, após o recebimento de diversas denúncias, quanto à legalidade da proposta. O programa se encontra em sua segunda edição, com o objetivo de aumentar a diversidade racial nas posições de liderança da organização. A seleção é dividida em diversas etapas que contemplam entrevistas, dinâmicas e testes. Aqueles candidatos que forem selecionados terão o acompanhamento de mentores e circularão por áreas estratégicas como logística, financeiro, marketing e e-commerce.

Igualmente, o Google⁹ elegeu iniciativa recente para contratação de profissionais negros nas áreas de tecnologia e negócios. Denominada “Inclusão da Comunidade Negra”

⁶ THOUGHTWORKS. *Enegrecer a tecnologia*. S.d. Disponível em: <https://www.thoughtworks.com/en-br/about-us/diversity-and-inclusion/enegrecer>. Acesso em: 28 maio 2022.

⁷ BLACK Money: o futuro dos afroempreendedores no Brasil. *RockContent Blog*, 16 jan. 2019. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/black-money/>. Acesso em: 28 maio 2022.

⁸ MPT conclui que trainee para negros do Magalu é reparação histórica. *Exame*, 24 set. 2020. Disponível em: <https://exame.com/negocios/mpt-conclui-que-trainee-para-negros-do-magalu-e-reparacao-historica/>. Acesso em: 1º jun. 2022.

⁹ ANTHUNES, Arthur. Google Brasil abre canais de contratação para profissionais negros em tecnologia e negócios. *Mundo Negro*, 02 mar. 2022. Disponível em: <https://mundonegro.inf.br/google-brasil-abre-canais-de-contratacao-para-profissionais-negros-em-tecnologia-e-negocios/>. Acesso em: 1º jun. 2022.

visa aumentar a representatividade na companhia e inserir os candidatos aprovados em um ambiente de aprendizado e desenvolvimento, com promoção da equidade racial e inclusão.

Nesse enredo, considerando o apelo social no tocante ao atendimento de critérios de diversidade social a serem aplicados pelas organizações privadas, no momento da seleção dos seus funcionários, é de suma importância a análise da legalidade de tais ações, sob a égide de preceitos constitucionais, bem como das previsões do próprio Estatuto da Igualdade Racial.

O tema é deveras polêmico, o que conduz a uma série de questionamentos sobre a validade e eficácia dessas iniciativas. Os negros estariam em vantagem, nos casos de ações afirmativas de empresas que visem as contratações direcionadas às pessoas pretas e pardas? Ações afirmativas como essas gerariam desequilíbrio de oportunidades?

As respostas para essas perguntas estão no entendimento de grandes doutrinadores, como professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰, ao vislumbrar que discriminações positivas encontram respaldo nos princípios constitucionais, apontando que “as discriminações são admissíveis quando se verifique uma correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequilíbrio procedida e que esta seja conforme aos interesses prestigiados pela Constituição”.

Ao falar em igualdade sem distinção de qualquer natureza no artigo 5º, a Constituição não almeja a manutenção da desigualdade, isso porque é evidente em outros dispositivos da Carta Magna a promoção da igualdade entre os desiguais na medida de suas desigualdades, a busca efetiva pela igualdade material.

Pautado nos direitos fundamentais, o olhar para os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, presentes no artigo 1º da Constituição, transpassa a necessidade da busca por alocar, cada dia mais, negros em posições de destaque no mercado de trabalho, como forma de reaver todo o tempo perdido, bem como de buscar a tão sonhada igualdade que reza a lei máxima.

Cumprir ressaltar, nesse contexto, que o conceito de ESG, embora oriundo do meio empresarial, está se tornando cada vez mais presente na esfera governamental, isso implica dizer que as organizações públicas vêm consolidando sua atuação em torno dos objetivos do desenvolvimento sustentável e do compromisso com a Agenda 2030, que encerram em seus tópicos questões sociais, como a erradicação da pobreza, educação de qualidade e redução das desigualdades, necessariamente vinculados à equalização de oportunidades para pessoas negras e vida mais digna para essa população.

3 A PROMOÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS NA ESFERA PÚBLICA

É sabido que o Brasil possui uma dívida social referente à qualidade da educação em função das questões históricas relacionadas ao problema, o que se traduz em um verdadeiro apartheid de oportunidades reverberado nos “diferentes Brasis”. Para a população negra, a dívida histórica se refere não só a qualidade do ensino ofertado, mas também ao acesso que lhe foi negado por diversas vezes no passado.

As consequências da exclusão histórica em termos educacionais implicam também a segregação ocupacional e a desigualdade no acesso a melhores salários e crescimento eco-

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 37-38.

nômico do povo negro. Todo esse contexto demandava políticas públicas estruturadas para combater o racismo e as diferenças raciais, culminando, durante a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em 2001, em Durban, África do Sul, no compromisso do Estado Brasileiro de promover medidas que favorecessem grupos minoritários historicamente discriminados.

De fato, as ações afirmativas visam reconhecer e corrigir direitos negados socialmente e historicamente. Mas não apenas isso, promovem também a transformação social, dentro do espectro prospectivo. Destacam-se, nesse sentido, as palavras de Abdias do Nascimento, ao apontar para:

[...] a necessidade da inclusão do povo afro-brasileiro, um povo que luta duramente há cinco séculos no país, desde os seus primórdios, em favor dos direitos humanos. É o povo cujos direitos humanos foram mais brutalmente agredidos ao longo da história do país: o povo que durante séculos não mereceu nem o reconhecimento de sua própria condição humana.¹¹

A implementação do direito à igualdade racial há de ser um imperativo capaz de enfrentar o legado discriminatório que tem negado à população negra o pleno exercício de seus direitos e liberdades fundamentais. Nesse contexto, impende salientar que o Estatuto da Igualdade Racial, inserto na Lei n. 12.228/2010, propõe: a fixação de cotas raciais para cargos da administração pública federal e estadual; a valorização da herança cultural afrodescendente na história nacional; cota para a participação de afrodescendentes em propagandas, filmes e programas; a inserção do quesito “cor/raça” no sistema de saúde; a reserva de vagas para afrodescendentes e povos indígenas em universidades federais; a composição étnico-racial de empresas como critério para desempate em licitações públicas; e o dever de adotar programas de promoção de igualdade racial nas empresas que se beneficiam de incentivos governamentais.

Ao discutir a participação racial nas universidades brasileiras, Carvalho¹² destaca a falta de representação da população negra da graduação à pós-graduação, na docência e na pesquisa, espaços ocupados na sua quase totalidade por pessoas brancas, vinculadas com o pensamento de autores que endossam a hierarquia racial conciliadora, como Gilberto Freyre e Sergio Buarque de Holanda, autores que moldaram a propagação de valores e ideologias nos centros de pesquisas.

Diante dessa conjuntura, a Lei de Cotas do Ensino Superior – Lei n. 12.711/2012 – garantiu a reserva de 50% das matrículas para candidatos oriundos das escolas públicas. Desse percentual, metade é destinada a pessoas com comprovação de renda de 1,5 salário mínimo per capita. A outra parte é reservada a candidatos negros, indígenas e pessoas portadoras de deficiência.

É preciso destacar que a luta do movimento negro para assegurar políticas de ações afirmativas já perdurava por anos. A iniciativa de cotas no ensino superior já havia sido

¹¹ NASCIMENTO, Abdias. Gabinete do Senador Abdias. Pensamento dos povos africanos e afrodescendentes. *Revista THOTH: Escriba dos deuses*, n. 5, 1998. p. 68.

¹² CARVALHO, José J. Ações afirmativas como resposta ao racismo acadêmico e seu impacto nas ciências sociais. *Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política*, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, v. 42-43, p. 303-340, jan./jul. 2003. Disponível em: http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/ufscar_artigo_2003_JJ-deCarvalho.pdf. Acesso em: 06 maio 2022.

apresentada na época do governo Lula, em 2004, no entanto só foi aprovada pelo Congresso Nacional no ano de 2012. Todavia, já no início dos anos 2000, as primeiras universidades adotaram critérios socioeconômicos para ingresso no ensino superior voltados para pretos e pardos, dentre elas, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), a Universidade Estadual Norte Fluminense (UENF) e a Universidade Estadual da Bahia (UNEB).

Em 2022, a Lei de Cotas no Ensino Superior completa 10 anos e o que se pode observar é um processo de redemocratização nas universidades, mas ainda distante do objetivo primordial de equalização das oportunidades educacionais e de acesso ao mercado de trabalho por parte das pessoas negras. É uma iniciativa importante, necessária, relevante e que, de acordo com estudos recentes, a instituição dessa política de ação afirmativa não representou a diminuição da qualidade do ensino superior ou queda do rendimento acadêmico, ao contrário, a promoção da diversidade racial e da inclusão social demonstrou a construção de perfis profissionais mais preparados para lidar com as diferenças.

Valente e Berry¹³, no ano de 2017, e Wainer e Melguizo¹⁴, em 2018, realizaram pesquisas com intuito de analisar o desempenho dos alunos no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (Enade), contemplando as edições 2009-2012 e 2012-2014, respectivamente. Ambos os estudos indicaram que, independentemente da forma de acesso, as pontuações eram similares entre cotistas e estudantes de ampla concorrência, o que reforça a eficiência de políticas de discriminação positiva.

Outra ação afirmativa que gerou impacto na esfera pública se refere ao ingresso da população negra no serviço público. Importa salientar que, ainda que o ingresso se dê por meio de concurso público, o acúmulo de desigualdades as quais a população negra foi submetida influencia diretamente as chances de sucesso na seleção, o que por si só, justifica a referida política. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 41/2017, estabeleceu que a Lei n. 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta é constitucional.

A Suprema Corte elencou três fundamentos centrais para a decisão quanto à constitucionalidade da lei, quais sejam: a) a consecução do princípio da isonomia, igualdade material e a superação do racismo estrutural; b) não violação ao princípio do concurso público e da eficiência, tendo em vista que existe uma pontuação mínima definida para aprovação e o ganho em termos de representatividade no momento da tomada de decisão estatal e c) observância do princípio da proporcionalidade e a constatação que a reserva de vagas para pessoas negras no acesso ao ensino superior não torna a reserva no concurso público desnecessário ou desproporcional, uma vez que nem todo cargo público exige nível superior, ou ainda não necessariamente quem teve acesso a cotas no ensino superior conseguirá aprova-

¹³ VALENTE, Rubia R.; BERRY, Brian J. L. Performance of Students Admitted through Affirmative Action in Brazil. *Latin American Research Review*, v. 52, n. 1, p. 18-34, 2017. Disponível em: <https://larriasa.org/articles/10.25222/larr.50/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

¹⁴ WAINER, Jacques; MELGUIZO, Tatiana. Políticas de inclusão no ensino superior: avaliação do desempenho dos alunos baseado no Enade de 2012 a 2014. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 44, e162807, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-9702201612162807>. Acesso em: 30 maio 2022.

ção no concurso público, uma vez que existem diferentes fatores que impedem a competição em pé de igualdade.

O estigma social e econômico carregado pela população negra é evidente, foram largados à própria sorte, sem qualquer amparo. Negar a viabilização da igualdade material no Estado Democrático de Direito é perpetuar as mazelas do povo negro indefinidamente, com intuito puro de manutenção das estruturas que privilegiam uma parte da sociedade.

O professor Hasenbalg, no estudo *Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil*¹⁵, de forma brilhante elucida que:

a) a discriminação e preconceitos raciais não são mantidos intactos após a abolição, mas, pelo contrário, adquirem novos significados e funções dentro das novas estruturas e b) as práticas racistas do grupo dominante branco que perpetuam a subordinação dos negros não são meros arcaísmos do passado, mas estão funcionalmente relacionados aos benefícios materiais e simbólicos que o grupo branco obtém da desqualificação competitiva dos não brancos.

As propostas de ações afirmativas transpõem para o debate público e acadêmico as implicações sociais da desconsideração da questão racial na distribuição de oportunidades sociais e, ainda, na manutenção e reprodução de padrões de desigualdade. A luta pelo acesso a um mercado de trabalho qualificado continua sendo bandeira histórica da população negra, também posicionada nos estratos mais pobres e mais vulneráveis da sociedade, fruto da hierarquização histórica a partir da cor/raça que resulta em ciclos de desvantagens que impedem mudanças nas condições de vida das gerações futuras.

4 DIVERSIDADE RACIAL E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: MECANISMOS E INICIATIVAS

O hiato e assimetria salarial entre a população branca e negra no país são evidenciadas por diversas pesquisas de institutos reconhecidos, como Ipea e IBGE, consoantes dados anteriormente citados. No âmbito do setor público, a promoção de políticas de ações afirmativas visa reduzir a inferioridade hierárquica ocupada pelo povo negro. Nesse sentido, é imperioso colacionar as disposições do Estatuto da Igualdade Racial¹⁶ no que tange à responsabilidade do Poder Público em relação à inclusão da população negra no mercado de trabalho:

[...]

CAPÍTULO V

DO TRABALHO

Art. 38. A implementação de políticas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho será de responsabilidade do poder público, observando-se:

¹⁵ HASENBALG, Carlos Alfredo. *Discriminação e desigualdade raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 85.

¹⁶ BRASIL. *Lei n. 12.288, de 20 de julho 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/12288.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

I – o instituído neste Estatuto;

II – os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965;

III – os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção no 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da discriminação no emprego e na profissão;

IV – os demais compromissos formalmente assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Art. 39. 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.

§1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§2º As ações visando promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§4º As ações de que trata o caput deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

§5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§6º O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização.

As disposições do Estatuto dão norte para o papel do Estado brasileiro na inserção e qualificação do negro para o mercado de trabalho. Certo é que já está prevista a ampla possibilidade de adoção de mecanismos que promovam a diversidade racial na esfera pública, com a igual previsão de incentivos ao setor privado para que percorram caminho consentâneo. O grande desafio é a efetiva implementação dessas ações, ainda bastante incipientes.

Diante desse panorama, o debate sobre equalização racial no mercado de trabalho, segregação ocupacional e a inserção de políticas públicas na conjuntura do regramento das compras governamentais no Brasil, conduziram os deputados federais Benedita da Silva, Vicentinho, Paulão, Beto Faro e Valmir Assunção a apresentarem o Projeto de Lei (PL) n. 2067/2021 que estende a regulamentação acerca da terceirização dos serviços para permitir que percentual mínimo de contratação de mão de obra abarque pessoas negras. Isso quer dizer que cria um mecanismo de promoção da igualdade racial ao definir a reserva de pelo menos 30% (trinta por cento) dos postos de trabalho a empregados negros.

A espinha dorsal do referido PL é todo o arcabouço histórico apresentado até o momento, bem como o fato da administração pública ser uma grande contratante de serviços terceirizados, além da obrigação de instituir políticas públicas de combate à desigualdade.

A Lei 8.666/1993 e, mais recentemente, a Lei 14.133/2021, regulamentam as licitações e contratos administrativos no Brasil, disciplinando as definições e procedimentos das contratações públicas. A abordagem referente à escolha de valorização de determinadas políticas públicas no bojo da Lei de Licitações e Contratos é prática antiga, como exemplo tem-se a instituição do marco legal das licitações sustentáveis no âmbito da Administração Pública Brasileira, ou ainda a inclusão de preferências no processo licitatório àquelas empresas que possuem reservas de vagas para portadores de deficiência.

Cumpra destacar, por oportuno, que a Lei 14.133/2021, em seu art. 25, §9º estabelece que 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 mulheres vítimas de violência doméstica e pessoas oriundas ou egressas do sistema prisional.

Nessa esteira, o objetivo do supracitado Projeto de Lei n. 2067/2021 repousa na ampliação das hipóteses previstas no art. 25, §9º, consoante explicitado a seguir:

Art. 2º A Lei n. 14133, de 2021, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 25. [...] §9º [...]

III - pessoas que se autodeclararem pretas ou pardas no ato da contratação.” (NR)

“Art. 91-A. São cláusulas necessárias dos contratos de serviços de execução por terceiros:

I - a adoção de medidas de promoção da igualdade racial pela contratada sempre que o contrato que implicar o preenchimento de mais de 30 (trinta) postos de trabalho; e II - a reserva de pelo menos 30% (trinta por cento) dos postos de trabalho a empregados negros.

§1º Para os fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, consideram-se medidas de promoção da igualdade racial, entre outras, a adoção de critérios afirmativos na seleção de empregados, o diagnóstico e a análise do percentual de pretos e pardos no total de empregados, a capacitação e o letramento racial de pessoal e a criação de ouvidoria interna ou equipes especializadas em diversidade.

§2º A reserva dos postos de trabalho será aplicada sempre que o seu número for igual ou superior a 3 (três).

§3º Poderão ocupar os postos de trabalho reservados a negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato contratação, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

§4º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de postos de trabalho reservados a negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§5º A obrigatoriedade de adoção de medidas de promoção da igualdade racial e de reserva de postos de trabalho de que trata este artigo constará expressamente dos editais de licitação.

§6º A prática do racismo pela contratada ou pelos seus empregados e o descumprimento das cláusulas de que trata este artigo constituem motivo para rescisão do contrato e aplicação de multa e outras sanções legais ou contratuais.” (NR)

“Art. 115. Ao longo de toda a execução do contrato, o contratado deverá cumprir a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, bem como as reservas de cargos previstas em outras normas específicas, no edital ou no contrato.
.....” (NR)

A justificativa dos autores do projeto está corroborada pela situação de racismo estrutural vivenciado na sociedade brasileira. Sobre a questão, o professor Silvio Almeida¹⁷ alerta que o racismo para além da perspectiva de perpetração individual, assume viés institucional, e desse modo, como decorrência da própria configuração social, torna-se estrutural – “as instituições são racistas porque a sociedade é racista”. Ainda de acordo com o referido autor, a reprodução de padrões de privilégios pelas instituições são reflexos do contexto social no qual estão inseridas, e é justamente por isso que a atuação das organizações para mitigar os conflitos raciais assume grande relevância. A criação de mecanismos institucionais que conduzam ao combate ao racismo e promovam a redução de barreiras para ascensão social e econômica da população negra é medida imperativa.

Marcelo Paixão¹⁸, no livro intitulado *A Lenda da Modernidade Encantada*, indica que a visão de sociedade democrática deve necessariamente avaliar os aspectos concernentes às questões raciais:

O pensamento social brasileiro, através de sua razão culturalista, em algum momento de nossa história, se pôs, de forma resoluta, à disposição da agenda de desenvolvimento do nosso país. Não obstante, consideramos que nesse momento as novas batalhas encaminham-se no sentido de nos livrar de um atávico autoritarismo que ainda insiste em reger as relações sociais e raciais em nosso meio. Assim, uma vez tendo sido realizado, ao longo de todo o século passado, a grande obra de transformação do Brasil em nação industrializada e moderna, agora, a nova agenda, exige a construção de uma nação fraterna, igualitária e democrática. Nesse sentido, é inevitável incluir nessa pauta o desejo de que as cores e as formas de diversas pessoas povoem todos os espaços sociais presentes na vida nacional, livres da mazela representada pelo racismo, seja em qual variante for. Se um dia estivera condenado à civilização; hoje condenado à justiça social, o povo brasileiro terá de se erguer sobre os seus próprios pés.

Outrossim, impende mencionar que os parâmetros previstos no texto do PL 2067/2021 trazem ainda algumas situações interessantes como a questão da capacitação e letramento racial, além da criação de equipes especializadas em diversidade. E por que essas especificações são tão relevantes? De fato, a efetividade da inclusão racial deve vir acompanhada das nuances intrínsecas ao processo de defasagem, exclusão e subjugação vivenciados pelos negros. Uma equipe especializada em diversidade racial será capaz de tornar a experiência

¹⁷ ALMEIDA, Silvio de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019. p. 36-37.

¹⁸ PAIXÃO, Marcelo. *A lenda da modernidade encantada: por uma crítica ao pensamento social brasileiro sobre relações raciais e projeto de Estado-Nação*. Curitiba: CRV, 2014.

dentro do espaço da organização, em relação a eventuais conflitos raciais, menos traumática e mais efetiva.

É importante ressaltar ainda que as medidas propostas não deverão ser aplicadas aos contratos cujo edital já se encontra publicado antes da entrada em vigor das novas disposições. A atenção também ao processo sancionatório deve ser destacada, com as linhas de responsabilização em decorrência do próprio ato de racismo da contratada, com a possibilidade de rescisão e aplicação de multa, além de outras sanções cabíveis.

Nessa senda, a instrumentalização da promoção da diversidade racial por meio das contratações públicas/compras governamentais pode ser poderoso mecanismo de estímulo para alteração da configuração do mercado de trabalho brasileiro. De acordo com dados do Ministério da Economia¹⁹, as compras públicas representam cerca de 12% do Produto Interno Bruto brasileiro por ano, o que demonstra constituir atividade econômica chave no país.

Numa visão mais restrita e simplista, a compra pública é o processo pelo qual o governo adquire bens, serviços e obras necessários ao adequado funcionamento das organizações. No viés de transversalidade, o desempenho da função pública almeja o desenvolvimento de políticas públicas como consequência correlata das suas atividades.

Nas palavras do professor Marçal Justen Filho²⁰, licitação deve ser conceituada como:

[...] um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Jesse Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti²¹ elucidam que “a atividade contratual da Administração Pública mesmo quando no exercício de competências discricionárias, deve exprimir escolhas ditadas por políticas públicas e implementadas de acordo com as normas jurídicas que viabilizem a concretização do interesse público”.

Em corroboração à opinião anteriormente esposada o professor Daniel Ferreira²² discorre sobre a função social da licitação pública, senão vejamos:

Não se tem, aqui, qualquer pretensão de conceituar “função social”. O escopo desta modesta investigação é apenas o de verificar se pode ou mesmo se deve haver uma “função social” para a licitação pública, mormente no sistema jurídico brasileiro, no sentido de se reconhecer outro potencial ou compulsória finalidade para o certame e

¹⁹ ECONOMIA assina acordo em contratações públicas com agência americana de comércio e desenvolvimento. *Orzil News*, 13 jan. 2022. Disponível em: <https://www.orzil.org/noticias/economia-assina-acordo-em-contratacoes-publicas-com-agencia-americana-de-comercio-e-desenvolvimento/>. Acesso em: 16 maio 2022.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 335-336.

²¹ PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²² FERREIRA, Daniel. Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 107, p. 49-64, nov. 2010. p. 52-53.

que não se confunde com a satisfação da necessidade próxima, premente —de certa parcela da coletividade ou da própria Administração Pública, reprice-se — a ser obtida mediante regular execução do objeto contratado. Melhor dizendo, busca-se constatar a admissão pelo Direito em vigor de adicional fim para ela — remoto: singular ou plúrimo (conforme o caso) —, de modo que não se possibilite a satisfação de apenas um interesse público com sua exitosa realização, encapsulado como primário (de uma particularizada coletividade) ou secundário (do aparato administrativo), porém vários interesses públicos, num viés primário-primário (coletivo-coletivo) ou secundário-primário (administrativo-coletivo). Como exemplo assumo-se, desde logo, uma licitação que estipule, por força de lei, um critério ficto de empate entre propostas com vistas a incentivar a formalização da atividade microempresária e facilitar seu acesso às contratações públicas. Ou, ainda, a delimitação do objeto da licitação, por força de decreto hierárquico, a bens e serviços ambientalmente sustentáveis. E nisso reside a cogitada “função social da licitação pública” apresentar-se, sempre que possível e cumulativamente, como um instrumento para a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como dos demais valores, anseios e direitos nela encartados, sem prejuízo de outros, assim reconhecidos por lei ou até mesmo por uma política de governo.

Consoante dito anteriormente, a utilização do espaço das contratações governamentais para promover políticas públicas não é medida nova, ainda que se possa questionar que o intuito de gerar externalidades positivas possa vir acompanhado de custo adicional para contratação, o que deve ser avaliado com a devida cautela.

Em síntese, a admissão de um projeto de país que perpetua desigualdades raciais e a quase ausência de debate em espaços de tomadas de decisão é preocupante. Discutir as implicações simbólicas e práticas do racismo é própria do cenário público e deve ser albergada pelo estímulo de criação de políticas públicas voltadas para o problema.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O débito histórico ligado à população negra elenca um rol de desigualdades sociais tamanho que chega a parecer infinito. Desigualdade salarial, educacional, dificuldades de aprendizagem, sociabilidade, ausência de condições básicas para sobrevivência, fatores para além da educação e do mercado de trabalho e que se relacionam com a cor, renda e demais vulnerabilidades sociais nas quais os negros estão inseridos, demonstrando as dificuldades da sociedade em atender aos diversos anseios e necessidades da população negra.

Dentre as vulnerabilidades desse povo sofrido está a ausência de oportunidades e condições igualitárias de trabalho, fato que precisa ser encarado como um descumprimento aos preceitos constitucionais que orientam a necessidade de obediência aos direitos fundamentais, dentre eles o valor social do trabalho e da livre iniciativa.

Num país com forte herança escravocrata, a instrumentalização de ações afirmativas no Brasil é imperativo de justiça social para população negra. Por essa razão, é preciso valorizar cada vez mais a luta do povo negro por espaço, que desencadeou numa série de movimentos de disseminação de políticas e práticas de incentivo à diversidade no ambiente cooperativo.

Ademais, dentre todos os mecanismos de indução de políticas públicas, que surgiram com o intuito de minorar os impactos da desigualdade racial, surge, no âmbito das compras governamentais, uma grande saída, ainda embrionária, mas que pode ser uma ferramenta de grande impacto para as políticas de inclusão.

Falamos aqui do Projeto de Lei 2067/2021, de autoria dos deputados federais Benedita da Silva, Vicentinho, Paulão, Beto Faro e Valmir Assunção, que estende a regulamentação acerca da terceirização dos serviços para permitir que percentual mínimo de contratação de mão de obra abarque pessoas negras. Esse PL cria um mecanismo de promoção da igualdade racial ao definir a reserva de pelo menos 30% (trinta por cento) dos postos de trabalho a empregados negros.

Após aprovação do referido projeto de lei, a Administração Pública precisará ficar atenta para um fator essencial: manutenção e incentivo a ascensão dos negros dentro dessas empresas contratadas e por isso a previsão no projeto sobre capacitação e letramento racial, além da criação de equipes especializadas em diversidade.

Necessário pontuar ainda que, apesar da possibilidade de reserva de 30% dos postos de trabalho a empregados negros no âmbito das contratações de serviços terceirizados ser uma proposição louvável, não resolve o baixo índice de inclusão dos negros nos setores da administração pública. É certo que existe um movimento importante na sociedade para promoção da diversidade racial, mas a inquietude do trabalho de luta e enfrentamento é o único caminho para que a população negra atinja níveis de excelência e que o discurso da diversidade racial em todos os meios sociais, inclusive nas contratações públicas, passe a ter um sentido efetivamente verdadeiro.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.
- ANTHUNES, Arthur. Google Brasil abre canais de contratação para profissionais negros em tecnologia e negócios. *Mundo Negro*, 02 mar. 2022. Disponível em: <https://mundonegro.inf.br/google-brasil-abre-canais-de-contratacao-para-profissionais-negros-em-tecnologia-e-negocios/>. Acesso em: 1º jun. 2022.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BLACK Money: o futuro dos afroempreendedores no Brasil. *RockContent Blog*, 16 jan. 2019. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/black-money/>. Acesso em: 28 maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 12.288, de 20 de julho 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.
- CARNEIRO, Sueli. Sobrevivente, testemunha, porta-voz. [Entrevista concedida a] Bianca Santana. *CULT – Revista Brasileira de Cultura*, São Paulo, n. 223, p. 12-20, maio 2017.
- CARVALHO, José J. Ações afirmativas como resposta ao racismo acadêmico e seu impacto nas ciências sociais. *Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política*, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, v. 42-43, p. 303-340, jan./jul. 2003. Disponível em: http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/ufscar_artigo_2003_JJdeCarvalho.pdf. Acesso em: 06 maio 2022.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Desigualdade entre negros e brancos se aprofunda durante a pandemia. *Boletim Especial*, 10 nov. 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimespecial/2020/boletimEspecial03.pdf> Acesso em: 20 maio 2022.

ECONOMIA assina acordo em contratações públicas com agência americana de comércio e desenvolvimento. *Orzil News*, 13 jan. 2022. Disponível em: <https://www.orzil.org/noticias/economia-assina-acordo-em-contratacoes-publicas-com-agencia-americana-de-comercio-e-desenvolvimento/>. Acesso em: 16 maio 2022.

FERREIRA, Daniel. Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010). *Fórum de Contratação e Gestão Pública* – FCGP, Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 107, p. 49-64, nov. 2010.

HASENBALG, Carlos Alfredo. *Discriminação e desigualdade raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. *Atlas da Violência 2020*. Brasília, DF: IPEA, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 20 maio 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MPT conclui que trainee para negros do Magalu é reparação histórica. *Exame*, 24 set. 2020. Disponível em: <https://exame.com/negocios/mpt-conclui-que-trainee-para-negros-do-magalu-e-reparacao-historica/>. Acesso em: 1º jun. 2022.

NASCIMENTO, Abdias. Gabinete do Senador Abdias. Pensamento dos povos africanos e afrodescendentes. *Revista THOTH: Escriba dos deuses*, n. 5, 1998.

OLIVEIRA, Cida de. Pesquisa IBGE mostra que educação brasileira ainda não é para todos. *Rede Brasil Atual* – RBA, 20 jun. 2019. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/06/pesquisa-ibge-mostra-que-educacao-brasileira-ainda-nao-e-para-todos/>. Acesso em: 06 maio 2022.

PAIXÃO, Marcelo. *A lenda da modernidade encantada: por uma crítica ao pensamento social brasileiro sobre relações raciais e projeto de Estado-Nação*. Curitiba: CRV, 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

THOUGHTWORKS. *Enegrecer a tecnologia*. S.d. Disponível em: <https://www.thoughtworks.com/en-br/about-us/diversity-and-inclusion/enegrecer>. Acesso em: 28 maio 2022.

VALENTE, Rubia R.; Berry, Brian J. L. Performance of Students Admitted through Affirmative Action in Brazil. *Latin American Research Review*, v. 52, n. 1, p. 18-34, 2017. Disponível em: <https://larlrasa.org/articles/10.25222/larr.50/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

WAINER, Jacques; Melguizo, Tatiana. Políticas de inclusão no ensino superior: avaliação do desempenho dos alunos baseado no Enade de 2012 a 2014. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 44, e162807, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-9702201612162807>. Acesso em: 30 maio 2022.



Contratações públicas inovadoras como reforço à promoção do desenvolvimento nacional sustentável

Daniel Ferreira

Pós-doutor em Direito pelo *Ius Gentium Conimbrigae* na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor e mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do corpo docente permanente e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter.

Luciano Elias Reis

Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili. Doutor em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito Administrativo no Centro Universitário Curitiba. Presidente do Instituto Nacional da Contratação Pública.

Sumário: 1 Introdução. 2 Função social das licitações e contratações públicas e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. 3 A intervenção indireta por meio das licitações públicas e dos contratos administrativos e sua perspectiva pela Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas brasileira. 4 A Agenda 2030 da ONU como adicional fundamento para o uso estratégico das compras públicas sustentáveis. 5 A política pública da contratação inovadora. 6 Estudos preliminares indispensáveis à implantação de uma política de contratação pública inovadora. 7 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A realização de licitações e contratações públicas sustentáveis (isto é, voltadas ao desenvolvimento nacional em suas múltiplas dimensões) e inovadoras representa uma dupla demanda legal que precisa ser enfrentada, debatida e, acima de tudo, colocada em prática. Seja por conta da realidade socioeconômica mundial bastante afetada pela Covid-19 desde 2018, seja em razão dos recentíssimos reflexos da invasão da Ucrânia pela Rússia – que apenas agravaram ainda mais o cenário de recessão, instalando uma renovada crise energética, de escassez alimentar e de insumos variados –, o fato incontroverso é que a circulação de riquezas, a geração de empregos e a vida digna dos cidadãos tornaram-se pautas prioritárias de qualquer agenda política neste e nos próximos anos.

O grande desafio, a partir de agora, é fazer a economia mundial continuar girando com a menor perda de qualidade de bem-estar social, o que inexoravelmente exige a disponibilização de um mínimo existencial para a presente e para as futuras gerações, bem como a urgente retirada de milhões de indivíduos da pobreza extrema para, então, permitir-se a paulatina concretização da dignidade de todas as pessoas humanas, sem exceção. E isso, percebe-se, com as economias ocidentais e orientais redobradamente abaladas por avanços inflacionários até então inimagináveis para este milênio, o que tem ressuscitado velhos fantasmas para bancos centrais, operadores do mercado, agentes públicos e privados e estudiosos em geral.

Nesse cenário caótico, mais do que nunca é preciso pensar muito antes de se realizar um gasto, público ou privado, e faz-se imperativo levar a cabo um planejamento capaz

de gerar os melhores resultados, com atenção às necessidades (e utilidades) administrativas e coletivas e simultânea concretização dos objetivos legais das licitações e contratações públicas, dentre os quais o de incentivar a inovação *pari passu* com o desenvolvimento nacional sustentável.

Para tanto, a deliberada utilização do poder de compra estatal mostra-se de supina importância, até mesmo porque as contratações públicas possuem uma elevada repercussão – estimada entre 15 e 20% do Produto Interno Bruto – o que pode servir de arrimo para re-colocação do Brasil nos trilhos rumo à ecossocioeconomia e à autonomia tecnológica, como, aliás, especialmente almejado nos arts. 218 e 219 da Constituição da República.

Com o presente artigo pretende-se explicitar a relevância das contratações públicas inovadoras não apenas como instrumento para concretização do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, mas como o mais importante para obtenção da almejada autonomia tecnológica, o que servirá para adjunto enfrentamento – e superação – da atual crise instalada no Brasil e no mundo. Para tanto, e como se fará notar, faz-se imperioso adequado planejamento administrativo e uma consistente política pública para tanto, o que exige estudos preliminares sérios e detalhados.

2 FUNÇÃO SOCIAL DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

A ideia de instrumentalização das licitações e das contratações públicas para atingimento de outros fins que não apenas a direta e imediata satisfação da necessidade ou da utilidade, administrativa ou coletiva, por meio da execução material do objeto do contrato não é nova, muito embora isso ainda possa soar estranho para muitos, a despeito de configurar verdadeiro absurdo.

Não por acaso, Sérgio Resende de Barros (já mestre e doutor em Direito pela USP e então conselheiro-substituto do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo) defendia, nos idos de 1995, que “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”.²³

Nesse sentido, a função social das licitações e contratações públicas se apresenta como uma finalidade material extraordinária, um *plus* a ser por elas perseguido, no sentido de estimularem a adaptação voluntária da indústria, do comércio e da prestação de serviços aos parâmetros entendidos necessários à promoção do desenvolvimento nacional sustentável,

²³ E continua: “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, embora outras atendam melhor o estrito interesse administrativo, por serem financeira ou tecnicamente mais vantajosas. [...] Obviamente, na atualidade o contrato administrativo, a medida social da liberdade individual não suporta mais a velha supressão ineficaz da liberdade de contratar do Poder Público, mas tão-só comporta um novo controle eficaz dessa liberdade, mesmo na escolha dos contratados, sob pena de pôr a perder o Estado como agente e o contrato como instrumento do progresso social” (BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1995. p. 161-162).

assumido como o crescimento econômico do Brasil e dos brasileiros, que se mostre, no mínimo, como socialmente justo e benigno na sua perspectiva ambiental.²⁴

Melhor explicando, o crescimento econômico socialmente justo é aquele que se consolida mediante aumento do PIB (Produto Interno Bruto) autossustentado, que se vê acompanhado de melhor distribuição de renda e geração de empregos, assim promovendo uma verdadeira transformação social estrutural. Todavia, isso não basta para configurar o desenvolvimento, pois ainda assim será preciso que ele se faça acompanhar de padrões de degradação ambiental “aceitáveis” cada vez mais restritos, de modo que a sustentabilidade ambiental se apresente “como um freio, não no sentido de atrasar o avanço na direção do desenvolvimento, mas de dar a temperança necessária à escolha da velocidade e dos caminhos eleitos no rumo à ecossocioeconomia do amanhã”²⁵.

De conseguinte, “a ‘função social’ – quando presente – rompe com a neutralidade administrativa de praxe na fixação do objeto da licitação, do rol de potenciais licitantes e/ou dos ganhos (diretos e imediatos) com a eventual contratação. Ela revela, *mutatis mutandis*, ‘externalidades positivas’ para a licitação, para a contratação administrativa, e, às vezes, para ambas”²⁶.

E isso num primeiro plano e momento, de sorte que as discriminações positivas e negativas (de fornecedores, bens e serviços) em licitações e contratações públicas podem ser o prenúncio daquilo que, em breve, poderá ser legalmente compulsório, no âmbito público e privado, como condição de permanência no mercado.²⁷

Com efeito, trata-se de imposição constitucional que se infere de vários dispositivos da Carta de 1988, a começar pelos seus arts. 1º e 3º, nos quais se reconhecem, na ordem, como fundamentos do Estado brasileiro, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De modo não menos importante, a Constituição da República mostrou sua incansável e explícita preocupação com o desenvolvimento em diferentes feições, merecendo destaque

²⁴ Sempre preciso, Luiz Alberto Blanchet vai além e enaltece a preparação do agente para as escolhas corretas visando ao desenvolvimento, uma vez que “o termo desenvolvimento traz necessariamente implícitos os aspectos de continuidade, sustentabilidade e empreendedorismo. Não basta ao administrador vislumbrar apenas a solução imediata para o motivo fático, como se o mundo acabasse em seguida. A ele compete buscar a solução que atenda a necessidade tal como se apresenta no momento, mas também que neutralize suas futuras mutações, ressalvadas, obviamente, aquelas que, sendo também supervenientes, sejam imprevisíveis, não provocadas pela Administração e por ela inevitáveis, alcançadas pela teoria da imprevisão.” (BLANCHET, Luiz Alberto. *Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável*. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Orgs.). *Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil*. 1. ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 26-41).

²⁵ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 55.

²⁶ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal*. Op. cit., p. 37-38.

²⁷ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal*. Op. cit., p. 43-46.

os arts. 5º (inc. XXIX – econômico-tecnológico), 21 (inc. IX – econômico-social), 43 e 151 (econômico-social, visando a redução das desigualdades regionais), 163 (regional), 174 e 192 (nacional equilibrado), 21 (inc. XX) e 182 (urbano), 200 (científico e tecnológico, no âmbito do SUS), 215 (cultural), 218 (científico e produtivo, nacional e regional), 219 (cultural e socioeconômico, inclusive mirando a *autonomia* tecnológica do país) e 239 (econômico). E, por fim, a isso tudo fez somar o dever estatal (governamental e administrativo) de estímulo às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 179) e de garantir o meio ambiente como equilibrado, para as presentes e futuras gerações (art. 225).

Logo, a partir de uma interpretação sistemático-teleológica de tais comandos é possível concluir no sentido de que qualquer comportamento administrativo, comissivo ou omissivo, que deles de dissocie, *inclusive imbricado com licitações e contratações públicas*, mostra-se contaminado e pode, até mesmo, ensejar invalidação e/ou responsabilização pessoal.

3 A INTERVENÇÃO INDIRETA POR MEIO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUA PERSPECTIVA PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRA

A intervenção indireta do Estado no domínio econômico e social, a partir das licitações e dos contratos administrativos, pode ser conferida em diferentes leis brasileiras nos últimos anos, as quais têm promovido ou induzido a intervenção estatal visando ao desenvolvimento nacional sustentável.

A Lei n. 12.349/2010,²⁸ que alterou a Lei n. 8.666/1993, dá exemplo vivo de fomento a ser concretizado mediante contratações públicas, já que positivou a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como terceira finalidade legal das licitações e trouxe uma série de dispositivos de fomento ao incremento tecnológico no Brasil. Para tanto, previu, por exemplo, margem de preferência para produtos manufaturados nacionais, contratação por dispensa de licitação para a aquisição de bens e serviços exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento à pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico, dentre outras medidas.²⁹

E, agora, a Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (NLLCP – Lei n. 14.133/2021) atualiza e consolida esse cenário desenvolvimentista e o interliga, em reforço, a uma pretensão inovadora, ao prescrever a direção e a indução para determinados comportamentos dos agentes econômicos em específicos setores.

²⁸ Decorrente da conversão da Medida Provisória n. 495/2010. Sobre a medida provisória e seus impactos, vide os seguintes artigos: NIEBUHR, Joel Menezes. Margem de preferência para a produção nacional em licitação pública – repercussões da medida provisória n. 495/2010. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 198, ago. 2010. p. 777; RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei das licitações é novamente alterada. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 199, set. 2010. p. 871; TOLOSA FILHO, Benedicto de. Os efeitos da MP 495/2010 nas contratações públicas. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 202, dez. 2010. p. 1203.

²⁹ Nesse sentido, vide: REIS, Luciano Elias. Inovações legislativas nas contratações administrativas para a implementação da responsabilidade socioambiental por intermédio do fomento da pesquisa científica e tecnológica. In: DOTTÁ, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Orgs.). *Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil*. 1. ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 115-146.

Quanto à inovação, salienta-se que o art. 11 da NLLCP prescreveu que o processo licitatório tem por objetivos, dentre outros, incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável, sendo este simultaneamente erigido ao *status* de princípio (art. 5º). De todo modo, destacar a inovação como objetivo legal representa uma atualidade do legislador acerca da relevância do temário ante o contexto mundial, seja sob o prisma estatal e sua competitividade, seja pela sinalização aos *players* de mercado.

Mas em que consiste a inovação?

Num sentido leigo e comum, a inovação pode ser confundida com o descobrimento ou a invenção, como se fossem sinônimos. Essa é uma falsa associação. A inovação não precisa gerar um produto ou um serviço novo. Basta que haja produção de outras coisas ou de mesmas coisas com a combinação de materiais e forças que demandem um método diferente³⁰.

Em especial quanto às inovações legislativas das últimas duas décadas, estas têm trabalhado claramente com a ideia de regulação e de fomento por meio das compras públicas. Juan Francisco Mestre Delgado, em 2003, realçava o mecanismo de reforço por intermédio do fomento para “*forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones – no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas— contempladas en normativas sectoriales.*”³¹.

No âmbito nacional e europeu, as compras públicas inovadoras – compreendidas como as “contratações públicas que têm foco direto ou indireto um objeto científico, inovador ou tecnológico, assim como nos casos em se que visa a promoção e ao direcionamento de agentes para tais setores como encargo da remuneração obtida a partir de uma verba pública”³² –, mostram-se como típico exemplo de fomento e retrata uma medida de intervenção positiva e não cogente ao mercado, apesar que em determinados casos poderá inclusive ser uma forma de direção estatal.³³

A partir dessas considerações, deduz-se que a citada regulação nos meandros das contratações inovadoras é um caminho incontroverso e que precisa ser muito bem planejado, estruturado normativamente e executado, sob pena de completa ineficácia. Por isso, recomenda-se, desde já, que, na seara das licitações e dos contratos administrativos no Brasil, os esparsos textos normativos existentes sejam compilados de maneira organizada em um único documento, assim como se aspira agora com a Lei n. 14.133.

³⁰ REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – de acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 188.

³¹ MESTRE DELGADO, Juan Francisco. Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 291, p. 705-730, 2003. p. 707.

³² REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras*: Op. cit., p. 8.

³³ LÓPEZ MIÑO, Antonio. La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública. In: GARCIA, J. José Pernas (Coord.). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013. p. 215-216. Sobre o assunto, vide também: ARNAEZ ARCE, Vega M. La compra pública innovadora. La administración pública como adquirente de bienes y servicios innovadores. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 93, p. 17-35, 2012.

Afinal, a insegurança jurídica ocasionada pelo extenso, confuso e teratológico conjunto de normas jurídicas sobre a temática tem prejudicado sobremaneira a eficiência administrativa e propiciado, até mesmo, uma indelével corrupção nas compras públicas no Brasil, o que tem sido igualmente observado em outros países.³⁴

Mesmo após essa etapa de (re)organização normativa, ainda será preciso que se efetive competente planejamento das compras governamentais, que os agentes públicos sejam qualificados para tanto e recebam condições adequadas para o desempenho de suas tarefas (etapa que faz parte da boa governança pública), que se permita maior transparência desde as licitações até as execuções contratuais (*v.g.*, externando a fila cronológica de pagamento dos credores) e que se facilitem possíveis enquadramentos à legislação que tenham impacto regulatório de mercado (sob pena de se positivar mais um meio para a continuidade da corrupção e assim “legitimar” indevidamente a exclusão de potenciais competidores).

Essas medidas, dentre outras, estão no compasso do objetivo da regulação, que, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto,

[é] imperativa sempre que a capacidade dos atores econômicos ou põe em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra insuficiente para se atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários de um bem essencial etc.³⁵

Ademais, como assinala Chevallier, “o novo papel desempenhado pelo Estado na economia não se reduz, no entanto, a uma simples função de regulação: ele se traduz também por uma intervenção ativa no jogo econômico, tomando em conta o contexto de interdependência ligado ao processo de globalização.”³⁶

Sob esse raciocínio, sustenta-se que a regulação estatal pelas licitações e pelos contratos administrativos deverá focar e priorizar as compras públicas inovadoras no Brasil, almejando o desenvolvimento nacional, regional e local, bem como a imperiosidade de existir no ordenamento jurídico um procedimento específico para permitir a contratação de objeto científico, inovador e tecnológico nacional.³⁷ Essa necessidade e preocupação encontra am-

³⁴ Sempre lembrando que: “*La corrupción no es un problema que pueda ser atacado aisladamente. No es suficiente que las leyes penales busquen las manzanas podridas y las castiguen. Por supuesto, el Estado puede necesitar establecer su credibilidad castigando a los funcionarios corruptos muy visibles, pero el objetivo de dichos procesos judiciales es atraer las noticias y el apoyo del público y no resolver el problema de fondo. Las leyes anticorrupción sólo pueden proporcionar un trasfondo para reformas estructurales más importantes. [...] Un país que combate seriamente la corrupción debe llevar a cabo un estudio detallado para determinar dónde es más perjudicial la corrupción y en que punto puede ser atacada con más eficacia.*” (ACKERMAN, Susan Rose. *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2001. p. 308-309).

³⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, p. 1-21, nov./dez. 2005. p. 13. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=70>. Acesso em: 17 jun. 2022.

³⁶ CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

³⁷ Argemiro Brum explica em sua obra que “a ciência e a tecnologia caracterizam o nosso tempo. Sua importância cresce a cada dia. O saber fazer (know-how) é o produto mais valorizado no mercado mundial – hoje e cada vez mais no futuro. As possibilidades de desenvolvimento de uma sociedade não se baseiam apenas nas suas potencialidades naturais – recursos minerais e terras produtivas – mas, mais e mais, na sua capacidade de gerar

paro na Constituição da República de 1988 e reflete uma necessidade primária para a própria subsistência do mercado nacional ante o estrangeiro.

4 A AGENDA 2030 DA ONU COMO ADICIONAL FUNDAMENTO PARA O USO ESTRATÉGICO DAS COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

A Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável e elencou 17 objetivos que deverão ser alcançados pelos seus signatários, sendo que o Brasil faz parte desse pacto, como também a Espanha.

Dentre os objetivos tracejados, vários guardam estrita relação com o temário deste artigo, em especial: Objetivo 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 03. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; Objetivo 04. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; Objetivo 08. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; Objetivo 09. 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 várias passagens existe destaque para o desenvolvimento humano, o científico, o tecnológico e o inovativo, bem como para a imperiosidade de se trabalhar de maneira diferente entre os países desenvolvidos versus os países em desenvolvimento considerando o notável *discrímen* e o mesmo raciocínio em cada país ante as pobreza internas que o assolam.

O item 12.7 estatui a promoção de compras públicas sustentáveis em conformidade com as prioridades nacionais, já o 10.3.a. estampou o dever de implementação do tratamento especial e diferenciado entre os países de acordo com o seu nível de desenvolvimento. Portanto, desrespeitar as diferenças por meio de um acordo bilateral ou multilateral é descumprir o compromisso brasileiro com os objetivos da Agenda 2030.³⁸

conhecimento e novas tecnologias.” (BRUM, Argemiro J. *Desenvolvimento econômico brasileiro*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 283). Na mesma linha, “A fim de realizar a referida opção de política científico-tecnológica, o Brasil deve consolidar o seu sistema nacional de inovação, ligado à economia e à sociedade, dentre de um conceito amplo, compreendendo tanto a rede de instituições e de empresas financiando ou realizando pesquisa científica e tecnológica, como o conjunto de políticas e instituições relativas à importação de tecnologia (incorporada ou não a equipamentos), propriedade industrial e investimento direto externo em áreas intensivas em tecnologia. (VELLOSO, João Paulo dos Reis. Novo modelo de desenvolvimento para o Brasil. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (Org.). *Desenvolvimento, tecnologia e governabilidade*. São Paulo: Nobel, 1994. p. 17-60, p. 42).

³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

A própria ONU, em 2016, lançou o “Roteiro para a Localização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável: Implementação e Acompanhamento no Nível Subnacional”. Nele há a ênfase de esforços que deverá se brandir aos governos locais e regionais para a concretização dos objetivos globais, isso porque os ODS têm metas arraigadas diretamente às responsabilidades dos governos locais e regionais, mormente na prestação de serviços básicos.

Como dito à época pelo Secretário Geral da ONU, Ban Ki-moon, a luta pela sustentabilidade global será vencida ou perdida nas cidades. Para tanto, é imprescindível (i) a existência de uma governança local eficiente para assegurar a inclusão de uma diversidade de protagonistas locais, criando ampla propriedade, compromisso e responsabilidade para com os objetivos; (ii) uma abordagem multinível e multidisciplinar e (iii) robusto compromisso nacional para amparo legal e institucional suficientes, bem como capacidade financeira.

Por tudo isso, o fortalecimento dos governos locais e regionais, bem como o respectivo desenvolvimento em tais searas, é pauta necessária para a Agenda 2030, impondo-se aos municípios que elaborem um plano de ação e criem mecanismos que permitam a participação cidadã e a responsabilidade institucional.³⁹

Nesse sentido, a utilização de contratações públicas inovadoras pelos governos locais, regionais e, também, nacionais representa uma forma de efetivação do desenvolvimento nacional sustentável simultaneamente alicerçado nos objetivos da Agenda 2030.

5 A POLÍTICA PÚBLICA DA CONTRATAÇÃO INOVADORA

O uso da contratação pública como ferramenta de política pública nacional precisa, em primeiro lugar, seguir o ciclo de uma política pública,⁴⁰ principalmente quando utilizá-la afeta algum setor econômico, como no caso das contratações de inovação, de tecnologia, ambiental e de ciência, dentre outros.

Não se pode aquiescer com a prescrição de uma norma impondo alguns ônus a alguém da sociedade ou a uma parcela do universo de fornecedores da Administração Pública sem a abertura para deliberação sobre a forma, a intensidade, a participação mediante distintas alternativas, as justificativas para a escolha da decisão e o possível tempo de imposição.

No caso específico de inovação, ciência e tecnologia nacionais, tal situação fica ainda mais clarividente, pois os ajustes poderão servir de arrimo para políticas regulatórias, distributivas, redistributivas e constitutivas. Ou seja, é possível de se cogitar o uso de todos os tipos. Explica-se.

Regulatória, ao instituir normas por meio, *v. g.*, de uma instrução normativa do Ministério do Planejamento que discriminem fornecedores com um determinado produtivo básico,

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Roteiro para a localização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável: implementação e acompanhamento no nível subnacional*. 2016. p. 13-16. Disponível em: <https://www.undp.org/pt/brazil/publications/roteiro-para-localiza%C3%A7%C3%A3o-dos-objetivos-de-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em: 29 jul. 2019.

⁴⁰ Ciclo da política pública que é formado pelos seguintes estágios: “definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção de opções, implementação e avaliação.” (SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 08, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. p. 29).

assim como acontece na Lei n. 8.248/91 ao tratar de processo produtivo básico dos produtos de informática.⁴¹

Distributiva, caso se fixe algum tipo de subsídio, isenção tarifária ou incentivo fiscal para as empresas que tiverem um percentual “x” de investimento anual de sua receita líquida do exercício financeiro anterior em pesquisa científica junto a uma universidade federal ou algum instituto de pesquisa credenciado pelo Poder Público.⁴²

Redistributiva, ao conceder uma determinada preferência durante o julgamento das propostas na licitação para as empresas que tenham proposto um produto manufaturado nacional ou um serviço nacional.⁴³

Constitutiva, também dita estruturadora, ao prescrever regras procedimentais, de competência e disputa política para a elaboração de políticas públicas, quando por exemplo seja prescrita um texto normativo por um ato administrativo (v.g. uma instrução normativa) fixando como deverão ser realizados os estudos para o ciclo da política pública de inovação industrial ou a contratação de um objeto científico, tecnológico ou inovativo nacional.⁴⁴

Convém ressaltar que, dentro da contratação pública, pode-se ventilar a realização de diversas políticas públicas, assim como ocorre com a questão ambiental, de recuperação social dos presos, de coeficiente tecnológico ou de favorecimento para as microempresas e empresas de pequeno porte.

De qualquer modo, é muito importante que, no contexto brasileiro, as políticas públicas estejam colmatadas de acordo com os fundamentos e objetivos fundamentais preconizados pela Constituição, os quais estão externados nos artigos 1º e 3º, como adrede apontado.

Não se pode assentir com a realização de um processo gerador de ação de governo que destoe ou não encontre guarida em tais imposições determinadas pelo Poder Constituinte.

Se houver um processo gerador de ação de governo que não vise ao alcance dos fundamentos ou dos objetivos fundamentais, não significa cancelar possível e imediata ilicitude da atuação estatal, entretantes, não haverá a sua salvaguarda pelas prerrogativas e direitos de uma política pública.

⁴¹ Distributivas porque “envolvem discriminação no atendimento das demandas de grupos distinguindo os beneficiados e prejudicados por essas políticas, estabelecendo controle, regulamento e padrões de comportamento de certas atividades políticas. Este tipo de política nasce do conflito entre coalizões políticas de interesses claros e opostos, uma vez que gera claramente uma distinção entre favorecidos e desfavorecidos (quem ganha e quem perde).” (DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18).

⁴² Políticas públicas distributivas “são financiadas pelo conjunto da sociedade e os benefícios são distribuídos atendendo as necessidades individualizadas, ou seja, o governo distribui recursos a uns, sem que isso afete outros grupos ou indivíduos.” (DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. *Políticas públicas: Op. cit.*, p. 18).

⁴³ Por sua vez, a política se mostra redistributiva quando “atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros” (SOUZA, Celina. *Políticas públicas: Op. cit.*, p. 28), sendo que “o objetivo é o desvio e o deslocamento consciente de recursos financeiros, direitos ou outros valores entre camadas sociais e grupos da sociedade.” (FREY, Klaus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Planejamento e Políticas Públicas*, n. 21, p. 211-259, jun. 2000. p. 224).

⁴⁴ Constitutivas “são políticas públicas que estabelecem regras sob as quais outras políticas públicas são selecionadas.” (DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. *Políticas públicas: Op. cit.*, p. 18).

6 ESTUDOS PRELIMINARES INDISPENSÁVEIS À IMPLANTAÇÃO DE UMA POLÍTICA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA INOVADORA

Os estudos preliminares são os estudos realizados previamente pela Administração Pública, na fase interna (preparatória) da licitação, com o objetivo de aferir quais são as soluções potencialmente existentes para satisfazer as necessidades públicas, qual a relação de custo *versus* benefício de cada solução a partir de suas vantagens e desvantagens, qual a estimativa de valor das soluções para que, ao final, possa o administrador público, sozinho ou em forma colegiada, concluir pela viabilidade ou não de uma futura contratação e qual será a solução a ser adotada na licitação vindoura. Almeja responder se é possível ou não atender ou suprir um problema externado por uma necessidade pública e qual seria o melhor jeito para tanto.⁴⁵

Como se percebe, os estudos preliminares representam atos diretamente relacionados ao planejamento. Ainda que tenha sido mais difundida a expressão no Brasil, quando houve a sua previsão para as licitações de serviços terceirizados no âmbito federal, por meio da Instrução Normativa do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão n. 05/2017, impende gizar que, anteriormente, já era um instituto utilizado nas licitações para tecnologia de informação (*v.g.*, Instrução Normativa da Secretaria de Logística, Tecnologia e Inovação do antigo Ministério do Planejamento n. 04/2014, a qual foi substituída pela Instrução Normativa do Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia n. 01, de 04 de abril de 2019 e no âmbito do Poder Judiciário pela Resolução n. 182/2013 do Conselho Nacional de Justiça) e para obras e serviços de engenharia. Para engenharia, o estudo preliminar é condição para a realização de um projeto básico de uma obra nos termos da Resolução n. 361, de 10 de dezembro de 1991, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia.⁴⁶ É preciso que, antes do projeto, perquirase a viabilidade técnica, econômica e ambiental da solução adotada e preencha os critérios de conveniência de seu proprietário e da sociedade. Nessa toada, Hamilton Bonatto explica que a boa governança demanda um criterioso estudo de viabilidade do empreendimento público, em caso de obra pública, inclusive para apreciar se a futura obra atende os anseios colimados.⁴⁷

⁴⁵ Pedro Cerqueira Gomes propõe na fase interna um raio x completo sobre o panorama vivenciado: (1) qual a necessidade; (2) o que o mercado oferece; (3) quais os riscos inerentes àquela operação comercial. Nesta linha, defende que “para preencher estes pressupostos ou tirar esta radiografia é necessário seguir os passos do plano, designado PLAN-DO-CHECK-ACT-Cycle de William Edwar Deming.” Trazendo esse raciocínio para a fase pré-contratual ou de planejamento como se chama no Brasil, teria: PLAN “pressupõe uma análise cuidada das necessidades presentes e futuras da entidade adjudicante, e transformá-las em exigências funcionais. Devendo, aqui, ser publicado um aviso prévio não vinculativo para a entidade adjudicante daquilo que se pretende, isto é, dar a conhecer ao mercado a sua necessidade.” DO “iniciar um procedimento pré-contratual teste, dentro daqueles tipificados no nosso ordenamento jurídico, para identificar e precisar melhor o produto.” CHECK “verificar se na fase de execução do contrato a necessidade está satisfeita” ACT “aquisição em massa do produto”. (GOMES, Pedro Cerqueira. *Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia*. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (Dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014. p. 525-555. p. 537).

⁴⁶ “Art. 2º - O Projeto Básico é uma fase perfeitamente definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento.” (BRASIL. Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. *Resolução n. 361, de 10 de dezembro de 1991*. Dispõe sobre a conceituação de Projeto Básico em Consultoria de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Brasília, DF: Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, 1991. Disponível em: <https://normativos.confea.org.br/Ementas/Visualizar?id=409>. Acesso em: 04 maio 2019).

⁴⁷ “O estudo de viabilidade tem a função de verificar não apenas se o empreendimento é viável sob os aspectos técnicos, em especial da engenharia e arquitetura, mas a partir de outro olhar. Compreendemos que dito estudo

Agora, com a NLLCP, o estudo técnico preliminar está expressamente previsto como um documento essencial da fase interna (preparatória) nos termos do artigo 18, I, e que deve evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação.

Para tal mister, ele deverá conter os seguintes elementos: I – descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; II – demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração; III – requisitos da contratação; IV – estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; V – levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar; VI – estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII – descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; VIII – justificativas para o parcelamento ou não da contratação; IX – demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; X – providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XI – contratações correlatas e/ou interdependentes; XII – descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; XIII – posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

Com efeito, o importante é o planejamento estatal ser bem executado, ainda mais quando se pensa numa política pública, como é o caso do uso das contratações públicas para o desenvolvimento inovativo, científico e tecnológico. Afinal de contas, o planejamento é a atividade serviente para delinear objetivos e metas, bem como os meios aptos para a sua concretização.⁴⁸

Destarte, as prognoses do futuro próximo e do mais longínquo ao desenvolvimento nacional sustentável devem consubstanciar-se numa “sociedade harmoniosa, saudável, plúrima, com menos desigualdades, gerida por pessoas probas e éticas”, sendo que efetivar tais objetivos, na prática, representa aliar boa administração com planejamento estatal eficiente.⁴⁹

tem como principal escopo a verificação do programa, do terreno e seu entorno, da legislação, dos custos e dos investimentos necessários à execução, bem como a compatibilidade com os objetivos do órgão ou entidade. Não há dúvidas que é elemento fundamental para o planejamento de uma obra ou serviço de engenharia, de forma que o governante possa determinar as soluções para as necessidades da população.” (BONATTO, Hamilton. *Governança e gestão de obras públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 84).

⁴⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 35.

⁴⁹ EMERY, Emerson Baldotto. *Desenvolvimento sustentável: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 95. Como bem alude Francisco Javier Vázquez Matilla ao dissertar sobre compras públicas inovadoras: “la entidad pública que desee beneficiarse de las ventajas de una compra de tecnología innovadora, tendrá que realizar necesariamente una demanda temprana, lo que le obligará a: planificar sus

Assim sendo, os estudos preliminares deverão ser adotados em todos os casos de compras públicas, o que não seria diferente para as compras públicas inovadoras.⁵⁰ Consequentemente, nestes a Administração Pública deverá justificar em que medida poderão (ou deverão) ser exigidas as medidas domésticas de privilégio do mercado nacional. Contudo, aqui não se exige somente os estudos preliminares para a licitação, mas sim preconiza-se que sejam realizados como medida prévia à formulação das políticas públicas horizontais pelo Estado para a direção e promoção da ciência, tecnologia e inovação nacional. É a adoção de critérios objetivos e formalizados para justificar as escolhas em prol do interesse público.⁵¹

Dessa feita, após elaborado o diagnóstico e a identificação da agenda, deverá a Administração Pública analisar as possíveis soluções existentes e suas variantes, de acordo com o setor do mercado em análise, para dessumir a possibilidade ou não de adotar alguma benesse. Identificadas as soluções passíveis de serem implementadas e ponderada a relação de custos *versus* benefícios de todas, será o caso de se eleger a melhor solução.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz muito que o ordenamento jurídico brasileiro dá sinais, expressos e implícitos, aqui e acolá, de que a “neutralidade” do Estado e da Administração Pública no exercício das funções estatais (legislativa, administrativa, controladora e jurisdicional) não será tolerada, tanto quanto também não o será a exploração da atividade econômica e o exercício do direito de propriedade.

De sua parte, a Constituição da República, como visto, escancarou os fundamentos do Estado brasileiro e os objetivos a serem por ele perseguidos, dentre os quais o da promoção do desenvolvimento nacional sustentável e da autonomia tecnológica, de modo a deixar cimentada a função social como *conditio sine qua non* para reconhecimento de certos direitos e como razão justificadora para estimular comportamentos coletivamente desejáveis.

necesidades con suficiente antelación, conocer la oferta relacionada con este tipo de necesidades en cuanto a: tipo de soluciones no sólo actuales sino también previstas, ya que las necesidades no están cubiertas en el mercado, empresas involucradas, conocer las tecnologías susceptibles de aportar valor y su posible evolución y coste.” (MATILLA, Francisco Javier Vázquez. *Compra pública de innovación. Contratación Administrativa Práctica*, Madrid, n. 159, p. 54-61, jan. 2019. p. 56).

⁵⁰ Ainda que o nome “estudos preliminares” não seja tão antigamente usado, o Tribunal de Contas da União já determinava o dever de motivação da escolha da solução licitada: “9.13.5. instrua os processos de contratação com estudos detalhados para fundamentar a escolha por locação em detrimento de aquisição de veículos, considerando fatores tais como: garantias e custos minimizados no primeiro ano de aquisição de um veículo; vida útil do bem; despesas indiretas; tempo da utilização do veículo; possibilidades ou impedimentos de eventual financiamento dos bens; custo de oportunidade na aquisição do veículo; e demais fatores que possam fundamentar a decisão do gestor;” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 4.742/2009*. 2ª Câmara. Rel.: Min. André de Carvalho. Julgamento em 8/9/2009).

⁵¹ “Todo aquele que, ao buscar a solução para um problema, o fizer mediante utilização de padrões subjetivos, passará a vida repetindo sempre as mesmas soluções. Aquele que atua objetivamente, a seu turno, questiona as opções anteriormente feitas e as aprimora, observando e levando em conta as particularidades de cada nova situação e buscando a solução mais idônea para cada nova problema. [...] Quem não se autoquestiona não evolui e, se for agente público, infligirá sofrimento a todo o povo.” (BLANCHET, Luiz Alberto. *Ineficiência, corrupção e seus efeitos sobre o empreendedorismo e sobre o desenvolvimento*. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. *Eficiência e ética na Administração Pública*. Curitiba: Ithala, 2015. p. 151-162, p. 156).

Não causa estranheza, pois, que a Lei n. 8.666/1993 (especialmente com a redação dada pela Lei n. 12.349/2010) e a NLLCP tenham encampado essas exigências, aliás, como já o fizera – ainda que timidamente – a Lei Complementar n.123/2006 em sua feição original, no que diz com a gestão pública.

Ainda assim, contudo, há verdadeiro abismo entre as normas (regras e princípios) em vigor e a praxe administrativa de licitar e contratar, de modo que as finalidades legais da licitação acabam por ser cumpridas em diminuta parte, porque persiste a preocupação com uma cega isonomia de tratamento – que tende a afastar quaisquer discriminações (mesmo quando necessárias, constitucionais e legais) – e com o menor desembolso, pura e simplesmente.

O desafio, portanto, é dar concreção a tais comandos, com a deliberada utilização do poder de compra do Estado brasileiro para provocar mudanças comportamentais, das pessoas físicas e jurídicas, no sentido de efetivo engajamento para, em uníssono, estado, mercado e sociedade perseguirem os mesmos ideais, exatamente aqueles que inspiraram o Constituinte para declarar os fundamentos e os objetivos da República federativa do Brasil.

Dentre as mudanças almejadas, encontram-se, por evidente, a promoção do desenvolvimento (local, regional e nacional) sustentável do Brasil e de todos os brasileiros, para o que a incessante busca pela autonomia tecnológica se apresenta como verdadeira catapulta.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Susan Rose. *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2001.
- ARNAEZ ARCE, Vega M. La compra pública innovadora. La administración pública como adquirente de bienes y servicios innovadores. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 93, p. 17-35, 2012.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1995.
- BLANCHET, Luiz Alberto. Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Orgs.). *Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil*. 1. ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 26-41.
- BLANCHET, Luiz Alberto. Ineficiência, corrupção e seus efeitos sobre o empreendedorismo e sobre o desenvolvimento. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. *Eficiência e ética na Administração Pública*. Curitiba: Íthala, 2015.
- BONATTO, Hamilton. *Governança e gestão de obras públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BRASIL. Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. *Resolução n. 361, de 10 de dezembro de 1991*. Dispõe sobre a conceituação de Projeto Básico em Consultoria de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Brasília, DF: Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, 1991. Disponível em: <https://normativos.confea.org.br/Ementas/Visualizar?id=409>. Acesso em: 04 maio 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 4.742/2009*. 2ª Câmara. Rel.: Min. André de Carvalho. Julgamento em 8/9/2009.
- BRUM, Argemiro J. *Desenvolvimento econômico brasileiro*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

EMERY, Emerson Baldotto. *Desenvolvimento sustentável: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 21, p. 211-259, jun. 2000.

GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (Dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014. p. 525-555.

LÓPEZ MIÑO, Antonio. La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública. In: GARCIA, J. José Pernas (Coord.). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, p. 1-21, nov./dez. 2005. p. 13. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=70>. Acesso em: 17 jun. 2022.

MATILLA, Francisco Javier Vázquez. Compra pública de innovación. *Contratación Administrativa Práctica*, Madrid, n. 159, p. 54-61, jan. 2019.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco. Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 291, p. 705-730, 2003.

NIEBUHR, Joel Menezes. Margem de preferência para a produção nacional em licitação pública – repercussões da medida provisória n. 495/2010. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 198, ago. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Roteiro para a localização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável: implementação e acompanhamento no nível subnacional*. 2016. Disponível em: <https://www.undp.org/pt/brazil/publications/roteiro-para-localiza%C3%A7%C3%A3o-dos-objetivos-de-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em: 29 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – de acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

REIS, Luciano Elias. Inovações legislativas nas contratações administrativas para a implementação da responsabilidade socioambiental por intermédio do fomento da pesquisa científica e tecnológica. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Orgs.). *Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil*. 1. ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 115-146.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei das licitações é novamente alterada. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 199, set. 2010.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 08, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. Os efeitos da MP 495/2010 nas contratações públicas. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 202, dez. 2010.

VELLOSO, João Paulo dos Reis. Novo modelo de desenvolvimento para o Brasil. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (Org.). *Desenvolvimento, tecnologia e governabilidade*. São Paulo: Nobel, 1994. p. 17-60.



Inovação, Direito Administrativo e Gestão Pública Municipal

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Doutora e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora aposentada da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ex-Procuradora do município de São Paulo.

José Roberto Pimenta Oliveira

Doutor e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador Regional da República PRR3/MPF.

Sumário: 1 Introdução. 2 Inovação e direito administrativo. 3 Inovação e gestão municipal. 4 Experiências institucionalizadas inovadoras no município de São Paulo. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Inovação é um imperativo dos novos tempos. A inovação está em quase todas as partes na vida dos cidadãos. Todo mundo fala sobre inovação, quase todo mundo quer viver numa cidade mais inovadora, conviver com pessoas mais inovadoras, trabalhar numa organização mais inovadora.

De forma geral, inovação tecnológica significa não só a criação de tecnologias inexistentes, como a renovação e/ou aperfeiçoamento das que já disponíveis. Essa criação ou renovação se dizem tecnológicas quando implicam a utilização, a um certo segmento de atividade, de conhecimentos ou descobertas científicas, capazes de gerar um produto novo ou de tornar melhor um produto existente.

Importa registrar que “inovação não é meramente criatividade ou ideias brilhantes. Essa noção sempre embasou as políticas científicas no passado. Inovação envolve a agregação de valor a ideias e sua implementação prática. Seu objetivo é aumentar a produtividade e responder a problemas, demandas, necessidades e desafios existentes e potenciais da sociedade. É a sua orientação para a solução de problemas que faz da inovação um fator relevante para gestores públicos enfrentarem questões técnicas, econômicas e sociais no país”¹. São esclarecedoras essas lições de Carlos Ivan Simonsen Leal e Paulo N. Figueiredo.

A inovação foi reconhecida como um dos motores do desenvolvimento econômico e social, na obra de Joseph Alois Schumpeter (1883-1950), considerado um dos mais importantes economistas da primeira metade do século XX a considerar as inovações tecnológicas como motor do desenvolvimento capitalista. Desde a segunda metade do Século XX, esta constatação só foi exponenciada com a aceleração do desenvolvimento tecnológico,

¹ LEAL, Carlos Ivan Simonsen; FIGUEREDO, Paulo N. Inovação tecnológica no Brasil: desafios e insumos para políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 55, n. 3, p. 512–537, maio/jun. 2021. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/0034-761220200583>. Acesso em: 21 maio 2022.

no contexto de crescente globalização econômica, social e cultural que o sistema econômico mundial vem experimentando desde então.

Certamente que o desenvolvimento tecnológico e o papel central da inovação no atual cenário econômico, social e político, impactam a atividade do Estado, em todas as suas dimensões ou funções, mais destacadamente a inerente ao desempenho de atividades administrativas, em persecução, implementação e concretização de interesses públicos, na gestão de relevantes políticas públicas para o atendimento de demandas da sociedade. O aparelho administrativo necessita ser reordenado para promover a inovação, na busca de maior progresso econômico-social e melhorias institucionais, em função do bem comum, mediante políticas públicas concebidas ou moldadas ou rearticuladas, para estimular e colher o máximo de resultados da inovação que ora está revolucionando o modo de vida comunitário e individual.

O presente artigo busca refletir sobre este novo objetivo de interesse público no campo do Direito Administrativo Brasileiro. Todavia, por suas inerentes limitações, a abordagem será norteada pela apresentação de marcos institucionalizados (nos aspectos normativo e de prática institucional) no nível da gestão municipal, dentro da moldura federativa de nosso Estado Democrático.

O ordenamento jurídico-administrativo edificou um regime administrativo próprio para a inovação, com alterações constitucionais relevantes (destacadamente, a EC n. 85/2015), e modificações legislativas significativas (como a Lei n. 10.973/2004, alterada pela Lei 13.243/2016), chegando à institucionalização de marco legal próprio para startups (Lei Complementar 182, de 1º de junho de 2021).²

2 INOVAÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO

Em sua redação originária (1988), a Constituição Federal (CF) não trouxe a palavra “inovação” em qualquer de seus dispositivos. Não foi indiferente, entretanto, à relevância de progressos científicos e tecnológicos, como se depreende de normas incluídas na Ordem Social, em especial o artigo 218, que estabelecia o dever do Estado em promover e incentivar “o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (caput). Esta pesquisa tecnológica, no Texto Constitucional, sempre esteve voltada “preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional” (§2º).

Em vista de sua função de atender ao “bem público e o progresso das ciências”, a norma estabelecia tratamento prioritário do Estado na temática da “pesquisa científica básica e tecnológica” (§1º). Do mesmo modo, a Lei fundamental trouxe previsão explícita de apoio e estímulo, por força de lei, para “empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos” (§4º).

Nessa diretriz estava estampada a consciência constitucional das consequências do cumprimento destes fins estatais, no plano da ordem econômica, o que se coaduna com o

² Cf.: SOUSA, Horácio A. M.; RODOR, Fernanda M. E. R. *Direito público das startups: uma nova governança público-privada nas parcerias entre o Estado e as entidades privadas de tecnologia e inovação*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021.

artigo 219, que consagrava o “mercado interno” como integrante do “patrimônio nacional”, autorizando incentivo estatal “de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

Nessa conjuntura constitucional, foi aprovada a Lei n. 10.973, de 02 de dezembro de 2004 (conhecida como “Lei da Inovação”), que tratou dos incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, estabelecendo os instrumentos administrativos, com a criação de novos e diversos arranjos institucionais, ou adequação de mecanismos de intervenção estatal já existente, direcionando-os para o atingimento destes relevantes interesses públicos.

Passados quase 10 anos, a avassaladora relevância da inovação tecnológica na vida social exigiu reconfigurações e aperfeiçoamentos. Essa necessidade de aprimoramento do modelo normativo institucional regente deste segmento de intervenção estatal conduziu à aprovação da Emenda Constitucional n. 85, de 2015 (denominada “Emenda da Inovação”), que alterou diversos dispositivos constitucionais para inserir expressamente a “inovação” como objeto de tratamento normativo direto ou próprio na Constituição, aprofundando a relevância e base constitucional da atuação estatal em prol da inovação, a qual deu ensejo à aprovação da Lei n. 13.243, de 11 de janeiro de 2016, introduzindo alterações relevantes na Lei n. 10.973, dentre as quais merece destaque o rol de princípios legais a governar as medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, pelo Estado.³

Concomitantemente a essa evolução na temática na área do “desenvolvimento científico, pesquisa, capacitação científica e tecnológica e inovação”, também merece registro que, ao longo do mesmo período, normas infraconstitucionais buscaram disciplinar o tratamento constitucional assegurado a microempresas e empresas de pequeno porte.

Desde 1988, todos os entes federativos são obrigados a dispensar “às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas, por meio de lei” (art. 179 da CF).

Houve, posteriormente, a revogação do conceito de empresa brasileira de capital nacional de pequeno porte, por força da Emenda Constitucional (EC) n. 6/1995, mas foi mantido o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. (art. 170, inciso IX, com a redação dada pela EC 6/1995). Na mesma linha, houve, pela Emenda Constitucional n. 42/2003, a previsão nos princípios gerais do sistema tributário nacional, estabelecidos por lei complementar (LC), da “definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte.”

Dessa base constitucional, nasceu a Lei Complementar n. 123, de 14.12.2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

³ Cf.: PORTELA, Bruno Monteiro; BARBOSA, Caio Márcio Melo; MURARO, Leopoldo Gomes; DUBEUX, Rafael. *Marco legal de ciência, tecnologia e inovação no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2021.

Da conjugação entre os objetivos de fomento à atividade econômica e à inovação, surgiu a recente Lei Complementar n. 182, de 01.06.2021, que institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador. É incontestável a relevância econômica reconhecida às denominadas startups, no cenário tecnológico atual. Abaixo segue conceito deste novo e inovador modelo de negócios:

[...] Startups são empreendimentos com grande potencial de crescimento. Nasceram para correr riscos e para resolver dores importantes de um determinado segmento do mercado. Por isso, não raramente, startups transformam a maneira pela qual o mercado ou até mesmo como a sociedade funciona. As startups que obtêm sucesso viram unicórnios (empresas que valem mais de R\$ 1 bilhão) e conquistam grande relevância.

Por isso, startups são empresas que não se contentam com pouco. Elas estão constantemente planejando formas de crescer e alavancar sua operação em receita, volume e intensidade. Não à toa, o destino da maioria das startups costuma ser apenas dois: receber investimento e ser vendida para grandes grupos empresariais ou ir à falência. Para as startups, não existe a opção de permanecer estável e pequena.

Startups também tendem a ser escaláveis e replicáveis. Ou seja, empresas que crescem mantendo uma estrutura inalterada de despesas, ao passo em que podem replicar seu modelo de negócio para toda uma região, para o país ou até mesmo para o mundo inteiro. [...].⁴

Retornando ao plano constitucional, a Emenda n. 85/2015 dissipou qualquer deficiência de base constitucional para a intervenção do Estado na ordem econômica e social em prol da inovação, em termos de repartição constitucional de competências no plano federativo, o que se reputava premente, na primeira década deste século de acelerados progressos técnicos, científicos e tecnológicos.

Com efeito, não é possível negar a inovação e suas consequências no campo da atividade econômica, titularizada pelos particulares. Como a inovação é força-motriz de avanços econômicos, trata-se de finalidade que proporciona competitividade, diferenciação, sustentabilidade e, mesmo, sobrevivência em um mercado visceralmente metamorfoseado pelo nível destes progressos na atualidade. Neste campo, a racionalidade econômica é vetor de expansão da inovação, como forma de expansão e acumulação de capital, no desabrochar da Indústria 4.0.⁵ Está em curso a criação, consolidação e expansão de uma nova “cultura de inovação” nas organizações.⁶

⁴ PORTELA, Bruno Monteiro; BARBOSA, Caio Márcio Melo; MURARO, Leopoldo Gomes; DUBEUX, Rafael. *Marco legal de ciência, tecnologia e inovação no Brasil*. Op. cit. Nesta análise, conclui Luís Ribeiro que “Startups são muito importantes para a nossa economia. Elas representam a inovação do nosso mercado e a melhoria da qualidade de produtos e serviços que já utilizamos. Porém, o investimento em startups exige estratégia, resiliência e muito planejamento.” (RIBEIRO, Luís. Como criar uma Startup? Passo a passo para lançar a sua. *Plataforma Ideia no Ar*, 28 abr. 2015. Disponível em: <https://www.idealnoar.com.br/como-criar-uma-startup/>. Acesso em: 25 maio 2022).

⁵ Para uma excelente síntese sobre os conceitos de Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Revolução Industrial, cf.: LIMA, Faíque Ribeiro; GOMES, Rogério Gomes. Conceitos e tecnologias da Indústria 4.0: uma análise bibliométrica. *Revista Brasileira de Inovação*, Campinas-SP, v. 19, p. 1-30, 2020. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rbi/article/view/8658766>. Acesso em: 05 maio 2022.

⁶ BRUNO-FARIA, Maria de Fátima; FONSECA, Marcus Vinicius de Araújo. Cultura de Inovação: conceitos e modelos teóricos. *Revista de Administração Contemporânea (RAC)*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, art. 1, p. 372-396, jul./ago. 2014.

Essa nova realidade está bem agasalhada no direito positivo, quando a Lei da Inovação preconiza, entre seus princípios (art. 1º), dentre outros, a “promoção e continuidade dos processos de desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação, assegurados os recursos humanos, econômicos e financeiros para tal finalidade” e o “estímulo à atividade de inovação nas Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs) e nas empresas, inclusive para a atração, a constituição e a instalação de centros de pesquisa, desenvolvimento e inovação e de parques e polos tecnológicos no País”.

Por sua vez, a Lei Complementar n. 182 preconiza que “são enquadradas como startups as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados”. A mesma LC legitima o “fomento de startup”, em favor do empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada, sociedades empresárias, sociedades cooperativas e sociedades simples, que preencham as condições legais (art. 4º). Merece destaque as diversas técnicas de fomento jurídico e econômico previstas nesta LC, dentre elas, as disciplinas do fomento à pesquisa, desenvolvimento e inovação (art. 9º), de programas de ambiente regulatório experimental (*sandbox* regulatório), em setores objeto de regulamentação setorial (art. 11), e de contratações de soluções inovadoras pelo Estado (art. 12).

Esta última medida oferece a outra perspectiva do dever do Estado em fomentar a inovação, no seu próprio ambiente institucional.

Com efeito, o mesmo contexto de desenvolvimento socioeconômico, em sistemas democráticos, compele a Administração Pública a seguir, sob a égide da inovação, na prestação de serviços públicos. Nesse terreno, a submissão do aparelho administrativo à moralidade e à eficiência impõe o dever público de perseguir e realizar iniciativas inovadoras, para o melhor atendimento de interesses públicos, no alvorecer da denominada Gestão Pública 4.0.⁷

No setor público brasileiro, é recente a reformulação da função administrativa sob o signo da Administração Digital. A Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021 dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública, e bem reproduz este avanço da exigência de inovações na gestão pública. A lei estabeleceu 26 princípios e diretrizes do Governo Digital, em extenso rol, cujo inciso XXVI fixa “a promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação no setor público”.

Há crescente valorização do experimentalismo no campo da Administração Pública. Sobre o “direito administrativo da experimentação”, assim leciona Paulo Modesto:

A experimentação jurídico-administrativa é sempre quebra da uniformidade e reconhecimento do ambiente regulatório como fator decisivo para o desenho de serviços novos, de impacto singular e valor público. É a compreensão de que inovação não é simples sinônimo de informatização e exige aprendizado também do regulador. A

⁷ Sobre o conceito de Governo 4.0, cf.: NASCIMENTO JÚNIOR, Victor Manoel Cortizo do; MOURA, Ana Lúcia Neves de. Administração pública brasileira a caminho de um governo 4.0. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO: As novas fronteiras da Administração, 2020, Ponta Grossa, PR. *Anais [...]*. Ponta Grossa, PR: s.n., 2020. Disponível em: https://admpg.com.br/2020/anais/arquivos/08142020_110857_5f36a4d17a49c.pdf. Acesso em: 19 maio 2022.

experimentação pode receber suporte direto do legislador ou derivar de decisões conscientes de gestores, que empregam espaços regulatórios delegados à Administração para ensaios de microssistemas normativos especiais.⁸

Mais adiante, após oferecer um panorama amplo de formatos institucionais adotados no direito administrativo brasileiro, Paulo Modesto conclui que: “estudar alguns desses instrumentos do Direito Administrativo da experimentação constitui uma agenda de reflexão que apresenta enorme relevância nesse momento de recursos escassos e elevada exigência de aumento de eficiência e entrega de resultados pelo Estado”⁹.

O experimentalismo administrativo se desenvolve ao nível internacional, como bem atesta a experiência francesa. O Conselho de Estado Francês apresentou, no Estudo citado, uma metodologia própria para melhorias derivadas de experimentações dentro do quadro jurídico existente, formulando diretrizes sobre importantes deveres a serem cumpridos pela Administração pública; (i) o design, a condução e a avaliação de um experimento deve obedecer a um quadro metodológico rigoroso; (ii) considerar o experimento e decidir sobre ele; (iii) planejar e projetar o experimento; (iv) monitorar o curso do experimento; (v) proceder a avaliação do experimento; e (vi) decidir sobre o resultado do experimento.¹⁰ Depreende-se que a experimentação deve ser orientada pelos princípios de direito administrativo a que se submete qualquer iniciativa ou atividade administrativa, com a devida adequação à natureza da atividade de inovação, na medida em que se desenvolvem em campo em que se atende interesses públicos.

Em ambos os setores, privado e público, a inovação é atualmente qualificada como essencial para o atendimento de demandas de consumidores, usuários de serviços públicos e coletividade em geral, dentro da nova fase de desenvolvimento econômico, podendo servir de ferramenta relevante de redução de inúmeras diferenças sociais, que vicejam no interior de sociedades ocidentais, como atesta as trágicas e profundas desigualdades de índole diversa dentro da sociedade brasileira.

Em rigor, com o novo tratamento constitucional e legislativo, o direito administrativo está estruturando, sistematizando e fortalecendo uma política pública específica, voltada à difusão da inovação, conduzindo todas as instituições para o melhor planejamento, organização, direção, execução, avaliação e alteração dos marcos normativos e institucionais vigentes que redundem na garantia dos estímulos adequados para a disseminação de ações inovadoras, assegurando delas extrair todas as potencialidades econômicas, sociais e culturais em prol da sociedade.

Com a EC n. 85/2015, este projeto de transformação da realidade brasileira foi insculpido explicitamente no Texto Constitucional. Com a legislação nacional em vigor (Lei n. 10.973/2004, alterada pela Lei n. 13.243, aliada ao tratamento privilegiado da Leis Complementares n. 123 e n. 188), a arquitetura jurídica que molda esta atividade estatal foi desenhada.

⁸ MODESTO, Paulo. Direito administrativo da experimentação: uma introdução. *Consultor Jurídico*, 14 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao>. Acesso em: 21 maio 2022.

⁹ MODESTO, Paulo. Direito administrativo da experimentação: Op. cit.

¹⁰ CONSEIL D'ÉTAT. La documentation française. *Les expérimentations: comment innover dans la conduite des politiques publiques?* Paris: Dalloz/Conseil d'État, 2019.

Na Emenda Constitucional (EC) foram instituídas disposições, entre outras, que deram suporte a aprovação da Lei 13.243/2016, como por exemplo: (i) promoção da inovação pela articulação entre entes públicos e privados de ciência e tecnologia, incluído a adoção de políticas públicas; (ii) permitindo a destinação de verbas públicas para instituições de fomento à pesquisa; (iii) permitindo a contratação de bens e serviços por regimes simplificados; (iv) possibilitando o financiamento público a instituições de pesquisa públicas e privadas, em diversas esferas de governo (v) permitindo que entidades não estabelecidas como empresa e polos tecnológicos possam atuar em CT&I; (vi) incentivando a atuação no exterior das instituições públicas de CT&I; (vii) estimulando a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes públicos ou privados (dever de Estado); (viii) apoiando a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação (dever de Estado); (ix) estimulando a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia; (x) permitindo que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios firmem instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicas e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e infraestrutura instalada; (xi) determinando tratamento prioritário do Estado a pesquisa científica básica e tecnológica; (xii) criou o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, determinando no texto constitucional, que lei federal deverá regulamentar o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (traz mais oportunidades para implementação de políticas públicas), entre outras disposições.

Direito e economia estão inter-relacionados, sendo fundamental que a ordem jurídica ofereça segurança jurídica para que instituições privadas e públicas possam levar a contento sua atividade de inovação. De outra banda, a realização de objetivos econômicos através de políticas públicas, afetas do exercício de funções administrativas, subordinam-se aos princípios constitucionais do regime jurídico-administrativo brasileiro, mormente os da legalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade.

O direito administrativo estuda o regime constitucional de intervenção do Estado no domínio econômico e social. Seguindo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, sabe-se que esta intervenção assume diferentes formas: (i) como protagonista, o Estado cria empresas estatais para o desempenho de atividades econômicas, respeitados os pressupostos constitucionais inscritos no artigo 173 da CF, bem como a Lei n. 13.303/2013 (Estatuto das Empresas Estatais); (ii) como regulador, o Estado estabelece o arcabouço normativo (regulamentação e regulação) que regerá determinada atividade econômica, na busca de tutelar os mais diversos e relevantes interesses públicos; (iii) como monopolista, o Estado torna-se o único sujeito a exercer determinada atividade econômica, alijando-a da titularidade privada, o que só pode ocorrer por expressa dicção constitucional; (iv) como incentivador, o Estado cria o arcabouço institucional (normativo e administrativo) necessário para estimular os agentes privados a exercerem tal ou qual atividade privada, cujo desempenho é reputado de interesse público.¹¹

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: JusPodivm; Malheiros, 2021. p. 778.

Intervenção direta com ou sem monopólio, polícia com ou sem caráter regulatório, e fomento administrativo, de diversas feições, respondem pelo panorama de atividades administrativas a que o Estado lança mão para limitar, condicionar e incentivar atividades privadas, no contexto de uma ordem econômica e social pluralista, como a inscrita nos artigos 170 e 192 da Constituição Federal.

Deparando-se com novo e renovado interesse público de aprofundar o fenômeno da inovação, acoplada aos “setores produtivos” e à própria organização do Estado, e ao “desenvolvimento técnico, científico e tecnológico”, a Constituição já traz um rol vastíssimo de formas estatais de intervenção, que podem ser manejadas, respeitados princípios e regras inscritos na Lei Maior, pelos diversos entes da Federação, na busca de ajudá-lo a desenvolver-se, permitindo maior desenvolvimento econômico nacional e sustentável.

Por fim, é fundamental enfatizar o imperativo de submissão da intervenção do Estado aos princípios constitucionais que moldam o direito administrativo brasileiro, com destaque acentuado no tocante à moralidade e probidade administrativas. A disseminação de corrupção pública pode minar todos os esforços institucionais que buscam a efetividade da política pública em prol da inovação.

A literatura econômica tem assinalado os efeitos deletérios da relação entre corrupção e inovação em determinada economia. Nesse sentido, observam Sergey Anokhin e William S. Schulze que:

[...] Esforços para controlar a corrupção aumentam os níveis de confiança na capacidade institucional do Estado e do mercado fazer cumprir a lei e as regras do comércio de forma confiável e imparcial. Essa confiança facilita a desenvolvimento do comércio à distância e a coordenação de atividades econômicas complexas. Nós postulamos que um melhor controle da corrupção também estará associado a níveis crescentes de inovação e empreendedorismo. Na ausência dessa confiança, no entanto, os custos de monitoramento e outros custos de transação devem restringir a escala e o escopo do comércio e, assim, dificultar a produtividade e o investimento em inovação e empreendedorismo. [...]”¹².

Conforme bem pontuam esses autores, “a teoria e as evidências sugerem que os esforços para fomentar o empreendedorismo e as inovações dentro de uma economia serão mais produtivas se acompanhadas de reformas políticas destinadas a controlar a corrupção”¹³.

3 INOVAÇÃO E GESTÃO MUNICIPAL

Nos últimos anos, as inovações tecnológicas acarretaram diversas mudanças nas formas tradicionais de organização da sociedade, resultantes não apenas da disponibilização de aparelhos, ferramentas ou recursos em si, mas também da mudança ocasionada, nas várias áreas do conhecimento, nos processos de criação, construção e execução de projetos.

¹² ANOKIN, Sergey; SCHULZE, William S. Entrepreneurship, innovation, and corruption. *Journal of Business Venturing*, Amsterdã, v. 24, issue 5, p. 465-476, set. 2009.

¹³ ANOKIN, Sergey; SCHULZE, William S. Entrepreneurship, innovation, and corruption. Op. cit.

Na gestão pública a inovação deve ser disseminada em todos os planos da Federação, a partir da legislação nacional em vigor, e da respectiva legislação própria (distrital, estadual e municipal). Vigora o princípio da legalidade como base do direito administrativo brasileiro (art. 37, caput), sendo certo que, na atualidade, a legislação nacional é amplamente flexível para dar sustentação a políticas públicas de inovação em todos os níveis ou entidades federativas.

A gestão do município envolve inúmeros desafios na busca da tutela e concretização de interesses públicos locais.

O município é o ente federativo que vive mais próximo do cidadão, que segue e sofre as ações da gestão no seu cotidiano. É ente federativo autônomo, significando que possui auto-organização, por meio de sua lei orgânica, autogoverno, pela prefeitura; autolegislação, por meio da câmara municipal; e autoadministração.

As competências dos municípios são determinadas pela Constituição e disciplinadas também em suas leis orgânicas. Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 85/2015, entre outros pontos, houve (i) ampliação das competências materiais comuns contidas no artigo 23, V; com efeito, o novo texto acrescentou os termos tecnologia, pesquisa e inovação à obrigação que a União, estados, municípios e o Distrito Federal têm em garantir o acesso, somando-se à cultura, à educação e à ciência; desse modo, esses entes competentes deverão criar políticas de incentivo e fomento a tais temas; (ii) ampliação da competência legislativa concorrente do artigo 24, IX da União, dos estados e do Distrito Federal para compreender a responsabilidade dessas entidades federadas de legislar concorrentemente não apenas sobre educação, cultura, ensino e desporto, como era antes, mas também agora sobre ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação (art. 24, IX). Em vez de uma única lei, como a Lei n. 10.973/2004 em âmbito nacional, será permitido a cada um dos entes federativos ter suas leis específicas, de modo a direcionar os estímulos às suas próprias realidades, regionais ou locais.

Embora o artigo 24 da CF não indique os municípios entre os titulares da competência legislativa concorrente, não ficaram dela alijados. Deslocada, no inciso do artigo 30, consta a competência dos municípios de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Observa-se, porém, que, embora praticada há décadas na Administração Pública, mais recentemente a inovação vem sendo internalizada com mais força no dia a dia das organizações e dos atores envolvidos (servidores, lideranças, terceiro setor e iniciativa privada). A inovação passou a fazer parte das agendas governamentais como diretriz estratégica em quaisquer políticas públicas relevantes. A inovação do setor público está acontecendo no serviço público do Brasil¹⁴.

O setor público pode ser inovador de várias maneiras: ouvindo as pessoas e oferecendo serviços públicos que realmente atendam às suas necessidades, digitalizando e otimizando seus processos, ampliando a sua transparência, se abrindo para o compartilhamento

¹⁴ OCDE. Peer review OCDE skills. *O sistema de inovação do serviço público do Brasil: conclusões preliminares*. Brasília, DF: Enap, 2018. p. 9. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3628>. Acesso em: 17 ago. 2022.

de evidências com os demais setores da sociedade, utilizando ferramentas do design na elaboração de políticas públicas – enfim, resolvendo diferentes desafios públicos de maneiras novas e mais eficazes. Todas essas formas de inovação em políticas públicas mostram-se adequadas e indispensáveis.

A inovação significa o “novo em ação”, a criação de novos produtos ou processos que, inexistentes outrora, representem uma nova forma de atendimento a determinada demanda, no setor privado e no setor público. A própria Lei 10.973/2004, em seu artigo 2º, inciso IV, conceitua inovação como “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho” (Redação dada pela Lei n. 13.243, de 2016).

A inovação deve ser incentivada e desenvolvida nas diversas atividades administrativas instrumentais (organização administrativa, gestão pública de recursos humanos, bens e contratos), como igualmente no desempenho de atividades administrativas finalísticas (poder de polícia, serviços públicos, fomento etc.).

Como formas de desenvolver e criar novos sistemas, processos, bens e serviços, pela Administração Pública, em prol da realização de interesses públicos e atendimento de demandas sociais, a inovação deve ser pensada e instituída como objeto de política pública específica, com o maior alcance transversal possível no setor público, respeitadas as capacidades e limitações institucionais existentes.

A necessidade de inovação no governo é um consenso, e está surgindo em diversas práticas institucionais. Assim, a recente criação de *laboratórios de inovação* em governos é uma resposta a essa exigência.¹⁵ As inovações no setor público não estão restritas aos laboratórios, pois há outras unidades, estruturas, órgãos ou entidades de inovação nas organizações públicas.

Embora o debate em torno de um conceito para o laboratório de inovação no setor público continue em aberto, o termo *laboratório de inovação* tem sido amplamente aceito nas organizações públicas e nas instituições de ensino superior e seu número tem aumentado bastante nos últimos anos.

Em termos de Estado Brasileiro, há uma clara preponderância das iniciativas no Poder Executivo e, em especial, no Governo Federal, seguido dos governos estaduais e algumas experiências municipais.

4 EXPERIÊNCIAS INSTITUCIONALIZADAS INOVADORAS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, em seu Título dedicado ao “Desenvolvimento do Município”, estabelece que “o Município definirá espaços territoriais destinados à implanta-

¹⁵ Cf.: SADDY, André; SOUSA, Horácio A. M. O laboratório de inovação como instrumento de estímulo público às parcerias contratuais entre o Estado e as startups. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lirio do (Orgs.). *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 203-220.

ção de atividades e projetos de pesquisa e desenvolvimento da indústria de tecnologia de ponta, na forma da lei”. Esse artigo 161 demonstra a ostensiva relevância municipal à “pesquisa e desenvolvimento”, no seu âmbito, com ênfase na “indústria de tecnologia de ponta”.

A Lei Municipal n. 16.974, de 23 de agosto de 2018, dispõe sobre a organização da Administração Pública Municipal Direta. Interessa sobressaltar a criação da Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia (SMIT) entre os órgãos de auxílio direto do prefeito, com a finalidade de “promover a melhoria, a inovação e o uso de tecnologia da informação e comunicação na organização e nos serviços prestados pela Administração Pública Municipal, bem como fomentar a inclusão digital e o acesso à informação e às tecnologias e executar atividades compatíveis e correlatas com a sua área de atuação”.

Sua estrutura regimental é dada pelo atual Decreto n. 59.336, de 07 de abril de 2020. Esse decreto coloca entre seus objetivos, o “desenvolvimento de uma cidade inteligente e humana”, “a inclusão digital, o acesso à informação e à tecnologia da informação e comunicação”, a disseminação do “uso de tecnologias que contribuam para o desenvolvimento econômico da Cidade, especialmente nas áreas de maior vulnerabilidade social”. E, corroborando a relevância da inovação, também se consagra o objetivo de “fomentar o aumento da maturidade em gestão de tecnologia da informação e comunicação no âmbito da Administração Pública Municipal, de forma a propiciar as condições para a construção do Governo Digital” (art. 3º).

A Secretária destaca iniciativas institucionais em curso em seu sítio oficial: (i) Descomplica SP, como nova forma de atendimento ao cidadão nas Subprefeituras; (ii) SP 156, como serviço telefone, portal e aplicativo disponibilizando ao cidadão canal de informações e comunicação com a Prefeitura; (iii) WiFi Livre SP, como programa desenhado para o oferecimento de acesso gratuito à internet pública; (iv) Empreenda Fácil, como programa destinado à abertura facilitada de empresas de baixo risco na cidade; (v) Processo eletrônico, programa relacionado com a digitalização de processos administrativos municipais; (vi) Fab Lab Livre SP, como rede de laboratórios de inovação social com objetivo de promover inclusão digital; (vii) Telecentro, programa que disponibiliza instalações para acesso livre a computadores com internet; (viii) Copicola, programa que realiza o registro e disseminação de práticas inovadoras observada no próprio Município, bem como outros entes federativos, e (ix) Linguagem Simples, programa que visa simplificar a linguagem utilizada pelo município em sua comunicação com os cidadãos.

Para exemplificar, vale mencionar algumas experiências municipais ligadas à prefeitura de São Paulo em áreas específicas: mobilidade urbana, educação e serviços públicos.

O primeiro laboratório do Poder Executivo foi o MobiLab da Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes da Prefeitura de São Paulo, hoje denominado MobiLab +, criado em 2014, com o objetivo de melhorar a mobilidade na cidade após uma bem-sucedida abertura de dados públicos de mobilidade, que culminou com uma gama de serviços oferecidos por startups gratuitamente aos cidadãos. O fôlego político permitiu não apenas a criação do MobiLab, com recursos para o estabelecimento do primeiro *coworking* público do Brasil, mas também a experimentação no desenho de política de inovação que incluísse empresas

nascentes (startups). Em 2015 foi lançado um concurso público para projetos com premiação em dinheiro e, na sequência, um programa de residência de startups.

As iniciativas proporcionaram um diálogo inédito de técnicos do setor público com empresas nascentes e a contratação de startups por um governo de forma inédita no país. O MobiLab acabou fortalecendo-se politicamente com uma coordenação intersecretarial, que foi um exercício de experimentação institucional, por introduzir uma governança compartilhada por dois secretários municipais com poderes iguais, vinculado à Secretaria Municipal de Transportes e à Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia. É uma política de fomento à integração do poder público com entidades da sociedade civil (startups, fornecedores, desenvolvedores, investidores) e universidades para a criação de soluções inovadoras voltadas para a mobilidade urbana.

O MobiLab tem prestígio e visibilidade no mercado, devido às ações empreendidas e aos produtos gerados em parceria com entidades civis. Porém, a sua não institucionalização e a pouca preocupação com sua sustentabilidade por parte dos gestores deixaram o projeto à mercê da instabilidade política, acarretando a suspensão de estratégias importantes que ampliavam seu impacto. Mesmo assim, as boas práticas realizadas e as evidências de seus resultados positivos devem ser destacadas, especialmente quanto à alteração da cultura do setor público em direção à cultura empreendedora, à produção tecnológica inovadora e de baixo custo voltada aos problemas urbanos, e à promoção do crescimento profissional dos envolvidos, gestores e participantes. O modelo inicial foi ampliado e está sendo desenvolvido em outras localidades brasileiras.

Juan Quirós, secretário municipal de Inovação e Tecnologia, em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, em 02 de setembro de 2021, intitulado “São Paulo, capital latino-americana da inovação”¹⁶ registrou que o laboratório de governo (011).Lab, da cidade de São Paulo, foi apontado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) como a principal referência na América Latina para a criação de estruturas de inovação que possam ajudar os municípios na retomada pós-pandemia. Estruturado a partir de 2017 por servidores de diferentes áreas da prefeitura, reunidos na Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia (SMIT), o laboratório trouxe resultados surpreendentes que aumentaram a eficiência da gestão pública e melhoraram o atendimento ao cidadão em diferentes áreas.

Ressaltou Quirós o papel de destaque desempenhado pelos servidores públicos na implementação de inovações. É fácil identificar políticas de Estado criadas por eles ao longo de várias gestões: Bilhete Único, Centros Educacionais Unificados (CEUs), telecentros, Centros de Apoio ao Trabalho e Empreendedorismo, FabLab, Descomplica SP, WiFi Livre SP e o (011).Lab. Com a criação da Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia (SMIT), a prefeitura organizou o que os servidores municipais já faziam desde os anos 1990.

Outra iniciativa de servidores que causa impactos positivos na administração municipal é o CopiCola, programa que constrói a capacidade para inovar por meio da transferência

¹⁶ QUIRÓS, Juan. São Paulo, capital latino-americana da inovação. *O Estado de São Paulo*, 02 set. 2021. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,sao-paulo-capital-latino-americana-da-inovacao,70003828580>. Acesso em: 30 maio 2022.

de conhecimento de servidor para servidor. A mudança na forma de contratação de serviços na administração pública e a criação do sistema de informações geográficas com *software* livre para parcelamento do uso do solo são iniciativas do CopiCola.

Em dezembro de 2019, a SMIT entregou a São Paulo o SP360, sistema que centraliza dados, metas e indicadores relevantes para a gestão, facilitando a formulação de políticas públicas estratégicas. Na plataforma já estão disponíveis painéis gerenciais com dados de pastas como as de Educação, Saúde, Assistência Social, Subprefeituras, Trabalho, Transportes, Gestão, Inovação e Tecnologia.

Abrir uma empresa de baixo risco em São Paulo, como um restaurante ou papelaria, é mais fácil do que em qualquer outro lugar do Brasil. Quando a SMIT foi criada, rapidamente o prazo foi reduzido de cem para sete dias e depois para dois dias e meio.

Os servidores da Prodam, a empresa pública de processamento de dados, também inovaram. Na pandemia, mais de 50 mil servidores passaram a atuar em casa, por teletrabalho, com acessos individuais fornecidos via VPN. Serviços foram modernizados nesse período. Comerciantes puderam readequar as atividades de suas empresas de forma eletrônica, instantânea e autodeclaratória. Todos os dados dos mais de 12 milhões de habitantes da cidade serão unificados num único cadastro.

Tramita na Câmara Municipal o Projeto de Emenda à Lei Orgânica do Município n. 0004/2020, de autoria do Executivo, que acrescenta incisos ao artigo 7º e ao artigo 148 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, no qual o acesso à internet é considerado um mecanismo de exercício da cidadania. E assegura a universalização do acesso à internet, por meio da manutenção e do aperfeiçoamento da infraestrutura de redes de transmissão de dados e da incorporação de novas tecnologias da informação no município), aprovado em primeiro turno em 06 de julho de 2021 e aguarda ser incluído na pauta do Plenário novamente para ser deliberado em segunda e definitiva votação¹⁷.

A pandemia da Covid-19 evidenciou ainda mais a importância do acesso à internet para que todos possam usufruir de importantes políticas públicas no município, sobretudo de caráter educacional, cultural e assistencial, bem como participar dos seus processos de formulação. Nesses termos, a expansão do acesso à internet na cidade é uma das formas que a Administração Pública Municipal tem de atuar positivamente no fomento a inclusão digital, redução de desigualdades e a apropriação do espaço público por todos.

Além disso, foi publicada a nova Lei das Antenas – Lei 17.733, de 11 de janeiro de 2022 –, originária do Projeto de Lei n. 347, de 2021, que estabelece novos critérios e dispõe sobre a implantação de estação rádio base (ERB), e a instalação de estação rádio base móvel

¹⁷ PROJETO DE EMENDA À LEI ORGÂNICA 04-00004/2020 do Executivo (Encaminhado à Câmara pelo Sr. Prefeito com o ofício ATL SEI n. 034357287) Art. 1º Os artigos 7º e 148 da Lei Orgânica do Município de São Paulo passam a vigor acrescidos dos seguintes incisos:

Art. 7º

IX - acesso universal à internet como mecanismo de exercício da cidadania. (NR)

Art. 148.

VI - a universalização do acesso à internet, por meio da manutenção e do aperfeiçoamento da infraestrutura de redes de transmissão de dados e da incorporação de novas tecnologias da informação no Município. (NR)

Art. 2º Esta emenda entrará em vigor na data de sua publicação. As Comissões competentes.

(ERB móvel) e estação rádio base de pequeno porte (mini ERB), no território do município de São Paulo, que são equipamentos e antenas de telecomunicação para ampliar o sinal de telefonia móvel e de internet. Referido diploma legal entrou em vigor na data da publicação de seu Decreto regulamentar n. 61.137, de 10 de março de 2022.

O diploma de regência da matéria prevê uma contrapartida social às operadoras de telefonia para levar internet a toda a cidade. Para cada antena instalada em regiões nobres, regiões periféricas sem acesso à internet serão “iluminadas”. A Lei das Antenas é uma conquista do cidadão e vai contribuir para a implantação dos 20 mil pontos de wifi previstos no Programa de Metas 21/24 da Prefeitura da cidade de São Paulo. Até 09 de fevereiro de 2022 esteve aberto o edital de credenciamento do WiFi Livre na cidade. É articulação política e transparência produzindo inclusão social por meio da inclusão digital.

Imprescindível se fazia a substituição da legislação anterior (Lei n. 13.756), datada de 2004, que já não acompanhava as necessidades de acesso de dados móveis e não seria capaz de suportar a demanda de antenas do 5G. O novo edital prevê a instalação de 4 mil novos pontos em todas as regiões.

As empresas interessadas podem se organizar em consórcios ou oferecerem o serviço por meio de subcontratação, alguns dos avanços no modelo de credenciamento que foram incorporados no novo edital. Esses itens, assim como a importância da participação em projetos de inclusão digital, foram debatidos em um webinar para tirar dúvidas sobre o WiFi Livre SP.

O WiFi Livre SP é amplamente utilizado pela população na capital. O modelo de credenciamento permite a oferta de internet gratuita, segura e de qualidade com uma contrapartida de publicidade para a empresa que oferece o serviço. Atualmente o Programa WiFi Livre SP conta com 1.088 pontos de acesso público à internet. A expansão do programa vai aumentar esse quantitativo para 20 mil pontos, tendo como foco os equipamentos e serviços públicos municipais, incluindo os ônibus.

O **Descomplica SP** é uma praça de atendimento presencial onde o cidadão de São Paulo encontra mais de **350 serviços municipais**, como a emissão da Carteira de Trabalho, a solicitação de Bilhete Único, o requerimento do Seguro-Desemprego, a intermediação de mão de obra e o cadastro para o recebimento de benefícios sociais, dentre muitos outros, além de contar também com diferentes serviços estaduais e federais em cada unidade.

Com nove unidades distribuídas pela capital – São Miguel Paulista (zona Leste), Campo Limpo (zona Sul), Santana/Tucuruvi (zona Norte), Vila Maria (zona norte), Butantã (zona Oeste), Jabaquara (zona Sul), São Mateus (zona Leste), Penha (zona Leste) e Capela do Socorro (zona Sul) –, o Descomplica SP, gerido pela Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia, oferece um novo padrão de excelência ao reunir em um único local serviços de órgãos municipais e instituições parceiras. O programa aplica as diretrizes da Política de Atendimento ao Cidadão para garantir a realização de serviços com agilidade e eficiência.

A cidade de São Paulo possui desigualdades de acesso digital bastante acentuadas, com concentração nas periferias do município, conforme apontado no estudo “Desigualdades Digitais no Espaço Urbano: Um Estudo sobre o Acesso e uso da Internet na Cidade de São

Paulo”, do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), lançado no final de 2019¹⁸. Como política pública de inclusão digital, os Telecentros e FabLabs possuem papel fundamental no município, não só reduzindo as desigualdades de acesso às ferramentas digitais, mas também promovendo o letramento digital de cidadãs e cidadãos por meio de atividades educativas e formativas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação crescente das organizações públicas com a inovação é uma novidade promissora, revelando uma atenção mais significativa com as consequências de sua atuação e, portanto, na entrega de valor público. Mas, o fato é que ainda há muito espaço para que se avance, pois a adoção de inovações e de novos modelos de negócios têm o potencial de contribuir para melhorias na produtividade, competitividade e desenvolvimento econômico e social.

Dentre tantos desafios, não é possível apontar uma trajetória única, mas, com a junção de esforços específicos, é possível alcançar melhorias expressivas.

O investimento em inovação e os planos para um planejamento estratégico dos governos, em qualquer ente federativo, são o caminho para que o Estado cumpra seus deveres de maneira adequada e promova a efetiva entrega de resultados, fomentando a cidadania.

Um Estado inovador encontra formas de aproximação entre sociedade civil e a Administração Pública e ação coordenada dos atores envolvidos

Os procedimentos burocráticos devem dar espaço a um poder público mais ágil e que possa atender as exigências do cidadão do século XXI.

A inovação precisa ser pensada nos campos do Estado, do Direito e da democracia como uma diretriz constitucional que deve irradiar e contaminar as práticas públicas e fomentar uma nova cultura jurídica. A tecnologia é um aliado importante.

Com coragem, criatividade e compromisso público, é possível construir soluções ágeis e seguras. Daí a importância da Emenda da Inovação como parâmetro normativo e interpretativo dos grandes desafios da administração pública na atualidade: como criar capacidades e promover a desejada cultura de inovação no setor público diante das notórias adversidades. Indubitavelmente, não se trata de soluções prontas, mas de um caminho a ser construído.

Várias normas relativas ao incentivo à inovação nos municípios têm sido editadas. As normas dão concretude às disposições mais gerais das legislações nacional e estadual e buscam dar suporte efetivo ao ambiente empreendedor ligado ao território das cidades.

Apesar das discrepâncias existentes entre os milhares de municípios brasileiros, estes precisam se adaptar para atuar nesses novos contextos e gerar valor público. O caminho está aberto e começa a ser pavimentado.

¹⁸ NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (Ed.). *Desigualdades digitais no espaço urbano: um estudo sobre o acesso e o uso da Internet na cidade de São Paulo*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019.

REFERÊNCIAS

ANOKIN, Sergey; SCHULZE, William S. Entrepreneurship, innovation, and corruption. *Journal of Business Venturing*, Amsterdã, v. 24, issue 5, p. 465-476, set. 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: JusPodivm; Malheiros, 2021.

BRUNO-FARIA, Maria de Fátima; FONSECA, Marcus Vinicius de Araújo. Cultura de inovação: conceitos e modelos teóricos. *Revista de Administração Contemporânea (RAC)*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, art. 1, p. 372-396, jul./ago. 2014.

CONSEIL D'ÉTAT. La documentation française. *Les expérimentations: comment innover dans la conduite des politiques publiques?* Paris: Dalloz/Conseil d'État, 2019.

LEAL, Carlos Ivan Simonsen; FIGUEREDO, Paulo N. Inovação tecnológica no Brasil: desafios e insumos para políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 55, n. 3, p. 512-537, maio/jun. 2021. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/0034-761220200583>. Acesso em: 21 maio 2022.

LIMA, Faíque Ribeiro; GOMES, Rogério Gomes. Conceitos e tecnologias da Indústria 4.0: uma análise bibliométrica. *Revista Brasileira de Inovação*, Campinas-SP, v. 19, p. 1-30, 2020. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rbi/article/view/8658766>. Acesso em: 05 maio 2022.

MODESTO, Paulo. Direito administrativo da experimentação: uma introdução. *Consultor Jurídico*, 14 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao>. Acesso em: 21 maio 2022.

NASCIMENTO JÚNIOR, Victor Manoel Cortizo do; MOURA, Ana Lúcia Neves de. Administração pública brasileira a caminho de um governo 4.0. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO: As novas fronteiras da Administração, 2020, Ponta Grossa, PR. *Anais [...]*. Ponta Grossa, PR: s.n., 2020. Disponível em: https://admpg.com.br/2020/anais/arquivos/08142020_110857_5f36a4d17a49c.pdf. Acesso em: 19 maio 2022.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (Ed.). *Desigualdades digitais no espaço urbano: um estudo sobre o acesso e o uso da Internet na cidade de São Paulo*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019.

OCDE. Peer review OCDE skills. *O sistema de inovação do serviço público do Brasil: conclusões preliminares*. Brasília, DF: Enap, 2018. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3628>. Acesso em: 17 ago. 2022.


PORTELA, Bruno Monteiro; BARBOSA, Caio Márcio Melo; MURARO, Leopoldo Gomes; DUBEUX, Rafael. *Marco legal de ciência, tecnologia e inovação no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2021.

QUIRÓS, Juan. São Paulo, capital latino-americana da inovação. *O Estado de São Paulo*, 02 set. 2021. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,sao-paulo-capital-latino-americana-da-inovacao,70003828580>. Acesso em: 30 maio 2022.

RIBEIRO, Luís. Como criar uma Startup? Passo a passo para lançar a sua. *Plataforma Ideia no Ar*, 28 abr. 2015. Disponível em: <https://www.ideianoar.com.br/como-criar-uma-startup/>. Acesso em: 25 maio 2022.

SADDY, André; SOUSA, Horácio A. M. O laboratório de inovação como instrumento de estímulo público às parcerias contratuais entre o Estado e as startups. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Orgs.). *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 203-220.

SADDY, André; SOUSA, Horácio A. M.; RODOR, Fernanda M. E. R. *Direito público das startups: uma nova governança público-privada nas parcerias entre o Estado e as entidades privadas de tecnologia e inovação*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021.



O direito administrativo no mundo globalizado: as relações atuais entre o direito administrativo e o direito internacional público na formação de um direito administrativo global¹

Edilson Pereira Nobre Júnior

Pós-doutor pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor titular de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Membro do Instituto Internacional de Derecho Administrativo.

Vitor Galvão Fraga

Mestre em Direito do Estado e Regulação pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco e em Direito Constitucional pelo Complexo Educacional Renato Saraiva.

Sumário: 1 Introdução: o direito administrativo e a “crise do Estado”. 2 Globalização e direito administrativo global. 3 As fontes do direito administrativo global e as técnicas de regulação internacional. 4 A revitalização do *ius gentium* e a pluralidade normativa: os desafios da (in)determinabilidade, da legitimidade e da *accountability*; 5 Considerações finais: um direito em construção. Referências.

A globalização é um termo que pode ser discutido e interpretado de diferentes maneiras e, inclusive, visto como um novo mecanismo de dominação política. Vinculado de um modo interessado às transações econômicas em todo o mundo, é preciso liberá-lo dessa barganha de caráter reducionista, para configurá-lo como a expressão de uma realidade que necessita estar regida por princípios de justiça, que proporciona sentido e justificação ao direito.

José Luis Meilán Gil²

¹ A temática tem aderência ao Projeto de Pesquisa “Globalização, controle das funções estatais e combate à corrupção”. Ambos os autores são integrantes do Grupo de Pesquisa CNPq – “Desafios do controle da Administração Pública contemporânea”, sendo o primeiro deles o seu coordenador. O desenvolvimento do texto coube ao segundo autor, tendo sido realizado sob a supervisão do primeiro, a quem coube propor acréscimos e modificações.

² “La globalización es un término que puede ser discutido e interpretado de diferentes maneras e, incluso, visto como un nuevo mecanismo de dominación política. Vinculado de un modo interesado a las transacciones económicas en todo el mundo, es preciso liberarlo de esa ganja de carácter reduccionista, para configurarlo como la expresión de una realidad que necesita estar regida por principios de justicia, que proporciona sentido y justificación al derecho. Fundamento principal del derecho administrativo global.” (RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho administrativo global*. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2013).

1 INTRODUÇÃO: O DIREITO ADMINISTRATIVO E A “CRISE DO ESTADO”

Historicamente, o direito administrativo surgiu dos Estados nacionais, assim como a noção de administração pública sempre foi associada a uma comunidade nacional ordenada por um governo. O direito administrativo surge, na narrativa tradicional, para regular esse governo, sendo fundamentalmente um direito estatal, marcado e conduzido por uma “fórmula de contingência”, qual seja a tensão constante entre autoridade e liberdade, pois suas relações jurídicas são “vínculos entre um sujeito que exerce o poder político, mas não dele não é o titular (o agente público), e um sujeito que titulariza o poder (em conjunto com os demais indivíduos), mas não o exerce; ao contrário, suporta”³.

Ademais, a História não apresenta exemplos de um Estado global de cujo poder soberano poderia fluir um direito administrativo global, ao menos nesses moldes tradicionais que o conhecemos; do outro lado, as lições tradicionais do direito internacional também apontam que a existência de obrigações internacionais pressupõe a passagem pelo filtro do direito nacional, o qual as transforma em regras nacionais dotando-as de obrigatoriedade⁴.

A globalização, contudo, repercutiu no Direito e produziu fenômenos que desafiam essa visão tradicional no contexto de uma “crise do Estado”, ou crise dos paradigmas teóricos sobre os quais se fundava a Teoria do Estado, à qual o direito administrativo era tributário em suas origens, o que significa uma progressiva desvinculação deste quanto aos paradigmas estatais. Ernst Forsthoff⁵ identifica as origens dessa crise com o pós-guerra da década de 20, quando a estatalidade era ameaçada por ataques ideológicos e interesses econômicos organizados, manifestando-se na crescente autonomia de numerosas entidades semi-independentes, a cujo conjunto ele chama de “policracia”. Por sua vez, demonstrando o aprofundamento desse fenômeno, Sabino Cassese⁶ explica que o aparecimento dos organismos multilaterais e internacionais que controlam setores de atividade antes sujeitos apenas ao Estado, inclusive exercendo poder de polícia, retirou parte do protagonismo estatal e enfraqueceu suas bases teóricas. Esse fenômeno se aprofunda com a formação de organismos supranacionais, em especial a União Europeia, que modificam a própria noção de soberania e fazem o Estado compartilhar (e, em alguns casos, perder) parcela significativa de seu poder decisório.

Nessa esteira, em tempos mais recentes ocorreu uma intensificação das relações entre o direito administrativo e o direito internacional antes limitadas pelo conceito ortodoxo de soberania e a falta de efetividade de tratados e convenções. Destaca-se, assim, a influência sobre o direito administrativo da chamada “internacionalização do direito”, especialmente por meio dos movimentos de integração econômica e da consolidação dos sistemas regionais de direitos humanos⁷. Essa realidade não pode ser ignorada pelos administrativistas, pois nas últimas

³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 110.

⁴ CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 109-126, summer/autumn 2005. p. 112.

⁵ FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 20.

⁶ CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Sevilla: Global Law Press, 2014. p. 351-355.

⁷ RODRÍGUEZ RODRIGUÉZ, Libardo. El concepto de derecho administrativo global. In: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho administrativo global*. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. p. 788-789.

décadas se verificou a proliferação de regimes regulatórios que não se limitam às tradicionais distinções entre ordem jurídica nacional e internacional, os quais devem se submeter a regras e princípios jurídicos que ordenem o exercício de sua autoridade regulatória⁸.

É nesse contexto que alguns estudiosos propuseram o conceito de “Direito Administrativo Global” (“*Global Administrative Law*”)⁹ como ferramenta teórica para compreender esse fenômeno e orientar o seu desenvolvimento. O presente artigo se propõe a explicar esse conceito, expondo suas principais características, perspectivas teóricas, e desafios enfrentados.

2 GLOBALIZAÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL

O adjetivo “global” entrou em circulação no final do século XVII como sinônimo de esférico, mas apenas no fim do século XIX é que passou a designar a ideia de uma escala planetária. O verbo “globalizar” é produto da década de 1940 e a palavra “globalização” (*globalization*), como processo, aparece na língua inglesa em 1959, mas a noção de “globalidade”, como condição, começou a circular apenas na década de 1980. Todo esse vocabulário da globalização se espalhou para as principais línguas mundiais, tornando-se lugar comum entre acadêmicos, jornalistas, políticos, empresários e comunicadores, fazendo parte das conversas diuturnas sobre os mais variados assuntos, o que reflete uma intuição amplamente difundida de que as relações sociais contemporâneas passam por uma importante mudança de caracterização¹⁰. Com isso, quer-se dizer que a variedade de fenômenos e a complexidade das mudanças em uma escala global faz surgir essa abundância de termos impregnados de conotação axiológica, muitos imprecisos e até contraditórios, para caracterizar processos e estruturas que ocorrem em diferentes searas, como a economia, a política e o direito.

Em termos gerais, “globalização” se refere a diferentes processos que não são condicionados pelos limites territoriais ou jurisdicionais dos países, ou seja, que são capazes de transpor fronteiras independentemente de onde se originem, consistindo em todas as forças que compelem indivíduos, grupos, sociedades, governos, instituições e organizações transnacionais a reproduzir formas similares de comportamento ou participar de processos, organizações ou sistemas integradores, seja no âmbito da economia, do consumo, da cultura, do direito ou de qualquer aspecto da vida social. A *contrario sensu*, “localização” deriva de toda pressão em sentido contrário, fragmentador, que imponha obstáculos à expansão de práticas ou interesses para além das fronteiras¹¹.

Esses atores mencionados promovem e participam simultaneamente de processos integradores ou fragmentadores a depender dos seus mais diversos interesses, comumente

⁸ OKITSU, Yukio. Accountability as a key concept for global administrative law: a good governance mantra or a globalized legal principle? *Kobe University Law Review*, n. 49, p. 99-111, 2015. p. 99-100.

⁹ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. *Law and contemporary problems*, v. 68, n. 3/4, p. 15-61, summer/autumn 2005.

¹⁰ SCHOLTE, Jan Aart. *Globalization: a critical introduction*. 2. ed. New York: Palgrave MacMillan, 2005. p. 50-51.

¹¹ ROSENAU, James N. *Along the domestic-foreign frontier: exploring governance in a turbulent world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 80-81.

sem uma consistência obrigatória, pois circunstâncias variam, valores mudam e pessoas aprendem, resultando em uma variedade de movimentos que não impedem ações contraditórias em momento posterior. Nesse sentido, as pessoas se identificam de variadas formas e se vinculam a uma multiplicidade de redes de autoridade e distribuição de recursos, de maneira que a depender da importância dessas redes para o sujeito, cada uma delas terá um potencial de mobilizar seus aderentes a agir num certo sentido. Nesse diapasão, os processos emaranhados de globalização e localização – processos “fragmegrativos”, no neologismo de James Rosenau – produzem um descompasso entre a extensão das atividades transnacionais e um atraso na capacidade de regulação dos Estados, que passa a ser moderada pela crescente capacidade de indivíduos e entidades locais de ver seus interesses servidos por uma maior globalização¹².

Saindo da perspectiva estritamente teórica, o que se observa é que os principais movimentos sociais antiglobalização, como identifica Robert Howse¹³, tornaram-se globalizados, no sentido de que eles não advogam em favor dos Estados, mas sim em favor de valores e causas que transcendem as fronteiras nacionais e exigem uma ação global. O debate da década de 1980 sobre a globalização ser boa ou ruim, evitável ou inevitável, em relação à prevalência do Estado-providência, não faz mais sentido, pois a própria figura do Estado mudou e não mais garante um repositório seguro dos valores da democracia e da justiça distributiva após o declínio do *welfare state*. Ademais, há importantes problemas que concernem aos atuais movimentos antiglobalização que não se resolvem com o exercício isolado da soberania. Por exemplo, tais grupos comumente acusam a globalização econômica, motor da industrialização dos países em desenvolvimento, de ter acentuado a crise climática, a pobreza e a desigualdade nesses países; mas como resolver esses problemas sem uma governança global que estabeleça diretrizes à atuação coordenada das comunidades nacionais?

Governança global é um conceito chave para se entender o direito administrativo de um mundo globalizado. Segundo James Rosenau, governança é um conceito distinto de governo, embora ambos façam referência a um comportamento finalístico, a atividades orientadas por um objetivo e a sistemas de ordenação. Porém, governo sugere atividades calcadas em uma autoridade formal e poderes de polícia, enquanto governança se refere a atividades embasadas em finalidades compartilhadas que podem ou não derivar de responsabilidades formais, jurídicas e coercitivamente implementáveis, mas sempre dependem de significados

¹² ROSENAU, James N. *Along the domestic-foreign frontier*: Op. cit., p. 100-101. Há de se destacar, contudo, que, do ponto de vista da teoria das relações internacionais, há um forte debate entre correntes de pensamento globalistas, que entendem a globalização como um processo linear e progressivo, e céticas, as quais descrevem a globalização como um processo que se repete ao longo da história e é controlado pelos Estados, arquitetos e protagonistas da internacionalização. Entre os dois extremos, há ainda autores de visão pós-cética ou transformacionista, os quais entendem a globalização como um processo que desafia a tradicional imbricação entre soberania, territorialidade e poder político estatal, reconhecendo a importância crescente de atores não estatais a influenciar os processos políticos globais em um sentido novo e transformador, mas contingente, nem linear e nem circular, em que os Estados atuam e se conformam nesse mundo interconectado (sobre esse debate, ver: MARTELL, Luke. *The third wave in globalization theory*. *International Studies Review*, v. 9, n. 2, p. 173-196, 2007; ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique. *Globalización y derecho administrativo*. In: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho administrativo global*. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. p. 818-819).

¹³ HOWSE, Robert. *The globalization debate – a mid-decade perspective*. In: CASSESE, Sabino (Ed.). *Research handbook on global administrative law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2016. p. 515 e ss.

intersubjetivos, isto é, de uma aceitação eficaz daqueles por ela afetados. Nesse sentido, o autor conclui que, “assim é possível conceber governança sem governo – mecanismos regulatórios em uma esfera de atividade que funcione efetivamente não obstante não serem dotados de autoridade formal”¹⁴.

A intensificação do processo de globalização na virada do século dá início a uma nova era das políticas públicas, as quais ganham dimensão global e impõem um duplo desafio de transformar a “política externa” em política pública aplicável às questões domésticas e de desenvolver instrumentos de atuação coletiva para internalizar externalidades dos fenômenos transfronteiriços. Vários fatores originam essas novas questões que transcendem a simples relação entre Estados, incluindo a abertura de países à circulação de bens e pessoas que carregam consigo seus problemas, o crescimento de riscos sistêmicos globais que decorrem de déficit de sustentabilidade, e a força de atores transnacionais não estatais que pressionam a aderência a regimes normativos e padrões técnicos¹⁵.

Nessas condições, políticas públicas globais são essenciais para atingir objetivos domésticos, cada vez mais palpáveis para o cidadão comum, como a redução da poluição e o combate a doenças pandêmicas. E para que tais políticas sejam eficientes, conforme explicam Kaul, Grunberg e Stern¹⁶, é preciso que se desenvolvam por meio de mecanismos de governança global que consigam preencher o hiato jurisdicional (discrepância entre o mundo globalizado e as unidades políticas nacionais que temem perder soberania), o hiato participativo (o papel da sociedade civil nas estruturas de decisão ainda predominantemente ocupadas por Estados) e o hiato de incentivo (falta de mecanismos de implementação que façam da cooperação uma estratégia preferencial igualmente para países desenvolvidos e países em desenvolvimento). Nenhum desses hiatos é resolvido apenas pelos Estados ou por organizações internacionais sozinhos, sendo necessário para tanto as capacidades de atores não-estatais e adoção de sistemas de governança global.

É nesse contexto que surge a ideia de um direito administrativo global, pois grande parte das questões de governança global, particularmente aquelas referentes à governança regulatória (que produz e aplica normas), podem ser analisadas como administração (no sentido de atividade administrativa).

Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard Stewart, fundadores do Direito Administrativo Global enquanto categoria de análise, em trabalho seminal sobre o tema¹⁷, identificam cinco principais tipos de regulação administrativa global: (1) administração por organizações internacionais formais, baseada em regimes regulatórios firmados em convenções interna-

¹⁴ ROSENAU, James N. Governance, order, and change in world politics. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Eds.). *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 5. Tradução própria: “Thus it is possible to conceive of governance without government - of regulatory mechanisms in a sphere of activity which function effectively even though they are not endowed with formal authority”.

¹⁵ KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc. *Global public goods: international cooperation in the 21st century*. New York: United Nations Development Programme, 1999. p. xxv.

¹⁶ KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc. *Global public goods*: Op. cit., p. xxvi.

¹⁷ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. Op. cit., p. 20-23.

cionais (v.g. o Conselho de Segurança da ONU, a OMS e o Banco Mundial); (2) administração baseada em ações concertadas de redes transnacionais de reguladores nacionais, não necessariamente baseadas em acordos formais (v.g. o mútuo reconhecimento de regras e decisões entre os Estados membros da OMC por pressão difusa exercida pelos consortes); (3) administração distributiva conduzida por reguladores nacionais implementando regimes cooperativos, decidindo questões de interesse global ou regulando atividades que ocorrem fora do país (v.g. medidas do regulador doméstico que visam cumprir metas de redução de carbono firmadas internacionalmente); (4) administração por arranjos intergovernamentais-privados híbridos (v.g. a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números – ICANN –, que gerencia os domínios de internet); (5) administração por instituições privadas com funções regulatórias (v.g. a Organização Internacional para Padronização – ISO –, que produz normas de unificação de padrões industriais).

Nessa perspectiva, em lugar de olhar para cada nível de regulação, olha-se para todos eles e para a multiplicidade de atores como um todo, formando um “espaço administrativo global” que desafia a tradicional separação entre doméstico e internacional com a ocupação crescente de reguladores privados e órgãos híbridos (como PPPs), além de agências reguladoras cujas decisões podem ter efeitos externos e as mais diversas organizações internacionais, tendo como destinatários de suas ações – ou administrados – não apenas os Estados, mas também empresas, indivíduos e ONGs. Por se tratar de um espaço de governança fragmentado e não muito sistemático, cujas decisões não raramente passam a ser matéria de processos nas diversas cortes domésticas, enfrenta crescentes demandas de transparência, consulta, fundamentação, participação e controle¹⁸.

Tais demandas são respondidas em termos normativos por meio de princípios, práticas e características doutrinárias típicas do direito administrativo doméstico de tradição anglo-estadunidense e europeia (mas especialmente daquela), os quais vão construindo uma unidade entre as diversas áreas de governança com vistas a assegurar sua *accountability* e boa administração, pois definir a regulação global com as ferramentas do direito administrativo expõe mais claramente suas características e peculiaridades, desnudando as necessidades de estratégias para remediar desigualdades e injustiças¹⁹.

Assim, faz-se referência a um direito administrativo “global” para incluir nesse fenômeno unificador os arranjos institucionais informais e outras práticas normativas que trans-

¹⁸ KINGSBURY, Benedict. The concept of ‘law’ in global administrative law. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 23-57, feb. 2009. p. 24-25.

¹⁹ Cabe pontuar que há importante crítica aos autores que propugnam um direito administrativo global de que não apenas é difícil chegar a um consenso quanto aos princípios do direito administrativo universalizáveis diante de tantas tradições distintas (francesa, inglesa, estadunidense, escandinava etc.), mas que a própria ideia de “direito administrativo” é uma construção ocidental que não deveria ser utilizada como parâmetro universal a disciplinar a governança global, levando-a a uma hiper judicialização das decisões, sendo preferível preservar o pluralismo e a diversidade (vide: HARLOW, Carol. Global administrative law: the quest for principles and values. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 187-214, feb. 2006). Não nos parece, contudo, que a adoção de princípios do direito administrativo para a disciplina da governança global leve à erradicação do pluralismo de soluções, pois a interpretação e a aplicação desses princípios são muito fluidas inclusive nos ordenamentos nacionais, sempre dando espaço para a construção de soluções locais e conformação às peculiaridades da matéria regulada e aos sujeitos envolvidos (no mesmo sentido: CRAIG, Paul. *UK, EU, and global administrative law: foundations and challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 658-659).

cedem o direito “internacional”, suas fontes clássicas e seus sujeitos tradicionais (paradigma vatteliano²⁰), que se mostraram inadequados a responder às demandas mencionadas diante da interdisciplinaridade imanente à emergência de centenas de regimes regulatórios internacionais, suas instituições e procedimentos²¹. É o que se observa quando, por exemplo, em 1998, o Órgão de Apelação da OMC decidiu que a exclusão dos camarões importados da Índia do mercado estadunidense por não atenderem aos padrões de garantia de proteção às tartarugas foi ilícita e fundamentou sua decisão não em regras do GATT, mas na falta de aplicação pelos EUA de um procedimento com contraditório que garantisse ao país exportador a chance de responder aos argumentos e recorrer das medidas restritivas, além da falta de motivação escrita de tais medidas, diretrizes desenhadas pelo Órgão a partir de uma “lógica” que entremeia os direitos administrativos de diversos Estados e da União Europeia; depois da decisão, os EUA adaptaram o procedimento doméstico para conformá-lo a essas diretrizes²².

Como princípios/diretrizes emergentes do direito administrativo global, advindos da tradição do direito público doméstico, é possível elencar os seguintes²³: 1) legalidade: consistente na ideia de submissão ao “direito”, no sentido de que o exercício do poder deva ser pré-organizado e seus exercentes devam agir de acordo com regras do sistema; 2) participação procedimental e transparência: garantindo-se que os administrados tenham suas visões e informações consideradas antes da tomada de decisões regulatórias a partir de etapas procedimentais que garantam a oportunidade formal de serem escutados; 3) transparência: pois a efetividade da participação depende necessariamente da transparência decisória e no

²⁰ Vide: VATTEL, Emerich de. *The law of nations, or the principles of natural law applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*. 6. ed. Filadélfia: T. & J. W. Johnson, Law Booksellers, 1844. p. 161; PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *The Mavrommatis Palestine Concessions*. (Greece v. Britain). (ser. B) No. 3. 1924 (Aug. 30). §21.

²¹ KINGSBURY, Benedict. The concept of ‘law’ in global administrative law. Op. cit., p. 25-26. Como se vê, as noções que apresentamos aqui advêm especialmente dos projetos de pesquisa liderados ou influenciados pela proposta teórica de Benedict Kingsbury, professor da Universidade de Nova York responsável por difundir a ideia do direito administrativo global (*global administrative law*) nos termos que expusemos. Porém, cumpre indicar que há importante corrente doutrinária encabeçada por Eberhard Schmidt-Aßmann da Universidade de Heidelberg, que prefere tratar a matéria sob a nomenclatura “Direito Administrativo Internacional” (*internationales Verwaltungsrecht*), buscando os princípios disciplinadores da internacionalização da administração indutivamente no direito doméstico e dedutivamente no direito internacional, isto é, enfatizando a aplicação direta e primária das fontes de direito internacional sobre as relações administrativas transnacionais. Trata-se de uma perspectiva muito influenciada pela realidade do direito comunitário europeu e que vislumbra uma necessária constitucionalização das relações administrativas internacionais a partir das normas dos tratados de direitos humanos. Para os adeptos do direito administrativo global, direito administrativo internacional é expressão que se refere apenas às normas que disciplinam a estrutura orgânica das organizações internacionais tradicionais e a dinâmica de suas relações endógenas, que lidam com suas relações de trabalho e outras matérias internas. Apesar das importantes divergências epistemológicas das duas correntes, ambas convergem quanto à erosão das fronteiras nacionais no direito administrativo, que deixa de ser uma disciplina exclusivamente doméstica. (Vide: SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. The internationalization of administrative relations as a challenge for administrative law scholarship. *German Law Journal*, v. 09, n. 11, p. 2061-2080, nov. 2008. p. 2061).

²² WORLD TRADE ORGANIZATION. United States – import prohibition of certain shrimp and shrimp products. WT/DS58/AB/R. *Report of the Appellate Body*, 12 out. 1998. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:WT/DS/58ABR.pdf&Open=True>. Acesso em: 28 mar. 2022.

²³ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. Op. cit., p. 37-41; KINGSBURY, Benedict. The concept of ‘law’ in global administrative law. Op. cit., p. 32-33; CASSESE, Sabino. *Global administrative law cases and materials*. Roma: Sapienza Università di Roma, 2006. p. 43-52; ARANA, Jaime Rodríguez. El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista Andaluza de Administración Pública*, Sevilla, n. 76, p. 15-68, jan./abr. 2010. p. 61-62.

direito dos administrados de acesso às informações que entenderem relevantes à defesa de seus interesses; 4) dever de decisão racionalmente fundamentada: é a produção de um registro circunstanciado de razões fáticas e jurídicas que embasa cada decisão tomada, o que deve incluir a consideração razoada dos argumentos e informações trazidas pelas diversas partes interessadas; 5) controle: a garantia de que as decisões de uma autoridade administrativa de qualquer natureza que afete os direitos de qualquer indivíduo possa ser controlada por uma corte ou outro órgão independente, ideia presente na maioria dos tratados de direitos humanos e que depende da criação de mecanismos institucionais; 6) devido processo legal: mormente pela processualização da atividade administrativa, com a adoção de procedimentos públicos e deliberativos; 7) defesa dos direitos humanos: pois a proteção de direitos fundamentais é intrínseca ao direito público contemporâneo e constitui escopo de sua disciplina; 8) critérios substantivos: aqueles dos quais tradicionalmente o direito administrativo doméstico se vale diante de atividades administrativas que conflitam com interesses privados de indivíduos, como a racionalidade finalística, a proibição do excesso, a proteção a expectativas legítimas, razoabilidade e proporcionalidade (central na jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos e da maioria das cortes constitucionais domésticas sobre a atuação administrativa ablativa), mas que são ainda de aplicação mínima na seara do direito administrativo global, mais preocupado com normas procedimentais e de organização, porém tendem a crescer de importância com a ascensão dos direitos fundamentais da pessoa ao papel que lhes é devido também no espaço administrativo global.

Em suma, percebe-se que é um regime normativo que surge em decorrência da pressão que a globalização exerce sobre o direito e, complementarmente, da necessidade de transladar à globalização jurídica as exigências do Estado de Direito²⁴. É certo que na doutrina existem enormes dificuldades e debates em torno desta categoria “direito administrativo global”, que é cercada de inconsistências. Na verdade, trata-se de uma categoria que, em seus próprios termos, revela uma opção doutrinária de analisar certo fenômeno a partir das referências do Direito Administrativo, o que necessariamente passa por certa fragmentariedade. Primeiro, porque o fenômeno da administração global é segmentado, há diferentes marcos regulatórios para os mercados financeiros, o meio ambiente, a internet, a saúde, as contratações, entre outros, cujas características principais não necessariamente são intercambiáveis. Além disso, o parâmetro de análise também não é uno, pois as diversas matérias são tratadas de formas diferentes nos direitos administrativos das mais distintas tradições, o que leva a tentativas de aproximação por meio do método próprio do direito comparado, o que não é feito sem divergências e casuísmos. São dificuldades próprias do diálogo intercultural que ainda impõem um desafio de objetivação aos publicistas ao redor do mundo²⁵.

Portanto, é possível identificar quatro características distintivas do direito administrativo global²⁶: é um direito setorial, que se desenvolve paralelamente em diferentes domínios regulatórios mais ou menos sofisticados, favorecendo abordagens casuísticas; apresenta um

²⁴ GARDELLA, M. Mercê Darnacullea. El derecho administrativo global. ¿un nuevo concepto clave del derecho administrativo? *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 199, p. 11-50, ene./abr. 2016. p. 22.

²⁵ Vide: GARDELLA, M. Mercê Darnacullea. El derecho administrativo global. Op. cit., p. 32 e ss.

²⁶ CASINI, Lorenzo. Global administrative law. In: DUNOFF, Jeffrey L; POLLACK, Mark A. (Eds.). *International legal theory: foundations and frontiers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 3-7.

alto grau de hibridez, com o diálogo entre público e privado na construção de regimes regulatórios; desenvolve-se a partir das interconexões dos diferentes setores regulatórios e das normas, instituições e princípios procedimentais compartilhados, é resultado de experiências, diálogos e conflitos entre distintos regimes e modelos administrativos, favorecendo o pluralismo metodológico; os Estados ainda cumprem um papel dominante na sua expansão, influenciando o grau de penetração das normas globais nos ordenamentos internos e sua implementação.

Estabelecidas as características gerais do Direito Administrativo Global e o contexto do seu surgimento, é importante entender a dinâmica das suas fontes e as técnicas de regulação internacional para a sua melhor compreensão enquanto um corpo de normas jurídicas.

3 AS FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E AS TÉCNICAS DE REGULAÇÃO INTERNACIONAL

O termo “direito” em direito administrativo global busca indicar que ele faz referência a um corpo de normas jurídicas. A sua peculiaridade, contudo, é ser constituído de normas que se espalham por todo o mundo, envolvendo a regulação a nível internacional, transnacional e doméstica, derivando essencialmente de três distintos ramos do direito. Primeiro, do direito internacional público, pois as questões básicas tratadas pelo direito administrativo global são questões de direito internacional público não suficientemente solucionadas por ele, como os limites do poder normativo das organizações internacionais, sua implementação eficaz e a garantia de legitimidade de suas decisões. Segundo, do direito administrativo internacional (direito institucional internacional), especialmente no que concerne à estruturação e funcionamento das organizações internacionais que fazem parte da administração global, engendrando mecanismos de transparência e responsabilidade por suas ações. Por fim, também do direito público doméstico, pois Estados e suas entidades de direito público interno são atores que operam no espaço administrativo global, cujos modelos procedimentais, designs institucionais, mecanismos de controle e experiências regulatórias servem de parâmetro – com a devida cautela – para o desenvolvimento das instituições globais e construção de soluções em outros ordenamentos. Assim, a coexistência de normas de diferentes ramos do direito ajuda a evidenciar o caráter “global”, pois não apenas há uma pretensão geográfica de cobrir todos os locais do globo, mas especialmente porque conota um corpo abrangente de normas a incluir as esferas nacional, internacional, transnacional, supranacional e supernacional²⁷.

Vê-se, dessa maneira, que o direito administrativo global agrega diferentes áreas do direito que concernem à governança global, mas são tradicionalmente tratadas separadamente, dando-se ênfase não tanto ao conteúdo das regras específicas de conduta expedidas por autoridades administrativas globais (que são infundáveis), mas sim nas diretrizes procedimentais, princípios, instrumentos de controle e outros mecanismos relacionados a *accountability* e boa administração. Não há, contudo, uma lista formal de fontes ou um

²⁷ CASINI, Lorenzo. Global administrative law. Op. cit., p. 3-5.

detalhamento da sua dinâmica, o que faz crescer a importância de considerações metodológicas e de direito comparado.

Como mencionado, o direito administrativo global surge para dar soluções a problemas do Direito Internacional Público não suficientemente respondidos por ele, o que faz por meio da soma das suas fontes tradicionais a outras ignoradas pela dogmática internacionalista. Contudo, parte inicialmente dessas fontes clássicas (convenções internacionais, costumes e princípios gerais)²⁸ que vão compor o seu conjunto de fontes formais. O problema das fontes clássicas de direito internacional público é que ainda são muito marcadas pelo anacrônico paradigma vatelliano, isto é, de que a soberania é um direito exclusivo de (auto)regramento interno, o que faz dos Estados os únicos sujeitos de direito internacional²⁹.

Assim, usualmente os princípios procedimentais trazidos pelos tratados são vinculantes apenas para Estados, não para instituições intergovernamentais ou supranacionais, a não ser indiretamente por meio de compromissos estatais paralelos de conduta equivalente nessas instituições de que são membros. Também os costumes são tradicionalmente entendidos como formados pela ação estatal, não sendo tão relevante para atores privados ou híbridos. Quanto aos princípios gerais, a prática de sua aceitação no direito internacional público é muito restrita, pois exige um alto grau de convergência e comprometimento dos Estados, tornando-os pouco úteis às questões de governança global³⁰.

Também o direito interno sozinho se mostra insuficiente ou desaconselhável para fazer face aos desafios da governança global. É o caso, por exemplo, de mercados ou propriedades internacionalmente criadas, como os créditos de carbono resultantes de projetos admitidos pelo Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e emitidos por seu Conselho Executivo; o direito local seria incapaz de solucionar o problema da recusa de emissão de créditos a uma empresa, a qual depende de mecanismos de controle extranacionais para conseguir impugnar decisões do Conselho. Isso se pode dizer de pessoas ou empresas que dependem de certificações internacionais para fazer negócios em outros países, como as emitidas pela Organização Mundial de Saúde, mas não têm qualquer voz na deliberação sobre tais certificações, pois apenas Estados-membros deliberam nos fóruns decisórios. Também não se beneficiam do direito local empresas exportadoras de países que resistem à implementação dos padrões ISO, as quais

²⁸ Artigo 38. 1. Do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, anexo à Carta das Nações Unidas (Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945): "A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito." (Grifos do autor). (BRASIL. *Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 25 abr. 2022).

²⁹ HOFFMANN, Florian. In quite a state: the trials and tribulations of an old concept in new times. In: MILLER, Russel A.; BRATSPIES, Rebeca M. *Progress in international law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2008. p. 271.

³⁰ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. Op. cit., p. 29.

acabam precisando arcar com maiores custos de transação para adaptar seu padrão produtivo ao mercado interno e externo em descompasso³¹.

Não obstante, não se pode ignorar o papel das fontes do direito interno na dinâmica do direito administrativo global, as quais ganham sobremaneira relevância quando implementam o direito global ou quando os entes reguladores nacionais atuam como parte de estruturas administrativas globais. Também as cortes nacionais cumprem um papel importante de instância de controle para atos administrativos que afetam particulares (especialmente de autoridades privadas, como uma federação internacional desportiva), impondo algum nível de *accountability* para as autoridades reguladoras, e ao adjudicar a implementação do direito extranacional pelos reguladores domésticos e sua participação em fóruns de governança global. Por outro lado, as particularidades do direito local e os potenciais conflitos com regras internacionais podem ser fontes de dificuldade para a implementação de mecanismos de governança global. Por isso, uma das propostas do direito administrativo global é a de re-teorizar essas categorias estanques (nacional vs. internacional) para harmonizá-las no espaço administrativo global, superando aparentes antinomias³².

De fato, o que se observa na dinâmica da regulação internacional é uma constante troca de experiências e diálogos entre as fontes nacionais e extranacionais. Os influxos normativos de soluções aos problemas de governança global se dão bidirecionalmente, do direito nacional para o internacional e do direito internacional para o nacional, a depender da técnica de regulação adotada.

Assim, tem-se que o direito administrativo global pode se desenvolver no sentido “*bottom-up*”, isto é, através da aplicação do direito administrativo doméstico às decisões dos diversos tipos de administração global. Isso pode acontecer, segundo Richard Stewart³³, que escreve a partir das experiências judiciais estadunidenses, de três diferentes maneiras.

A primeira é a aplicação do direito doméstico diretamente sobre as decisões dos regimes regulatórios globais, o que incentivaria esses regimes a desenvolverem sistemas internos de *compliance* para se defender de tais iniciativas. Por exemplo, atletas que reiteradamente levaram às cortes internas impugnações contra punições disciplinares de federações desportivas internacionais estimularam o desenvolvimento, nessas federações, de sistemas de direitos processuais para atletas acusados de infrações e mecanismos recursais para tribunais independentes.

A segunda maneira seria aplicando o direito administrativo à implementação local das normas regulatórias globais, questão que gera muito dissenso na doutrina sobre se o parâmetro de controle deve ser o mesmo válido para os reguladores nacionais (*parity*), ou se seria mais apropriado um parâmetro de menor (*parity minus*) ou maior (*parity plus*) rigor. No direito estadunidense, segundo o referido autor, há inúmeras decisões judiciais

³¹ KINGSBURY, Benedict. The administrative law frontier in global governance. *Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), v. 99, p. 143-153, mar./abr. 2005. p. 144-145.

³² KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. *Op. cit.*, p. 30-31.

³³ STEWART, Richard B. U.S. administrative law: a model for global administrative law? *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3/4, p. 63-108, summer/autumn 2005. p. 76-88.

que adotam a ideia de paridade ou paridade a menor, mas nenhuma chegou a adotar o paradigma de *parity plus*, o que revela o predomínio da visão de que a imposição de um controle excessivo e de um excesso de garantias procedimentais prejudicaria a capacidade de negociação internacional do país – que muitas vezes ocorre de forma sigilosa e fora dos fóruns públicos de deliberação diplomática transparente – e a sua credibilidade quanto ao cumprimento dos acordos firmados.

A terceira maneira consiste na aplicação do direito administrativo à participação de agentes governamentais no processo decisório de regimes regulatórios globais, que é uma forma de oportunizar a influência de administrados sobre o processo decisório de nível global, o que demandaria uma legislação específica sobre a responsabilidade e os deveres de consulta, informação e transparência dos agentes públicos que participam das negociações regulatórias internacionais. Essa técnica envolve a aplicação direta do direito doméstico sobre um agente estatal através de uma legislação específica sobre seus deveres funcionais, atingindo apenas indiretamente os procedimentos das instâncias regulatórias globais, de maneira que sua eficiência para o desenvolvimento de procedimentos mais transparentes e consentâneos à boa administração no interior dessas instâncias depende da pressão exercida pela adoção de legislações similares por outros países de relevância diplomática.

As técnicas de *bottom-up* são fundamentalmente limitadas, pois apesar do direito administrativo local de cada Estado oferecer instrumentos valiosos, eles podem não ser exatamente adequados para lidar com problemas típicos do espaço administrativo global, pois a maioria dos mecanismos jurídicos nacionais supõe uma relação entre Poder Executivo e Poder Legislativo referentes à legalidade formal e material, o que não encontra simetria na ordem global por falta de uma autoridade legislativa central e ancoragem democrática³⁴. Por isso, além das técnicas de *bottom-up*, em que há protagonismo do direito local, é fundamental que os regimes regulatórios se desenvolvam também por meio da penetração do direito internacional no direito nacional, através da imposição de regras e princípios procedimentais que os reguladores nacionais devam obedecer, os quais geram direitos subjetivos exercíveis contra estes. Trata-se, portanto, de uma regulação no sentido “*top-down*”.

Segundo Sabino Cassese³⁵, a regulação global no sentido *top-down* pode se realizar de distintas maneiras a depender das peculiaridades concernentes aos reguladores, aos regulados, ao processo regulatório e ao *status* jurídico das regras.

No tocante aos reguladores, as normas de direito administrativo global que são impostas à Administração nacional no sentido “*top-down*” podem derivar tanto de convenções internacionais e de decisões de órgãos colegiados estabelecidos por tratados. Tal distinção é relevante pois regras derivadas de acordos entre Estados são forma de autorregramento, enquanto as decisões dos órgãos colegiados representam uma imposição externa, pois, mesmo que representado, o Estado em questão pode ter sido vencido na deliberação colegiada; as primeiras são confirmadas pelo Legislativo, as segundas não necessariamente passam pelo crivo legislativo. Além disso, Cassese explica que os tratados internacionais não costumam

³⁴ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. Op. cit., p. 56.

³⁵ CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. Op. cit., p. 116-123.

mam fixar as regras de conformação dos Estados membros, mas se valem de mecanismos de reenvio por meio dos quais emprestam sua autoridade regulatória a outras entidades que elaboram as regras, criando uma cisma entre o regulador e o autor da regulação (v.g. a OMC adota o *Codex Alimentarius* elaborado pela FAO, que por sua vez depende do sistema da OMC para dar efetividade às regras do *Codex*). Ademais, na imposição das normas globais é comum que se designe uma autoridade nacional específica para sua implementação (uma agência, por exemplo), a qual se torna o ente de referência para a organização internacional, desintegrando-se a unidade soberana do Estado enquanto sujeito do direito internacional.

Quanto aos regulados, há de se notar que no sentido *top-down* a regulação internacional exibe um efeito vertical, pois se dirige ao regulador nacional (inclusive subnacional em alguns casos) e assim penetra o ordenamento interno. Outrossim, também produz um efeito horizontal, isto é, demanda um diálogo constante entre os Estados (e entre eles e atores privados), pois a Administração nacional precisa continuamente comparar as medidas adotadas com aquelas tomadas por outros países com o mesmo escopo, além de serem encorajados a firmar acordos de mútuo reconhecimento/equivalência.

Sob o aspecto do processo regulatório, a imposição de deveres procedimentais aos reguladores nacionais (tais como o dever de consulta, transparência, razoabilidade e outros) leva à desnacionalização de setores regulados importantes; por exemplo, quando o Banco Mundial e o FMI condicionam a concessão de crédito à implementação de medidas institucionais relativas às políticas financiadas. Igualmente, o processo regulatório internacional tende a incorporar a prática do mútuo reconhecimento, permitindo que decisões de autoridades regulatórias nacionais tenham efeitos diretos no ordenamento de outros Estados, o que, ademais, intensifica o diálogo e potenciais conflitos entre países na arena pública global.

Por fim, sob o aspecto do *status* jurídico das regras, Cassese³⁶ pontua que as regras criadas por órgãos internacionais costumam ser separadas em diferentes tipos que apresentam efeitos distintos, como diretrizes, normativas, entre outros. Em cada caso, é preciso observar se a regra produzida tem efeito vinculante ou não sobre cada Estado, e se possuem meios de adjudicação internacional. Essa é uma questão que influencia diretamente a eficácia das normas internacionais, contudo, não é só por só determinante, pois as técnicas de implementação de decisões no direito internacional são diferentes das existentes no direito doméstico, envolvendo, por exemplo, mecanismos político-diplomáticos de retaliação.

A abordagem *top-down* também enfrenta dificuldades adaptativas, pois requer a legalização ou institucionalização de regimes regulatórios mais informais, fazendo com que eles percam as vantagens cooperativas possibilitadas por essa informalidade. Além disso, a internalização de regras pode ensejar problemas em países que já não contam com uma estrutura de controle e responsabilização democráticos, contaminando a aplicabilidade das normas procedimentais internalizadas. Ademais, as estratégias de *top-down* enfrentam dificuldades de inclusão e participação de entes não estatais, pois o produto dessa regulação se

³⁶ CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. Op. cit., p. 123.

dá no âmbito dos ordenamentos estatais, centralizando a orientação do Direito Administrativo Global nos Estados³⁷.

4 A REVITALIZAÇÃO DO *JUS GENTIUM* A PLURALIDADE NORMATIVA: OS DESAFIOS DA (IN) DETERMINABILIDADE, DA LEGITIMIDADE E DA *ACCOUNTABILITY*

A partir dessa visão geral das características e das fontes do Direito Administrativo Global, é possível notar que, apesar de superar os limites do Direito Internacional Público clássico, as fontes desse ramo do direito ainda têm uma importância preponderante na regulação global, em especial no que concerne às técnicas regulatórias com sentido *top-down*. Por essa razão, os propositores do Direito Administrativo Global, em especial Benedict Kingsbury³⁸, seu principal autor, defendem a ideia de que a melhor forma de entender a sua prática normativa é por meio da integração do direito internacional público em um conceito mais amplo de *jus gentium*³⁹ regulatório, passando a ser não apenas um *jus inter gentes*, mas um direito “interpúblico”.

O desafio que se quer enfrentar com essa perspectiva é o de como deve agir um julgador que se depara com uma decisão regulatória provinda de uma ordem normativa distinta, como uma decisão de uma organização internacional ou de um ente regulatório não baseado em tratado. Segundo essa ideia de um *jus gentium* redivivo, tal celeuma não pode ser decidida com base apenas em regras de conflito de leis nem com base em puro pragmatismo político, mas requer uma teoria normativa que mantenha a integridade do direito como um todo, requerendo a análise concreta em termos de jurisdição, proporcionalidade, proteção a direitos fundamentais e respeito ao princípio da subsidiariedade. Essa abordagem dispensa uma padronização formal e burocrática, deixando espaço para a variação de soluções locais

³⁷ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. Op. cit., p. 57.

³⁸ Vide: KINGSBURY, Benedict. *Global regulation and the new jus gentium*. 2006. Disponível em: <https://www.ijl.org/wp-content/uploads/2016/11/Kingsbury-A-New-Jus-Gentium-2006.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

³⁹ O *jus gentium* (direito de pessoas), no direito romano, era o corpo normativo de direito privado que não dependia do *jus civile* (direito de cidadãos) e incidia sobre todas as pessoas, cidadãos ou estrangeiros, e se desenvolveu a partir de uma variedade de fontes do direito de diferentes sistemas jurídicos, sem propriamente “escolher” qual delas aplicar, mas misturando-as na prática pretoriana a partir de abstrações dos seus conteúdos. Com o tempo e a expansão de Roma, tornou-se um sistema mais flexível e sofisticado do que o próprio *jus civile*, ganhando uma conotação de universalidade e passando a ser associado ao direito natural como forma de incrementar a sua legitimidade. Pontue-se que o conceito romano de *jus gentium* é muito distinto daquele popularizado pela obra de Hugo Grotius escrita em 1625, que usa a expressão para designar o “direito das nações” – aferido pelo consenso e pela prática generalizada dos Estados - distinto do direito natural – aferido pela razão; o *jus gentium* se tornou, na pena de Grotius, não o ideal direito de pessoas romano, mas um novo e empírico direito das pessoas, um direito *inter gentes* (da grande sociedade de Estados), que se consolida no senso comum teórico juspositivista após a assinatura dos tratados da Paz de Westfália em 1648. Esse sentido adotado por Grotius subjaz a até hoje influente teoria de Vattel que, em 1758, caracterizou cada Estado como um indivíduo dotado de autonomia soberana da vontade agindo de forma incondicionada segundo sua própria consciência, o que refletiu a modelagem clássica do então direito das nações (a terminologia “direito internacional” surge apenas em 1780 com Jeremy Bentham) como um corpo normativo fundado na vontade soberana dos Estados, um *jus voluntarium* existente entre eles mas nunca acima deles (MILLS, Alex. The private history of international law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 1, p. 1-49, jan. 2006. p. 6; p. 18-22). É o primeiro sentido de *jus gentium*, mais lato, que é usado pelos propositores do Direito Administrativo Global, de um direito universal que não trata da relação entre os Estados, mas incide sobre as relações em geral entre quaisquer sujeitos, embora sem a original conexão com o direito natural.

contextuais e promovendo a experimentação regulatória e o mútuo aprendizado possibilitado pelo pluralismo regulatório, porém, tem o potencial de em um primeiro momento aumentar o número de litígios entre reguladores e regulados até que se chegue a consensos institucionais em mercados mais complexos.

Nesse panorama, entende-se que o direito internacional público deve ser entendido como direito interpúblico, no sentido de que deve ser teorizado como um direito entre Estados e outras entidades de natureza pública, entidades estas que devem se submeter a regras próprias do Estado democrático de direito (por falta de melhor expressão). A ideia é que a regulação global deve ser aberta às demandas democráticas de instituições e grupos nacionais, e o direito internacional não pode tratar esses sujeitos como elementos externos ou meros delegatários dos Estados, pois toda entidade que represente questões relativas ao interesse público global é atora na ordem interpública. Com essa visão, o direito internacional público se abre a fontes não interestatais relevantes, como as formas de autorregulação, as redes de governança (como as estabelecidas pela OCDE), regulação público-privada, e outras espécies de normatização que são efetivas no seu escopo e não podem ser ignoradas. Em resumo, trata-se de uma teoria de informalização do direito internacional público em matéria de poderes de governança para que não se ignore os reais titulares da execução desses poderes e se determine a eles regras de boa administração.

A abertura ao pluralismo, porém, traz consigo o risco da incerteza, da indeterminabilidade, da insegurança, razão pela qual um dos principais desafios teóricos para os defensores do direito interpúblico seria o de cunhar um critério de legalidade e legitimidade. Kingsbury⁴⁰ se vale da teoria hartiana de direito como fato social não volitivo - lida através lentes da “moral interna do direito” de Lon Fuller – para chegar a tal critério capaz de distinguir que normas podem ser validamente entendidas como de um direito interpúblico (regra geral de reconhecimento), qual seja a distinta qualidade de ser “pública”, no sentido de traduzir uma diretriz da sociedade como um todo, um “interesse público”, aquilo que é intrínseco ao direito público em termos gerais. O direito internacional seria, assim, menos voluntarista, desenvolvendo-se a partir dos vários processos por meio dos quais as entidades públicas estabelecem regras de conduta que, em conjunto, se integram na dinâmica dos setores regulados; não formam um sistema global hierarquizado, tampouco uma completa disjunção normativa, mas sim uma pluralidade unificada por requisitos de “publicidade” comuns. Essa visão dá mais espaço à atividade normativa dos próprios mercados e seus atores, distingue matérias internacionais de interesse público das de mero interesse privado (como arbitragem comercial) e, a longo prazo, promove uma perspectiva funcional dos mecanismos de governança que podem vir a substituir o Estado em funções que hoje exerce.

A operacionalização desse método se dá não a partir da especificação do público regulado, mas sim da especificação das entidades (não limitadas aos Estados) que exercem poder regulatório, e as relações entre tais entidades (possíveis colisões de regimes) é que se resolveriam por regras de conflito de leis (papel também do direito administrativo global) e

⁴⁰ KINGSBURY, Benedict. *International law as inter-public law*. 2006. Disponível em: <https://www.ijl.org/wp-content/uploads/2016/11/Kingsbury-A-New-Jus-Gentium-2006.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

pelo peso que cada norma de uma entidade tem sobre outra (visão institucionalista com base na obra de Hauriou). Essa é uma forma de fugir à indeterminabilidade de uma noção substantiva de que matérias seriam “públicas”, associando-as àquilo que rotineiramente as entidades regulariam com base em seus arranjos jurídicos e políticos, sempre trazendo o contexto de cada entidade como referência, aceitando assim a heterogeneidade das concepções de “publicidade”⁴¹. Essa forma de operacionalizar o critério pretende ser mais adjudicável, tal qual a ideia de autodeterminação no direito internacional, e baseia-se largamente na lógica usada pela Corte Internacional de Justiça para definir o que seriam lícitamente consideradas pessoas jurídicas no caso *Barcelona Traction*⁴².

Críticos dessa perspectiva apontam que ela pode até solucionar o problema de legalidade, mas tem dificuldades de resolver o problema de legitimidade encarado do ponto de vista da democracia, pois tais entidades podem apresentar defeitos de representação e tênues mecanismos de controle democrático, ademais, seus processos decisórios são desconhecidos pela maioria do público afetado e influenciados por um pequeno grupo de atores privilegiados (tensão entre democracia e tecnocracia). Nesse sentido, trazer os arranjos jurídico-políticos de cada entidade como referências para a noção de publicidade ensejaria uma inerente crise de legitimidade, pois tais arranjos podem em si mesmos serem democraticamente ilegítimos. Assim, o direito administrativo global, que se apresenta como promotor de valores de participação, acaba por se valer de um critério formalista de identificação de suas fontes que coloca de fora o público regulado e o controle democrático⁴³.

Kingsbury⁴⁴ responde à crítica apontando que ela se baseia em uma noção de “democracia nacional” incompatível com a atual ordem de constelação pós-nacional e, como não há ainda um vislumbre de democracia internacional, dela não pode fazer parte a avaliação da “qualidade” do caráter público no direito internacional. Por sua vez, os atuais fóruns de deliberação política do direito internacional são compostos unicamente de Estados, de maneira que a perspectiva interpública acabaria se mostrando mais propensa à democracia por integrar os atores não-estatais e híbridos, e espera-se que as pressões exercidas entre as entidades leve cada vez mais a uma conformação a padrões democráticos por aquelas que desejem dar peso às suas normas⁴⁵, mas essa seria uma

⁴¹ KINGSBURY, Benedict. The concept of ‘law’ in global administrative law. Op. cit., p. 56

⁴² O Caso *Barcelona Traction* versou sobre uma empresa canadense que tinha negócios na Espanha, porém grande parte dos seus acionistas empresa eram belgas; após algumas medidas de cunho econômico realizadas pelo Estado espanhol que prejudicaram a empresa, a Bélgica outorgou o endosso aos seus nacionais entendendo que houve violação dos seus direitos e com base nisso iniciou um litígio na CIJ. A Corte decidiu que a Bélgica não tinha interesse no conflito, pois quem teve os direitos afetados foi a empresa canadense, constituída segundo as leis canadenses, por mais que os acionistas belgas sofressem dano indireto. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. Second Phase. 5th of February 1970).

⁴³ KUO, Ming-Sung. The concept of ‘law’ in global administrative law: a reply to Benedict Kingsbury. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, p. 997-1004, 2010. p. 1001-1003.

⁴⁴ KINGSBURY, Benedict. *International law as inter-public law*. Op. cit., p. 55.

⁴⁵ Nesse sentido, escreve Eyal Benvenisti que “à medida que mais instituições se engajam na elaboração do direito administrativo por si mesmas, e à medida que interagem com outras instituições, é provável que as pressões interinstitucionais criem um impulso para a conformidade com as regras gerais do direito administrativo. Essa atração resultará seja de instituições relativamente poderosas, que condicionam a deferência aos atos de outras

questão que sobeja o critério nomogenético do direito administrativo global na ausência de algo que se aproxime de um Estado global a justificar o raciocínio a partir dos ideais de democracia-nacional.

O desafio da legitimidade democrática continua não resolvido e enseja diversas respostas, contudo, ele não infirma a efetividade das normas produzidas pelos mais diversos regimes e o inegável diálogo existente entre eles, especialmente considerando-se as técnicas regulatórias por *top-down* e *bottom-up*. Assim, apesar das críticas, é certo que existe um fenômeno jurídico que desborda as fronteiras nacionais e que demanda dos juristas uma modelagem teórica adequada, impossível de ser feita com base em noções restritivas típicas dos paradigmas westfalianos. Nesse sentido, conclui Dyzenhaus dizendo que “[...] se pode ter direito administrativo não apenas na ausência de democracia, mas também na ausência de um Estado. O que deve se apresentar é ao menos uma forma embrionária de ordem jurídica, o que é possível, pelo menos inicialmente, até quando a autoridade das agências administrativas é auto-constituída, seja por ela mesma ou por várias delas”⁴⁶.

Isso finda as razões que são dadas pela doutrina para se falar em um “direito” caracterizado ainda, como já visto, como “global”. Chamá-lo, além disso, de “administrativo” se faz com referência às relações de governança que suas normas procuram ordenar, tendo por escopo principalmente a noção basilar do direito administrativo anglo-americano de “*accountability*”, que, por sua vez, evoca também reflexões sobre legitimidade.

Accountability é uma noção que pode ganhar tanto uma conotação de “virtude” quanto uma conotação de “mecanismo”. Pela primeira, tem-se um conceito normativo a indicar um conjunto de critérios (transparência, responsabilidade etc.) para a avaliação da conduta de agentes públicos ou organizações, os quais poderão ser qualificados como “*accountable*” ao observar tais critérios. A segunda conotação, por sua vez, é mais restrita, indicando uma relação institucional formal na qual um agente tem o dever de explicar e justificar suas ações a outro agente/instituição independente e externo (distinto daquele que se avalia). Ambas as conotações, mas especialmente a segunda, são inerentes ao direito administrativo, cuja razão de ser gira em torno da ideia de que a Administração deve prestar contas e ser responsável pela conformidade de suas condutas ao ordenamento jurídico (*legal accountability*), respon-

instituições ao respeito às normas administrativas gerais por essas outras instituições, ou de uma cultura emergente de normas administrativas compartilhadas que os atores podem encontrar dificuldades para evitar” (Tradução própria do original: “*As more institutions engage in administrative lawmaking for themselves, and as they interact with other institutions, it is likely that cross-institutional pressures will create a pull towards conformity with general rules of administrative law. This pull will result either from relatively powerful institutions, ones that condition deference to the acts of other institutions on those other institutions’ respect to general administrative norms, or from an emerging culture of shared administrative norms that actors may find difficult to bargain away*”). (BENVENISTI, Eyal. The interplay between actors as a determinant of the evolution of administrative law in international institutions. *Law and contemporary problems*, v. 68, n. 3/4, p. 319-340, summer/autumn 2005. p. 321).

⁴⁶ DYZENHAUS, David. *Accountability and the concept of (global) administrative law. Institute for International Law and Justice Working Papers*, n. 7, p. 1-27, 2008. p. 23. Tradução própria. “[...] one can have administrative law not only in the absence of democracy, but also in the absence of a state. What has to be present is at least an embryonic form of legal order, which is possible, at least initially, even when the authority of the administrative agencies is self-constituting, either by one self or by several”.

dendo por elas perante o povo, o Judiciário, o Legislativo, as cortes de contas, ou outras instâncias externas (*political-administrative accountability*)⁴⁷.

A questão central da *accountability* político-administrativa (a quem se deve responder) no contexto da governança global pode ser explicada por um modelo de participação ou um modelo de delegação. No modelo de participação a performance das autoridades são avaliadas por aqueles que são afetados por elas, enquanto no modelo de delegação quem avalia são aqueles que constituíram os poderes da autoridade avaliada. Num Estado, essas figuras se misturam e remontam ao povo em última análise (afetado pelas decisões administrativas, mas, simultaneamente, titular do poder constituinte que atribui competências às autoridades), enquanto no espaço administrativo global nem sempre há essa identidade. Assim, todo mecanismo de *accountability* desenvolvido para a governança global enfrenta necessariamente uma premissa de definir a quem a entidade deve responder, o que pode ser encarado a partir de distintas perspectivas em uma ordem pluralista⁴⁸.

Não obstante, os mecanismos estatais, surgidos no seio do direito administrativo doméstico, conseguem sugerir importantes designs institucionais de *accountability*, os quais serão tão mais adequados à ordem global quão mais distantes da lógica Legislativo-Executivo estiverem (como as regras de responsabilidade civil), somando-se às experiências regulatórias não-tradicionais desenvolvidas fora dos Estados.

A pluralidade característica do direito administrativo global faz admitir uma variedade de mecanismos de *accountability* aos quais subjazem variadas noções de legitimidade a fim de responder esses desafios, sempre com um destacado enfoque procedimental. Lorenzo Casini⁴⁹ lista cinco categorias de mecanismos com base em diferentes formas de *accountability*: primeiro, a *accountability* de supervisão, que se baseia em mecanismos de monitoramento com órgãos especificamente destinados a essa função, como a figura do ombudsman no direito europeu; segundo, a *accountability* hierárquica, cujos mecanismos podem ser usados sempre que existir um órgão central diretivo, comum em regimes mais formalizados; terceiro, *accountability* fiscal, que se dá por meio de mecanismos de financiamento, no sentido de que a autoridade regulatória deve prestar contas e se responsabilizar frente a quem quer que custeie suas atividades; quarto, *accountability* jurídica, baseada na existência de tribunais dos mais diferentes níveis; quinto, *accountability* horizontal, baseada em mecanismos de “*peer review*”, tal qual, por exemplo, o programa de mútua avaliação introduzido pelo informal Grupo de Ação Financeira Internacional contra lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

Enfim, o direito administrativo global foi concebido por seus propositores como uma abordagem inclusiva que abarque a complexa realidade da governança global. Aí reside sua maior força e maior fraqueza teóricas, no tênue equilíbrio entre sua dimensão normativa e sua dimensão descritiva, pois cada problema que se lhe apresenta pode ensejar distintas soluções com fulcro nas mais variadas fontes, não necessariamente precisando recorrer às

⁴⁷ OKITSU, Yukio. *Accountability as a key concept for global administrative law*: Op. cit., p. 99-107.

⁴⁸ OKITSU, Yukio. *Accountability as a key concept for global administrative law*: Op. cit., p. 109-110.

⁴⁹ CASINI, Lorenzo. *Global administrative law*. Op. cit., p. 18-21.

noções do direito público. Essa complexidade que tanto enriquece as pesquisas de direito administrativo global enseja dois comuns aranhóis teóricos, quais sejam: a supervalorização da teoria sobre a realidade, como se por meio da alusão aos princípios de direito público fosse possível resolver qualquer problema; e a dificuldade do jurista lidar com a interdisciplinaridade, pois normalmente os juristas tendem a se superespecializar em determinados ramos, de forma que o administrativista nem sempre sabe lidar bem com os conceitos de direito internacional, nem o internacionalista com os de direito administrativo, e nenhum dos dois com o ferramental da sociologia e da ciência política⁵⁰. Assim, é disciplina povoada por dissensos e incertezas, mas que vem se consolidando enquanto perspectiva teórica para responder aos desafios da (in)determinabilidade, da legitimidade e da *accountability* no espaço administrativo global.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM DIREITO EM CONSTRUÇÃO

Por tudo o que foi exposto, fica claro que o direito administrativo global é uma seara que envolve ainda muitos debates e dissensos, sendo conceitualmente muito limitado em relação ao conceito tradicional de direito administrativo, pois seu conteúdo normativo fundamental faz referência a regras e princípios procedimentais e de organização, não se estendendo às regras substantivas (embora se reconheça uma tendência de que isso mude com o aprofundamento da compreensão sobre o papel dos direitos fundamentais no espaço administrativo global⁵¹). Há quem defenda, como M. Mercê Gardella⁵², que apesar de ser um novo conceito chave do direito administrativo, não se pode dizer que o direito administrativo global seja um novo ramo do direito, pois a natureza de suas normas como “jurídicas”, apesar do que vimos acima, ainda é muito debatida na doutrina, não havendo consenso, assim como não se poderia dizer que é uma nova disciplina científica, pois não há unanimidade sobre o seu método (especialmente no debate entre os norte-americanos e os alemães); o mesmo se pode dizer da noção de administração pública global e do papel dos Estados nessa atividade, cuja falta de consenso doutrinário impediria que se afirmasse cabalmente sua natureza de administração e seu caráter global.

Na verdade, mesmo na pena dos seus principais defensores, o direito administrativo global configura mais propriamente uma pretensão acadêmica de análise a partir da influência que exerce a globalização sobre o direito administrativo. Dessa maneira, o conceito de direito administrativo global é uma tentativa de construir um projeto normativo por meio da aproximação teórica entre os problemas práticos trazidos pela globalização e os mecanismos normativos do direito administrativo, com a ideia de exportar esses últimos para o plano global a fim de converter a realidade por um projeto de globalização em que se integre os valores que inspiram as garantias do exercício legítimo da autoridade pública no âmbito nacional⁵³.

⁵⁰ CASINI, Lorenzo. Global administrative law. Op. cit., p. 22-23.

⁵¹ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. Op. cit., p. 40-42.

⁵² GARDELLA, M. Mercê Darnaculleta. El derecho administrativo global. Op. cit., p. 47-48.

⁵³ RODRÍGUEZ RODRIGUÉZ, Libardo. El concepto de derecho administrativo global. Op. cit., p. 794.

Por outro lado, mesmo os autores mais céticos que tratam do assunto, independentemente de sua concepção sobre direito e globalização, não podem negar a constatação quase unânime de que existe uma “interconexão cada vez mais estreita entre sistemas normativos – jurídicos e não jurídicos – de origem nacional, regional e supra/inter e trans- nacional”⁵⁴, dando lugar a múltiplos processos de produção e execução de normas que combinam essas esferas. Dizer, porém, que desse fenômeno brota um sistema jurídico global é objeto de discordância entre os publicistas.

Sustentamos aqui, pelas razões lançadas no capítulo anterior, que se trata sim de um fenômeno jurídico, e que suas normas, apesar de certo grau de indeterminabilidade, são reconhecidas nos vários níveis escalonados de regulação. Não obstante tal entendimento, é certo que as pesquisas em torno de um projeto de direito administrativo global se mostram muito frutíferas para a compreensão e evolução da própria dogmática publicística nacional, pois ensejam a interdisciplinaridade (especialmente com a ciência política e a sociologia) e o diálogo intercultural, rendendo à comunidade científica, no mínimo, fecundos estudos de direito comparado. Para nós, porém, parecem ir muito além, desnudando um fenômeno que apesar de já ter algumas décadas, ainda é muito novo para a nossa dogmática jurídica marcada por categorias que pressupõem o protagonismo do Estado como “instituição detentora da coação incondicionada”⁵⁵.

Assim, entendemos, como Jaime Rodríguez Arana, que o direito administrativo global é um Direito *in fieri*, ainda não sistematizado, cuja existência se deve admitir ao reconhecer que a globalização também alcança o direito administrativo. Nesse sentido, o referido autor afirma que sobre a base da Declaração Universal dos Direitos Humanos, junto à realidade das normas e decisões judiciais que se produzem no âmbito da atividade administrativa global, é possível estabelecer um catálogo de princípios que partem do Estado de direito. Dessa maneira, se formos fiéis às razões que ensejaram o nascimento do direito administrativo com a queda do Antigo Regime, precisamos também ter a consciência de que hoje há uma demanda por novos impulsos jurídicos que recuperem esse sentido original da luta para reduzir os poderes públicos e econômicos aos seus limites justos, para que “o Direito Administrativo seja o que deve ser: o Direito do poder para a liberdade”⁵⁶.

Nesse diapasão, o direito administrativo global tem um rumo de desenvolvimento bem definido do ponto de vista de seu projeto normativo, devendo expressar uma perspectiva humanista sobre a justiça, de maneira que a liberdade solidária dos cidadãos possa ser garantida também pela ordem jurídica administrativa global⁵⁷. Como vetor principal de seu desenvolvimento nessa perspectiva humanista, tem-se a noção própria de “boa administração” como direito de todos os administrados e dever das autoridades administrativas, a qual se reflete plenamente nos princípios adotados pelo direito administrativo global.

⁵⁴ GARDELLA, M. Mercê Darnaculleta. El derecho administrativo global. Op. cit., p. 48. Tradução própria: “interconexión cada vez más estrecha entre sistemas normativos —jurídicos y no jurídicos— de origen nacional, regional y supra/inter y trans- nacional”.

⁵⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 76.

⁵⁶ ARANA, Jaime Rodríguez. El derecho administrativo global: Op. cit., p. 67. Tradução própria: “el Derecho Administrativo sea lo que debe ser: el Derecho del poder para la libertad”.

⁵⁷ ARANA, Jaime Rodríguez. El derecho administrativo global: Op. cit., p. 68.

Na lição de Juarez Freitas⁵⁸, a boa administração é um somatório de direitos e deveres que inadmitem a inércia da administração ativa e controladora, abrangendo os direitos fundamentais à administração pública transparente, à administração pública dialógica, à processualização administrativa, à administração pública isonômica, à administração pública proba e à administração pública eficiente; o primado da boa administração é, portanto, o primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais do Estado constitucional⁵⁹. Essa noção foi positivada como direito fundamental no art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁰.

Nessa esteira, pode-se afirmar que o repertório de princípios do direito administrativo global parte dessa noção de boa administração, pois, segundo Jaime Rodríguez Arana⁶¹, as exigências de transparência, racionalidade, motivação, objetividade, responsabilidade, participação e pluralismo, retores da atividade administrativa global, são deduzidos de um direito próprio dos cidadãos a um bom governo dos assuntos públicos, isto é, a uma boa administração.

Assim, tentou-se com esse breve artigo expor as características principais do direito administrativo global, suas fontes, técnicas de regulação e maiores desafios. Sem dúvida, é um tema muito instigante e que marca profundamente o sentido das inovações sofridas pelo direito administrativo contemporâneo, na medida em que o direito administrativo global – direito *in fieri* – não apenas se nutre das experiências do direito doméstico das nações

⁵⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 26 -28.

⁵⁹ Em sentido similar o que escreve Andry Matilla Correa ao aduzir que a boa administração se dá quando “[...] se há empregado bem os meios na atuação administrativa e se há chegado, por essa via, ao correto cumprimento dos fins aos quais esses meios não de servir, tudo isso dentro do marco jurídico adequado, que há de estar inspirado em valores e princípios que garantam e conduzam à plena realização do ser humano, social e individualmente considerado. [...] há de involucrar a ideia de um agir administrativo público que se efetue do modo mais ótimo possível e que alcance, por essa via, também de forma ótima, o fim (geral) que determina esse agir, tudo isso dentro de uma ordem jurídica que seja realmente causa de determinação e garantia dessa realização” (Tradução própria do original: “*se han empleado bien los medios en la actuación administrativa y se ha llegado, por esa vía, al correcto cumplimiento de los fines a los que esos medios han de servir, todo ello dentro del marco jurídico adecuado, que ha de estar inspirado en valores y principios que garanticen y conduzcan a la plena realización del ser humano, social e individualmente considerado. [...] há de involucrar la idea de un accionar administrativo público que se efectúe del modo más óptimo posible y que alcance, por esa vía, también de forma óptima, el fin (general) que determina dicho accionar, todo ello dentro de un orden jurídico que sea realmente cause de determinación y garantía de esa realización.*”). (CORREA, Andry Matilla. *La buena administración como noción jurídico-administrativa*. Madrid: Dykinson, 2020. p. 208).

⁶⁰ Artigo 41.º Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, - a obrigaçao, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA; COMISSÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, Nice, 7 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 04 abr. 2022).

⁶¹ ARANA, Jaime Rodríguez. El derecho administrativo global: Op. cit., p. 61.

mais desenvolvidas, mas também inspira mudanças nas ordens jurídicas locais com suas próprias experiências regulatórias, orientado sempre pela noção sobranceira de um direito à boa administração.

REFERÊNCIAS

ARANA, Jaime Rodríguez. El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista Andaluza de Administración Pública*, Sevilla, n. 76, p. 15-68, jan./abr. 2010.

BENVENISTI, Eyal. The interplay between actors as a determinant of the evolution of administrative law in international institutions. *Law and contemporary problems*, v. 68, n. 3/4, p. 319-340, summer/autumn 2005.

BRASIL. *Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 25 abr. 2022

CASINI, Lorenzo. Global administrative law. In: DUNOFF, Jeffrey L; POLLACK, Mark A. (Eds.). *International legal theory: foundations and frontiers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Sevilla: Global Law Press, 2014.

CASSESE, Sabino. *Global administrative law cases and materials*. Roma: Sapienza Università di Roma, 2006.

CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 109-126, summer/autumn 2005.

CORREA, Andry Matilla. *La buena administración como noción jurídico-administrativa*. Madrid: Dykinson, 2020.

CRAIG, Paul. *UK, EU, and global administrative law: foundations and challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

DYZENHAUS, David. Accountability and the concept of (global) administrative law. *Institute for International Law and Justice Working Papers*, n. 7, p. 1-27, 2008.

FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

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

GARDELLA, M. Mercê Darnaculleta. El derecho administrativo global. ¿un nuevo concepto clave del derecho administrativo? *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 199, p. 11-50, ene./abr. 2016.

HARLOW, Carol. Global administrative law: the quest for principles and values. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 187-214, feb. 2006.

HOFFMANN, Florian. In quite a state: the trials and tribulations of an old concept in new times. In: MILLER, Russel A.; BRATSPIES, Rebeca M. *Progress in international law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2008.

HOWSE, Robert. The globalization debate – a mid-decade perspective. In: CASSESE, Sabino (Ed.). *Research handbook on global administrative law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. Second Phase. 5th of February 1970.


- KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc. *Global public goods: international cooperation in the 21st century*. New York: United Nations Development Programme, 1999.
- KINGSBURY, Benedict. *Global regulation and the new jus gentium*. 2006. Disponível em: <https://www.ijl.org/wp-content/uploads/2016/11/Kingsbury-A-New-Jus-Gentium-2006.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.
- KINGSBURY, Benedict. *International law as inter-public law*. 2006. Disponível em: <https://www.ijl.org/wp-content/uploads/2016/11/Kingsbury-A-New-Jus-Gentium-2006.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.
- KINGSBURY, Benedict. The administrative law frontier in global governance. *Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), v. 99, p. 143-153, mar./abr. 2005.
- KINGSBURY, Benedict. The concept of 'law' in global administrative law. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 23-57, feb. 2009.
- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. *Law and contemporary problems*, v. 68, n. 3/4, p. 15-61, summer/autumn 2005.
- KUO, Ming-Sung. The concept of 'law' in global administrative law: a reply to Benedict Kingsbury. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, p. 997-1004, 2010.
- MARTELL, Luke. The third wave in globalization theory. *International Studies Review*, v. 9, n. 2, p. 173-196, 2007.
- MILLS, Alex. The private history of international law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 1, p. 1-49, jan. 2006.
- OKITSU, Yukio. Accountability as a key concept for global administrative law: a good governance mantra or a globalized legal principle? *Kobe University Law Review*, n. 49, p. 99-111, 2015.
- PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *The Mavrommatis Palestine Concessions*. (Greece v. Britain). (ser. B) No. 3. 1924 (Aug. 30).
- PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA; COMISSÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, Nice, 7 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 04 abr. 2022.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- RODRÍGUEZ RODRIGUÉZ, Libardo. El concepto de derecho administrativo global. In: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho administrativo global*. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique. Globalización y derecho administrativo. In: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho administrativo global*. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- ROSENAU, James N. *Along the domestic-foreign frontier: exploring governance in a turbulent world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- ROSENAU, James N. Governance, order, and change in world politics. In: ROSENAU, James N.; CZEMP-IEL, Ernst-Otto (Eds.). *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho administrativo global*. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. The internationalization of administrative relations as a challenge for administrative law scholarship. *German Law Journal*, v. 09, n. 11, p. 2061-2080, nov. 2008.
- SCHOLTE, Jan Aart. *Globalization: a critical introduction*. 2. ed. New York: Palgrave MacMillan, 2005.

STEWART, Richard B. U.S. administrative law: a model for global administrative law? *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3/4, p. 63-108, summer/autumn 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

VATTEL, Emerich de. *The law of nations, or the principles of natural law applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*. 6. ed. Filadelfia: T. & J. W. Johnson, Law Booksellers, 1844.

WORLD TRADE ORGANIZATION. United States – import prohibition of certain shrimp and shrimp products. WT/DS58/AB/R. *Report of the Appellate Body*, 12 out. 1998. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/58ABR.pdf&Open=True>. Acesso em: 28 mar. 2022.



A mal-amada Administração Pública brasileira: uma análise das práticas de Odorico Paraguaçu na gestão de Sucupira e de sua subsistência nos tempos atuais

Fábio Lins de Lessa Carvalho

Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca. Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Alagoas e do Centro Universitário CESMAC.

Sumário: 1 Introdução. 2 Contexto histórico de *O Bem-Amado*. 3 Entendendo Sucupira: o coronelismo. 4 Comentários sociológicos e jurídico-administrativos à peça teatral *O Bem-Amado*. 5 Há Odoricos e Sucupiras no Brasil do século XXI? 6 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Na canção *Podres Poderes*, de 1984, Caetano Veloso compôs um dos versos mais instigantes sobre a contexto político do Brasil: “será que nunca faremos senão confirmar, a incompetência da América Católica, que sempre precisará de ridículos tiranos”¹. O cantor baiano destaca ainda que, neste país, “enquanto os homens exercem seus podres poderes, motos e fuscas avançam os sinais vermelhos”, ressaltando, assim, que os problemas nacionais devem ser atribuídos tanto àqueles que estão na estrutura do poder, como à própria sociedade brasileira.

Sobre esses versos tão reveladores, já se destacou que “a estrofe toda é, na verdade, uma grande pergunta que expressa a incerteza, a perplexidade e a revolta do poeta diante de uma realidade cruel e imutável”, ressaltando “as dificuldades e percalços de toda a América Latina, às voltas com ditadores caricaturais que entram e obstruem o exercício da liberdade”².

Alguns anos antes de *Podres Poderes*, em 1962, outro baiano talentoso, no caso, o dramaturgo Dias Gomes (1922-1999), criava um personagem que retratou, com rara qualidade, ironia e repercussão, a figura do gestor público brasileiro enquanto ridículo tirano, adepto das práticas patrimonialistas que, de tão excessivas, tornaram-se até mesmo caricatas. Este personagem se chama Odorico Paraguaçu.

No presente artigo, propõe-se uma análise do texto sobre Odorico, *O Bem-Amado*, a fim de que sejam reveladas as práticas administrativas de um gestor público representante do coronelismo e adepto do demagogismo, do clientelismo e de outros tantos ismos.

¹ Podres poderes é a primeira faixa (lado I) do LP *Velá*, lançado pela Polygram em 1984, o 23º álbum de Caetano Veloso.

² BITTENCOURT, Gilda Neves da Silva. A força da canção: uma leitura de Podres Poderes de Caetano Veloso. *Organon*, Porto Alegre, n. 17, p. 59-74, 1991. p. 70. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/organon/article/view/39107/24989>. Acesso em: 18 ago. 2022.

Em seguida, serão analisados alguns comportamentos da Administração Pública brasileira em 2021, a fim de que se possa verificar se, em pleno século XXI, ainda são comuns as práticas relatadas por Dias Gomes. Assim, haverá a possibilidade de responder, ainda que parcial e provisoriamente, a indagação de Caetano Veloso: “será será que será que será que será, será que essa minha estúpida retórica terá que soar, terá que se ouvir, por mais mil anos?”

2 CONTEXTO HISTÓRICO DE *O BEM-AMADO*

Odorico, *O Bem-Amado*, alcançou um sucesso sem precedentes, seja no formato de revista, de livro, de peça teatral, de telenovela, de série televisiva e até mesmo de filme, passando assim, a fazer parte, definitivamente, da cultura nacional.

A peça teatral, embora tenha sido escrita em 1962, somente foi encenada pela primeira vez em 1969, no Recife. Antes disto, em 1963, ela foi publicada na edição de Natal da revista Cláudia. Ela também virou livro, tendo Dias Gomes escrito *Sucupira, ame-a ou deixe-a: Venturas e desventuras de Zeca Diabo e sua gente na terra de Odorico, o Bem-Amado*, de 1982.

A famosa telenovela da Rede Globo foi ao ar entre 22 de janeiro e 03 de outubro de 1973, tendo sido a primeira novela transmitida em cores pela televisão brasileira e a ser exportada, tendo chegado a trinta países. Ainda na televisão, *O Bem-Amado* virou série, tendo sido transmitida, com enorme audiência, entre 1980 e 1984, também pela Rede Globo.

No cinema, o filme *O Bem-Amado* foi dirigido por Guel Arraes, e contou com o ator Marco Nanini no papel de Odorico Paraguaçu. As gravações do filme ocorreram no Estado de Alagoas e o foi lançado em 2010. O citado filme foi ainda convertido em minissérie, sendo exibida pela Rede Globo em quatro episódios, em 2011.

Convém destacar que o perfil do personagem Odorico Paraguaçu começou a ser traçado a partir da figura do jornalista e deputado Carlos Lacerda (1914-1977), que marcou a biografia de Dias Gomes com perseguições políticas. Nesse sentido, o dramaturgo registrou:

Odorico era um Lacerda exagerado. Mas depois reescrevi a peça e o Lacerda já estava cassado, na oposição, enfim, por baixo, então, não faria mais nenhum sentido aquela sátira que eu fazia dele. Trabalhei o personagem daí no sentido de mais um protótipo de um político demagogo do interior. Ele cresceu e se distanciou do Lacerda: adquiriu uma paisagem mais ampla. Desenvolvi um trabalho mais em cima do seu linguajar, o que lhe rendeu uma fisionomia muito forte³

Se tivessem que ser apresentadas apenas três razões que poderiam justificar o enorme sucesso de *O Bem-Amado*, a primeira delas responderia pelo nome de Alfredo de Freitas Dias Gomes. Sobre o dramaturgo baiano, autor comunista que sofreu perseguições políticas e que foi eternizado por ter criado peças teatrais como *O Pagador de Promessas*, e nove-

³ DIAS, José. *Odorico Paraguaçu, o Bem-Amado de Dias Gomes*. História de um personagem larapista e maquiavelento. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009. (Coleção Aplauso). p. 32.

las como *Bandeira 2*, *Saramandaia* e *Roque Santeiro*, pode-se ressaltar que em toda a sua carreira, ele tentou “dar vazão ao talento e à vontade de comunicar através do teatro suas ideias e emoções sobre o povo brasileiro”. Destaque-se ainda que “a importância de sua obra pode ser avaliada não só pela riqueza de personagens e qualidade da linguagem, como por representar, no seu conjunto, país tão diversificado e controvertido como o Brasil, em seus múltiplos aspectos sociais e políticos”⁴.

O segundo motivo se chama Paulo Gracindo (1911-1995), um dos maiores atores que o Brasil já teve. Fernanda Montenegro afirmou certa vez que “na hora da ação, entrava em um monstro de ator altamente preparado, qualificado e com uma bagagem de estudo do seu personagem que não vi em nenhum outro ator com quem eu tenha trabalhado na vida”⁵.

Por isso, quando Dias Gomes o escolheu para interpretar Odorico Paraguaçu na adaptação de *O Bem-Amado* para a televisão, ele sabia que estava escolhendo o ator mais adequado para o papel. Na verdade, a ator alagoano já havia trabalhado com o autor baiano na novela *Bandeira 2*.

Ademais,

Paulo Gracindo tinha, também ele, uma estima especial por Odorico Paraguaçu. Confessava que quando “encontrou” o personagem, tudo se encaixou de forma perfeita. [...] O coronel Odorico era muito estimado, tanto que, quando Paulo Gracindo viajava pelo interior, era obrigado a tirar fotografia com tudo quanto era prefeito. “A primeira pessoa que me recebia no hotel era o prefeito da cidade. Curiosamente, eles não percebiam a ironia da coisa e diziam: “Eu sou o Odorico daqui”. Como se ele estivesse se autoelogiando”⁶.

O terceiro motivo é o próprio personagem Odorico Paraguaçu, que passou a representar o político inescrupuloso, tão presente, não só no imaginário, mas, desgraçadamente, na realidade brasileira, da colônia ao século XXI. “Na figura deste tirano tomou corpo todo escárnio por um comportamento social que o autor repudiava e que, através do humor, pretendia mostrar ao público, apesar de ainda assim ter sido alcançado, por diversas vezes, pela tesoura da censura”⁷. Na verdade, pode-se dizer que:

A história da peça Odorico, o Bem-Amado espelha a própria história de seu autor: tantas vezes foi alterada, renomeada e interdita, como ele tantas vezes teve que mudar o rumo de sua vida, trocar de nome, sofrer perseguições, cassações, interdições. Só numa coisa diferem com certeza criatura e criador: se no primeiro caso o cognome O Bem-Amado indica ironicamente um simpático mau-caratista, como diria Odorico na língua que o caracterizou na televisão, emoramente tendo seu nome gravado nos

⁴ DIAS, José. *Odorico Paraguaçu, o Bem-Amado de Dias Gomes*. Op. cit., p. 29.

⁵ Crônica de Fábio Lins de L. Carvalho (CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Paulo Gracindo & Ziembinski. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Atrevidos caetés – 50 encontros entre alagoanos & personalidades mundiais*. Maceió: Viva, 2019. p. 251).

⁶ ALENCAR, Mauro; JÚNIOR, Gracindo. *Um século de Paulo Gracindo*. O eterno bem-amado. São Paulo: Gutenberg, 2012. p. 135.

⁷ DIAS, José. *Odorico Paraguaçu, o Bem-Amado de Dias Gomes*. Op. cit., p. 11.

anais e menstruais da História de Sucupira, o segundo identifica o escritor sério e competente que integra o quadro da dramaturgia nacional⁸.

3 ENTENDENDO SUCUPIRA: O CORONELISMO

Manifestação do *caciquismo* à brasileira, e considerado com uma das principais implicações do *patrimonialismo* nestas terras, o *coronelismo* tradicional, segundo Victor Nunes Leal, tem um contexto específico: o da decadência dos produtores rurais, que gerou uma “mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial”. O jurista mineiro acrescenta que o coronelismo “é antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa”⁹.

De forma lapidar, o autor do clássico livro *Coronelismo, Enxada e Voto*, conceitua seu principal objeto de investigação:

o “coronelismo” é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil. Paradoxalmente, entretanto, esses remanescentes de privatismo são alimentados pelo poder público, e isso se explica justamente em função do regime representativo, com sufrágio amplo, pois o governo não pode prescindir do eleitorado rural, cuja situação de dependência ainda é incontestável. Desse compromisso fundamental resultam as características secundárias do sistema “coronelistas”, como sejam, entre outras, o mandonismo, o filhotismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos locais¹⁰.

Para manter seu prestígio, o coronel terá que oferecer às autoridades estaduais um bem valioso: os votos de seu curral eleitoral, uma vez que ele “comanda discricionariamente um lote considerável de votos de cabresto”¹¹. E é exatamente por ter essa “força eleitoral” que o coronel consegue benefícios para sua localidade, o que, em um ciclo vicioso, retroalimenta sua força política.

Nesse contexto, Nunes Leal destaca como os coronéis são as grandes referências para a população miserável no que diz respeito a várias atividades, que, a princípio, estariam sob a alçada do Estado:

A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. Dentro da esfera própria de influência, o “coronel” como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes insti-

⁸ DIAS, José. *Odorico Paraguaçu, o Bem-Amado de Dias Gomes*. Op. cit., p. 31.

⁹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 44.

¹⁰ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. Op. cit., p. 44.

¹¹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. Op. cit., p. 45.

tuições sociais. Exerce, por exemplo, uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, compondo rixas e desavenças e proferindo, às vezes, verdadeiros arbitramentos, que os interessados respeitam. Também se enfeixam em suas mãos, com ou sem caráter oficial, extensas funções policiais, de que frequentemente se desincumbe com a sua pura ascendência social, mas que eventualmente pode tornar efetivas com o auxílio de empregados, agregados ou capangas¹².

Se no atual estágio da política brasileira, há acenos explícitos com o golpismo, com o extremismo e com o militarismo, reproduz-se, hodiernamente, práticas advindas de outras épocas da história brasileira, caracterizada pelas marcas indelévels do autoritarismo e do patrimonialismo.

Ainda no século XIX, Tavares Bastos, como um legítimo liberal, não poupava críticas à tendência autoritária dos governos brasileiros e já profetizava: “a guarda nacional é militarização do país. Ideia terrível! O cidadão será um soldado; a independência obediência; o voto livre um favor do comandante.”. E conclui: “se o parlamento, anulado pela sua origem, é fraco pela sua composição, o poder executivo assume a onisciência”¹³.

Quase dois séculos mais tarde, a historiadora Lilia Schwarcz ressalta que a contaminação de espaços públicos e privados seria uma herança pesada de nossa história, “mas é também um registro do presente. A concentração da riqueza, a manutenção dos velhos caciques regionais, bem como o surgimento dos “novos coronéis” e o fortalecimento de políticos corporativos mostram como é ainda corriqueiro no Brasil lutar, primeiro, e antes de mais nada, pelo benefício privado”. Acrescenta a autora paulista: “essa é uma forma autoritária e personalista de lidar com o Estado, como se ele não passasse de uma generosa família, cujo guia é um grande pai, que detém o controle da lei, é bondoso com seus aliados, mas severo com seus oponentes, os quais são entendidos como inimigos¹⁴.”

Para Marilena Chauí, a sociedade brasileira ainda é forjada pelo autoritarismo, que gera relações sociais hierarquizadas: “conservando as marcas da sociedade colonial escravista, ou aquilo que alguns estudiosos designam como “cultura senhorial”. Por isso, há neste país “uma estrutura hierárquica do espaço social que determina a forma de uma sociedade fortemente verticalizada em todos os seus aspectos”. Para a professora da USP:

As relações entre os que se julgam iguais são de “parentesco”, isto é, de cumplicidade ou de compadrio; e entre os que são vistos como desiguais o relacionamento assume a forma do favor, da clientela, da tutela ou da cooptação. Enfim, quando a desigualdade é muita marcada, a relação social assume a forma nua da opressão física e/ou psíquica. A divisão social das classes é naturalizada por um conjunto de práticas que ocultam a determinação histórica ou material da exploração, da discriminação e da dominação, e que, imaginariamente, estruturam a sociedade sob o signo da nação una e indivisa, sobreposta como um manto protetor que recobre as divisões reais que a constituem. Porque temos o hábito de supor que o autoritarismo é um fenômeno político que, perio-

¹² LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. Op. cit., p. 45.

¹³ TAVARES BASTOS, Aureliano C. *Os males do presente e as esperanças do futuro*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. p. 37.

¹⁴ SCHWARZ, Lilia. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 87.

dicamente, afeta o Estado, tendemos a não perceber que é a sociedade brasileira que é autoritária e que dela provêm as diversas manifestações do autoritarismo político¹⁵.

Assim, a localidade fictícia de Sucupira seria um microcosmos do país, uma representação cômica, mas verdadeira, da realidade brasileira, que, desgraçadamente, aparentemente, não é algo apenas pertencente ao passado.

Também se pode afirmar, conforme estudo realizado no ano de 2020, que “Odorico performa a representação da cultura política brasileira, é um personagem, uma forma dramatizada de políticos reais que busca consolidar um “tipo””. Ademais, quando se ressalta que “Odorico é a figura do corrupto e falso moralista, que se elege com a promessa de uma grande obra” e que “Odorico representava a figura dos coronéis políticos que exerciam autoridade sobre a população local, agindo com força, falta de escrúpulos e demagogia para se perpetuar no poder”¹⁶, intui-se que tal padrão ainda se repete, seja com maior ou menor intensidade, nos dias presentes. Antes de verificar esta questão, passemos à análise das práticas administrativas de Odorico Paraguaçu.

4 COMENTÁRIOS SOCIOLOGICOS E JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS À PEÇA TEATRAL *O BEM-AMADO*

Para comentar *O Bem-Amado*, opta-se aqui pela utilização do texto da peça teatral¹⁷. Nesse contexto, serão transcritos trechos de diálogos, com a indicação das falas e dos personagens, e, em seguida, serão apresentados alguns comentários sobre a presença das práticas patrimonialistas e autoritárias em tais conversas.

Já no primeiro quadro, alguns moradores de Sucupira (uma cidade fictícia situada no litoral da Bahia) estão conversando, oportunidade em que reclamam do fato de que, por não haver cemitério na cidade, terão que caminhar vários quilômetros para enterrar um munícipe em outra localidade. De repente, o coronel Odorico Paraguaçu entra em cena:

Odorico entra pela platéia, suando por todos os poros. Não é propriamente um belo homem, mas não se lhe pode negar certo *magnetismo* pessoal. Demagogo, bem-falante, teatral no mau sentido, sua palavra prende, sua figura impressiona e convence. Veste um terno branco, chapéu-panamá¹⁸.

¹⁵ CHAUI, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000. p. 93.

¹⁶ VILELA, Anne Araújo. *As performances de Odorico Paraguaçu em “O Bem-Amado” (1973): uma sátira à política brasileira no século XX*. 2020. 171f. Dissertação (Mestrado Interdisciplinar em Performances Culturais) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/10415/5/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Anne%20Araujo%20Vilela%20-%202020.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

¹⁷ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Farsa sociopolítico-patológica em 9 quadros. 24. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

¹⁸ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 18. (Grifos meus).

De plano, na descrição de Odorico Paraguaçu, já se vê que ele era tratado pela população local com idolatrismo, e que o prefeito possuía um *magnetismo* pessoal e agia com acentuado e demagogismo, algo que fica bem acentuado na peça.

ODORICO: Ah, lá estão! Ainda cheguei a tempo.

DERMEVAL: Bom-dia, Coronel Odorico.

ODORICO: Bom-dia, minha gente.

Ao verem Odorico, Zenaide e Zelão deixam o balcão. Moleza pára de tocar¹⁹.

Nesse trecho, chamam a atenção dois fatos: o primeiro, a presença do coronelismo no Nordeste brasileiro, em plena segunda metade do século XX. Proprietário de terras, Odorico Paraguaçu é uma poderosa autoridade local (ainda que não ocupasse cargo público) que, embora não tenha seguido carreira militar, é tratado por todos como coronel, ou seja, líder influente na comunidade.

A outra circunstância que chama a atenção é que bastou o coronel chegar ao local onde algumas pessoas estavam reunidas, todos pararam imediatamente o que estavam fazendo, para se colocarem à disposição do chefe político. Como se vê, o autoritarismo/hierarquismo estava presente de forma marcante nas relações entre o gestor público de Sucupira e seus cidadãos (quase súditos).

ZENAIDE: Bom-dia, Coronel. Fizemos uma parada rápida, pra molhar a goela. Vamos ter que grammar 10 quilômetros.

ODORICO: 10 quilômetros. Pra se enterrar um defunto é preciso andar 10 quilômetros.

DERMEVAL: Um vexame!

MOLEZA: Vexame pro defunto: ter que viajar tanto depois de morto.

ODORICO: É uma humilhação para a cidade, uma humilhação para todos nós, que aqui nascemos e que aqui não podemos ser enterrados.

MOLEZA: Muito bem dito!²⁰

Com aguçado senso de oportunismo, Odorico Paraguaçu percebe que o pleito daqueles moradores pode ser utilizado como principal proposta de sua campanha eleitoral para se tornar prefeito de Sucupira. As irmãs Cajazeiras e Dirceu Borboleta se juntam ao grupo, e Odorico continua em campanha:

ODORICO: Quem ama sua terra deseja nela descansar. Aqui, nesta cidade infeliz, ninguém pode realizar esse sonho, ninguém pode dormir o sono eterno no seio da terra em que nasceu. Isto está direito, minha gente?

TODOS: Está não!

ODORICO: Merecem os nossos mortos esse tratamento?

¹⁹ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 19.

²⁰ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 19.

DOROTÉA e JUJU: Merecem não.

ODORICO: (*Já passando a um tom de discurso:*) Vejam este pobre homem: viveu quase oitenta anos neste lugar. Aqui nasceu, trabalhou, teve filhos, aqui terminou seus dias. Nunca se afastou daqui. Agora, em estado de defunctice compulsória, é obrigado a emigrar; pegam seu corpo e vão sepultar em terra estranha, no meio de gente estranha. Poderá ele dormir tranqüilamente o sono eterno? Poderá sua alma alcançar a paz?

TODOS Não. Claro que não.

ODORICO: Meus conterrâneos: vim de branco para ser mais claro. Esta cidade precisa ter um cemitério.

TODOS: Muito bem! Apoiado!

DOROTÉA: Uma cidade que não respeita seus mortos não pode ser respeitada pelos vivos!

DOROTÉA, JUJU, DIRCEU e DULCINÉA: Queremos o cemitério! Queremos o cemitério!

ODORICO: E haveremos de tê-lo. Cidadãos sucupiranos! Se eleito nas próximas eleições, meu primeiro ato como prefeito será ordenar a construção imediata do cemitério municipal.

TODOS: (*Aplausos.*) Muito bem! Muito bem!

Uma faixa surge no meio do povo.

*VOTE NUM HOMEM SÉRIO E GANHE SEU CEMITÉRIO*²¹

Fazendo uso de um discurso marcado pela demagogismo, Odorico amplifica uma necessidade da sociedade local, convertendo-a em uma condição para a felicidade dos munícipes. A todo momento, utiliza-se do emocionalismo (ou emotivismo) para convencer os eleitores, sensibilizando-as à causa que definiu como prioritária (sentimentalismo).

Com muito humor e ironia, Dias Gomes criou um personagem que ficaria famoso na história da cultura brasileira por suas frases de efeito, que mesclam opiniões vazias e muito surrealismo e neologismos.

Na frase que aparece na faixa que surge no meio do povo (“vote num homem sério e ganhe seu cemitério”), estão presentes a mentira (Odorico não é um homem sério), a comprovação do clientelismo, ou seja, de que há uma troca, uma expectativa de que haja um benefício a partir do voto, e a ironia, pois a promessa feita não terá como ser usufruída em vida pelos munícipes que venham a precisar do equipamento público.

Ainda durante seu discurso, em um nítido retoricismo, o candidato Odorico reforça sua promessa: “ODORICO: Uma vergonha! Mas eu, Odorico Paraguaçu, vou acabar com essa vergonha”²².

Nessa simples frase que traduz um hábito dos políticos brasileiros, qual seja, o da promessa eleitoral, vê-se mais uma característica marcante do patrimonialismo: o individua-

²¹ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 20-22. (Grifos do autor).

²² GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 23.

lismo. Odorico garante que ele (e não a Prefeitura) é que vai acabar com a vergonha de Sucupira não ter um cemitério.

Na sequência da peça, entra em cena Neco Pedreira, que é o “dono do jornaleco da cidade, A Trombeta. Jovem combativo, algo esclarecido, afora uma certa dose de charlatanismo, é um indivíduo positivo, um pouco acima da mentalidade da cidade. E a consciência disso lhe produz certa frustração”²³. Nesse trecho, vê-se que, nas trevas da ignorância e do obscurantismo, um dos poucos munícipes que tem uma certa formação intelectual é o dono do jornal da cidade, que, ainda assim, recorre algumas vezes ao charlatanismo. Neco Pedreira será uma das raras vozes de oposição ao governo Odorico Paraguaçu, que se elege prefeito de Sucupira.

Ainda durante o enterro, há um diálogo sobre a promessa do candidato Odorico:

DEMerval: Se ele prometer fazer o cemitério aqui em frente da venda, meu voto é dele.

DIRCEU: Qual seu interesse nisso?

DEMerval: Ora, seu Dirceu, gente de velório bebe muito [...]”²⁴

Como se vê, só existe o clientelismo porque há quem oferece a trova de favores e há aqueles que a aceitam. No caso, Demerval condicionou seu voto ao atendimento de um interesse pessoal, que nada tinha de caráter público (privatismo).

No fim do primeiro quadro, tanto Demerval, ao falar mal de Dirceu Borboleta, dizendo que “homem que vive caçando borboleta, a mulher acaba virando mariposa [...]”, como Neco Pedreira, que afirma que em Sucupira nada acontece, “nem mesmo as mulheres corneiam os maridos”²⁵, expressam o machismo, o sexismo e o misoginismo da sociedade brasileira.

No segundo quadro, o prefeito recém-eleito discursa:

ODORICO: Povo sucupirano! Agoramente investido no cargo de Prefeito, aqui estou para receber a confirmação, ratificação, a autenticação e por que não dizer a sagração do povo que me elegeu.

(Aplausos vêm de fora)

ODORICO: Eu prometi que meu primeiro ato como prefeito seria a construção do cemitério.

(Aplausos, aos quais se incorporam as personagens em cena)

ODORICO: *(Continuando o discurso)* Botando de lado os entretantos e partindo pros finalmente, é uma alegria poder anunciar que prafrentemente vocês já poderão morrer descansados, tranquilos e desconstrangidos, na certeza de que vão ser sepultados aqui mesmo, nesta terra morna e cheirosa de Sucupira. E, quem votou em mim, basta

²³ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 23.

²⁴ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 26.

²⁵ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 27.

dizer isso ao padre na hora da extrema-unção, que tem o enterro e a cova de graça, conforme o prometido.

(Aplausos. Vivas. Foguetes. A banda volta a tocar. Odorico acena para o povo sorridente, depois deixa a janela e é imediatamente cercado pelos presentes, que o cumprimentam)

DOROTÉA: Parabéns. Foi ótimo o seu discurso.

JUUU: Disse o que precisava dizer.

ODORICO: Obrigado, obrigado.

DIRCEU: De um homem assim é que a gente precisa; vai direto à questão.

DULCINÉA: Formidável.

Nessa passagem da peça teatral, vê-se inicialmente que o prefeito acredita que foi “sagrado” pelo povo (messianismo), ao ser eleito. Registre-se ainda que, em seu discurso de posse, já mostra para que veio: favorecer aqueles que o apoiam, quando diz que somente estes é que terão “enterro e cova de graça” (favoritismo).

Nesse contexto, divide a cidade em dois grupos: os que estão com ele e os que estão contra ele (sectarismo). Também se vê nos diálogos anteriormente transcritos que aqueles que estão com ele fazem questão de reafirmar isso (adulismo) a todo instante e de elogiá-lo de forma excessiva (bajulismo). Esses e o próprio prefeito fazem questão do uso do pirotecnismo, para ressaltar todo o simbolismo da posse.

Um destes bajuladores (Dirceu Borboleta, afilhado de Odorico) logo se torna “secretário do Prefeito”, mesmo não tendo qualquer capacidade técnica ou experiência no assunto (amadorismo, amiguismo, compadrismo).

Abaixo, um diálogo entre Odorico Paraguaçu e o vigário da cidade:

VIGÁRIO: Sabia que o senhor não ia esquecer as promessas feitas no eleitorado.

ODORICO: Na próxima vez que o senhor vier aqui já quero lhe falar da inauguração. Aliás, a Igreja devia ajudar. É uma obra cristã, e que, entremetemente, vai render dividendos para a paróquia. Benzimento de corpo, encomendação de alma...

O vigário se esquiva [...] ²⁶

Logo se vê nesse trecho as relações estreitas mantidas entre o Poder Público e algumas das instituições religiosas (clericanismo, confessionalismo), que também estabelecem troca de favores.

Ainda no primeiro dia de sua gestão, o prefeito Odorico Paraguaçu já apresenta ter muita pressa, demonstrando agir com o imediatismo dos gestores públicos que só pensam em seus interesses políticos e atuam sem qualquer planejamento.

²⁶ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 32. (Grifos do autor).

Em outro momento, ele chega a afirmar que “o cemitério também é uma obra pública de urgência”, em um malabarismo jurídico para justificar a utilização de verbas públicas reservadas para situações de urgência. Os obstáculos burocráticos vão surgindo e ele os vai afastando. Eficiência? Não, corrupção e arbitrariedade mesmo. Nesse sentido:

Entra Dirceu, com vários processos.

DIRCEU: Está tudo aqui. O senhor vai examinar agora?

ODORICO: Vou. Quero saber logo se há alguma verba para dar início à construção do cemitério.

DIRCEU: *(Coloca os processos sobre a mesa.)* Nem um tostão. Só déficit.

ODORICO: *(Folheia os processos.)* Não é possível.

DIRCEU: *(Examinando um processo:)* Parece que há um restinho de verba da água.

ODORICO: Da água?

DIRCEU: É, para consertar os canos.

ODORICO: Diz isso aí?

DIRCEU: Não, aqui só fala em obras públicas de urgência.

ODORICO: O cemitério também é uma obra pública de urgência. É ou não é? *(Irônico.)* De muita urgência.

DIRCEU: Há um restinho, pouca coisa...

ODORICO: *(Anima-se.)* Não tem importância, um restinho com mais um restinho, já se faz um cemiteriozinho.

DIRCEU: É da luz. Para aumentar a força.

ODORICO: Para que aumentar a força?

DIRCEU: A luz anda muito fraca, Coronel, quase não se consegue ler.

ODORICO: Mas para que ler de noite? Pode-se ler de dia. E depois, uma cidade de veraneio deve ter luz bem fraca, para que se possa apreciar bem o luar... A cidade é muito procurada pelos namorados...

DIRCEU: Só que esse desvio de verba...

ODORICO: É para o bem do município, isso é democracia! O senhor é contra a democracia? *(pausa)* Tenho certeza que Deus vai aprovar tudo.

VIGÁRIO: Quem sabe?... As intenções são boas... E como Deus não é um burocrata...

ODORICO: Então vamos escolher o terreno.

DIRCEU: A prefeitura só tem um, mas está ocupado.

ODORICO: Ocupado? Por quem?

DIRCEU: Pelo circo.

ODORICO: Ora, o circo que se mude. Chega das palhaçadas de antigamente. Prafrentemente, vamos tratar de coisas sérias. Pode levar isso daqui²⁷.

²⁷ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 34. (Grifos do autor).

Com muita hipocrisia e cinismo, usa o termo “democracia” como salvo conduto para agir com arbitrarismo. Nesse contexto, até mesmo o circo vai ter que pagar o preço. A cidade não mais terá as palhaçadas de antigamente, já que o novo bufão chegou (e está sentado na cadeira principal da prefeitura).

ODORICO: Quero ver agora o que vão dizer os que me acusavam de oportunista, de demagoga. Quando vierem os pedreiros levantando os muros, construindo a capela, calçando as alamedas, vão ficar com cara de Sinhá Mariquinha-cadê-o-frade.

VIGÁRIO: Quando o senhor espera inaugurar esse cemitério?

ODORICO: Dentro de três meses, com o primeiro enterro, que será custeado pela municipalidade. (*Surge-lhe uma idéia.*) Podíamos custear os funerais e dar certa pompa, isso era mais do que justo. Banda de música, marcha fúnebre. E uma inscrição no mausoléu também, assinalando o pioneirismo do defunto, o primeiro a ser sepultado em terras de Sucupira²⁸.

Ciente de suas características, o próprio Odorico as aponta (oportunista, demagoga). Também chama a atenção a necessidade de o prefeito de Sucupira estar, a toda hora, forçando e enfatizando um clima de guerra com seus adversários políticos, considerados inimigos (belicismo).

Por sua vez, ao falar sobre a “pompa” que deve marcar os enterros no futuro cemitério, procura reforçar o espetaculismo, o simbolismo daquelas solenidades, aqui consideradas quase oficiais, tamanha a presença do Estado.

No terceiro quadro, o prefeito Odorico Paraguaçu, como bom representante do modelo patrimonialista, começa a mostrar que ele não apenas favorece, como também persegue:

Odorico manda Dirceu ir embora. Ele lê um exemplar de A Trombeta, o jornaleco local. Seu rosto revela profunda indignação.

ODORICO: (*Resmunga, enquanto lê.*) Patife! Canalha! (*Amarrota o jornal violentamente e atira-o ao chão. Põe-se a andar nervosamente de um lado para o outro, e por fim senta-se à sua mesa, parecendo a ponto de ter um colapso.*)

DOROTÉA: (*Entra quase marcialmente.*) Bom dia, senhor prefeito.

ODORICO: Bom-dia. (*Levanta-se de um salto.*) A senhora já leu a gazeta?

DOROTÉA: Ainda não.

ODORICO: Esse patifento desse Neco Pedreira me chama de demagoga esbanjador dos dinheiros públicos... me xinga de tudo quanto é nome. (*Apanha o jornal.*) Leia a senhora mesma, leia.

DOROTÉA: (*Lendo.*) “Odorico, o pastor de urubus.”

ODORICO: Que que eu faço com um mau-caratista como esse, dona Dorotéa? Que é que eu faço? Já pensei em arranjar dois jagunços e mandar dar uma surra...

DOROTÉA: Isso me parece contraproducente; vai fazer dele um herói e aumentar a venda do pasquim. Além do mais, o senhor teria que mandar surrar muita gente. A

²⁸ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 35.

oposição está ganhando terreno dia a dia. E o que Neco escreveu n'a Trombeta é mais ou menos o que os nossos inimigos dizem por aí.

ODORICO: Eu sei. É um movimento subversivo procurando me intrigar com a opinião pública e criar problemas à minha administração. Sei, sim. É uma conspiração. Eles não queriam o cemitério. Desde o princípio foram contra. E agora que o cemitério está pronto caem de pau em cima de mim, me chamam de demagogo, de tudo. Como se eu tivesse culpa!²⁹

Nesse diálogo, está escancarado todo o autoritarismo do prefeito bonachão, todo seu caráter agressivo. O coronelismo de Odorico apresenta sua face violenta, que faz uso do banditismo, do cangacismo, como métodos de perseguição àqueles que lhe causam dificuldades, que lhe opõem resistência (revanchismo).

Outra característica a ser ressaltada é a incapacidade de o gestor público sucupirano receber críticas dos que lhe fazem oposição (ou mesmo quem o faz vira oposição), sem que tenha que negá-las e difamar aqueles que as proferem. Ademais, adota-se uma postura marcada pelo vitimismo, que é alimentado por um conspiracionismo que reforça o sectarismo.

Na sequência, a professora Dorotéa manifesta sua solidariedade ao chefe:

DOROTÉA: O senhor sabe que pode contar comigo para tudo. Apesar...apesar de minha situação pessoal não ser das melhores. Há seis meses que não recebo e o grupo está sem dinheiro até para comprar material escolar.

ODORICO: E todo mundo acha que a culpa é do cemitério. É verdade que a receita municipal baixou um pouco: não obstantamente, estamos agora livres da humilhação de enterrar nossos mortos no cemitério dos outros³⁰.

Vê-se que a gestão de Sucupira não é organizada, uma vez que deixa atrasar os salários dos servidores públicos por seis meses (baguncismo, amadorismo). Da mesma, percebe-se que a educação não é prioridade, pois se interesse em construir um cemitério, não parecer haver para aquisição de material escolar. Mais uma vez, as administrações públicas brasileiras fazem uma opção pelas obras públicas, muitas delas desnecessárias e/ou suntuosas (faraonismo), ao invés de organizarem os serviços públicos essenciais.

Mas, embora a construção do cemitério esteja de vento em popa, há um grande problema em Sucupira: ninguém morre, o que impede a inauguração do tão esperado equipamento público. À certa altura, Odorico confessa:

ODORICO: [...] Precisamos inaugurar o cemitério, o quanto antes. Não é possível esperar mais.

MOLEZA: Está muito difícil, seu Coronel. Há uma carência muito grande de defunto. O jeito é ter paciência e fé em Deus.

²⁹ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 40.

³⁰ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 41.

ODORICO: É, pra você é muito fácil ter paciência. Está há um ano ganhando como coveiro sem trabalhar.

MOLEZA: Mas não recebo...

ODORICO: Receba ou não receba, o senhor é um parasita do município. Se fosse um funcionário equipado de bom caráter e amor-próprio, já tinha procurado resolver essa situação e tornar-se um cidadão útil à comunidade. O senhor é uma vergonha e um mau exemplo para o funcionalismo municipal. Tenho ou não tenho razão, Dona Dorotéia?

DOROTÉA: Inteira. O cidadão coveiro é, inclusive, um perigo para a comunidade.

MOLEZA: Perigo, eu?

DOROTÉA: Perigo pela sua inatividade, que além de ser imoral é mais um motivo para os nossos inimigos nos atacarem.

MOLEZA: Mas que culpa tenho eu, se não me dão serviço?

DOROTÉA: Aliás, se o senhor Prefeito tivesse investigado os antecedentes do cidadão coveiro, antes de nomeá-lo, teria visto que nunca foi de fazer força. Haja visto o apelido que lhe impuseram: Moleza.

ODORICO: Bem, eu pretendi, com essa nomeação, premiá-lo pelo seu trabalho na minha campanha. Esperava que isso fosse um estímulo e ele se compenetrasse de que agora precisa desconfirmar o apelido. Mas de nada adiantou. É um caso perdido³¹.

Conforme se vê, para que o cemitério seja inaugurado, enquanto o prefeito torce pela morte de um concidadão, o coveiro apela ao fatalismo. Odorico admite que, ao contratar Moleza para o cargo de coveiro, agiu para pagar um favor de campanha (clientelismo, favoritismo).

Quando já estava perdendo a esperança, o prefeito descobre que um primo das irmãs Cajazeiras está prestes a morrer. Odorico manda buscar o moribundo para que ele morra em Sucupira. Movido pelo oportunismo, oferece todos os préstimos da prefeitura para que o primo Ernesto seja recebido adequadamente (casuísmo). Todavia, antes de saber que o primo estava prestes a morrer, usa um discurso seja repleto de cinismo e falso moralismo:

ODORORICO: [...] Diga a seu primo que ele é muito bem-vindo, que eu estou às ordens, mas mandar o fordeco da prefeitura buscar ela eu não posso. A senhora não vê que a oposição está de olho em tudo que a gente faz? Vão dizer que é favoritismo, que eu estou gastando a gasolina comprada com o dinheiro do povo em passeios com os meus amigos. Não, a senhora me desculpe, mas o exemplo de deve vir de cima. Seu primo vai ter de ir para casa no calcanho³².

Logo que fica sabendo qual é o verdadeiro estado de saúde do primo Ernesto, tudo muda radicalmente, o que faz com que o favoritismo e o privatismo passem a prevalecer sobre o moralismo:

³¹ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 44.

³² GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 47.

DOROTÉA: Ele não pode! Está doente, desenganado pelos médicos!

ODORICO: Desenganado?! Ah, seu primo é aquele que a senhora falou que estava muito mal, em Salvador. *Dirceu entra.*

DOROTÉA: Pneumonia galopante, coitado.

JUJU: O senhor me pediu para escrever à família, sugerindo que mandassem ele para cá, que a Prefeitura pagava todas as despesas; médicos, remédios, tudo que ele precisasse.

ODORICO: Mas é claro, a prefeitura paga tudo!³³

No quarto quadro da peça, estão reunidos na casa das irmãs Cajazeiras estas, o prefeito Odorico, o vigário, Dirceu Borboleta e o primo Ernesto acamado. Enquanto um grupo permanece no quarto ao lado do moribundo, com muito pendantismo e tolismo, Odorico faz planos em voz alta:

ODORICO: *(Na sala.)* Que fique pra sempre gravada nesta lápide... o nome desse bandeirante da morte, desse pioneiro do além...

Dorotéa sai do quarto e passa à sala.

ODORICO: Já?!

DOROTÉA: Continua agonizante.

ODORICO: Três dias já?! Nunca vi tanta vocação pra agonizante. É um agonizantista praticante.

[...] Dirceu volta ao quarto e torna a acender a vela, enquanto Dorotéa sai. Odorico volta a ensaiar o discurso.

ODORICO: Meus concidadãos! Este momento há de ficar para sempre gravado nos anais e menstruais da História de Sucupira!³⁴

No quinto quadro, Dulcinéia e Dorotéa estão na prefeitura à espera de Odorico. Logo em seguida, Dirceu Borboleta também chega, mostrando todo o seu machismo:

DULCINÉA: Deu agora pra me seguir, é?

DIRCEU: Não, é que essa história de mulher se meter em política... Não falo por mal... mas sabe como é esse povo...

DOROTÉA: Ora, seu Dirceu, será possível que o senhor ainda tenha desses preconceitos? Hoje em dia, a mulher é igual ao homem.

O ansioso prefeito também entra em cena:

ODORICO: *(Entra.)* Bom-dia.

DULCINÉA e DOROTÉA: Bom-dia, senhor prefeito.

³³ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 47. (Grifos do autor).

³⁴ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 51. (Grifos do autor).

ODORICO: E o defunto? Quero dizer, o doente, coitado. Faz três meses que chegou e está nessa agonia. A Lira já está cansada de ensaiar a *Marcha fúnebre*. O discurso que escrevi já está fora de época.

DOROTÉA: Senhor prefeito, prepare-se para ter um grande desgosto.

ODORICO: (*Adivinhando.*) Quê?! Não me diga que...

DOROTÉA: O primo está completamente restabelecido.

ODORICO: Não é possível! Baixou aqui desenganado pelos médicos!

DULCINÉA: Os médicos...

ODORICO: Veio agonizante. Como é que de repente...

DOROTÉA: O ar da cidade...

DULCINÉA: A água da cidade...

DOROTÉA: O clima da cidade...

DULCINÉA: Está com mais saúde que qualquer um de nós.

ODORICO: Mas isso não é coisa que se faça! Tudo pronto há três meses. *Marcha fúnebre* ensaiada, mandei cair de novo o muro do cemitério, apagar os palavrões, mandei até buscar um carro fúnebre em Salvador, tanto sacrifício... Eu bem que já desconfiava [...]³⁵

Nessa última fala, Odorico Paraguaçu mostra como a administração pública age com eficientismo seletivo, alcançando, em um curto espaço de tempo, resultados satisfatórios. Pena que isto só ocorra esporadicamente, ao invés de se tornar uma rotina.

No trecho abaixo, vê-se o personalismo nas relações entre o prefeito e os cidadãos. No caso, os atos praticados pelo Município de Sucupira são atribuídos à pessoa do prefeito. É seu nome que deve na verdade ser divulgado na capital (propagandismo). Por fim, vê-se na passagem a seguir a presença de sentimentalismo, ao se afirmar que o gestor público “é um homem de grande coração”:

Entra Ernesto. Alto, forte, rosado, sua aparência é escandalosamente saudável.

ERNESTO: Com licença.

JUUU: Coronel Odorico, eu queria apresentar... meu primo Ernesto.

ERNESTO: (*Aperta a mão de Odorico com vigor.*) Prazer.

JUUU: Dorotéa e Dulcinéa já devem ter dito ao senhor... Ele ficou bom.

ODORICO: Está-se vendo.

JUUU: Ninguém acreditava, nem os médicos. Mas ele foi melhorando, melhorando...

ODORICO: E deu nisso.

JUUU: Parece um milagre.

³⁵ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 56. (Grifos do autor).

CÂNDIDA: O ar da cidade.

JUJU: A água.

ERNESTO: O clima. Ser prefeito de uma cidade como esta deve ser uma felicidade. O senhor está de parabéns.

ODORICO: (*Está a ponto de estourar.*) Muito obrigado.

ERNESTO: Quando chegar em Salvador vou fazer uma propaganda danada disso aqui. E do senhor também. É a única maneira que eu tenho de pagar o que o senhor fez por mim. A verdade é que ninguém no mundo teria feito o que o senhor fez, assim desinteressadamente.

JUJU: O coronel Odorico é um homem de grande coração. Quando soube do seu estado ficou tão aflito! Botou logo todos os recursos do município à disposição³⁶.

Na cena seguinte, são manifestadas duas características da sociedade sucupirana: o determinismo e o pacatismo. No primeiro caso, atribui-se o atraso da cidade ao subdesenvolvimento, como se este fosse uma condição permanente, imutável. Quanto ao pacatismo, se este tem aspectos positivos, também gera a inação:

ODORICO: Ele veio com a condição de morrer aqui! Falta de palavra!... Preciso de um defunto. Um defunto! Também, uma terra onde não há crimes, não há desastres... Há não sei quantos anos que não há um assassinato.

DULCINÉA: Deve ser atraso... subdesenvolvimento.

ODORICO: Ontem fui visitar a cadeia. Nas celas, onde devia prender criminosos, o delegado cria galinhas, até papagaio. Só havia um preso: um jegue.

DULCINÉA: O jegue que deu um coice no filho do Zé Peixeiro. Foi julgado e condenado a seis meses de prisão.

ODORICO: O mal desta terra é que todo mundo é bom, pacato. Esse pacatismo é a nossa desgraça. Talvez seja a água... ou o azeite-de-dendê... deve ter alguma substância calmante, sei lá. O fato é que ninguém mata, ninguém morre e nós estamos há mais de um ano esperando um defunto para inaugurar o cemitério³⁷.

Para resolver o problema que estava tanto incomodando o prefeito, Odorico perde a paciência e resolve, como todo seu coronelismo, apelar para o uso da violência, a partir da contratação de um pistoleiro (banditismo):

ODORICO: Agora, sim. Vamos resolver o nosso problema. Temos o homem de que precisamos.

DOROTÉA: Que homem?

ODORICO: O homem que vai dar a esta cidade o que está faltando a ela. Eu já estava cansado de esperar pela morte do primo Ernesto. Decidi por em prática um outro plano, para o caso desse falhar.

³⁶ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 58. (Grifos do autor).

³⁷ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 61.

DULCINÉA: Será que o senhor mandou buscar outro doente?

ODORICO: Nada disso. Nem doente, nem defunto. O que mandei buscar foi um fazedor de defuntos.

DOROTÉA: Fazedor de defuntos?

DULCINÉA: Um bandido?

DOROTÉA: Um cangaceiro?

ODORICO: Zeca Diabo, o terror do Nordeste.

DOROTÉA e DULCINÉA: Zeca Diabo?!

DULCINÉA: Um assassino que mata velho e crianças!

DOROTÉA: Que não respeita nem moça donzela!³⁸

Na cena em que Odorico Paraguaçu e Zeca Diabo se encontram pela primeira vez, chamam a atenção os títulos pelos quais são chamados os personagens. Enquanto o bandido Zeca Diabo é o capitão, Odorico é o “seu Dotô-Coroné-Prefeito” (militarismo à brasileira, milicianismo, banditismo, cangacismo, mandonismo):

ZENAIDE: Tá aqui o homem, seu prefeito.

ODORICO: Capitão Zeca Diabo, seja bem-vindo. Já conheço o senhor, de fama. Sei que nasceu aqui e foi obrigado a sair por motivos... motivos que não vêm ao caso. Por isso, mandei Zenaide convidar o senhor para voltar. Como prefeito, não posso admitir que um cidadão de nossa terra esteja proibido de retornar a ela.

ODORICO: *(Para as mulheres, constrangido.)* Vocês duas *(olha para Dorotéia e Dulcinéia)* esperem na outra sala.

Saem Dorotéia e Dulcinéia.

ZECA: Agora sim. Seu Dotô-Coroné-Prefeito pode dizer o que quer de mim³⁹.

Uma das passagens de *O Bem-Amado* mais impactantes é a que o prefeito Odorico Paraguaçu resolve nomear Zeca Diabo o novo delegado de Sucupira. Nada mais surreal. Nada mais real (inclusive no Brasil de 2020): colocar em cargos públicos as pessoas que têm o perfil mais inadequado para a função (cinismo, arrivismo). Até mesmo Dulcinéia fica inconformada: “Fazer de um cangaceiro um delegado!”. Mas Odorico, ao ser indagado se não teria se excedido, diz uma pérola: “Em política, Dona Dorotéia, os finalmente justificam os não-obstantes” (maquiavelismo). Sobre a cena em que houve o preenchimento do cargo público por critérios nada republicanos:

ODORICO: Quero nada. Quero só que volte a morar aqui, na sua terra natal. Um dos principalmente de minha plataforma política é a pacificação da família sucupirana.

[...]

³⁸ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 63.

³⁹ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 64. (Grifos do autor).

ODORICO: Olhe aqui, Capitão Zeca Diabo, eu tive uma idéia. O senhor é um homem com tanto espírito de justiça, que eu vou lhe dar uma prova de confiança. Pra que o senhor se sinta perfeitamente tranqüilo e à vontade nesta terra, vou nomear o senhor para um alto posto da administração municipal.

ZECA: Seu dotô tá falando sério?

ODORICO: Nunca falei tão sério em minha vida! Conheço os homens, Capitão. E tenho certeza de que o senhor não vai me causar decepcão.

ZECA: Vou não.

ODORICO: Pois muito bem. De hoje em diante, Capitão Zeca Diabo, o senhor vai ser meu delegado⁴⁰.

Para que não se pense que a cena criada por Dias Gomes fica restrita à ficção, convém registrar que o preenchimento dos cargos na área de segurança pública sempre esteve sujeito às influências patrimonialistas. Nesse sentido:

A nomeação, pelo poder central, de seus membros, assim como dos delegados de polícia – recrutados invariavelmente entre os poderosos locais –, pacificava a conflituosidade local entre esses poderosos e solucionava o problema da manutenção da ordem – pelo menos de um tipo de ordem – em um território tão extenso, problema que o governo central certamente não daria conta sozinho. Os conflitos eram, assim, processados na esfera pública, mas a preço de manter privado o conteúdo do poder. As conseqüências, de efeitos duradouros na história brasileira, eram a estabilidade política, por um lado, e a restrição à cidadania e ao conteúdo público do poder, por outro, em um arranjo em que governar significava reconhecer a estreiteza do poder estatal⁴¹.

O prefeito Odorico conversa com Zeca Diabo. O chefe do Executivo sucupirano já tinha em mente qual seria a utilidade do novo delegado de polícia: praticar atos de revanchismo. Assim:

ODORICO: [...] Sua primeira missão como delegado é dar uma batida na redação dessa gazeta subversiva e sacudir a marreta em nome da lei e da democracia. Sabe onde é a redação?

ZECA: Pode deixar por minha conta. Amanhã mesmo vou tratar do causo.

ODORICO: Se quiser, pode levar toda a força pública.

ZECA: Força pública?

ODORICO: Um cabo e dois meganhas.

ZECA: Não, eu sozinho dou conta do recado.

ODORICO: (*Estende a mão a Zeca Diabo.*) Confio no senhor.

ZECA: Não vou lhe dar desgosto⁴².

⁴⁰ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 67.

⁴¹ CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *DADOS Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 153-193, 2003. p. 167.

⁴² GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 69. (Grifos do autor).

No sexto quadro da peça, fica logo explícito o revanchismo do prefeito Odorico Paraguaçu:

DULCINÉA: Estão dizendo que o cangaceiro invadiu a redação d'*A Trombeta*.

ODORICO: Não se refira assim ao delegado. É um homem decente, que quer impor ordem na cidade, coibir abusos.

DULCINÉA: E foi logo invadindo *A Trombeta*.

ODORICO: Não mandei Maneco botar na primeira página: “Odorico nomeia cangaceiro”. (*Pega um jornal e lê.*) “Assassino sanguinário, vergonha da espécie humana é o novo delegado de Sucupira”. Agora agüenta o repuxo⁴³.

Em seguida, “ouvem-se dois tiros, distantes”. Imaginando que o jornalista opositor está morto, Dulcinéa cogitar na possibilidade de a população sucupirana transformar Neco em um mártir (heroísmo). Também se observa nesta cena que, como a corda sempre arrebenta no lado mais fraco, Odorico não hesitará em virar as costas para seu delegado (trairismo):

DULCINÉA: Tiros!

ODORICO: (*Assesta o binóculo.*) Agora sim, começou o fuzuzê.

DULCINÉA: Começou...ou terminou?

ODORICO: Sim, é mais provável que tenha terminado. Zeca Diabo esperou Neco engolir a última letra do artigo e botou um ponto final.

DULCINÉA: Tenho medo.

ODORICO: Medo de quê?

DULCINÉA: Muita gente gosta de Neco Pedreira. E morrendo assim vai virar mártir.

ODORICO: Tem importância não! Despacho Zeca Diabo daqui e faço o enterro de Neco com todas as honras. Faço até discurso na beira da cova.

DULCINÉA: Talvez não dê tempo de Zeca Diabo fugir. O povo pode se enfurecer.

ODORICO: Melhor, assim teremos dois defuntos para inaugurar o cemitério. Ninguém mais vai dizer que é coisa inútil, que eu esbanjo dinheiro do povo. E a oposição perde duas vezes: perde Neco Pedreira e perde o assunto⁴⁴.

Todavia, Neco Pedreira não morrerá. Na verdade, ele convenceu Zeca Diabo de que, permanecendo vivo, poderia publicar uma reportagem em sua homenagem, proposta que convenceu o delegado (estrelismo, vaidosismo, vedetismo).

O prefeito e o delegado se encontram. Nessa cena, é exposto o absolutismo de Odorico, que não aceita estar sujeito à autoridade do delegado. Outra questão a ser pontuada é o contorcionismo jurídico da interpretação da legislação feita por Odorico, que só aceita as regras que lhe favorecem. O voluntarismo do prefeito também aparece quando ele afirma que

⁴³ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 72. (Grifos do autor).

⁴⁴ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 73.

não está precisando de um “doutor em leis”. Longe disso, já que, na verdade, Zeca Diabo era mais uma vítima do analfabetismo:

ODORICO: [...] O que eu não entendo é o seu procedimento. O senhor sai daqui pra sacudir a marreta nesse filho duma égua e volta abraçado com ele?

ZECA: É que não havia razão pra sacudir a marreta, seu dotô.

ODORICO: Como não havia? Não leu o que ele escreveu ontem de nós?

ZECA: Tá no seu direito.

ODORICO: Que direito?

ZECA: Direito que a lei garante. E eu, como representante da lei...

ODORICO: Que história é essa, capitão? Então o senhor é representante da lei contra mim?

ZECA: Seu dotô, como delegado eu tenho que ser justo. Fui lá mesmo com gana de fazer o moço engolir o que disse. Mas ele me fez sentar e conversar. Me mostrou a lei que garante a ele dizer o que quiser. Lei feita pelos deputados, não sei se vosmincê conhece.

ODORICO: Claro que conheço. A lei diz que cada um tem a liberdade de dizer e escrever o que quiser: mas diz também que nós temos o direito de sacudir a marreta quando alguém escrever contra nós.

ZECA: Isto não está na lei que o moço me mostrou.

ODORICO: Porque o senhor não leu tudo com atenção.

ZECA: Não li, mas fiz ele ler para mim.

ODORICO: Capitão, eu não estou precisando aqui de um doutor em leis. Estou precisando de um homem decidido, de pouca conversa, um homem de ação. Pela sua fama, pensei que esse homem fosse o senhor. Me disseram que o senhor tinha despachado trezentos; mas estou vendo que o senhor não é de despachar ninguém⁴⁵.

Em outro momento da peça, ao saber que engravidou Dulcinéa, esposa de seu secretário e afilhado Dirceu Borboleta com quem mantém um caso amoroso, Odorico acusa o jornalista Neco Pedreira de ser o pai da criança, denunciando-o ao marido traído (mau-caratismo). Odorico divulgar esta notícia falsa para outras pessoas (fuxiquismo, boatismo, fakenismo). Pressionado pelo prefeito, Dirceu Borboleta vai ao jornal tirar satisfação de Neco Pedreira. Tiros são ouvidos! Dirceu corre para a prefeitura, com medo de ser linchado pela população (barbarismo, primitivismo):

ODORICO: *(Contando os tiros.)* Três... quatro... cinco... seis. Que exagero!

DOROTÉA: Será que foi ele?!

ODORICO: *(Corre até a janela.)* Foi ele sim. Veja quanta gente está correndo para a redação do jornal.

DOROTÉA: E lá vem ele correndo como um louco. Parece que vem pra cá!

⁴⁵ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 78.

[...]

DIRCEU: (*Entra, correndo, transtornado, sem óculos, com o revólver.*) Me escondam! Querem me linchar!

ODORICO: Espere, conte primeiro, que aconteceu?

DIRCEU Não sei... os óculos caíram na hora... a vista escureceu... não vi nada... mas acho que matei!⁴⁶

No tiroteio, Dulcinéa é atingida e morre. No sétimo quadro da peça, começam os preparativos para tão esperada inauguração do cemitério de Sucupira. Para divulgar o evento, o prefeito decreta feriado municipal (casuismo, marketismo, estrelismo). Todo o ardilismo de Odorico parece estar sendo compensado. Ele afirma que “com a inauguração de cemitério, a oposição sofreu uma derrota tremenda. Amanhã eu volto a ter a maioria da Câmara de Vereadores” (fisiologismo) e que “a inauguração do cemitério vai ser uma apoteose”⁴⁷ (pirotecnismo).

Todavia, os planos do prefeito vão por água abaixo, quando se comunica que ela será enterrada no mausoléu da família em outra cidade. Odorico reage com autoritarismo, vitimismo, extremismo, teatralismo e retoricismo:

ODORICO: Uma ova! Vai ser enterrada aqui e agora? [...] Essa eu enterro de qualquer jeito!

HILÁRIO: De qualquer jeito, não! Você não é o dono da defunta! Você não é nem parente.

[...]

ODORICO: Eu nunca poderia esperar isto de vocês! Uma traição! Mas não pensem que me entrego facilmente. Vou para as ruas, fazer comícios, vou lutar de armas na mão, mas esse defunto ninguém me tira! [...] É o Direito, é a Liberdade, é a Civilização Cristã que estão em jogo! Ou enterramos dona Dulcinéa, ou nos enterramos!⁴⁸

No oitavo quadro da peça, o juiz da cidade determina que a defunta seja enterrada no mausoléu da família, em outra cidade. Cada vez mais adepto do vitimismo e do fatalismo, Odorico indaga: “será possível que todas as leis tenham se voltado contra mim, que sou o prefeito?”⁴⁹.

Neco Pedreira descobre o que aconteceu e confronta o prefeito:

NECO: [...] foi você que mandou Dona Dulcinéa à redação do jornal; foi você quem inventou que ela era minha amante; foi você quem emprestou o revólver, foi você quem delatou Dirceu, depois de ter mandado ele se esconder na igreja.

⁴⁶ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 87. (Grifos do autor).

⁴⁷ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 97.

⁴⁸ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 102.

⁴⁹ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 108.

ODORICO: Não acreditem! Tudo isto é mentira. (Amarrota o jornal e atira-o ao chão). Essa imprensa marronzista...⁵⁰

Dorotéa usa uma das frases mais emblemáticas de *O Bem-Amado*: “como pode um homem só enganar tantos, durante tanto tempo!”⁵¹. Acuado, o prefeito tem uma última cartada: convencer Zeca Diabo a fazer parte de seu teatralismo e lhe dar um tiro, para que o povo o considere uma vítima. Mas Zeca Diabo resolve não entrar neste atentado simulado e promove seu faroeste caboclo, colocando até mesmo o nome do Padre Cícero no meio (banditismo, revanchismo, misticismo):

ZECA: Seu Dotô-Coroné-Prefeito, eu mandei vosmincê pegar no revólver não foi pra dar tiro pra cima, foi pra se defender porque eu vou lhe matar.

Odorico sente que ele está falando sério. Apavora-se.

ODORICO: Oxente... que brincadeira é essa?!

ZECA: Não é brincadeira não, seu Dotô-Coroné-Prefeito. Traidor não merece viver, tanto mais traidor de moça donzela. Se tem bala nesse revólver, atire em mim, que meu Padim Pade Çiço é testemunha que eu nunca matei ninguém que antes não quisesse me matar. Afora a raça de Coronel Lidário, que isso não conta. Vamos, atire!

ODORICO: Não vou fazer isso com o senhor... não tenho nada contra o senhor...

ZECA: Mas eu tenho contra vosmincê. Vou contar até três. Ou vosmincê atira, ou morre assim mesmo.

ODORICO: E o seu juramento?

ZECA: É um...

ODORICO: O senhor jurou não matar mais ninguém!

ZECA: É dois...

ODORICO: Padre Cícero vai lhe castigar!

ZECA: É três!⁵²

No nono e último quadro da peça, vê-se que o cemitério de Sucupira é finalmente inaugurado. Só que Odorico Paraguaçu não teve o prazer de usufruir, pelo menos deste plano, este momento tão esperado. Aquele que tanto queria um defunto se tornou o próprio. Em seu enterro, ironicamente, Neco Pedreira, seu grande inimigo político, é quem discursa, e o faz com muito cinismo:

NECO: Odorico Paraguaçu, aqui estamos para o último adeus a ti que foste um exemplo para todos nós. Exemplo de probidade e caráter, de perseverança e lealdade, de justiça e amor ao próximo.

⁵⁰ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 115.

⁵¹ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 116.

⁵² GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 120. (Grifos do autor).

Uma garrafa de cachaça corre de mão e mão, disfarçadamente. Demerval, Zelão, Ambrósio, cada um toma um gole, sob o olhar de reprovação de Dorotéa e Juju.

DOROTÉA: Devia haver mais respeito, apesar de tudo.

JUJU: Afinal, ele era uma autoridade.

NECO: Só tu, Odorico, mais ninguém, podias merecer a subida honra de inaugurar este campo-santo, que foi a grande obra do seu governo, o grande sonho de sua vida, afinal realizado! Adeus Odorico, o Grande, o Pacificador, o Desbravador, o Honesto, o Bravo, o Leal, o Magnífico, o Bem-Amado...⁵³

E o povo de Sucupira, representação do povo brasileiro, com seu lealismo e idolatrismo alienantes, presta a última homenagem a Odorico Paraguaçu, apenas mais um destes líderes que fazem do populismo seu *modus operandi* para consagração do patrimonialismo. Dias Gomes denuncia que, de tanto ser explorado, o povo chega até a banalizar tal situação e a ficar acostumado com isso (masoquismo), e que cada rincão deste país tem o seu malvado favorito.

5 HÁ ODORICOS E SUCUPIRAS NO BRASIL DO SÉCULO XXI?

Se é verdade que o patrimonialismo e, em especial, o coronelismo viveram seu auge no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, não se pode negar que muitas manifestações deste sistema perverso antirrepublicano e antidemocrático se estenderam, no plano cronológico, ao século XXI.

O próprio Dias Gomes chegou a advertir em 1970, no programa do espetáculo carioca, que “Odorico Paraguaçu é um tipo de político que – embora a prática das eleições pareça já coisa do passado – é bastante comum, não só no interior como nas grandes cidades. É claro que o grau de demagogia e paranoia é variável. Mas o processo é o mesmo”. De forma profética, afirmou ainda o dramaturgo que

não se pense que a proibição do povo de eleger livremente seus candidatos nos livra dos Odoricos provincianos ou cidadãos, estaduais ou federais. Eles existem e continuarão a existir, com maior ou menor extroversão, porque são frutos não da prática da democracia, mas da alienação e do oportunismo dos governantes, eleitos ou nomeados, escolhidos ou impostos⁵⁴.

Recentemente, destacou-se que “sátira do Brasil dos anos 1970, *O Bem-Amado* parece ter sido escrita para os dias de hoje. Odorico tem a imprensa como a sua maior inimiga”⁵⁵.

Assim, da mesma forma que *O Bem-Amado* ainda era atual na década de 1970, ele também o é neste primeiro quarto do século XXI. Lília Schwarcz registra e comprova a pre-

⁵³ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 124. (Grifos do autor).

⁵⁴ GOMES, Dias. *O bem-amado*. Op. cit., p. 08.

⁵⁵ WALTER, Felix. De fake news a descaso com epidemia: *O Bem-Amado* ainda é retrato fiel da política brasileira. *UOL*: Na Telinha, 15 fev. 2021. Disponível em: <https://natelinha.uol.com.br/quarta-parede/2021/02/15/de-fake-news-a-descaso-com-epidemia-o-bem-amado-ainda-e-retrato-fiel-da-politica-brasileira-158762.php.php>. Acesso em: 29 jun. 2021.

sença da apropriação da coisa pública pelos interesses privados a partir da exposição de um exemplo, no caso, a chamada “bancada dos parentes”:

Ainda assim, o legado do poder privado sobrevive dentro da máquina governamental. [...] Na Câmara, em 2014, foram eleitos 113 deputados com sobrenomes oligárquicos, sendo parentes de políticos estabelecidos. Nas eleições de 2018, o número de parlamentares com vínculos familiares aumentou para 172. A Paraíba é o estado que possui o maior número, proporcional, de parlamentares eleitos com laços familiares. Dos doze deputados eleitos pelo estado, dez têm relação de parentesco com outros políticos. No Senado, os dois estreates Veneziano do Rêgo (MDB) e Daniella Ribeiro (PP) chegam ao poder por conta de sua ascendência familiar. Completa a bancada José Maranhão (MDB), com mandato até 2023, e que também se enquadra perfeitamente nos critérios da “bancada de parentes”⁵⁶.

Mas, evidentemente, alguns dirão que, hoje em dia, o Brasil se tornou urbano, industrializado e moderno. Para estes, Lilia Schwarcz esclarece que “a despeito de o Brasil, ser cada vez mais, um país urbano, aqui persiste teimosamente uma mentalidade e lógica dos latifúndios, cujos senhores viraram coronéis da Primeira República, parte dos quais ainda se encastelam em seus estados, como caciques políticos e eleitorais”⁵⁷ (conservadorismo, coronelismo, caciquismo, cabrestismo). A autora prossegue, agora destacando a herança do patrimonialismo:

Diante desses grandes poderes personalizados e localizados, acabamos por criar práticas patrimonialistas, que implicam o uso do Estado para a resolução de questões privadas. Por outro lado, se durante os últimos trinta anos forjamos instituições mais consolidadas, ainda hoje dão sinais de fraqueza quando balançam em função dos contextos políticos. Isso sem contar a prática da corrupção, que, como veremos, e a despeito de várias formas e nomes que recebeu, já era recorrente na época colonial e imperial e virou erva daninha na República, consumindo divisas e direitos dos brasileiros⁵⁸.

Assim, com acerto, Lilia Schwarcz alerta que não se deve relegar apenas a um passado distante os problemas do país. Nosso autoritarismo, violência, intolerância, racismo, patrimonialismo, mandonismo, sexismo, discriminação etc. nos acompanham desde a colônia, passando pelo Império e República, e chegam aos dias de hoje: “nosso presente anda, mesmo, cheio de passado, e a história não serve como prêmio de consolação. No entanto, é importante enfrentar o tempo presente, até porque não é de hoje que voltamos ao passado acompanhados das perguntas que forjam os na nossa atualidade”⁵⁹.

Nesse contexto que procura demonstra a permanência e o vigor do patrimonialismo no Brasil, há vários anos, na Rádio CBN, existe um quadro satírico semanal denominado Rádio Sucupira, que se declara “uma charge eletrônica e muito irônica com os personagens

⁵⁶ SCHWARCZ, Lilia. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. Op. cit., p. 82.

⁵⁷ SCHWARCZ, Lilia. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. Op. cit., p. 23.

⁵⁸ SCHWARCZ, Lilia. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. Op. cit., p. 24.

⁵⁹ SCHWARCZ, Lilia. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. Op. cit., p. 25.

da política nacional”⁶⁰. No citado quadro, há associações entre passagens de *O Bem-Amado* (novela, não a peça teatral), especialmente protagonizadas pelo prefeito Odorico Paraguaçu, e a atualidade política do país.

Em seguida, serão apresentados os quatro episódios da Rádio Sucupira do mês de junho de 2021 e que comprovam que práticas odoriquenses se repetem atualmente. E pior: se o prefeito de Sucupira realizava seus comportamentos administrativos e políticos ética e juridicamente reprováveis em uma pequena e isolada cidade fictícia do interior do país, as condutas dos dias de hoje que serão apresentadas, também condenáveis sob o ponto de vista jurídico-administrativo, são perpetradas pelas mais altas autoridades públicas da Nação.

No episódio “A minha resposta é uma só...vou mandar apurar”⁶¹, transmitido em 25 de junho de 2021, logo após denúncias realizadas durante a CPI da Covid-19, vê-se uma situação em que Odorico Paraguaçu, ao ser acusado de corrupção, defendeu-se dizendo que foi traído por um ex-aliado “salafrário” e que o ataque que sofreu se deveu a um ato de “mau-caratismo” (como se vê, inverte-se a acusação). Ouve-se o prefeito de Sucupira dizer que não mais terá sociedade com o citado delator e que não mais lhe dará proteção (antes favoritismo, agora revanchismo).

Odorico afirma ainda que a polícia sucupirana (controlada pelo prefeito), que “resolve qualquer mistério”, será acionada para apurar a questão. Ao ser indagado por um subordinado se o prefeito autorizaria que ele resolvesse a questão, Odorico afirmou, com todas as letras, que “tenho quem faça este trabalho sem me comprometer”.

Em seguida, na sequência do episódio, chega-se em 2021. Após a revelação feita por um deputado federal, durante a CPI da Covid-19, de que existiriam indícios de corrupção na aquisição de vacinas pelo Ministério da Saúde e de que avisara, meses antes, o Presidente da República, este último reclama que o deputado, ex-aliado, que havia inclusive andado de moto com ele em Brasília, “do nada” fez a acusação. Diz ainda que o caso será apurado pela Polícia Federal, e logo avisa que o acusante, um deputado (agora inimigo) que tem “uma ficha, tem prontuário, na verdade, bastante extenso” vai “se dar mal”.

No episódio em questão, o Ministro da Secretaria-Geral da Presidência é o convocado para resolver a questão. Em entrevista à imprensa, o fiel ministro afirma que o deputado federal e o irmão dele, servidor efetivo do Ministério da Saúde, autores da grave denúncia de corrupção, é que serão investigados pela Controladoria-Geral da União e pela Polícia Federal (mais uma vez, o acusador vira acusado). Na entrevista, o referido ministro, ao falar do deputado federal, diz expressamente: “Deus tá vendo, mas o senhor não vai só se entender com Deus, não, vai se entender com a gente também. O senhor vai explicar e pagar pela irresponsabilidade, pelo mau-caratismo”. O episódio termina com os dois gestores (de Sucupira

⁶⁰ RÁDIO SUCUPIRA. *CBN*, s.d. Disponível em: <https://audioglobo.globo.com/cbn/podcast/feed/199/radio-sucupira>. Acesso em: 27 jun. 2021.

⁶¹ RÁDIO SUCUPIRA. ‘A minha resposta é uma só... vou mandar apurar’. *CBN*, 25 jun. 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/345279/minha-resposta-e-uma-sovou-mandar-apurar.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

e do Brasil) afirmando que seus governos, totalmente livres de corrupção, na realidade, são vítimas de calunismo.

No episódio “Em Sucupira, não existe fome, existe é gente procurando o que comer”⁶², de 18 de junho de 2021, o prefeito Odorico recebe representantes da tradicional família sucupirana, que reclama da carestia, o que faz com que o coronel afirme que “em Sucupira, não existe fome, existe é gente procurando o que comer, como tal qualmente não existe desemprego, o que existe é gente procurando trabalho. Isto é diferente. A senhora não percebe: esta esquerda confusionista manipuleia as palavras com interesses demagogos”.

Enquanto isso, o Ministro da Economia em 2021 coloca a culpa da fome no tamanho dos pratos da classe média alta e sugere que as sobras de comida dos restaurantes sejam utilizadas para alimentar os miseráveis. Mas não se pode esquecer que em 2019, o Presidente da República declarou expressamente que “falar que se passa fome no Brasil é uma grande mentira”.

No episódio que tem como título “Odorico está em situação de desespero e apela para mentiras”⁶³, de 11 de junho de 2021, destaque é dado para o uso de informações falsas, hoje em dia conhecidas como *fake news*, mas que já existiam nos tempos de Odorico Paraguaçu.

O citado episódio já se inicia com o prefeito de Sucupira parecendo querer se safar de algum questionamento e avisando que, no devido momento (“quando chegarmos aos finais”), prestará contas ao Tribunal de Contas.

Odorico, em um diálogo com um seguidor, afirma que estaria em uma situação de desespero. “Todos eles querem acabar comigo, eles querem me arrasar, querem me liquidar”. Para dar uma guinada nesta situação, teria que recorrer a algum expediente sobrenatural. Odorico confessa que: “eu quero um milagre que repercuta no país todo, que provoque romaria e que apareça na televisão”.

Registre-se, por oportuno, que em Sucupira, houve uma epidemia de tifo e que Odorico Paraguaçu Odorico chegou até mesmo a roubar vacinas do posto de saúde, tentando sabotar a vacinação, pois sem ela, Sucupira teria defuntos e a tão aguardada inauguração do cemitério ocorreria. Ao saber dos planos do prefeito, o secretário Dirceu Borboleta manifesta sua indignação: “Isto vai ser um assassinato em massa, um genocídio”. Odorico nega que esteja querendo prejudicar a população sucupirana, mas confessa: “O que eu não admito, de jeito nenhum, é que o Doutor Leão se transforme em herói. Eu não vou dar esta vitória de mal beijada ao inimigo. Se há vaga de herói nesta terra, a vaga é minha”. Lembre-se aqui que Doutor Leão é o médico da cidade, que está tentando salvar a população da epidemia.

De volta ao episódio da rádio Sucupira, ouve-se o Presidente da República, em 2021, afirmando que um tal de Tribunal de Contas da União teria feito um relatório questionando o número de óbitos por Covid no país. “Em torno de 50% dos óbitos por Covid no ano passado

⁶² RÁDIO SUCUPIRA. ‘Em Sucupira, não existe fome, existe é gente procurando o que comer’. *CBN*, 18 jun. 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/344426/em-sucupira-nao-existe-fome-existe-e-gente-procura.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

⁶³ RÁDIO SUCUPIRA. Odorico está em situação de desespero e apela para mentiras. *CBN*, 44 jun. 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/343406/odorico-esta-em-situacao-de-desespero-e-apela-para.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

não foram por Covid, segundo o Tribunal de Contas da União”, declarou o Presidente da República. Em uma segunda fala, com todas as letras, declara que “o relatório é bastante claro”, e que, de fato, ele teria se equivocado, pois, ao invés de 50%, como havido dito antes, na verdade, seriam 60% de mortos por outras causas distintas da Covid-19.

O Chefe da Administração Pública Federal, em sua estratégia de negacionismo e de desinformação, chega até mesmo ao ponto de dizer que se confirmada as supostas projeções do TCU (que, comprovadamente, nunca ocorreram⁶⁴), o Brasil, que é um dos recordistas no número de casos e mortes de Covid-19 em todo o planeta⁶⁵, “será um dos países de menor número de mortes por milhão de habitantes por Covid”. Acrescenta: “e agora vem o milagre: espera aí, se nós seremos, poderemos ser, o país com menor número de mortes por Covid, por que isto aconteceu? Tratamento precoce”. Como se verifica, mais uma vez, um gestor público brasileiro recorre ao milagre (messianismo, idolatrismo).

Quanto à tentativa de desacreditar o trabalho de quem está tentando ajudar a população, mas está “aparecendo demais”, convém lembrar o episódio de demissão do Ministro da Saúde Luiz Henrique Mandetta, que estaria, na visão do presidente (ferido em sua vaidade de estrela única da companhia), extrapolando e agindo sem humildade.

No episódio “O lema é bola pra frente que Odorico é presidente”⁶⁶, que foi ao ar em 04 de junho de 2021, constata-se presença de um elemento comum: um chefe do Executivo que faz uso do esporte para promover a política demagógica do pão e circo. Enquanto Odorico afirma que “precisa telefonar para Sua Excelência é que para ver se ele me ajuda a apressar este campeonato de futebol”, o Presidente da República declara que “aceitamos a realização no Brasil na Copa América”, após Colômbia e Argentina se oporem a receber o citado evento esportivo.

Fazendo uso do lema “Pra frente Sucupira!” (alusão ao “Pra frente Brasil!”, canção símbolo da seleção brasileira na Copa de 1970 e que serviu de peça de propaganda dos militares), o prefeito declarou que “como estadista, eu coloco o esporte entre os primeiramente

⁶⁴ Comprovou-se que foi o auditor Alexandre Figueiredo Costa Silva Marques, servidor do Tribunal de Contas da União (TCU), inseriu nos sistemas internos do TCU sem fazer parte de nenhum processo específico, um documento aponta uma suposta supernotificação de mortes por covid-19 no Brasil. O próprio TCU baixou uma nota nos seguintes termos “O TCU esclarece que não há informações em relatórios do tribunal que apontem que “em torno de 50% dos óbitos por Covid no ano passado não foram por Covid”, conforme afirmação do Presidente Jair Bolsonaro divulgada nesta segunda-feira (7/6). O TCU reforça que não é o autor de documento que circula na imprensa e nas redes sociais intitulado “Da possível supernotificação de óbitos causados por Covid-19 no Brasil”. O documento refere-se a uma análise pessoal de um servidor do Tribunal compartilhada para discussão e não consta de quaisquer processos oficiais desta Casa, seja como informações de suporte, relatório de auditoria ou manifestação do Tribunal. Ressalta-se, ainda, que as questões veiculadas no referido documento não encontram respaldo em nenhuma fiscalização do TCU. Será instaurado procedimento interno para apurar se houve alguma inadequação de conduta funcional no caso”. (BRASIL. TCU. Nota de esclarecimento – mortes por Covid-19. *Secom TCU*, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/nota-de-esclarecimento-mortes-por-covid-19.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021).

⁶⁵ No dia em que este texto foi escrito, o Brasil era o segundo país em número de mortes (mais de 514 mil) e o terceiro em número de casos (mais de 18 milhões) de Covid-19 no mundo. (OUR WORLD IN DATA. *Coronavirus (Covid-19) Deaths*. S.d. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-deaths>. Acesso em: 29 jun. 2019).

⁶⁶ RÁDIO SUCUPIRA. ‘O lema é bola pra frente que Odorico é presidente’. *CBN*, 04 jun. 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/342751/o-lema-e-bola-pra-frente-que-odorico-e-presidente.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

da minha administração”. Por sua vez, o presidente brasileiro, para justificar a realização da Copa América no Brasil em plena pandemia da Covid-19, apresentou o argumento de que o país é o “quarto que mais vacina no planeta”, sem evidenciar que, naquele momento, menos de 10% da população adulta estava imunizada.

Na parte final do episódio, ouvem-se as batidas nas panelas, algo que se tornou frequente durante os pronunciamentos do presidente brasileiro. Em seguida, Odorico declara que vai fazer um pronunciamento pela rádio. Muito vaiado e sob protestos, após ser alertado que se tratava de uma manifestação democrática, ele confessa: “Democracia comigo é no cacete”. Enquanto isso, após os protestos de milhares de pessoas que foram às ruas de várias cidades do país em 19 de junho de 2021, o presidente ironizou, fez pouco caso e disse que os manifestantes eram em sua maioria “pobres coitados”. Afirmou ainda: “O pessoal ali, a maioria é pago, e se perguntar o que está fazendo não sabe o que está fazendo”.

Por fim, permita-se aqui a apresentação de um episódio da Rádio Sucupira do mês de março de 2021, pois ele, de fato, chama muito a atenção. Em “Eu tenho que inaugurar qualquer coisa toda semana, nem que seja uma bica d’água”⁶⁷, que foi ao ar em 14 de maio de 2021, Odorico Paraguaçu pretende se colocar cada vez mais em evidência, seja para se reeleger, seja para distrair a opinião pública das acusações da oposição. Assim, ele decide inaugurar obras a cada semana. Todavia, em uma das ocasiões, ele foi alertado por sua equipe de que o local já tinha sido inaugurado pelo governo anterior, o que faz com que o prefeito de Sucupira garantisse: “ninguém se lembra disso!”.

Enquanto isso, no Brasil de 2021, o Presidente da República passou a realizar viagens pelo país com uma frequência impressionante, inaugurando obras nas mais diversas localidades. Em uma dessas peregrinações pelo Brasil, ele foi a Alagoas em maio, supostamente para inaugurar um viaduto em Maceió. Do palco, ouve-se o discurso de uma autoridade, destacando que era uma alegria estar ali com o presidente, que está realizando uma “entrega a cada semana”. O detalhe é que o citado viaduto já havia sido entregue ao público pelo Governador do Estado em dezembro de 2020.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, apesar dos inúmeros avanços jurídicos, institucionais, sociais, econômicos e culturais pelos quais o Brasil tem passado nas últimas cinco décadas, vê-se que o espírito sucupirano ainda vive e há muitos Odoricos Paraguaçus espelhados pelo território nacional, inclusive ocupando postos de alta relevância nacional.

E por que isso ainda acontece em pleno século XXI? Provavelmente, por dois motivos principais: a falta de investimento em educação e a ausência de amadurecimento democrático da sociedade brasileira.

⁶⁷ RÁDIO SUCUPIRA. ‘Eu tenho que inaugurar qualquer coisa toda semana, nem que seja uma bica d’água’. *CBN*, 14 maio 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/340794/eu-tenho-que-inaugurar-qualquer-coisa-toda-semana-.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

Registre-se que “Odorico deitava e rolava na ignorância dos humildes habitantes do lugar inventando de tempos em tempos mobilizações maquiavélicas e bizarras contra inimigos do mundo inteiro que queriam desestabilizar a Pérola do Norte. Isso lhe granjeava apoio efêmero e maquiava a falta de propósito de sua gestão”⁶⁸. Isso lembra algo dos dias atuais?

Apesar das muitas coincidências entre a ficção e a realidade, há, todavia, algumas diferenças entre a Sucupira das décadas de 1960 e 1970 (ditadura militar) e o Brasil (democrático) de 2021. A título de ilustração, aqui podem ser citadas duas: enquanto na cidade baiana fictícia ninguém morria (para desespero do prefeito), no país dos dias de hoje, as mortes não param de ocorrer e em quantidade trágica. E, se Odorico Paraguaçu valorizava demais seu cemitério, a ponto de chegar a ser sua obsessão, o presidente brasileiro, diante das milhares de mortes ocorridas durante a pandemia da Covid-19, demonstrou toda sua indiferença, ao afirmar que não era coveiro.

Assim, não tem como não relembrar a canção já mencionada de Caetano Veloso: “enquanto os homens exercem seus podres poderes, morrer e matar de fome, de raiva e de sede, são tantas vezes gestos naturais”.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Mauro; JÚNIOR, Gracindo. *Um século de Paulo Gracindo*. O eterno bem-amado. São Paulo: Gutenberg, 2012.
- BITTENCOURT, Gilda Neves da Silva. A força da canção: uma leitura de Podres Poderes de Caetano Veloso. *Organon*, Porto Alegre, n. 17, p. 59-74, 1991. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/organon/article/view/39107/24989>. Acesso em: 18 ago. 2022.
- BRASIL. TCU. Nota de esclarecimento – mortes por Covid-19. *Secom TCU*, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/nota-de-esclarecimento-mortes-por-covid-19.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021
- CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *DADOS Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 153-193, 2003.
- CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Paulo Gracindo & Ziembinski. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Atrevidos caetés – 50 encontros entre alagoanos & personalidades mundiais*. Maceió: Viva, 2019.
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- DIAS, José. *Odorico Paraguaçu, o Bem-Amado de Dias Gomes*. História de um personagem larapista e maquiavelento. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009. (Coleção Aplauso).
- GOMES, Dias. *O bem-amado*. Farsa sociopolítico-patológica em 9 quadros. 24. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

⁶⁸ ROSA, Mario. Odorico Paraguaçu é a síntese do Brasil profundo, analisa Mario Rosa. *Poder 360*, 26 fev. 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opinioao/brasil/odorico-paraguacu-e-a-sintese-do-brasil-profundo-analisa-mario-rosa/>. Acesso em: 29 jun. 2021.

OUR WORLD IN DATA. *Coronavirus (Covid-19) Deaths*. S.d. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-deaths>. Acesso em: 29 jun. 2019

RÁDIO SUCUPIRA. *CBN*, s.d. Disponível em: <https://audioglobo.globo.com/cbn/podcast/feed/199/radio-sucupira>. Acesso em: 27 jun. 2021.

RÁDIO SUCUPIRA. 'A minha resposta é uma só... vou mandar apurar'. *CBN*, 25 jun. 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/345279/minha-resposta-e-uma-sovou-mandar-aporar.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

RÁDIO SUCUPIRA. 'Em Sucupira, não existe fome, existe é gente procurando o que comer'. *CBN*, 18 jun. 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/344426/em-sucupira-nao-existe-fome-existe-e-gente-procura.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

RÁDIO SUCUPIRA. Odorico está em situação de desespero e apela para mentiras. *CBN*, 44 jun. 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/343406/odorico-esta-em-situacao-de-desespero-e-apela-para.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

RÁDIO SUCUPIRA. 'O lema é bola pra frente que Odorico é presidente'. *CBN*, 04 jun. 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/342751/o-lemma-e-bola-para-frente-que-odorico-e-presidente.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

RÁDIO SUCUPIRA. 'Eu tenho que inaugurar qualquer coisa toda semana, nem que seja uma bica d'água'. *CBN*, 14 maio 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/340794/eu-tenho-que-inaugurar-qualquer-coisa-toda-semana-.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

ROSA, Mario. Odorico Paraguaçu é a síntese do Brasil profundo, analisa Mario Rosa. *Poder 360*, 26 fev. 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opiniao/brasil/odorico-paraguacu-e-a-sintese-do-brasil-profundo-analisa-mario-rosa/>. Acesso em: 29 jun. 2021.

SCHWARCZ, Lília. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

TAVARES BASTOS, Aureliano C. *Os males do presente e as esperanças do futuro*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

VILELA, Anne Araújo. *As performances de Odorico Paraguaçu em "O Bem-Amado" (1973): uma sátira à política brasileira no século XX*. 2020. 171f. Dissertação (Mestrado Interdisciplinar em Performances Culturais) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/10415/5/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Anne%20Araujo%20Vilela%20-%202020.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

WALTER, Felix. De fake news a descaso com epidemia: O Bem-Amado ainda é retrato fiel da política brasileira. *UOL*: Na Telinha, 15 fev. 2021. Disponível em: <https://natelinha.uol.com.br/quarta-parede/2021/02/15/de-fake-news-a-descaso-com-epidemia-o-bem-amado-ainda-e-retrato-fiel-da-politica-brasileira-158762.php.php>. Acesso em: 29 jun. 2021.



Controle externo e políticas públicas: LGPD, LAI e segurança da informação

Fabício Motta

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Membro nato do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Sumário: 1 Introdução: controle externo, direitos fundamentais e políticas públicas. 1.1 Tribunais de Contas e controle de políticas públicas. 2 Direitos fundamentais à informação e à proteção de dados pessoais. 3 Controle externo e a fiscalização do acesso à informação, da proteção de dados pessoais e da segurança da informação. 4 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO: CONTROLE EXTERNO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle externo da Administração Pública é naturalmente mutável, independentemente da realização de alterações no ordenamento jurídico positivo. Essa afirmação é pertinente quando se considera o controle como atividade ou conjunto de atividades, isto é, quando se enfoca a acepção objetiva, abstendo-se de analisar o significado subjetivo (que enfocaria, por seu turno, os sujeitos que executam a atividade). A natural mutabilidade advém, inicialmente, do estabelecimento de um núcleo constitucional de competências de forma aberta, muitas vezes por meio da indicação somente de finalidades a serem atingidas, sem identificação expressa dos meios que serão utilizados. A utilização desta técnica permitirá reconhecer um espaço normativo de atuação – infraconstitucional ou infralegal, a depender da fonte normativa – a ser exercido pelo titular para disciplinar a organização e o procedimento necessários para o exercício da respectiva competência¹. É o caso, por exemplo, dos regimentos internos e de outros atos normativos dos Tribunais de Contas que disciplinam aspectos organizacionais ou procedimentais sem trazerem propriamente inovação no ordenamento jurídico, respeitando o espaço da reserva legal quando constitucionalmente exigida. A mutabilidade também pode ser verificada no exercício das diversas competências de controle externo que possuem caráter decisório, notadamente diante da complexidade da atividade de decidir com fundamento em um quadro jurídico composto por princípios cuja resiliência permite operações interpretativas de diversas intensidades, formas, tamanhos, matizes.

No que se refere às mudanças impulsionadas pela legislação, a conclusão necessária é que os órgãos de controle não podem se mostrar indiferentes, como se a legislação permanecesse estática. Consensualidade, racionalidade, motivação e celeridade foram algumas das diversas mudanças impostas ao controle em razão de alterações nas leis, servindo como exemplo recente e principal a Lei n. 13.655/18, que trouxe importantes alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

¹ MOTTA, Fabício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

A transformação de maior relevância, entretanto, advém da conformação do controle na sistemática da Constituição de 1988. A afirmação constitucional dos direitos fundamentais e de sua eficácia imediata (art. 5º, §1º CF) retoma processo evolutivo verificado no advento do Estado Social de Direito: os direitos fundamentais passam a ser vistos, então, em uma dupla dimensão: no plano jurídico-objetivo, constituindo normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; e no plano jurídico-subjetivo, consistindo no poder de exercer positivamente direitos (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas a direitos por parte dos mesmos (liberdade negativa)². Essa dupla dimensão consagra dupla finalidade do direito administrativo, que disciplina a atividade jurídico-administrativa de controle: não somente lhe compete ordenar, disciplinar e limitar o poder, mas também assegurar eficácia e efetividade à ação administrativa. Trata-se, na feliz expressão de Schmidt-Assmann, de proibir não só o excesso, mas também o defeito: “em um direito administrativo construído nas marcas de uma Constituição e de suas liberdades, haverá de existir lugar para as ideias de eficácia, funcionalidade e capacidade de atuação efetiva”³.

A satisfação do compromisso do Estado com os direitos fundamentais a prestações deve ser satisfeita, predominantemente, mediante a prestação de serviços públicos e a realização de políticas públicas. Em existindo vinculação de todas as atividades jurídico-administrativas aos direitos fundamentais (em diferentes modalidades de eficácia), diferentemente não ocorreria com os Tribunais de Contas – como anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto a respeito do TCU,

padrão para os órgãos congêneres estaduais e municipais [...] no elenco de suas atribuições constitucionalmente dispostas, satisfaz concomitantemente a todos os critérios que igualmente o identificam e o distinguem como uma das estruturas políticas da soberania, no desempenho de diversas funções de proteção de direitos fundamentais de sede constitucional⁴.

Essa pequena introdução objetiva tão somente reforçar o já conhecido cenário de evolução do controle da Administração, notadamente do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, ressaltando a mutabilidade que não depende somente de mudanças legislativas e a vinculação com a eficácia dos direitos fundamentais, satisfeitos por intermédio de políticas públicas e serviços públicos a envolver, de forma direta ou indireta, a atividade financeira do Estado.

1.1 Tribunais de Contas e controle de políticas públicas

A necessidade de conferir plena eficácia a direitos fundamentais sociais, atendidos por intermédio de serviços e políticas públicas, traz a necessidade de focar a análise de

² CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

³ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, 2003. Tradução nossa.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 2, p. 25-64, jul./set. 2003.

políticas públicas como um dos instrumentos para a plena eficácia dos direitos fundamentais sociais. Em abordagem predominantemente jurídica, podemos considerar políticas públicas como ações governamentais processualmente estruturadas e juridicamente reguladas, em diversos níveis, com o envolvimento de diversos atores e instituições, por meio da utilização de variados métodos e estratégias. Sob a perspectiva objetiva, políticas públicas podem ser admitidas como um dos instrumentos disponíveis para o exercício das atividades a cargo do Estado-Administração. É possível conceber política pública para fomento a um determinado setor social ou econômico, por exemplo, inclusive abrangendo em alguma escala a prestação de serviços públicos⁵.

A realização das diversas atividades a cargo do Estado pressupõe a obtenção, gestão e aplicação de recursos públicos, com a posterior submissão aos mecanismos constitucionais de controle. A abrangência material do controle (ou simplesmente aspectos com relação aos quais podem incidir as diversas ações de fiscalização) é perceptível na redação do artigo 70 da Constituição Federal, sendo possível desde já perceber que as fiscalizações orçamentária e operacional possuem maior relevância direta no controle de políticas públicas.

O controle incidente sob as leis orçamentárias objetiva fornecer subsídios para a melhor alocação possível dos recursos públicos e para busca da qualidade do gasto público. O sistema jurídico-constitucional de leis orçamentárias permite compreender a vocação de cada uma delas para o alcance dos objetivos referidos. A fiscalização operacional, por sua vez, objetiva avaliar a economicidade, eficácia, efetividade e eficiência.

Recentes alterações na Constituição tornaram mais nítidas as possibilidades de controle nas etapas de monitoramento e avaliação de políticas públicas. A Emenda Constitucional (EC) n. 109/21 incluiu o artigo 37 o seguinte §16:

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.»

Como já tivemos a oportunidade de afirmar, em conjunto com Robert Bonifácio:

A realização de atividades de monitoramento e avaliação, desta forma, é dever dos órgãos e entidades da Administração Pública responsáveis pela implementação de políticas públicas, de acordo com as respectivas competências materiais e com as previsões constantes do plano plurianual e lei de diretrizes orçamentárias.

No que se refere aos Tribunais de Contas, a competência constitucional com maior afinidade direta com monitoramento e avaliação de políticas públicas é a fiscalização opera-

⁵ MOTTA, Fabrício. Ensaio sobre contratos administrativos e políticas públicas. In: GOMES, Carla Amado *et al.* (Orgs.). *Responsabilidade nos contratos públicos: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. Lisboa, Portugal: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2020. p. 166-182.

cional, realizada por intermédio da auditoria operacional⁶. Importante anotar que normas de entidades internacionais de controle diferenciam auditoria operacional de avaliação de políticas públicas – com efeito, apesar de ambas as abordagens contemplarem exame da relação causal entre as ações governamentais e seus efeitos,

A auditoria operacional avalia principalmente a economicidade, a eficiência e a eficácia até o nível do resultado imediato, enquanto que a avaliação se define como o exame de tais resultados com um alcance e âmbito temporal maiores, levando em conta seu impacto geral e socioeconômico. Portanto, a avaliação de políticas públicas se concentre na relevância e na utilidade da política:

- A relevância da política, a qual é a adequação dos seus objetivos em relação às necessidades sociais, econômicas ou ambientais que a política quer transformar;
- A utilidade da política lida com a questão de conhecer se a política foi útil, levando em conta, por um lado, todos os seus efeitos diretos (resultados) e indiretos (impactos), inclusive os não-intencionais e os não-esperados; por outro, as necessidades que aquela política pretendia transformar⁷.

Dois outros procedimentos de fiscalização utilizados pelo Tribunal de Contas da União podem cumprir função instrumental com relação ao controle de políticas públicas: levantamento e acompanhamento. De acordo com o Regimento Interno do TCU⁸, o *levantamento* é utilizado para conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, identificar objetos e instrumentos de fiscalização e avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações (art. 238). Já o *acompanhamento*, por seu turno, é o instrumento de fiscalização utilizado para: “I – examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e II – avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados” (art. 241). Importante esclarecer, retomando as considerações iniciais deste artigo, que os demais Tribunais de Contas possuem competência normativa para disciplinar seus instrumentos de fiscalização, nos quadros das leis eventualmente aplicáveis.

Invocando a conhecida figura didática do ciclo de políticas públicas, referencial editado pelo TCU estabelece os seguintes *blocos de controle* para posteriormente identificar,

⁶ Economicidade, eficiência, eficácia e efetividade aparecem, no conceito de auditoria operacional, como dimensões do desempenho. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*. 4. ed. Brasília, DF: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020).

⁷ INSTITUTO RUI BARBOSA. *NBASP 9020: avaliação de políticas públicas*. 2020. p. 6-7. Disponível em: https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2020/04/NBASP_9020- Avalia%C3%A7%C3%A3o_de_Pol%C3%ADticas_P%C3%BAblicas_v_24-03-20.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento interno do Tribunal de Contas da União. *Boletim do Tribunal de Contas da União*, ano 39, n. 1, 02 jan. 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C-66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

com relação a cada qual, boas práticas, critérios de auditoria, questões de auditoria, itens de verificação e matrizes de planejamento: 1. diagnóstico do problema e formação da agenda pública; 2. análise de alternativas e tomada de decisão; 3. desenho e institucionalização da política pública; 4. estruturação da governança e gestão; 5. alocação e gestão de recursos orçamentários e financeiros; 6. operação e monitoramento; 7. avaliação⁹.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS À INFORMAÇÃO E À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Na linha do que foi dito no item inicial, o controle externo sofrerá transformações ocasionadas pelo advento de normas legislativas que disciplinam direitos fundamentais. Dois direitos fundamentais são topicamente escolhidos em razão de sua atualidade e crescente importância: informação e proteção de dados pessoais.

A utilização massiva e crescente de dados pessoais como base do desenvolvimento de uma economia predominantemente digital tornou já clássica a afirmação de que os dados pessoais seriam “o novo petróleo”¹⁰. Para os propósitos deste artigo, é relevante reconhecer que a utilização de dados é fundamental para a tomada de decisões racionais e eficientes e execução de políticas públicas, principalmente nas etapas de planejamento, monitoramento e avaliação – trata-se de evitar suspeitas, intuições e ideologias em prol de informações que permitam construir relações causais e/ou associações para saber, em última análise, se determinada intervenção do Estado funciona ou não. Nesse particular, dados pessoais podem ser uma importante fonte de informações para a construção de indicadores sociais e esses, por seu turno, são essenciais para o diagnóstico de problemas, identificação de soluções e planejamento de ações estatais variadas¹¹.

A existência de um *direito fundamental à proteção de dados pessoais* foi positivada no inciso LXXIX do art. 5º da Constituição Federal (pela EC n. 115/22). O *status* de direito fundamental é importante para reconhecer posições jurídicas que consagrem proteção ampliada, notadamente diante da necessidade de buscar o equilíbrio entre a necessidade de proteção e a busca do desenvolvimento econômico e tecnológico.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei n. 13.709/18) –, muito embora editada previamente à alteração constitucional, operacionaliza a efetivação do direito fundamental. Para além das diversas definições, direitos, regras e procedimentos para tratamento, a lei impõe a necessidade de medidas técnicas e administrativas apropriadas para garantir que os dados pessoais sejam processados de forma segura (art. 47). Nesse sentido,

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial de controle de políticas públicas*. Brasília, DF: TCU, Gabinete da Ministra-Corregedora Ana Arraes; Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão (Seplan), 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/EF/22/A4/9A/235EC710D79E7EB7F18818A8/1_Referencial_controle_politicas_publicas.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

¹⁰ THE world’s most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 06 maio, 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 02 mar. 2021.

¹¹ SANTOS, Marcela; MOTTA, Fabrício. Regulação do tratamento de dados pessoais no Brasil – o estado da arte. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes. *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 81-104.

devem ser constituída uma verdadeira política de segurança consistente em medidas técnicas e administrativas voltadas à proteção dos dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito (art. 46).

O *direito fundamental à informação*, por outro lado, encontra-se positivado na Constituição desde o seu texto original. Não há dúvidas de que a informação é necessária para a plena autonomia do indivíduo – incluindo a liberdade de pensamento –, possuindo função instrumental com relação à eficácia de outros direitos igualmente fundamentais. Entretanto, o direito à informação extrapola a dimensão meramente individual ao figurar como garante do princípio democrático e do controle social, ambos juntados de forma permanente. A Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei n. 12.527/11) –, como se sabe, regulamenta o acesso à informação com avanços consideráveis para a plenitude da cidadania.

Aparentemente, as duas leis brevemente citadas – Lei Geral de Proteção de Dados e Lei de Acesso à Informação – poderiam estar posicionadas em rota de colisão ou mesmo contradição. Isso, na verdade, não ocorre:

A LGPD não rivaliza, assim, com o direito à informação, pois o elemento que os unifica é a garantia dos direitos do indivíduo, ainda que sob ângulos distintos, mas que se complementam. Em verdade, em dada medida, a LGPD vem ampliar a abrangência do acesso à informação, na medida em que impõe também ao setor privado a obrigação de prestar informações, ainda que o conteúdo possa ser diferente daquele que deve ser disponibilizado pelo Poder Público. Até então, competia apenas aos entes especificados no art. 1º da Lei n. 12.527/2011 a efetivação do acesso à informação¹².

Dessa forma, os direitos fundamentais de acesso à informação e de proteção de dados pessoais (além, claro, do direito à privacidade) devem ser objeto de ponderação em cada caso para que se busque a máxima eficácia de cada qual. Essa afirmação deve ser direcionada também aos órgãos de controle externo, no exercício de suas competências de fiscalização.

3 CONTROLE EXTERNO E A FISCALIZAÇÃO DO ACESSO À INFORMAÇÃO, DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DA SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

As considerações feitas até o momento permitem concluir favoravelmente à existência de competência constitucional do controle externo para a fiscalização de políticas públicas, notadamente daquelas que envolvem a implementação de direitos fundamentais. Algumas iniciativas relacionadas aos direitos específicos escolhidos podem ser colocadas. Importante destacar que as referências foram escolhidas ao acaso, sem qualquer metodologia ou predileção, com o singelo intuito de demonstrar a relevância e as potencialidades

¹² FORTINI, Cristiana; AMARAL, Greycielle; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. LGPD x LAI: sintonia ou antagonismo? In: PIRONTI, Rodrigo (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados no setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 101-122.

das ações de fiscalização. Por esta razão, obviamente não permitem inferir a inexistência de ações específicas nos demais Tribunais de Contas.

Quanto ao cumprimento do dever de acesso à informação instrumentalizado pela Lei n. 12.527/11, o Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás, por exemplo, editou ato normativo que trata da fiscalização do cumprimento da lei referida pelos Poderes Executivo e Legislativo dos municípios goianos (IN n. 05/12). Como metodologia de verificação, são observados os parâmetros mínimos uniformes previstos na Resolução ATRICON n. 09/2018, que aprovou as Diretrizes de Controle Externo Atricon 3218/2018 relacionadas à temática “Transparência dos Tribunais de Contas e dos jurisdicionados”. A pontuação alcançada define o índice de transparência, calculado pela média ponderada dos critérios atendidos, sendo classificado como em nível elevado, se maior ou igual a 75%, nível mediano, se maior ou igual a 50% e menor que 75%, nível deficiente, se maior ou igual a 25% e menor que 50%, nível crítico, se maior que 0% e menor que 25%, e inexistente, se igual a 0%.

No que se refere à adequação dos órgãos e entidades às normas da LGPD, inicialmente é importante destacar a necessidade de que os próprios Tribunais de Contas, no exercício de suas funções, necessitam de acesso a dados pessoais¹³. Desta forma, a adequação das próprias Cortes à LGPD é medida essencial e concomitante à fiscalização da mesma adequação por parte dos jurisdicionados. Quanto à adequação dos Tribunais de Contas, a Nota Técnica n. 01/2019¹⁴ do Instituto Rui Barbosa traz considerações relevantes que podem ser utilizadas também para ações finalísticas de fiscalização¹⁵. Outro estudo importante é o Relatório de impacto à proteção de dados pessoais no âmbito das contratações do TCU que atende ao disposto no art. 5º, XVI da LGPD¹⁶. O TCU, a propósito, está realizando auditoria para averiguar a adequação das entidades e órgãos públicos federais à LGPD¹⁷.

Quanto às ações de fiscalização, por exemplo, o Acórdão TCU n. 4.035/2020-Plenário apreciou levantamento para conhecer os modelos e as estruturas de governança e gestão de segurança da informação e de segurança cibernética da Administração Pública Federal, incluindo aspectos referentes a legislação, políticas, normativos, atores, papéis e respon-

¹³ Pesquisa realizada pelo IRB constatou que “a LGPD já está na pauta de atividades de grande parte das Cortes de Contas – 83% já desenvolvem ações para adequação, seja com equipe própria ou com apoio de empresas especializadas” (XAVIER, Fábio C. Tribunais de Contas avançam na implementação da LGPD. *Instituto Rui Barbosa*, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/tribunais-de-contas-avancam-na-implementacao-da-lgpd/>. Acesso em: 18 ago. 2022).

¹⁴ INSTITUTO RUI BARBOSA. *Nota técnica n. 01/2019*. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Considerações sobre a aplicação no âmbito dos Tribunais de Contas. 2019. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2019/11/NOTA-T%C3%89CNICA.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2022.

¹⁵ O TCE_SP é um dos Tribunais que editou cartilhas de orientação aos gestores municipais para adequação à LGPD: PAGILA, Lucas; PEROLA, Bruno; XAVIER, Fábio C. *Cartilha de Governança em Proteção de Dados para Municípios*. Brasília, DF: Mente Aberta; Rede Governança Brasil, 2021. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/cartilha_lgpd.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais no Âmbito das Contratações do TCU*. Brasília, DF: TCU, 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/relatorio-de-impacto-a-protecao-de-dados-no-ambito-das-contratacoes-do-tcu.htm>. Acesso em: 18 ago. 2022.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria para avaliar a adequação das organizações públicas federais à LGPD*. S.d. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2C/64/E1/89/408BC710D79E7EB7F18818A8/QuestionarioLGPDPublicacao%20_1_.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

sabilidades atinentes a essas áreas. O levantamento, como foi apontado, objetiva subsidiar futuras ações de fiscalização. No acompanhamento dos índices de governança e gestão de órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal realizado em 2021, o TCU abrangeu também o iGestTI – Índice de gestão de TI (um dos componentes do iGG – Índice integrado de governança e gestão públicas) –. No que se refere à “capacidade em gestão da segurança da informação”, consta do Relatório da Unidade Técnica:

Ainda sobre a importância da gestão da segurança das informações, convém trazer à baila o fato de que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGDP) passou recentemente a ter vigência plena e que falhas em políticas, estruturas e processos de segurança da informação podem ter profundos impactos no cumprimento dessa norma. 236. Do exposto, considerando-se a situação preocupante da capacidade inexpressiva de realização de práticas essenciais de gestão de segurança da informação, de gestão de continuidade do negócio e de continuidade de serviços de TI por metade ou mais das organizações públicas avaliadas, entende-se que é necessário sistemático acompanhamento dessa situação por parte do TCU, bem como eventual planejamento de ações de controle com o objetivo de verificar mais a fundo e pontualmente essas questões, especialmente em casos de alta materialidade e relevância¹⁸.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle adequado ao seu próprio tempo deve considerar o ambiente no qual está inserido – não somente o ambiente jurídico como também o aquele social –, assim consideradas as demandas sociais às quais o poder público deve dar solução com seus recursos e suas ações. O controle externo está jungido à fiscalização da implementação dos direitos fundamentais, por imperativo constitucional. Neste breve ensaio, a relevância das políticas públicas e as possibilidades de atuação dos Tribunais de Contas foram brevemente abordadas para focar a relevância de buscar formas de fiscalização adequadas não só às novas leis como também às exigências da sociedade. Direito de acesso à informação e de proteção de dados pessoais, além da segurança da informação, foram os tópicos destacados não como projeções de um futuro controle que se espera, mas sim de uma realidade que já se apresenta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*. 4. ed. Brasília, DF: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento interno do Tribunal de Contas da União. *Boletim do Tribunal de Contas da União*, ano 39, n. 1, 02 jan. 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2ª/C1/CC/6ª/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

¹⁸ Acórdão n. 2164/21-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, Ata n. 36/2021-Plenário.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial de controle de políticas públicas. Brasília, DF: TCU, Gabinete da Ministra-Corregedora Ana Arraes; Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão (Seplan), 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/EF/22/A4/9A/235EC710D79E7EB-7F18818A8/1_Referencial_controle_politicas_publicas.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais no Âmbito das Contratações do TCU*. Brasília, DF: TCU, 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/relatorio-de-impacto-a-protecao-de-dados-no-ambito-das-contratacoes-do-tcu.htm>. Acesso em: 18 ago. 2022.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria para avaliar a adequação das organizações públicas federais à LGPD*. S.d. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2C/64/E1/89/408BC710D79E-7EB7F18818A8/QuestionarioLGPDPublicacao%20_1_.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

FORTINI, Cristiana; AMARAL, Greycielle; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. LGPD x LAI: sintonia ou antagonismo? In: PIRONTI, Rodrigo (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados no setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 101-122.

INSTITUTO RUI BARBOSA. *NBASP 9020: avaliação de políticas públicas*. 2020. p. 6-7. Disponível em: https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2020/04/NBASP__9020-_Avalia%C3%A7%C3%A3o_de_Pol%C3%ADticas_P%C3%ABlicas_v_24-03-20.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

INSTITUTO RUI BARBOSA. *Nota técnica n. 01/2019*. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Considerações sobre a aplicação no âmbito dos Tribunais de Contas. 2019. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2019/11/NOTA-T-C3%89CNICA.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 2, p. 25-64, jul./set. 2003.

MOTTA, Fabrício. Ensaio sobre contratos administrativos e políticas públicas. In: GOMES, Carla Amado *et al.* (Orgs.). *Responsabilidade nos contratos públicos: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. Lisboa, Portugal: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2020. p. 166-182.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PAGILA, Lucas; PEROLA, Bruno; XAVIER, Fábio C. *Cartilha de Governança em Proteção de Dados para Municípios*. Brasília, DF: Mente Aberta; Rede Governança Brasil, 2021. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/cartilha_lgpd.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

SANTOS, Marcela; MOTTA, Fabrício. Regulação do tratamento de dados pessoais no Brasil – o estado da arte. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes. *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 81-104.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, 2003.

THE world's most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 06 maio, 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 02 mar. 2021.

XAVIER, Fábio C. Tribunais de Contas avançam na implementação da LGPD. *Instituto Rui Barbosa*, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/tribunais-de-contas-avancam-na-implementacao-da-lgpd/>. Acesso em: 18 ago. 2022.



Competências federativas em matéria de inovação

Fernando Menezes de Almeida

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente e doutor em direito pela mesma Faculdade.

Sumário: 1 Introdução. 2 A recente tendência de legislar-se sobre inovação. 3 Ciência, tecnologia e inovação como critérios de repartição de competências federativas. 4 Competência para legislar sobre CT&I e a autonomia administrativa dos entes federativos. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com grande satisfação integrei painel com o título “Limites de competência para inovação em políticas públicas municipais”, no “XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo IBDA/AAASP – Direito administrativo e inovação: crise e soluções”, no qual apresentei as ideias ora constantes deste texto¹.

Na ocasião, dei ênfase em alguns pontos relativos ao modo de repartição de competências federativas em matéria de “inovação”.

2 A RECENTE TENDÊNCIA DE LEGISLAR-SE SOBRE INOVAÇÃO

Uma característica relevante da visão política sobre ciência e tecnologia no Brasil, desde o início do século XXI, é a compreensão do papel fundamental exercido pela inovação.

Aliás, “inovação” tornou-se o termo catalizador de significados mais amplos, correspondentes a – para usar as noções trazidas pela Emenda Constitucional n. 85/15, como mais adiante neste estudo será visto – “ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento” e a “inovação” propriamente dita. Assim, p. ex., a Lei n. 10.973/04, que trata de todos esses temas, é popularmente conhecida como “Lei de Inovação”.

Inovação – entendida como “*all of the scientific, technological, organisational, financial and commercial steps, including investments in new knowledge, which actually, or are intended to, lead to the implementation of technologically new or improved products and processes*”² –, enquanto um fenômeno da realidade humana, está, por óbvio, presente ao longo da história.

¹ Elas constam de outros estudos que eu já havia produzido, em especial “A legislação federal sobre ciência, tecnologia e inovação no contexto da organização federativa brasileira” (ALMEIDA, Fernando M. de. A legislação federal sobre ciência, tecnologia e inovação no contexto da organização federativa brasileira. In: Freitas, Rafael Vêras de; Ribeiro, Leonardo Coelho; Feigelson, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017).

² Essa é a definição dada pelo Frascati Manual (item 1.5.3, §21), editado pela OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) visando à fixação de “*Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development*” (OECD. *Frascati Manual*. Proposed Standard Practice for surveys on research and

A novidade relativamente recente é a sua compreensão como fator fundamental para o desenvolvimento econômico e social.

E, mais recente ainda – voltando aqui à ideia inicial deste estudo e ao contexto brasileiro – é o seu reconhecimento pelas instâncias políticas como um tema a merecer específica atenção estatal.

Isso se reflete, por exemplo, na preocupação simbólica com a inclusão da palavra “inovação” no nome de órgãos públicos.

E reflete-se, também, da decisão de tornar a “inovação” objeto específico de tratamento legislativo, tanto no plano infraconstitucional como no plano constitucional.

De rigor, grande parte do que se tem legislado sobre inovação tem o sentido daquilo que se poderia dizer um verdadeiro “fomento legislativo”.

Ou seja, muitas das medidas disciplinadas normativamente pela Constituição ou por leis já poderiam ser praticadas desde antes, com base no ordenamento jurídico então vigente.

No entanto, para romper especialmente com a inércia que tende a atingir os órgãos e agentes da administração pública – por vezes, admita-se, ante o receio empiricamente justificado de sofrerem sanções suscitadas por órgãos internos e externos de controle –, a lei vem afirmar que certas medidas podem “mesmo” ser tomadas, ou, mais que isso, que se espera sejam tomadas.

Com efeito, essa prática legislativa acaba por ter o significado prático de estimular a ação da administração pública. Aliás, não exclusivamente da administração pública, mas também da iniciativa privada, neste caso importando o sentido próprio de fomento econômico.

No entanto, ao lado do que se acaba de afirmar, é verdade que, em certa medida, a recente onda de legislação sobre inovação também visa a remover certos entraves jurídicos à realização da inovação tecnológica, ou mesmo a aperfeiçoar o regime jurídico então existente aplicável à matéria.

E, ao chamar atenção para a inovação, traz junto um tratamento para a ciência, a tecnologia, bem como a pesquisa e o desenvolvimento científicos e tecnológicos.

A Constituição de 1988 deu, pela primeira vez num texto constitucional, à ciência e à tecnologia o destaque de um capítulo próprio, que corresponde aos artigos 218, 219, 219-A e 219-B, com respectivos parágrafos.

O texto original da Constituição de 1988 era mais sucinto. A ele, diversos dispositivos foram recentemente acrescentados pela Emenda n. 85, de 2015, inclusive em matéria de repartição de competências federativas. É o que será visto no tópico seguinte.

3 CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO COMO CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

São três inserções normativas que a Emenda Constitucional n. 85/15 produziu, no tocante à repartição de competências entre os entes da federação brasileira:

a) alterou o texto do inciso V do art. 23, que passa a vigorar com esta redação: “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação” (enquanto o texto anterior era: “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência”);

b) alterou o texto do inciso IX do art. 24, que agora tem por redação: “educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação” (quando antes tinha: “educação, cultura, ensino, desporto”);

c) criou o §2º do art. 219-A: “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades” (lembrando que o *caput* desse artigo 219-A diz respeito ao Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação).

A primeira das novas regras diz, pois, respeito ao artigo 23. Cuida-se do artigo que prevê as competências comuns de União, estados, Distrito Federal e municípios, para executarem aspectos de sua função administrativa.

No âmbito das competências comuns de execução, todos os entes podem atuar “concorrendo” em relação a determinado tema.

Isso não quer dizer que todos os entes federativos possam tomar qualquer iniciativa sobre o tema, eventualmente conflitante com iniciativas de outros entes.

É certo que a situação não é tão simples, mas, em linhas gerais haverá parâmetros que decorram das próprias leis que haverão de existir para – em nome do princípio da legalidade – pautar a ação executiva dos entes estatais: sejam elas as leis que tratem dos diversos temas específicos (p. ex.: lei de diretrizes e bases da educação nacional, em tema de educação), sejam as leis complementares previstas no parágrafo único do mesmo artigo 23 (“Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”).

De todo modo, a específica previsão do art. 23, V, não parece suscitar maiores dificuldades práticas, eis que se refere à competência, *não* para “produzir” ou “realizar” ciência, tecnologia e inovação; mas *sim* para “propiciar os meios de acesso” a elas.

Ora, não será, provavelmente, muito conflitivo entre os entes federativos que todos atuem para facilitar que haja acesso – entenda-se, por parte dos indivíduos e das pessoas jurídicas em geral – à ciência, à tecnologia e à inovação.

Ou seja, o que a norma constitucional estabelece, como competência, são ações de fomento, ou de difusão de informações e de meios, ou de abertura de canais de contato com instituições públicas de produção de ciência, tecnologia e inovação, enfim, atividades que,

desempenhadas em paralelo pelos entes federativos, podem somar-se sem colisões mais relevantes.

Já as duas outras regras acima destacadas são potencialmente mais problemáticas, ou, pelo menos, merecem mais cuidados para ser compreendidas.

Ambas dizem respeito a competências legislativas; e competências legislativas concorrentes.

A primeira diretamente alterou um dos incisos do artigo 24, que traz em seu *caput*: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]”. Já a segunda não altera nenhum dos artigos específicos das competências federativas, mas cria uma regra isolada (no §2º do art. 219-A), referindo-se expressamente ao caráter concorrente da ação legislativa cuja competência estabelece.

Recorde-se, preliminarmente, em apertada síntese, como se dá o tratamento constitucional das competências legislativas.

A Constituição, em linhas gerais, fixou competências legislativas “privativas” e “concorrentes”. Analisem-se, primeiro, as privativas.

Supõe-se que a referência a “privativas” tome por critério algum “tema”. Isto é, competência privativa, é a competência para que um ente federativo esgote, nacionalmente, o tratamento de determinados temas.

Uma consequência lógica dessa suposição é que apenas a União, por ser a única pessoa federativa com abrangência nacional, possua competências “privativas” nesse sentido. E isso se reflete no art. 22 da Constituição (“Compete privativamente à União legislar sobre: [...]”) não havendo outro artigo que se refira expressamente a competências “privativas” de estados, Distrito Federal ou municípios.

No entanto, há um sentido mais “fraco” de “privatividade” das competências.

É o que se passa, por exemplo, quando, por decorrência da autonomia administrativa dos entes da federação (art. 18 da Constituição), afirma-se que compete a cada qual legislar no âmbito de seu próprio ordenamento jurídico sobre assuntos de direito administrativo (salvo exceções constitucionais, como a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação – art. 22, XXVII).

Dizer que cada Estado, o Distrito Federal e cada Município³ legislará sobre assuntos de seu direito administrativo pode significar – nesse sentido fraco de competência privativa – que cada qual tem competência “privativa” para legislar sobre tal matéria, mas tão somente no âmbito de incidência de seu ordenamento jurídico. E isso é menos forte do que a competência para legislar privativamente sobre certa matéria em âmbito nacional, impondo-se suas regras a todas as demais pessoas de direito (privadas ou estatais).

³ De rigor, também a União entra nessa enumeração, enquanto pessoa jurídica autônoma (art. 18), que também possui um ordenamento jurídico parcial (p. ex., contendo regras em matéria de servidores públicos tão somente aplicáveis aos servidores públicos federais) e que é distinta da pessoa jurídica soberana que é a República Federativa do Brasil, a qual legisla nacionalmente, criando um ordenamento jurídico total (ainda que legisle por meio dos órgãos próprios da União – art. 22).

Além desse sentido “fraco” de privatividade, há uma outra ressalva a ser feita ao próprio sentido “forte” das competências privativas.

Essa ressalva implica dizer que a competência privativa – que mais acima se disse significar que um ente federativo (no caso, a União) esgote, nacionalmente, o tratamento de determinados temas – na verdade, inevitavelmente, não impede que outro ente federativo acabe por também tratar do mesmo tema.

Isso se dá pelos critérios usados pela própria Constituição, ao cuidar da competência dos Municípios. Com efeito, no art. 30, I, a Constituição emprega um critério não temático, mas de abrangência geográfica do interesse: “interesse local”, o que leva, p. ex., a que os Municípios legissem sobre trânsito no âmbito de seu interesse local, em que pese legislar sobre trânsito seja dito de competência privativa da União (art. 22, XI).

Ilustrada, em brevíssimas linhas, a complexidade das competências legislativas privativas, cuide-se agora das competências legislativas concorrentes, para completar-se o quadro acima proposto.

As competências legislativas concorrentes também se supõe que tomem por critério algum “tema”. E que sobre esse tema os entes federativos “concorram”, todos dele tratando, porém segundo uma técnica especificamente prevista na Constituição: prevalecem e aplicam-se nacionalmente as normas gerais postas pela União; e somam-se às normas gerais outras normas, específicas, legisladas pelos entes da federação, cada qual no âmbito de seu próprio ordenamento jurídico.

Diga-se, de passagem, que a distinção entre normas gerais e normas específicas já é, por si só, um problema que não encontra uma solução geral no plano normativo: inevitavelmente a solução se torna casuística, tendendo os poderes constituídos no Brasil a uma leitura francamente favorecedora da concentração das competências da União (ou seja, dando um sentido expansivo a normas gerais, sobre o campo das normas específicas).

Essa regra das competências para normas específicas, quanto aos Estados, decorre dos parágrafos do mesmo artigo 24; e, quanto aos Municípios, do art. 30, II.

Isso, de plano, distingue as competências concorrentes das competências privativas em sentido fraco (acima mencionadas): no caso destas, não há normas gerais da União e cada ente da federação legisla integralmente no âmbito do seu ordenamento jurídico próprio (federal, estadual, distrital ou municipal).

Postas essas sucintas linhas sobre a compreensão conceitual das competências legislativas privativas e concorrentes, resta ainda apontar que a aplicação de ambas, na prática, ainda levanta sérias questões.

Essas questões, em primeiro lugar, têm relação com os critérios usados pela Constituição para identificar os “temas”, enquanto elementos definidores das competências privativas ou concorrentes.

Explique-se melhor. O art. 22 e o art. 24, ao tratar respectivamente das competências privativas e concorrentes, enunciam-nas tematicamente, ora tomando como “temas” grandes divisões do direito (p. ex.: direito civil, direito penal, direito tributário, direito urbanístico), ora

tomando institutos jurídicos, independentemente de que pertençam ou não a (apenas) um ramo do direito (p. ex.: desapropriação, requisições civis, orçamento, juntas comerciais), ora tomando elementos do mundo natural (p. ex.: águas, minas, florestas, fauna).

Assim sendo, muito frequentemente haverá alguma dúvida interpretativa, no caso concreto, sobre se o legislar sobre certo tema está adequadamente lastreado num critério definidor de competência; p. ex.: legislar sobre obrigatoriedade do uso de cinto de segurança em automóveis de passeio é legislar sobre trânsito e transporte?; ou sobre proteção da saúde?; e se isso ainda comportar aspectos de responsabilidade civil, seria legislar sobre direito civil?; e teria aspectos de interesse local envolvidos, a alterar o tratamento do assunto em pequenos municípios rurais?

Ora, todas essas considerações sobre competências federativas convergem para a necessidade de se compreenderem as novas regras constitucionais introduzidas pela Emenda Constitucional n. 85/15.

Daí duas observações.

Uma primeira observação é sobre a criação de uma hipótese, pelo §2º do art. 219-A, de uma competência dita explicitamente “concorrente”, em matéria do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI).

À primeira vista, essa norma discrepa da técnica constitucional de tratamento das competências concorrentes dada pelo artigo 24.

Isso porque, diferentemente do artigo 24 (pelo qual União, estados e Distrito Federal têm competência que se diz concorrente), o artigo 219-A primeiro afirma a competência da União para fazer as normas gerais do SNCTI (§1º) e depois afirma que estados, Distrito Federal e municípios têm competência concorrente para legislar “sobre suas peculiaridades” (§2º).

A lógica desse artigo 219-A, de fato, assemelha-se mais, p. ex., à do art. 22, XXVII, que afirma uma competência privativa da União, porém somente para elaborar normas gerais sobre licitações e contratações da administração pública. O “privativo” *para fazer normas gerais* (do art. 22, XXVII) pode até parecer o mesmo que o “concorrente” do artigo 24, mas não traz consigo as possibilidades dos parágrafos do artigo 24, ou seja, não dá competência plena para estados e Distrito Federal legislarem sobre normas gerais na ausência de lei federal e até a sua superveniência.

Sim, porque não faz sentido que estados, Distrito Federal e municípios elaborem (mediante competência plena) normas gerais de um sistema de Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I) que justamente é *nacional*, a serem supostamente aplicadas, em âmbito regional ou local, até a superveniência de lei da União.

E, ainda quanto a esse §2º do art. 219-A, é curioso notar que a Constituição inclui os Municípios no sistema das competências ditas concorrentes (lembrando-se que eles não são incluídos no artigo 24). No entanto, este ponto resume-se a um aspecto de nomenclatura, eis que a interpretação que prevalece quanto ao art. 30, II, já leva a uma identificação da competência “suplementar” lá mencionada como uma competência “concorrente” para tratar de normas peculiares ao interesse local municipal.

A segunda observação – mais relevante do que a primeira – diz respeito à regra de competência inserida no inciso IX do art. 24. Mais relevante porque alcança não a legislação sobre o SNCTI (que se resume a aspectos de organização administrativa), mas sim abrange legislar sobre “ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação” em geral.

Portanto, com a Emenda Constitucional n. 85/15, a matéria de CT&I passou a submeter-se legislativamente às normas gerais da União, cabendo aos Estados, Distrito Federal e Municípios suplementá-las com normas específicas (arts. 24 e art. 30, II).

Ora, antes da Emenda Constitucional n. 85/15, não havia essa limitação para os demais entes federativos.

Admita-se que, na prática, a principal lei federal de normas gerais sobre a matéria já existe (a Lei n. 10.973/04, recentemente bastante alterada pela Lei n. 13.243/16) e que o sistema, até antes de 2016, funcionasse com razoável margem para a criação de normas específicas pelos demais entes federativos (valendo notar diversas leis estaduais sobre inovação tecnológica). Porém, não é saudável para a federação que potencialmente, a pretexto de legislar sobre normas gerais, a União possa vir a centralizar o sistema.

No entanto, conclusivamente, há ainda que se aplicar essas ponderações ao caso da legislação da União sobre CT&I concretamente existente no Brasil.

4 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE CT&I E A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DOS ENTES FEDERATIVOS

As considerações feitas nos tópicos anteriores deste estudo levam a que, neste tópico final, sejam ainda discutidas duas ordens de questões.

Em primeiro lugar, ainda no plano da compreensão abstrata da norma constitucional contida no inciso IX do art. 24 da Constituição, há que se enfrentar o problema já ventilado mais acima quanto à interpretação das competências em geral, e especificamente incidente em matéria de CT&I: é inevitável que, ao se legislar sobre tal matéria, se incorra numa sobreposição com outros assuntos que ao mesmo tempo servem como (outros) critérios para definição de competências legislativas.

Em segundo lugar, há que se criticar, à luz da interpretação que se afirmar quanto ao inciso IX do art. 24 da Constituição, certas opções legislativas já adotadas pela Lei n. 13.243/16.

Passando, pois, à primeira ordem de questões, é importante compreender que legislar sobre CT&I implica necessariamente legislar ao mesmo tempo sobre outros temas já bem sedimentados na interpretação das regras constitucionais sobre repartição de competências federativas.

Exemplificando o que se quer dizer: legislar sobre CT&I é, simultaneamente, legislar sobre administração pública, sobre propriedade intelectual, sobre tributação, sobre exportação e importação, sobre bens públicos, sobre contratos, sobre servidores públicos, sobre fomento, sobre participação estatal em empresas privadas etc.

Portanto, ao legislar sobre CT&I o ente federativo não pode desconsiderar uma visão sistêmica que envolva as competências para legislar sobre todos esses outros assuntos, bem como as consequências da interação de uma legislação “sobre CT&I” com outros subsistemas legislativos.

Imagina-se que haja, espontaneamente, mais consciência do legislador quanto a essas eventuais colisões de competência legislativas no tocante a temas que correspondam a leis (ou conjuntos normativos) já mais consolidados, como, p. ex., se passa com a lei de propriedade industrial, ou com normas sobre valores mobiliários, ou com a legislação tributária ou aduaneira.

Nesse sentido, verifica-se que o legislador, ao pretender legislar sobre CT&I, cuida de ressaltar que certo aspecto seguirá regido por outra lei (p. ex.: Lei n. 10.973/04, art. 5º, §1º⁴); ou então, em lugar de criar norma no corpo da lei de CT&I, usa a técnica legislativa de inserir artigos em outras leis (p. ex.: arts. 3º a 10 da Lei n. 13.243/16).

Nesses casos, verifica-se que o legislador, ao valer-se da competência para legislar sobre CT&I, acaba por – adequadamente – autorrestringir sua iniciativa, não pretendendo que o tema da CT&I prevaleça sobre outros cortes temáticos já consolidados em termos de tratamento sistemático no ordenamento jurídico e de equacionamento do equilíbrio federativo.

Contudo, o problema tende a ser maior na interface de uma iniciativa legislativa que se lastreia num tema específico como CT&I, quando se vê confrontada com outros subsistemas legislativos com fronteiras menos nítidas: como é bem o caso da legislação sobre administração pública.

Ora, legislar sobre administração pública não consiste em objeto de um tópico temático empregado pela Constituição ao repartir competências federativas (arts. 22, 24, 25, 30 – ou algum outro artigo esparso). Pelo contrário, em que pese de fundamental importância na estruturação do país, a competência para legislar sobre administração pública tem os seus contornos diluídos na noção genérica de autonomia federativa (art. 18).

Assim, é comum na realidade brasileira que a União – ainda que com “boas intenções” em termos de busca de eficiência de políticas públicas – avance sobre a autonomia administrativa dos demais entes federativos, tratando de aspectos inerentes à administração pública estadual, distrital ou municipal ao formular normas gerais de determinado tema dentre as competências concorrentes.

E o caso da legislação sobre CT&I fornece um exemplo bem nítido nesse sentido.

Com efeito, a Lei n. 10.973/04 (Lei de Inovação), em sua redação original, era bem pouco invasiva da autonomia federativa de Estados, Distrito Federal e Municípios.

Porém, com a Emenda Constitucional n. 85/15 e a inclusão da competência da União para elaborar normas gerais de CT&I, a Lei n. 13.243/16, gestada politicamente em conjunto com a Emenda, introduziu alterações na Lei de Inovação frontalmente agressoras da autonomia dos demais entes da federação.

⁴ §1º A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá à empresa, na forma da legislação vigente e de seus atos constitutivos.

Essa é a segunda ordem de questões anunciada neste último tópico do presente estudo.

Não se negam as virtudes presentes na Lei de Inovação, tanto em sua versão original como na versão que incorpora as alterações trazidas pela Lei n. 13.243/16, virtudes essas ligadas à normatização, a partir de amplo debate entre parlamentares, representantes do governo e especialmente a comunidade científica, dos parâmetros favoráveis ao desenvolvimento científico e tecnológico e à inovação, em ambientes públicos e privados, e mesmo no contexto de parcerias público-privadas.

Aliás, não é o propósito deste estudo debruçar-se sobre os diversos instrumentos previstos na Lei de Inovação.

No entanto, o reconhecimento de que, numa avaliação global, seja altamente positivo o país contar com uma Lei de Inovação, como a Lei n. 10.973/04, não impede, por outro lado, que se registre esta crítica ao modo como diversos dispositivos que nela foram inseridos pela Lei n. 13.243/16 violam a autonomia de Estados, Distrito Federal e Municípios.

E o fazem por sobrepor a legislação de CT&I em relação à autonomia administrativa desses entes federativos.

Nesse sentido, certas normas da Lei de Inovação – algumas contendo autorizações legislativas ou estabelecendo faculdades, outras contendo comandos vinculantes –, enquanto dirigidas a Estados, Distrito Federal e Municípios, devem ser tidas por inconstitucionais.

Frise-se que a inconstitucionalidade atinge mesmo a previsão de faculdades ou autorizações. Quanto a essas, poder-se-ia argumentar que basta que Estados, Distrito Federal e Municípios não as queiram seguir e efetivamente não as sigam, que restaria íntegra sua autonomia. Contudo, admitir a possibilidade de que o legislador federal (por ora) permita ou autorize tem a mesma força de admitir que (futuramente) possa decidir proibir ou obrigar.

É o que se passa com os art. 3º, art. 3º-B, art. 3º-C, art. 3º-D, art. 5º, art. 9º-A, art. 19, art. 21-A, art. 22-A⁵.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Supõe-se que medidas como essas, adotadas pela Lei 13.243/16 em relação a estados, Distrito Federal e municípios, tenham, na realidade, decorrido de demandas da própria comunidade científica (especialmente atuando por meio de entidades nacionais de representação de interesses do setor), sentindo no legislador federal mais acolhimento às suas pretensões do que percebem haver nas autoridades políticas regionais ou locais.

Todavia, esse recurso à centralização, mesmo que pretenda justificar-se por uma oportunidade política circunstancial favorável, é nocivo numa perspectiva federativa e potencialmente perigoso para os interesses do próprio setor, por criar vulnerabilidades em face de uma concentração de poderes no âmbito de uma só esfera de governo.

⁵ Diferente é o caso do art. 20, eis que trata de assunto de contratação direta, próprio de norma geral da União sobre licitação e contratação pública.

Enfim, limitar a margem de ação dos entes federativos que, atendendo às suas peculiaridades – e essas peculiaridades são especialmente marcantes em matéria de ciência, tecnologia e inovação –, possam adotar regimes jurídicos mais variados, parece contraditório com o princípio de “liberdade para criar” inerente a qualquer processo de avanço da ciência, da tecnologia e da inovação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando M. de. A legislação federal sobre ciência, tecnologia e inovação no contexto da organização federativa brasileira. In: Freitas, Rafael Vêras de; Ribeiro, Leonardo Coelho; Feigelson, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.


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: 15 ago. 2022.

BRASIL. *Lei n. 10.973, de 02 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.243, de 11 de janeiro de 2016*. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 85, de 26 de fevereiro de 2015*. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Brasília, DF: Câmara dos Deputados; Senado Federal, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc85.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

OECD. *Frascati Manual*. Proposed Standard Practice for surveys on research and experimental development. Paris: OECD, 2002. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/9202081e.pdf?expires=1464443160&id=id&accname=guest&checksum=A83DE8730721985C1E-D922B6316B5ADD>. Acesso em: 18 ago. 2022



Uma análise crítica das determinações e recomendações no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU)

Flávio Garcia Cabral

Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador e professor da Pós-Graduação em Direito Público da Escola de Direito do Ministério Público. Procurador da Fazenda Nacional.

Sumário: 1 Introdução. 2 Previsão de determinações e recomendações na Constituição Federal, na lei orgânica e no regimento interno do TCU. 3 As determinações e recomendações na Resolução TCU n. 315/2020. 4 Recomendações gerais e nos pareceres prévios. 5 Análise crítica sobre as recomendações e determinações. 6 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As recomendações e determinações têm sido usadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) com mais frequência nos últimos anos. É certo que tais instrumentos têm o condão de gerar bons resultados¹, pois ultrapassam a lógica simplista de ou se apurar atos plenamente legais ou, caso contrário, aplicar sanções.

No entanto, como todo e qualquer instrumento utilizado no controle da Administração Pública, esses mecanismos precisam operar dentro de limites normativos e mantendo uma coerência com sua própria funcionalidade.

Mostra-se imperioso, portanto, compreender quais os delineamentos normativos das recomendações e determinações no âmbito do TCU e como a Corte de Contas da União os tem utilizado.

Assim, nas páginas seguintes será apresentada a análise normativa da utilização das determinações e recomendações pelo TCU, investigando-se igualmente qual o conteúdo e limites de cada um desses provimentos. Ao final, realizar-se-á uma abordagem crítica sobre esses institutos, à luz de como a Corte de Contas Federal tem deles se valido.

¹ Mencione-se, sem entrar no mérito da adequação do uso da medida, a notícia dando conta que as recomendações do Tribunal de Contas da União (TCU) para obras da Copa do Mundo de 2014 geraram uma economia de R\$ 700 milhões aos cofres públicos, de acordo com a declaração do Ministro Benjamin Zymler (ABDALA, Vitor. Recomendações do TCU geram economia em obras da Copa. *Radio Agência Nacional*, 24 mar. 2014. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2014-03/recomendacoes-do-tcu-geram-economia-em-obras-da-copa?editoria_id=All&page=4?download&filename=. Acesso em: 18 ago. 2022).

2 PREVISÃO DE DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA LEI ORGÂNICA E NO REGIMENTO INTERNO DO TCU

Entender o que são determinações e recomendações e como elas se operam dentro da atuação do Tribunal de Contas da União requer, como primeiro passo essencial, encontrar qual seu fundamento normativo.

O primeiro local no qual se deve buscar a fundamentação normativa para que a Corte de Contas possa expedir determinações e/ou recomendações é o próprio texto constitucional. De plano se apura que não há no amplo rol de competências do artigo 71 nenhuma previsão expressa sobre a figura das recomendações. Quanto à determinação, em que pese não haver igualmente uma textualização normativa que use o vocábulo determinar ou suas variantes, encontra-se no inciso IX do artigo 71 que compete ao TCU assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. Observa-se que essa previsão se refere a uma determinação que o órgão de controle faz à Administração para que corrija ilegalidades, podendo haver, inclusive, nos termos do inciso X, a sustação do ato administrativo ilegal pela Corte de Contas caso a determinação não seja atendida no prazo fixado.

Quando se desce ao plano infraconstitucional, nota-se que a Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU), de igual forma não contém nenhum dispositivo próprio e expresso acerca do poder-dever de emitir determinação e/ou recomendações.

Sem embargo, é possível localizar artigos nos quais a figura da determinação encontra-se presente, ainda que não sejam com o objetivo de prever ou regulamentar essa competência. Toma-se como o exemplo o artigo 16, §1º, que dispõe que o Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas. Veja que ao prever essa hipótese de julgamento irregular das contas, tem-se como pressuposto o descumprimento de determinações prévias emitidas pelo Tribunal.

Sobre as recomendações, o mais próximo que se encontra a seu respeito na Lei Orgânica é o disposto no artigo 43, inciso I, que se refere à fiscalização de atos e contratos, fixando que a Corte determinará as providências estabelecidas no Regimento Interno, quando não apurada transgressão à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, ou for constatada, tão-somente, falta ou impropriedade de caráter formal.

Curioso notar que nesse artigo o legislador se valeu da palavra “determinará”, o que indica de início uma confusão sintático-semântica entre recomendações e determinações, embora, pelo restante do conteúdo do inciso, ao indicar a ausência de ilegalidade, haja uma maior aproximação com a lógica das recomendações.

É no Regimento Interno da Corte de Contas Federal (Resolução n. 246, de 30 de novembro de 2011) que se encontra de uma maneira um pouco mais clara a figura das recomendações e determinações. No artigo 250, inciso III, consta que nos processos de fiscalização de atos e contratos a Corte recomendará a adoção de providências quando verifi-

cadadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações. Por sua vez, nos incisos II e IV, há a prescrição de que o Tribunal determinará a realização de audiências para ouvir o responsável pela prática de atos ilegais e a adoção de providências corretivas quando se verificar falhas de natureza formal.

Nota-se aqui que o critério distintivo entre ambos os provimentos (o que recomenda e o que determina) parece residir na aspecto da legalidade. Nas hipóteses das determinações, encontra-se um vício, ainda que de natureza meramente formal. Já na recomendação não há qualquer menção a ilegalidades, mas sim a uma busca por melhoria na atuação administrativa. Entretanto, nota-se desde logo que o próprio inciso III traz confusão entre recomendações e determinações, pois embora indique que a Corte recomendará a adoção de providência para a melhoria da gestão, indica ao final que a área técnica monitorará as determinações emitidas, dando a falsa impressão que seriam figuras sinônimas.

Diante desse levantamento normativo inicial, apura-se que a materialização dos comandos aos órgãos e entes controlados por meio de determinação ou recomendação é de criação prática, impulsionada a partir do aprimoramento do controle operacional pelo TCU, sendo que, sem previsão na Lei Orgânica, a prática da “recomendação” foi reconhecida somente no Regimento Interno do TCU² e, mesmo assim, dentro de uma confusão semântica com a figura da determinação.

3 AS DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES NA RESOLUÇÃO TCU N. 315/2020

No âmbito do TCU, atualmente existe a regulamentação específica e expressa acerca das determinações, recomendações e ciências, por meio da Resolução n. 315, de 22 de abril de 2020.

De pronto, no artigo 2º, incisos I e III da Resolução, consta a definição do que se entende por determinação e recomendação. Assim, determinação é a deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares. Por outro lado, recomendação é a deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo.

Dessa definição normativa já se observa que a determinação assume caráter mandamental, ou seja, trata-se de uma ordem a ser cumprida pelo seu receptor, ao passo que na recomendação há uma colaboração feita pelo TCU, sem caráter de imposição, de modo a melhorar a atuação administrativa.

Ponto importante da Portaria refere-se à previsão do artigo 3º que prescreve que as determinações, ciências e recomendações devem tratar de matéria inserida no âmbito das

² MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019. p. 50. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80048/76583>. Acesso em: 18 ago. 2022.

competências do Tribunal. Embora essa normatização possa parecer óbvia e despicienda, sempre é válido destacar que a atuação da Corte de Contas possui como limite o âmbito de suas competências. Isso é reforçado quando se apura um comportamento ativista do TCU em buscar uma extrapolação de competência, tornando-se, por diversas vezes, um “super órgão de controle”.

Sobre as determinações, o artigo 4º explicita quais são suas finalidades, apontando que elas devem ser formuladas para interromper irregularidade em curso ou remover seus efeitos ou inibir a ocorrência de irregularidade iminente. Trata-se de uma medida, portanto, tanto de cunho repressivo quanto preventivo.

De modo a limitar o uso das determinações, o artigo 7º traz vedações, indicando que não são cabíveis para I) reiteração de determinação anteriormente proferida pelo Tribunal, exceto no exame das contas, quando deve ser avaliada a conveniência de sua renovação; II) observância de normativos, legislação ou entendimentos consolidados pelo Tribunal, com finalidade meramente pedagógica; III) implementação de mecanismos de controle interno, governança e gestão, exceto os exigidos por lei ou norma e que demandem implantação imediata; IV) realização pelo controle interno, em processos de contas ordinárias, de análises próprias de monitoramento das deliberações do Tribunal; V) adoção de providências de mero impulso processual devidamente regulamentadas em normativos internos do Tribunal.

Além disso, o parágrafo primeiro deixa expresso que não será objeto de determinação as hipóteses nas quais caiba recomendação, demonstrando, assim, que o fato gerador de ambas as medidas é diverso, não podendo ser utilizadas de maneira intercambiável.

Em relação às recomendações, o artigo 11 traz que elas devem contribuir para o aperfeiçoamento da gestão e dos programas e ações de governo, em termos de economicidade, eficiência e efetividade, cabendo à unidade jurisdicionada avaliar a conveniência e a oportunidade de implementá-las.

Ao mencionar na parte final sobre conveniência e oportunidade, fica patente que se trata de uma medida exercida dentro da competência discricionária, o que não ocorre com a previsão da determinação.

Seguindo esse aspecto diferenciador, inclusive, Alípio Reis Firmo Filho sintetiza que poderia-se adotar a seguinte regra para apartar ambas as figuras: “todas as vezes em que a conduta do gestor não se constituir num ato vinculado, é cabível a recomendação. Do contrário, a determinação deverá ser adotada”³.

O parágrafo 2º do artigo 11 traz algumas diretrizes para a emissão das recomendações, apontando como requisitos: I) atuar diretamente nas causas do problema; II) contribuir para que o tratamento das causas dos problemas agregue valor à unidade jurisdicionada, baixando custos, simplificando processos de trabalho, melhorando a qualidade e o volume dos serviços ou aprimorando a eficácia e os benefícios para a sociedade; III) observar os requisitos de viabilidade prática, objetividade e motivação, indicando ações para cuja realização

³ FIRMO FILHO, Alípio Reis. Recomendar ou determinar??? *Audicon*, 2014. Disponível em: <http://www.audicon.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/09/RECOMENDAR-OU-DETERMINAR.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

não haja obstáculos de ordem legal, financeira, operacional, temporal, de pessoal e outros que inviabilizem a implementação das medidas; IV) apresentar boa relação custo-benefício e considerar as eventuais alternativas propostas pela unidade jurisdicionada; e V) apontar oportunidades de melhoria relevantes, indicando o que pode ser feito e o resultado esperado, sem descrever aspectos procedimentais afetos à competência da unidade jurisdicionada.

Nota-se que o princípio norteador das recomendações é a eficiência administrativa, pois se trata de buscar aprimorar o alcance das finalidades públicas. A eficiência de fato representa a escolha dos melhores meios (os menos onerosos à Administração Pública, tanto em relação aos demais meios existentes, como em relação à própria finalidade almejada) que sejam capazes de atingir a finalidade legal pretendida em benefício dos administrados⁴.

Observa-se da Resolução em voga que há uma detalhada regulamentação sobre o uso das determinações e recomendações por parte do TCU, suprimindo a ausência dessa delimitação nos instrumentos normativos superiores. Além disso, a Resolução consegue trazer critérios minimamente claros que apartam as determinações das recomendações, construindo dois regimes jurídicos diversos, com fatos geradores e finalidades diferentes.

4 RECOMENDAÇÕES GERAIS E NOS PARECERES PRÉVIOS

Cumpra mencionar que, além da utilização das recomendações nos termos da aludida Resolução, pode-se notar o seu uso ainda em duas hipóteses que fogem à incidência direta do referido ato normativo. A primeira delas ocorre nas recomendações proferidas no bojo dos pareceres prévios sobre as contas governamentais, emitidos nos termos do artigo 71, inciso I, da Constituição.

Trata-se de uma prática que, ademais de carecer de um fundamento normativo expresso, construiu-se por meio de uma tradição de sua utilização ao longo dos anos. De fato, já no primeiro parecer emitido pelo TCU na vigência da Constituição Federal de 1988, o Ministro da Corte, Luciano Brandão Alves de Souza, diante da verificação de diversas ressalvas nas contas de governo, sugere que o parecer pela aprovação das contas fosse acompanhado de ressalvas e consequentes recomendações ao Poder Executivo⁵.

Sobre esse ponto, cabe dizer que nem a Lei Orgânica do TCU, seu regimento interno, tampouco atos normativos internos do próprio Congresso Nacional demandam que o Tribunal de Contas da União faça determinações e recomendações no parecer prévio⁶.

A falta de previsão normativa e uniformização fez com que ao longo dos anos houvesse figuras como ressalvas⁷, recomendações e sugestões, todas possuindo ora o papel

⁴ CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 295.

⁵ CABRAL, Flávio Garcia. *O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 158.

⁶ OLIVEIRA, Weder de. Precisamos falar sobre contas...: uma nova perspectiva sobre a apreciação das contas anuais do Presidente da República pelo Congresso Nacional mediante parecer prévio do Tribunal de Contas da União. *Fórum de Contratação e Gestão Pública* – FCGP, Belo Horizonte, v. 17, n. 195, p. 53-75, mar. 2018. p. 67.

⁷ Conforme já concluímos ao analisar as contas governamentais de 1989 a 2010, “ressalvas e recomendações acabam por se tornar institutos afins, somente mudando-se o enfoque conferido, sendo, pelo menos nos pri-

de evidenciar alguma irregularidade localizada, ora indicando a necessidade de aprimoramento da atividade administrativa.

Outro uso de recomendações pelo TCU diz respeito a recomendações gerais em caráter pedagógico, não se referindo a nenhum caso concreto sob análise da Corte. Aqui a atividade educativa da Corte fica bastante evidente por meio da edição de cartilhas, manuais e documentos afins. Nesse aspecto, cite-se de forma ilustrativa as recomendações emitidas pelo TCU em relação às contratações emergenciais relacionadas à Covid-19, por meio da publicação de uma cartilha específica sobre o assunto⁸.

5 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS RECOMENDAÇÕES E DETERMINAÇÕES

Apesar do estabelecimento normativo acerca das determinações e recomendações exaradas pelo Tribunal de Contas, tem-se que realizar sua análise sob uma perspectiva crítica, não necessariamente para refutar esses instrumentos de controle por completo, mas sim para verificar sua adequação ao ordenamento jurídico e, se for o caso, aprimorá-los.

Quanto às determinações, como visto, não reside maiores problemas, em um primeiro momento, quanto a sua adoção, já que se encontra um embasamento constitucional, um pouco mais claro, sobre sua possibilidade no artigo 71, inciso IX. Além disso, ao se indicar que o controle externo será exercido à luz do parâmetro da legalidade, conforme artigo 70 do texto constitucional, apura-se novamente uma base mais robusta a permitir que sejam feitas determinações quando se localizem atos ilegais.

O problema maior das determinações ocorre, não raras vezes, na configuração do que se entende por ilegal. Aqui se apura que em variadas ocasiões o TCU tem conferido interpretações bastante subjetivas acerca de uma pretensa violação ao ordenamento jurídico, descambando para aquilo que denominamos de ativismo de contas.

Ativismo de contas pode ser compreendido como o comportamento dos Tribunais de Contas que, a pretexto de se mostrarem proativos ou de serem encarados como concretizadores de direitos fundamentais ou controladores de políticas públicas⁹, acabam por exercer

meios relatórios e pareceres prévios, imprecisa qualquer conclusão de que o parecer foi pela aprovação com ressalvas, com recomendações ou com ambas” (CABRAL, Flávio Garcia. *O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988*. Op. cit., p. 176).

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Recomendações para transparência de contratações emergenciais em resposta à Covid-19*. Brasília, DF: Transparência Internacional, 2020. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/86:tibr-recomendacoes-de-contratacoes-emergenciais-covid19?stream=1>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁹ Deve-se destacar o óbvio: a existência de limites à atuação do Tribunal de Contas não retira sua total relevância e destaque para o controle da Administração Pública. Como afirma André Rosilho, “a Constituição realmente limitou o campo de jurisdição direta do Tribunal, apenas admitindo que as competências nele inseridas (para praticar atos sancionatórios e atos de comando) sejam concretamente exercidas em matérias financeiras e mediante controle de legalidade. Isso não quer dizer, contudo, que seu espaço para influir seja pequeno, diminuto” (ROSILHO, André J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2016. p. 340. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/publico/Andre_Rosilho_Controla_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022).

suas atribuições em desconformidade com o que permite o texto constitucional e infraconstitucional, demonstrando a subjetividade na tomada de decisões por seus membros¹⁰.

São casos de condutas reputadas ativistas pelas Cortes de Contas a construção de regras específicas à luz de princípios bastante abstratos e genéricos ou, ainda pior, a criação de regras com base em uma total subjetividade dos seus Ministros. Traga-se como exemplo o quanto decidido no Acórdão n. 2.636/2019, proferido na TC 012.967/2019-0, no qual o Tribunal de Contas da União determinou à Defensoria Pública da União que “adote as providências necessárias ao desfazimento da Resolução CSDPU 101/2014”, que regulamenta o teletrabalho no âmbito da instituição.

Nota-se do voto do ministro-relator que, apesar do corpo técnico do Tribunal, formado por auditores de controle externo, ter concluído que o teletrabalho estaria funcionando corretamente no âmbito da DPU (“No mérito, a secretaria especializada apresenta longo e percuente arrazoado no sentido de que não se constatou o uso abusivo do teletrabalho no âmbito da DPU, uma vez que é medida excepcional, autorizada pela autoridade máxima do órgão, e que abarcou menos de 3% do quadro de Defensores nos últimos dois anos”), seu sentimento é de que essa modalidade de trabalho seria incompatível com a instituição. Na sua visão, a impossibilidade de se manter teletrabalho no âmbito da DPU decorreria de a carreira ser regida por Lei Orgânica (que, na sua concepção, seria o instrumento normativo apto a indicar carreiras de Estado); não haveria a fixação em lei de jornadas de trabalho; a atividade do defensor inclui atendimento ao público e audiências, o que quem estivesse em teletrabalho não poderia fazer.

Em que pesem os termos da decisão, não há em nenhum dispositivo Constitucional expresso, tampouco decorre de nenhum princípio jurídico (de qualquer modo, o Ministro não fez menção a nenhuma norma principiológica) que o fato de uma carreira ser regida por Lei Orgânica implica em maiores limitações a ela (a lógica, pelo contrário, deveria ser que, pela relevância das funções, haveria uma melhor e maior estrutura, e não mais obstáculos e empecilhos). Essa conclusão, tomada pela casuística, não encontra qualquer amparo normativo. Mesmo que houvesse essas maiores limitações, em qual regra ou princípio estaria contida a vedação ao teletrabalho (medida que é a tendência tanto do setor público como do setor privado, havendo, inclusive, a sua possibilidade para os servidores do TCU, conforme Portaria – TCU 101/2019)?

Veja que se emitiu uma determinação, que pressupõe a existência de uma ilegalidade em sentido amplo, sem que houvesse a indicação de qualquer normativo violado, sendo fruto de um inadequado subjetivismo da Corte.

Outra problemática recorrente em relação às determinações se refere a sua confusão com as recomendações. Localizam-se decisões do Tribunal de Contas que, apesar de não se referirem a nenhum ato ilegal, materializam-se sob as vestes formais de determinação, eliminando a diferença entre ambas as medidas. Além disso, por vezes nem mesmo o normativo interno do próprio Tribunal sobre o regramento de como adotar essas medidas é respeitado.

¹⁰ CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo: Thomson Reuters; Livraria RT, v. 5, n. 16, p. 215-257, jan./mar. 2021. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/264>. Acesso em: 18 ago. 2022.

Ilustra-se o acima mencionado por meio do Acórdão n. 333/2022, que emitiu uma determinação¹¹ para que Ministério da Economia e a Casa Civil passassem a elaborar semestralmente um Demonstrativo Consolidado das Despesas Obrigatórias de Caráter Continuado. Nota-se nesse caso que a determinação exarada possui essencialmente o mesmo conteúdo de uma recomendação emitida previamente no Acórdão n. 2195/2020-Plenário¹². O próprio Tribunal deixa claro que a recomendação anterior não foi atendida, o que levaria à emissão de uma determinação¹³. Em síntese, o que a Corte de Contas fez foi transformar uma recomendação prévia em uma determinação, uma vez que a primeira não foi cumprida. Válido salientar que isso é proibido pela própria Resolução n. 315/2020 do Tribunal, que em seu artigo 7º, parágrafo primeiro, veda que se use determinações nas hipóteses em que cabível uma recomendação. A determinação não pode servir como um ato mais severo no caso de descumprimento das recomendações¹⁴.

¹¹ “[...] 9.1. determinar ao Ministério da Economia e à Casa Civil da Presidência da República, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, os arts. 16 e 17 da Lei Complementar 101/2000 e o art. 7º, §3º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, que, no prazo de 120 dias, elaborem e encaminhem a este Tribunal plano de ação contendo medidas de cunho normativo e gerencial e respectivos agentes e unidades responsáveis por tais medidas, para que, em um prazo máximo de dois anos, seja viabilizada a elaboração semestral de um Demonstrativo Consolidado das Despesas Obrigatórias de Caráter Continuado, contendo informações sobre as DOCCs da União, criadas no exercício, oriundas de leis e de medidas provisórias provenientes de todos os Poderes e órgãos autônomos, bem como de atos administrativos, a que se referirem os respectivos dispositivos das Leis de Diretrizes Orçamentárias, informando os critérios utilizados para sua classificação, o aumento da despesa previsto no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, bem como as medidas de compensação adotadas, devendo haver tópico específico sobre as DOCCs de pessoal”.

¹² “[...] recomendar ao Ministério da Economia, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso III, do RITCU, os arts. 16 e 17 da Lei Complementar 101/2000 e o art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que avalie a conveniência e oportunidade de publicar, quadrimestralmente, quadro consolidado das despesas obrigatórias de caráter continuado (DOCCs) da União criadas no exercício, oriundas de leis e de medidas provisórias provenientes de todos os Poderes e órgãos autônomos, bem como de atos administrativos que tramitem por esse Ministério nos termos do art. 114, §8º, inciso I, da Lei 13.898/2019 (Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020) , e dos respectivos dispositivos das Leis de Diretrizes Orçamentárias subsequentes, informando os critérios utilizados para a sua classificação, o aumento da despesa previsto no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, bem como as medidas de compensação adotadas”.

¹³ “[...] não tendo sido atendida a recomendação contida no item 9.1, do Acórdão 2195/2020-TCU-Plenário, de relatoria do ministro Bruno Dantas, no sentido da elaboração de quadro consolidado de Despesas Obrigatórias de Caráter Continuado. Ante as dificuldades apontadas no relatório, acolho como adequada a realização de determinação ao Ministério da Economia, em conjunto com a Casa Civil da Presidência da República, para que seja elaborado, em 120 dias, plano de ação contendo medidas de cunho normativo e gerencial, com vista a que, em prazo máximo de dois anos, seja viável a elaboração semestral de quadro consolidado das DOCCs da União criadas em cada exercício”.

¹⁴ Encontram-se alguns escritos que defendem a possibilidade de se transmutar a recomendação em determinação. Nesse sentido, Fernando Simões dos Reis sustenta a possibilidade de conversão das recomendações em determinações nos casos em que os responsáveis não atendam as primeiras sem a devida motivação, pois, segundo entende, ainda que o atendimento das recomendações esteja no campo da discricionariedade do administrador, não haveria livre arbítrio do responsável sobre o atendimento ou não das orientações emanadas pela Corte de Contas (REIS, Fernando Simões dos. Novas perspectivas para o controle da discricionariedade administrativa pelo Tribunal de Contas da União em auditorias operacionais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 239-275, jan./fev. 2015. p. 262). Sem embargo dessa colocação, a recomendação serve como sugestão de aprimoramento dentro da discricionariedade. A partir do momento em que a opinião do Tribunal deva obrigatoriamente ser seguida, não há mais discricionariedade, havendo uma usurpação indevida do âmbito de escolha do gestor. Além disso, calha mencionar que esta posição do autor foi exarada em 2015, momento no qual não havia ainda a edição da Resolução TCU n. 315/2020, a qual veda que se adote determinação nos casos em que cabível recomendação.

Sobre as recomendações, observa-se primeiramente que elas têm sido um instrumento que ganha força e destaque no âmbito das Cortes de Contas ao longo dos anos. De acordo com as colocações de Sandra Maria de Carvalho Campos, nas últimas décadas, a auditoria pública vem abandonando seu caráter exclusivamente fiscal e punitivo, para se firmar na moderna concepção de prestar um serviço útil à administração da organização auditada, ao governo como um todo, e à sociedade, diretamente beneficiária das ações do governo, através da identificação de falhas e debilidades de sistemas de controle e de operações, as descobertas ou achados de auditoria, para recomendar medidas visando à melhoria dos sistemas e da gestão administrativa, financeira, orçamentária e operacional¹⁵.

Entretanto, no que tange às recomendações, como visto, não se encontra nenhum embasamento constitucional claro para tal mister, tampouco a Lei Orgânica traz semelhante previsão, sendo que é somente o Regimento Interno do Tribunal (ato de natureza administrativa) que expressamente aventa pela primeira vez essa figura.

Haveria uma competência implícita do Tribunal em emitir recomendações, que, em realidade, são opiniões fundamentadas acerca de como a atividade administrativa poderia ser melhor desenvolvida, sobre a atuação dos demais entes Estatais? O que tornaria o TCU legitimado para indicar a melhor forma de exercer a função administrativa? Fazendo o caminho inverso, teria o Poder Executivo atribuição de emitir recomendações sobre a atuação do TCU?

Ao que tudo indica, essa competência para emissão de recomendações acaba sendo uma incorporação de certas diretrizes de padrões de fiscalização utilizados internacionalmente, emitidos pela Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai). Nesse sentido, a ISSAI 300¹⁶, que dispõe sobre os princípios fundamentais de auditoria operacional, prevê que “se relevante e permitido pelo mandato da EFS, os auditores devem procurar fornecer recomendações construtivas que possam contribuir significativamente para enfrentar as deficiências e os problemas identificados pela auditoria”. Observa-se que a utilização do instrumento da recomendação pelas Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), como o TCU, depende da possibilidade normativa de cada ordenamento jurídico (“se permitido pelo mandato da EFS”). Não se trata, pois, de um instrumento próprio da Teoria Geral do Direito, aplicável a qualquer sistema, mas sim de uma questão dogmática de cada sistema jurídico particularizado.

Apesar de não se vislumbrar de maneira expressa e clara essa competência, o TCU e grande parte dos estudiosos enxergam essa atribuição pedagógica e educativa¹⁷ (inclusive para as determinações¹⁸) com base na previsão das auditorias operacionais, constantes no

¹⁵ CAMPOS, Sandra Maria de Carvalho. Implementação das recomendações de uma auditoria governamental. *Fórum de Contratação e Gestão Pública* – FCGP, Belo Horizonte, ano 1, n. 11, nov. 2002.

¹⁶ As ISSAI são as Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores, emitidas pela Intosai. Segundo seu próprio texto, “a ‘ISSAI 100 – Princípios Fundamentais de Auditoria do Setor Público’ fornece os princípios fundamentais para a auditoria do setor público em geral e define a aplicabilidade das ISSAI. A ‘ISSAI 300 - Princípios Fundamentais de Auditoria Operacional’ baseia-se nos princípios fundamentais da ISSAI 100 e adicionalmente os desenvolve visando adequá-los para o contexto específico da auditoria operacional. A ISSAI 300 deve ser lida e compreendida em conjunto com a ISSAI 100, que também se aplica à auditoria operacional”.

¹⁷ José F. F. Tavares explica que as recomendações são uma forma pedagógica e útil do exercício do controle, na perspectiva tanto do controlador como do controlado, gerando benefícios a todos os cidadãos (TAVARES, José F. F. *Recomendações dos Tribunais de Contas: conceito, natureza e regime*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 29).

¹⁸ “Diferentemente do que ocorre nas fiscalizações de contas, denúncias e representações, nas quais a marca é a ve-

artigo 71, inciso IV, da CF. Conforme esclarecem Floriano de Azevedo Marques Neto, Juliana Bonacorsi de Palma, Danilo Rehem, Nara Merlotto e Yasser Gabriel, a interpretação que o TCU faz desse preceito, com amplo respaldo na doutrina, é que a Constituição Federal ineditamente atribui à Corte uma função de orientação dos órgãos e entes administrativos quanto ao modo de atuação dentro dos parâmetros da legalidade e quanto à otimização de resultados¹⁹.

De fato, em publicação da própria Corte de Contas consta a seguinte explicação sobre as auditorias operacionais:

Mediante auditorias de natureza operacional, o Tribunal avalia padrões de economicidade, eficiência e eficácia empregados no desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados e nos sistemas, ações e programas do governo federal, principalmente em áreas prioritárias, como educação, saneamento, saúde e meio ambiente. As auditorias operacionais buscam encontrar os melhores caminhos para que sejam alcançados os objetivos das ações e programas de governo, contribuindo para a redução das desigualdades sociais e para a ampliação das oportunidades do cidadão. Dessas auditorias resultam recomendações do Tribunal, destinadas a aprimorar o gerenciamento dos entes públicos e das ações e programas governamentais implementados²⁰.

Vê-se que se constrói aqui uma competência implícita da Corte. Ao se atribuir constitucionalmente a ela a atribuição de realizar auditorias operacionais, verifica-se, em especial diante das normas de auditoria internacional, que essa modelagem de auditoria se conforma com a possibilidade de emissão de recomendações, de modo a aprimorar a atividade administrativa objeto da fiscalização.

No entanto, talvez a maior problemática que permeia o instituto das recomendações, ao menos na forma como vem sendo aplicado pelo TCU, reside nas consequências no caso do seu não atendimento pela entidade controlada. Veja que a Resolução TCU n. 315/2020 nada fala sobre se haveria alguma consequência ou não no caso de não acolhimento das recomendações exaradas pela Corte. De fato, por serem justamente recomendações, não havendo a apuração de nenhuma ilegalidade, não se mostra possível que o ente estatal e/ou o gestor sofram alguma forma de punição por não acolher uma “opinião» de como aprimorar a gestão administrativa. A atuação da gestão pública não é de competência das Cortes de Contas, cabendo as deliberações aos gestores públicos, os quais, mesmo diante de más escolhas, são os verdadeiros legitimados a adotá-las.

Nessa toada, Lucas Rocha Furtado indica que as determinações são expedidas nas hipóteses de ilegalidade ou de ilegitimidade e são de adoção obrigatória, sendo que seu não

rificação da legalidade e da conformidade, podendo resultar na responsabilização mediante imputação de débitos e aplicação de multas, nas auditorias operacionais o foco é a avaliação dos programas governamentais sob os aspectos da economicidade, eficiência e efetividade, resultando na expedição de deliberações (recomendações e determinações) que visam ao aperfeiçoamento da atividade fiscalizada” (CASTRO NETO, Joaquim Alves de *et al.* Projetos como uma estratégia para o desenvolvimento sustentável da função de auditoria operacional. In: LIMA, Edilberto Carlos Pontes (Coord.). *Tribunal de Contas do século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 201).

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. Op. cit., p. 44.

²⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Conhecendo o Tribunal*: Tribunal de Contas da União. 2. ed. rev. e ampl. Brasília, DF: TCU, 2003. p. 38.

cumprimento sujeita o gestor à punição. As recomendações, expedidas pelo TCU caso este considere que outras soluções poderiam ser mais vantajosas para a gestão pública, são de adoção facultativa pelo gestor²¹. No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara elucidam que as recomendações não têm caráter cogente nem sujeitam a sanção as autoridades responsáveis, no caso de desatendimento²².

Do ponto de vista dos modais deônticos, a recomendação opera por meio da permissão e não da proibição e/ou obrigação. Uma conduta permitida (acolher ou não a recomendação exarada pelo TCU) não pode se converter, por não ter sido praticada, em obrigatória, sob pena de esvaziamento da operação lógica da permissão.

Sem embargo de todas essas considerações, que nos parecem evidentes à primeira vista, não tem sido essa a posição firmada pelo TCU. No Acórdão n. 600/2019-Plenário, por exemplo, o Tribunal esclareceu que tem se valido com frequência em suas deliberações da dinâmica de formular determinações com o objetivo de que sejam corrigidas as “irregularidades detectadas em face da afronta ao arcabouço normativo; por outro lado, quando os atos a serem adotados pelos gestores são discricionários, o Tribunal formula recomendações”. Não obstante, neste mesmo Acórdão o Tribunal de Contas aponta que as consequências pelo descumprimento das determinações e recomendações são praticamente idênticas. Segundo a Corte, “as determinações do TCU são de cumprimento obrigatório por parte dos responsáveis, e o atraso em seu cumprimento, ou descumprimento, devem ser justificados e comunicados à Corte de Contas, sob pena de responsabilização. Por sua vez, as recomendações, embora não sejam de cumprimento obrigatório, não podem ser desconsideradas pelo gestor, sem justificativas adequadas, também sob pena de responsabilização”.

Ou seja, determinações ou recomendações devem ser cumpridas (salvo se houver justificativa para o seu não atendimento), sob pena de responsabilização. Lido de outro modo: determinações e recomendações possuem, na perspectiva do TCU, sob esse aspecto do seu cumprimento ou não, o mesmo regime e consequências. Em igual sentido, ainda que enxergando como sendo uma medida positiva para conferir maior efetividade ao controle externo, Luciano Zambrota conclui que as recomendações dos Tribunais de Contas possuem um caráter normativo-vinculativo para o administrador, em especial quando se observa que o seu não atendimento pode ocasionar a aplicação de sanções²³.

Não são diferentes as premissas apresentadas por José F. F. Tavares, que, diante do ordenamento jurídico português e da linha de pensamento adotada pela Intosai (que não possuem a mesma estrutura normativa do sistema de controle brasileiro), defende que os destinatários das recomendações têm, como regra, o dever de as acatar ou acolher, somente podendo não ser atendido caso de verifiquem situações justificadas que o impossibilitem²⁴.

²¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 951.

²² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 32-37, mar. 2015. p. 35.

²³ 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, n. 28, p. 252-258, 2004. p. 257.

²⁴ TAVARES, José F. F. *Recomendações dos Tribunais de Contas*: Op. cit., p. 25.

Esse caráter cogente das recomendações também fica evidenciado quando se apura que praticamente todas as recomendações estipulam prazo para o seu atendimento. Não obstante essa prática, observa-se que a Resolução n. 315/2020 somente fala em fixação de prazo para as determinações, nada mencionando sobre as recomendações.

Esse quadro formado demonstra que tem acontecido o que Gustavo Leonardo Maia Pereira já advertia, de que o expansionismo das Instituições Fiscalizadoras Superiores acaba por transformá-las em órgãos reguladores cujas recomendações adquirem caráter mandatório²⁵, ainda que abrandadas pelo discurso que enfatiza a ideia de aperfeiçoamento do controle²⁶. Na mesma toada, Floriano de Azevedo Marques Neto, Juliana Bonacorsi de Palma, Danilo Rehem, Nara Merlotto e Yasser Gabriel apuram que na jurisprudência do TCU a diferença entre recomendações e determinações ao longo do tempo tem se tornado cada vez mais fluida. Em relação a recomendações emitidas em face de Agências Reguladoras, por exemplo, os autores expõem que as recomendações têm caráter mandatório, pois tanto o TCU tem a expectativa de que elas sejam observadas pelas Agências quanto estas se sentem vinculadas, tanto que não raro as referem como determinações. Além disso, é alto o grau de deferência das Agências Reguladoras às recomendações do TCU, qualquer que seja a sua natureza²⁷.

Ciente desse comportamento do TCU, os órgãos que recebem as recomendações acabam por atendê-las, ainda que com que elas não concordem ou avaliem não ser a Corte de Contas legitimada para emitir tais sugestões, pois sabem que, em termos pragmáticos, o seu não atendimento pode acarretar eventuais sancionamentos, ainda que indevidos, por parte do TCU.

Essa prática do Tribunal acaba sendo reforçada e reiterada, pois o próprio TCU, conforme levantamento feito por Eduardo José Grin, acredita que essa forma de atuação, por meio de recomendações, “é vista como positiva pelos gestores públicos, uma vez que as recomendações contribuem para reforçar seus pleitos de mudanças nas políticas junto aos seus superiores”²⁸.

Esse comportamento do TCU, contudo, mostra-se evidentemente inadequado, pois desconfigura o propósito e natureza da recomendação. Com o mesmo olhar crítico, Leanne Araújo Holanda de Paula Pessoa apura que há um crescente incremento das hipóteses de responsabilização, mesmo nos casos em que adentram o amplo aspecto de discricionariedade na gestão. Sustenta sobre essa constatação que há uma ilegalidade, desproporcionalidade e violação à separação dos Poderes, além de denotar um risco ao sistema democrático, ao

²⁵ Reforçando essa percepção crítica da doutrina, Giulia Tavares Murta também pontua que as recomendação da Corte de Contas, antes de sugestões, são efetivas determinações (MURTA, Giulia Tavares. Reputação institucional e deferência: uma análise da expansão dos limites de atuação do TCU e o controle sobre o Cade. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 73-93, out./dez. 2020. p. 79).

²⁶ PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?* 2019. 194p. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27366/Disserta%3a7%7c3%a3o%20-%20Gustavo%20Maia%20-%20Vers%3a3o%20Biblioteca.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 18 ago. 2022.

²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. Op. cit., p. 43.

²⁸ GRIN, Eduardo José. Controle externo e *policy making*? Uma análise da atuação da TCU na Administração Pública Federal. *Texto para discussão*, Rio de Janeiro: Ipea, set. 2020. p. 73. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/controlado_externo_e_policy_making.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

transferir o cenário de discussão da escolha pública para a Corte de Contas, que não tem legitimidade necessária para atuação política de definição da ação estatal²⁹.

A recomendação deveria funcionar como um instrumento de aproximação entre controlador e controlado, no sentido de permitir que um olhar externo e técnico confira novos subsídios e sugestões para a melhoria da atividade pública. Essa relação dialógica não pode se transmutar em comandos de caráter impositivo, confundindo-se com a própria determinação, sob pena de enfraquecer justamente essa operação cooperativa e ocasionando a perda da utilidade da recomendação como mecanismo autônomo e com propósitos próprios.

A partir do momento em que a recomendação é lida como ordem, desaparece a diferenciação nuclear entre determinação e recomendação. Haveria, nesse sentido, uma autorização para que o TCU tanto ordenasse a correção de ilegalidades, como impusesse a adoção de soluções que reputa mais adequadas dentro do campo da discricionariedade. A Corte de Contas estaria, assim, agindo como o verdadeiro gestor público, decidindo sobre competências vinculadas e discricionárias, fora dos limites que a Constituições estipula.

Curiosamente, apesar de tomar como fundamento práticas internacionais de auditorias para embasar o uso de recomendações em auditorias operacionais, o TCU parece estar seguindo um caminho diametralmente oposto a vários modelos comparados de controle. Vislumbra-se que nas auditorias operacionais realizadas pela Corte de Contas italiana, por exemplo, existe a possibilidade de se adotar instrumento semelhante à recomendação, em uma atividade essencialmente colaborativa, que não pode derivar nenhuma sanção. Veja que a figura da determinação, no sentido de comando, não pode ser adotada naquele modelo de auditoria na Itália³⁰.

Ou seja, enquanto outros modelos internacionais estabelecem em suas auditorias operacionais somente a figura da recomendação como instrumento de colaboração não-sancionatório, no modelo utilizado pelo TCU há, além da figura da determinação como mecanismo de comando, a recomendação, que cada vez mais vem se mostrando também como elemento cogente e obrigatório, apagando-se aos poucos o caráter colaborativo que lhe é próprio.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização do mecanismo das recomendações, apesar de figurar como uma construção decorrente da própria concepção e funcionalidade das auditorias operacionais (não sendo uma competência expressa do TCU) deveria se mostrar como relevante instrumento de cooperação dialógica entre o controlador e o controlado.

A problemática parece residir, contudo, ainda na compreensão não muito clara sobre a função da recomendação, vindo a ser comumente confundida com determinações, por

²⁹ PESSOA, Leanne Araújo Holanda de Paula. A competência do Tribunal de Contas da União: o fenômeno do deslocamento da discricionariedade da administração pública, sob pena de responsabilização. In: CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; CABRAL, Angélica Mota (Orgs.). *A competência do Tribunal de Contas da União: o fenômeno do deslocamento da discricionariedade da administração pública, sob pena de responsabilização*. 1. ed. Fortaleza: Mucuripe, 2019. p. 105-106.

³⁰ TRISTÃO, Conrado. Determinações do TCU em fiscalização operacional? *Jota*, 28 ago. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/determinacoes-do-tcu-em-fiscalizacao-operacional-28082019> Acesso em: 25 mar. 2022.

vezes em descumprimento ao próprio regramento interno do Tribunal de Contas da União, notadamente a Resolução TCU n. 315/2020.

Além disso, a própria jurisprudência da Corte, ainda que buscando diferenciar a determinação da recomendação, tem aproximado o seu regime, impondo prazo para o atendimento das recomendações e, inclusive, fixando sanções para o caso do seu não acolhimento de maneira injustificada, tudo isso sem que haja qualquer previsão normativa a esse respeito e ao arpejo da própria natureza e função das recomendações.

As próprias determinações, que possuem um contorno normativo mais claro, são invocadas, não raras vezes, dentro de um comportamento ativista do Tribunal, no qual a Corte, extrapolando os limites interpretativos ou mesmo de competência, vislumbra ilegalidades que acarretam naquelas determinações.

É necessário, portanto, o aprimoramento, reflexão e compreensão sobre os instrumentos da determinação e recomendação nas Cortes de Contas, de modo a qualificar o controle e seus resultados, sem que isso implique vulnerar normas jurídicas e/ou desconfigurar institutos cooperativos entre controlador e controlado.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. Recomendações do TCU geram economia em obras da Copa. *Radio Agência Nacional*, 24 mar. 2014. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2014-03/recomendacoes-do-tcu-geram-economia-em-obras-da-copa?editoria_id=All&page=4?download&file-name=. Acesso em: 18 ago. 2022.

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: 15 ago. 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Recomendações para transparência de contratações emergenciais em resposta à Covid-19*. Brasília, DF: Transparência Internacional, 2020. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/86:tibr-recomendacoes-de-contratacoes-emergenciais-covid19?stream=1>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Resolução n. 315, de 22 de abril de 2020*. Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520315/%2520/score%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Resolução n. 246, de 30 de novembro de 2011*. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU n. 155, de 4 de dezembro de 2002. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/29/E5/AE/F5/9CB3C710D79E7EB7F18818A8/BTCU_1_de_2_1_2020_Especial_RITCU.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo: Thomson Reuters; Livraria RT, v. 5, n. 16, p. 215-257, jan./mar. 2021. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/264>. Acesso em: 18 ago. 2022.

CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CABRAL, Flávio Garcia. *O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2014.

CAMPOS, Sandra Maria de Carvalho. Implementação das recomendações de uma auditoria governamental. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 11, nov. 2002.

CASTRO NETO, Joaquim Alves de *et al.* Projetos como uma estratégia para o desenvolvimento sustentável da função de auditoria operacional. In: LIMA, Edilberto Carlos Pontes (Coord.). *Tribunal de Contas do século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 191-219.

FIRMO FILHO, Alípio Reis. Recomendar ou determinar??? *Audicon*, 2014. Disponível em: <http://www.audicon.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/09/RECOMENDAR-OU-DETERMINAR.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GRIN, Eduardo José. Controle externo e *policy making*? Uma análise da atuação da TCU na Administração Pública Federal. *Texto para discussão*, Rio de Janeiro: Ipea, set. 2020. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/controle_externo_e_policy_making.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80048/76583>. Acesso em: 18 ago. 2022.

MURTA, Giulia Tavares. Reputação institucional e deferência: uma análise da expansão dos limites de atuação do TCU e o controle sobre o Cade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 73-93, out./dez. 2020.

OLIVEIRA, Weder de. Precisamos falar sobre contas...: uma nova perspectiva sobre a apreciação das contas anuais do Presidente da República pelo Congresso Nacional mediante parecer prévio do Tribunal de Contas da União. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 195, p. 53-75, mar. 2018.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?* 2019. 194p. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27366/Disserta%20c3%a7%20a3o%20-%20Gustavo%20Maia%20-%20Vers%20c3%a3o%20Biblioteca.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 18 ago. 2022.

PESSOA, Leanne Araújo Holanda de Paula. A competência do Tribunal de Contas da União: o fenômeno do deslocamento da discricionariedade da administração pública, sob pena de responsabilização. In: CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; CABRAL, Angélica Mota (Orgs.). *A competência do Tribunal de Contas da União: o fenômeno do deslocamento da discricionariedade da administração pública, sob pena de responsabilização*. 1. ed. Fortaleza: Mucuripe, 2019. p. 85-110.

REIS, Fernando Simões dos. Novas perspectivas para o controle da discricionariedade administrativa pelo Tribunal de Contas da União em auditorias operacionais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 239-275, jan./fev. 2015.

ROSILHO, André J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/publico/Andre_Rosilho_Controla_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022.


SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública* – FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 32-37, mar. 2015.

TAVARES, José F. F. *Recomendações dos Tribunais de Contas: conceito, natureza e regime*. Coimbra: Almedina, 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Conhecendo o Tribunal: Tribunal de Contas da União*. 2. ed. rev. e ampl. Brasília, DF: TCU, 2003.

TRISTÃO, Conrado. Determinações do TCU em fiscalização operacional? *Jota*, 28 ago. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/determinacoes-do-tcu-em-fiscalizacao-operacional-28082019> Acesso em: 25 mar. 2022.

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, n. 28, p. 252-258, 2004.



Os regimes jurídicos dos servidores públicos em face das mudanças constitucionais e interpretações do STF

Florivaldo Dutra de Araújo

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Administrativo na Universidade Federal de Minas Gerais.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os regimes jurídicos dos servidores antes da Constituição de 1988. 3 O regime jurídico único na primeira década de vigência da Constituição de 1988. 4 A tentativa de extinção do regime único pela EC 19/1998. 5 O retorno do regime jurídico único. 6 O regime único face a novas figuras normativas e recentes interpretações do STF. 7 O regime único na visão mais recente do STF. 8 A PEC 32/2020 e a proposta de novos regimes jurídicos dos servidores. 9 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é traçar um panorama do desenvolvimento, no direito brasileiro, dos regimes jurídicos dos servidores públicos civis da administração direta e autárquica.

Esse panorama incluirá referências às normas constitucionais e legais, assim como aos pronunciamentos mais relevantes do Supremo Tribunal Federal (STF) desde a promulgação da Constituição de 1988. Ao final, também será analisada a mais recente Proposta de Emenda Constitucional (PEC 32/2020), em tramitação no Congresso Nacional.

O objetivo é o de traçar um balanço das diversas tentativas de conformar a gestão de pessoal na administração pública brasileira, confrontando-as criticamente em face dos princípios constitucionais informadores do Estado brasileiro.

2 OS REGIMES JURÍDICOS DOS SERVIDORES ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1934 foi, no Brasil, a primeira a trazer uma parte especificamente dedicada aos servidores públicos, então denominados *funcionários públicos* (Título VII, arts. 168 a 173).

Trata-se do primeiro esforço de sistematização dos direitos e deveres básicos dessa categoria de agentes públicos, refletido também na previsão, contida no art. 170, de que “O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos”.

Até então, a escassez de normas, constitucionais e legais, relativas aos funcionários públicos em geral, bem como o casuismo na criação de cargos e na regulamentação dos direitos e deveres, haviam sido as características principais de um rudimentar quadro normativo nessa matéria, que marcou o período imperial e a República Velha.¹

¹ SILVA, Domingos Carvalho da. O servidor público na legislação do primeiro reinado. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 108, n. 1, p. 187-199, jan./abr. 1973. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/>

No plano infraconstitucional, a busca de sistematização indicada pela Constituição de 1934 foi seguido pela Lei 284, de 28 de outubro de 1936, que reajustou os vencimentos do funcionalismo civil da União e estabeleceu providências visando à organização da função pública. Destaca-se o seu art. 51, com a determinação de que os “serviços públicos” deveriam “ser constituídos por um núcleo reduzido de funcionários de quadro”, destinados às “funções de maior responsabilidade”, ao passo que as “funções auxiliares” deveriam “ser executadas por pessoal extranumerário”.

De Plácido e Silva registra que os extranumerários “São os empregados ditos contratados, mensalistas, diaristas, nomeados ou admitidos em caráter temporário, segundo a natureza e a necessidade do serviço.”².

A concepção prevalecente, à época, era de que os denominados *funcionários públicos* tinham como traço peculiar o caráter de permanente exercício das funções administrativas e que somente a eles se dirigia o referido art. 170 da Constituição de 1934.³

Na vigência desse texto constitucional foi elaborado o anteprojeto do Estatuto, que não chegou a ser remetido ao Poder Legislativo. Sobreveio antes a Carta de 1937, que inaugurou a ditadura do Estado Novo. Na vigência desta, foi editado o Decreto-lei 1.713, de 28 de outubro de 1939, cuja ementa refere-se ao *Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União*. Contudo, no rumo centralizador do Estado Novo, seu art. 1º contém a previsão de sua aplicabilidade também “no que couber”, aos funcionários “da Prefeitura do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios”.

Durante quase duas décadas e meia, verificou-se a dicotomia *funcionários públicos e extranumerários* no serviço público brasileiro. Nesse período, vários textos legais estenderam aos extranumerários diversos direitos antes exclusivos dos funcionários públicos. Esse período culmina com a edição de novo Estatuto, veiculado pela Lei 1.711, de 28 de outubro de 1952, cujo art. 252 estendeu as normas estatutárias “aos extranumerários amparados pelo art. 23 das Disposições Transitórias da Constituição de 1946” e “aos demais extranumerários, aos servidores das autarquias e aos serventuários da Justiça, no que couber”. O referido art. 23 havia favorecido aos extranumerários que exerciam “função de caráter permanente há mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação”, os quais foram “equiparados aos funcionários, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias”.

Porém, também nesse quarto de século, iniciara-se com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943) a introdução do regime trabalhista na administração pública. Isso se deu em decorrência do art. 7º, que excluía a aplicação da CLT aos “servidores de autarquias administrativas cujos empregados estejam sujeitos a

article/download/2423/1312/6925. Acesso em: 19 ago. 2022. URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1960. p. 117-125. OURO PRETO, Luiz Vicente B. de. Evolução do regime legal dos funcionários públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro-São Paulo, v. 1, p. 336-346, jan. 1945. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8364>. Acesso em: 19 ago. 2022.

² SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 341.

³ CARNEIRO, Alaim de Almeida. O estatuto dos funcionários públicos civis da união e a legislação posterior. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro-São Paulo, v. 1, n. 1, p. 330-336, jan. 1945. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8363>. Acesso em: 19 ago. 2022.

regime especial de trabalho, em virtude de lei”. *A contrario sensu*, não existindo lei contentora desse regime especial, poderia a CLT aplicar-se a tais empregados.

Mas foi a Lei 1.890, de 13 de junho de 1953, aquela que iniciaria significativo avanço da legislação trabalhista no âmbito da função pública. O seu art. 1º determinou a aplicação de diversos dispositivos da CLT aos “mensalistas e diaristas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das entidades autárquicas, que trabalhem nas suas organizações econômicas comerciais ou industriais em forma de empresa e não forem funcionários públicos ou não gozarem de garantias especiais”.

Seguiram-se outros textos legais prevendo a aplicação do direito do trabalho a parcelas do pessoal administrativo, tais como a Lei 3.780, de 12 de julho de 1960, no tocante ao “pessoal temporário e de obras” (art. 24), e o Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, em relação a técnicos especializados e consultores técnicos (arts. 96 e 97). Essas hipóteses de contratação trabalhista também foram previstas no art. 104 da Constituição de 1967.

A opção mais ampla pelo regime trabalhista veio com a Lei 6.185, de 11 de dezembro de 1974, segundo a qual o regime estatutário passava a ser aplicado apenas aos que exercessem “atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e contribuições previdenciárias, e no Ministério Público” (art. 2º). Para as demais atividades, somente se admitiriam agentes regidos pela legislação trabalhista (art. 3º).

O rumo adotado pela União influenciou políticas de pessoal semelhantes nos Estados e Municípios.

O incremento do regime trabalhista levou a que a maioria dos servidores da Administração Pública direta e autárquica se tornasse composta de agentes regidos pelo direito do trabalho.

Não obstante os critérios estabelecidos legalmente para determinar o regime a que se submeteria cada categoria de agentes, eles foram constantemente descumpridos, levando à existência de servidores que, exercendo funções idênticas ou assemelhadas, prestando serviços para a mesma pessoa ou no mesmo órgão, eram regidos por normas diferentes.

Era esse o panorama com que se deparou a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e que a levou a determinar no *caput* do art. 39: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”.

3 O REGIME JURÍDICO ÚNICO NA PRIMEIRA DÉCADA DE VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Promulgada a Constituição Federal (CF) de 1988, surgiu dissenso entre os estudiosos acerca da natureza do regime jurídico único a ser implantado.

Para alguns, como o regime jurídico não teve sua natureza definida pela Constituição, deixou-se aos entes estatais a opção pelo regime estatutário ou trabalhista.⁴

⁴ MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 62. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 311. SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. p. 42-57.

Outra corrente defende a natureza necessariamente estatutária do regime único.⁵

Uma terceira posição é a defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, que faz leitura mais flexível do art. 39 da CF.

Conforme seu pensamento, o regime jurídico não teria de ser necessariamente igual para todos os servidores das pessoas componentes da administração direta, autárquica e fundacional. Poderia haver servidores regidos por normas estatutárias e outros, sujeitos à lei trabalhista, desde que, compondo esse conjunto de regras um regime, seja ele uniformemente aplicável em todos os entes mencionados no art. 39 da CF, dentro de cada esfera política.

Como fundamento, alega o autor que as várias referências a “cargos e empregos” na parte permanente do Texto Constitucional impossibilitam que se chegue à conclusão de estar o regime trabalhista excluído da Administração Pública. Exemplos são o art. 51, IV, e o art. 52, XIII, que estabelecem a hipótese de “criação”, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, de “empregos [...] de seus serviços”, e o art. 61, §1.º, II, a, tratando da iniciativa privativa do Presidente da República quanto às leis que disponham sobre “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”.

Ao admitir, no entanto, a convivência de servidores regidos por estatuto próprio (que chama também de “regime de cargo”), ao lado de outros, destinatários de normas trabalhistas (ou “regime de emprego”), procura Bandeira de Mello traçar limites à aplicação de um e outro tipo de normas conforme a natureza dos serviços a serem prestados.

O regime estatutário deveria ser o “regime normal dos servidores públicos civis”, pelo fundamento de que “este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão-só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores são os próprios instrumentos da atuação do Estado.”

A legislação trabalhista poderia ser aplicada aos servidores ocupados em atividades “que – mesmo desempenhadas sem as garantias específicas do regime de cargo – não comprometeriam os objetivos (já referidos) em vista dos quais se impõe o regime de cargo como sendo o normal, o prevalente”. Essas atividades correspondem “à prestação de *serviços materiais subalternos*, próprias dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros ou mesmo de mecanógrafos, digitadores etc., pois o modesto âmbito da atuação destes agentes não introduz riscos para a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados caso lhes faltem as garantias inerentes ao regime de cargo”⁶.

A concepção de Bandeira de Mello teve adesão de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), como parte da fundamentação do acórdão exarado no julgamento da

⁵ DALLARI, Adílson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 46-50. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 386-388. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990. p. 33-52. ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Regime jurídico único do servidor público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990. p. 56-76. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *O novo servidor público: regime jurídico único*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 35-41.

⁶ As citadas passagens de Bandeira de Mello estão expostas em seu livro: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 214-219.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 492, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 240, alíneas *d* e *e*, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, instituidora do regime único dos servidores federais. Essas alíneas asseguravam aos servidores públicos civis, respectivamente, os direitos de negociação coletiva e de ajuizamento de ações individuais e coletivas perante a Justiça do Trabalho.⁷

Para fundamentar o entendimento de que a natureza necessariamente estatutária do regime único, acolhida pela Lei 8.112/1990, implicava na inconstitucionalidade dos referidos dispositivos e, ao mesmo tempo, conciliar essa natureza estatutária com as várias referências a “empregos públicos” em dispositivos da CF relativos à administração direta e autárquica, os Ministros Carlos Velloso (relator) e Ilmar Galvão externaram suas posições com base em Bandeira de Mello.⁸ Essa linha de fundamentação não foi expressamente abordada, mas também não foi contestada por qualquer dos demais julgadores, à exceção do Ministro Marco Aurélio, que defendeu a tese de que o regime estatutário, em sua concepção tradicional, fora afastado pela Constituição de 1988, em prol de regime necessariamente bilateral.

No plano legislativo, a instituição do regime jurídico único não se verificou em diversos estados e municípios. Em parte dos que o estabeleceram, optou-se pelo regime estatutário, mas em outros o regime trabalhista continua a ser adotado.

4 A TENTATIVA DE EXTINÇÃO DO REGIME ÚNICO PELA EC 19/1998

A Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, é conhecida como “Emenda da Reforma Administrativa”. Trata-se do principal instrumento normativo pelo qual se buscou, naquela década, por iniciativa do Governo Federal, estabelecer a chamada *administração pública gerencial*, que deveria substituir a *administração pública burocrática*.

No documento oficial de apresentação do programa de reforma afirma-se:

pretende-se reforçar a governança – a capacidade de governo do Estado – através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão.⁹

⁷ A decisão foi assim ementada: “Constitucional. Trabalho. Justiça do trabalho. Competência. Ações dos servidores públicos estatutários. C.F., arts. 37, 39, 40, 41, 42 e 114. Lei n. 8.112, de 1990, art. 240, alíneas ‘d’ e ‘e’. I - Servidores públicos estatutários: direito a negociação coletiva e a ação coletiva frente a Justiça do Trabalho: inconstitucionalidade. Lei 8.112/90, art. 240, alíneas ‘d’ e ‘e’. II - Servidores públicos estatutários: incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos seus dissídios individuais. Inconstitucionalidade da alínea ‘e’ do art. 240 da Lei 8.112/90. III - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 492, Tribunal Pleno, Relator: Carlos Velloso, julgado em 12/11/1992, DJ 12/03/1993, p. 3557.)

⁸ O relator assim se expressou: “os servidores que podem ser admitidos pela Consolidação das Leis do Trabalho — e o Professor Celso Antônio chama a atenção para esse caso — evidentemente não estarão no Regime Único. São os contratados para obras públicas, os que exercem funções puramente materiais; serão servidores da União Federal, das autarquias, das fundações públicas federais sob regime contratual, que terão seus dissídios julgados, evidentemente, pela Justiça do Trabalho”.

⁹ BRASIL. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. p. 13. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

No que toca ao regime jurídico único, afirma-se que ele “retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta.”. Além disso,

a rigidez excessiva do processo de contratação e demissão do servidor (agravada a partir da criação do Regime Jurídico Único), tidas como as características marcantes do mercado de trabalho do setor público, terminam por inibir o desenvolvimento de uma administração pública moderna, com ênfase nos aspectos gerenciais e na busca de resultados¹⁰.

Por tais razões, a EC 19/1998 revogou a redação original do *caput* do art. 39 da CF, substituindo-a pela seguinte: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”.

Como desdobramento da EC 19/1998, foi aprovada a Lei Federal n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que reintroduziu o regime de emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional.

5 O RETORNO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO

Promulgada a EC 19/1998, contra ela foi proposta a ADI 2.135, para impugnar, entre outros dispositivos, a nova redação dada ao *caput* do art. 39.

Em votação iniciada em 2001 e somente concluída em 2007, o STF, por maioria, em razão de possível vício no processo legislativo, deferiu parcialmente medida cautelar para suspender a eficácia da nova redação do *caput* do art. 39 da CF, dada pela EC 19/1998, com efeitos *ex nunc*, a partir desse julgamento.¹¹ Aguarda-se, agora, o julgamento de mérito.

Com isso, voltou a vigorar a redação originária do *caput* do art. 39 da CF.

6 O REGIME ÚNICO FACE A NOVAS FIGURAS NORMATIVAS E RECENTES INTERPRETAÇÕES DO STF

A reinstauração do texto primevo do *caput* do art. 39 da CF poderia conduzir à conclusão de que o STF teria afirmado uma concepção rígida do regime jurídico único, de modo a afastar qualquer possibilidade de adoção do regime trabalhista na administração direta e autárquica.

¹⁰ BRASIL. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Op. cit., p. 21; p. 36.

¹¹ Registra-se na ementa do acórdão: “1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos, e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do §2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não-aprovação do DVS 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional.” (ADI 2.135 - MC, Tribunal Pleno, Relatora p/ acórdão: Ellen Gracie, julgado em 02/08/2007, Dje-041, divulgado em 06/03/2008).

Contudo, além de não haver manifestação do STF nesse sentido, há também que se considerar, por um lado, que o próprio texto constitucional, após a prolação do acórdão, sofreu alterações que, direta ou indiretamente, caminham contra tal concepção rígida. Por outro lado, como já demonstrado, mesmo na fundamentação do acórdão da ADI 492 há afirmações, especialmente no voto do relator, que já admitiam a convivência dos regimes estatutário e trabalhista, nos moldes defendidos por Bandeira de Mello. E essa visão mais aberta foi também reafirmada pela maioria dos ministros do STF, em decisão mais recente. Neste tópico, cuidaremos das referidas mudanças constitucionais. No próximo, da manifestação do STF.

A Emenda Constitucional n. 51, de 14 de fevereiro de 2006, acrescentou os §4º, 5º e 6º ao art. 198 da CF, para tratar dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias. O §5º determina que “Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.”¹².

Decorre logicamente desse dispositivo e das demais regras inseridas no art. 198 que essas duas espécies de agentes foram criadas com peculiaridades que os singularizam perante as demais categorias de servidores públicos, o que restou reafirmado na Lei n. 11.350, de 05 de outubro de 2006, que regulamenta o citado §5º.

Quanto ao regime jurídico, o art. 8º dessa Lei determina que os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias “submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.”

Assim, ainda que os demais servidores civis se submetam a regime estatutário, esses agentes estarão sob regime trabalhista, salvo determinação em contrário de lei local.

Outra alteração importante foi a que deu nova redação ao art. 241 da CF, para estabelecer a possibilidade de os entes estatais criarem consórcios públicos para gestão associada de serviços públicos.¹³

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei n. 11.107, de 06 de abril de 2005, que estabelece normas gerais relativas aos consórcios públicos.

Essa Lei prevê a possibilidade de criação de duas espécies de consórcios públicos, conforme o seu regime jurídico: associação de direito público ou associação de direito privado.

Originariamente, o §2º do art. 6º estabelecia que, se o consórcio tivesse personalidade jurídica de direito privado, o seu pessoal seria regido pela CLT. Porém, o art. 4º da mesma Lei, ao arrolar as “cláusulas necessárias do protocolo de intenções” para criação

¹² Posteriormente, a EC n. 63, de 04/02/2010, alterou a redação desse §5º, que passou a dispor: “Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.”

¹³ “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

do consórcio, determina no inc. IX que essas incluem “o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

O silêncio do referido art. 6º em relação aos consórcios com personalidade de direito público, associado à previsão do art. 4º, IX, gerou dúvida interpretativa, acerca da possibilidade, ou não, de tais consórcios contratarem seu pessoal pelo regime trabalhista.

Essa dúvida levou à alteração do §2º do art. 6º pela Lei n. 13.822, de 03 de maio de 2019, que passou a determinar exclusivamente o vínculo trabalhista para o pessoal dos consórcios públicos, independentemente da natureza de sua personalidade.¹⁴

Trata-se de providência adequada ao perfil jurídico e funcional dos consórcios públicos. Sendo eles associações de diversas entidades estatais e tendo elas autonomia para estabelecer os estatutos para seus respectivos servidores públicos, excessivamente complexa seria a regulação do pessoal dos consórcios de direito público, caso não fosse ele regido pelo direito do trabalho. Teriam todos os entes consorciados que aprovar leis contendo normas estatutárias comuns aos servidores dos consórcios de que participassem. Ou teriam esses entes de ceder seus próprios servidores para atuarem junto à associação, evitando a admissão de pessoal pelo próprio consórcio.

Ademais, se admitissem servidores de regime estatutário e eles viessem a adquirir estabilidade, nos termos do art. 41 da CF, a extinção do consórcio obrigaria os entes associados a integrarem tais servidores em seus respectivos quadros de pessoal, ainda que deles não necessitassem depois dessa extinção.¹⁵

Além dessas duas situações decorrentes de alterações no texto constitucional, há outras, específicas do âmbito federal e decorrentes de leis, que implicaram, mesmo após a promulgação da CF, a coexistência de servidores de regime trabalhista, paralelamente àqueles de vínculo estatutário, regidos pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Tratemos, inicialmente, dos quadros de pessoal das entidades fiscalizadoras de profissões, que são criadas por lei, sob a forma de autarquias corporativas.

O §3º do art. 58 da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, determina que “Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.”. Além dessa disposição dirigida genericamente a tais entidades, diversas leis relativas a determinados conselhos profissionais, anteriores ou posteriores à Constituição de 1988, também preveem o regime trabalhista para os respectivos quadros de pessoal.

¹⁴ “§2º. O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.”

¹⁵ Por essa e outras razões, desde a redação originária da Lei 11.107/2005, doutrinadores já defendiam o regime trabalhista como o único cabível para os consórcios públicos, mesmo aqueles com natureza de direito público, a exemplo de Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 80-82).

Em razão da natureza autárquica dessas entidades, o Ministério Público Federal (MPF), por meio da ADI n. 5.367 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 367, requereu a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais que previam o regime trabalhista, com o objetivo de submeter o pessoal desses conselhos ao regime estatutário, regulado pela Lei 8.112/1990. A matéria foi objeto, também, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 36.

Por maioria de votos, o STF entendeu pela constitucionalidade de todas as leis questionadas, conforme o voto do Ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual os conselhos profissionais são autárquicos com “maior grau de autonomia administrativa e financeira, constituindo espécie *sui generis* de pessoa jurídica de direito público não estatal, a qual não se aplica a obrigatoriedade do regime jurídico único preconizado pelo artigo 39 do texto constitucional.”¹⁶

Outra situação é a dos anistiados pela Lei n. 8.878, de 11 de março de 1994, que, conforme seu art. 1º, aplica-se “aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União” que, na condição de titulares de cargo de provimento efetivo ou de empregos permanentes, no período entre 16/03/1990 e 30/09/1992 tenham sido desligados da administração pública com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa; ou por motivação política; ou em razão de greve.

O art. 2º determina que “O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação [...]”.

Assim, aqueles que eram vinculados a empregos públicos, regidos pela legislação trabalhista, retornaram à atividade nesta situação, formando um quadro de pessoal a ser extinto gradativamente, à medida que seus integrantes passarem à inatividade ou se desligarem dos respectivos empregos por outras razões. Embora vários tenham buscado no Judiciário a transformação de seus empregos em cargos e consequente submissão ao regime estatutário, a jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quanto do STF, consolidou-se pela improcedência de tais pleitos.¹⁷

¹⁶ ADI 5367, Tribunal Pleno, relator p/ acórdão: Alexandre de Moraes, julgado em 08/09/2020, DJe 272, divulgado em 13/11/2020. No mesmo sentido: ADC 36, Tribunal Pleno, relator p/ acórdão: Alexandre de Moraes, julgado em 08/09/2020, DJe 272, divulgado em 13/11/2020. ADPF 367, Tribunal Pleno, relator p/ acórdão: Alexandre de Moraes, julgado em 08/09/2020, DJe 272, divulgado em 13/11/2020.

¹⁷ A título ilustrativo, confira-se a seguinte manifestação do STJ: “A Lei 8.878/94 determina que o retorno ao serviço público dos empregados públicos anistiados deve se dar no mesmo regime jurídico a que estavam submetidos antes da demissão ou dispensa, não sendo lícita a transposição para o Regime Jurídico Único federal. Precedentes: MS 6.336/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 22.5.2000; MS 7.857/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 25.3.2002; MS 12.781/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 4.8.2008.” (MS 14.828, Primeira Seção, relator: Benedito Gonçalves, julgado em 08/09/2010, DJe de 14/9/2010.) Confira-se, também, o seguinte pronunciamento do STF: “[...] 3. Anistia. Lei 8.878/1994. Pretensão de transposição do regime celetista para o regime estatutário, estabelecido na Lei 8.112/1990. 4. Impossibilidade. Acórdão recorrido de acordo com a jurisprudência firmada por esta Corte, no sentido de que a reintegração de empregado público anistiado deve ser feita em observância ao regime a que estava submetido quando da sua admissão. Precedentes. [...]” (ARE 1170620 AgR, Segunda Turma, relator: Gilmar Mendes, julgado em 10/05/2019, DJe-103, divulgado em 16/05/2019).

Com isso, tem-se a continuidade da convivência, na administração pública, dos regimes estatutário e trabalhista. Porém, diversamente do que ocorreu no passado, essas situações diferenciadas são justificadas por circunstâncias específicas que levaram à adoção dos distintos vínculos. Até o momento, no âmbito federal, não nos parece haver a situação algo caótica que caracterizava a diversidade de regimes de pessoal anterior à Constituição de 1988.

Mas o STF deu um passo a mais no rumo de uma concepção mais flexível do regime jurídico único, como se analisará em seguida.

7 O REGIME ÚNICO NA VISÃO MAIS RECENTE DO STF

Para além das situações específicas já analisadas, o STF veio a reconhecer, de modo mais amplo, a possibilidade da coexistência dos regimes estatutário e trabalhista na administração pública direta e autárquica, sem que isso represente ofensa ao *caput* do art. 39 da CF.

Essa manifestação ocorreu no processo relativo à ADI 5.615, por meio da qual o Ministério Público Federal impugnava duas leis complementares do Estado de São Paulo, que criaram milhares de empregos públicos na Universidade de São Paulo (USP).

Cabe registrar que vigora no Estado de São Paulo a Lei n. 10.261, de 28/10/1968, que contém o “Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado”, aplicável à administração direta. O art. 2º determina que “As disposições desta lei não se aplicam aos empregados das autarquias, entidades paraestatais e serviços públicos de natureza industrial, ressalvada a situação daqueles que, por lei anterior, já tenham a qualidade de funcionário público.”.

Conforme o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que refletiu a posição majoritária do STF, a impugnação do MPF foi julgada improcedente, pelas seguintes razões:

1) o *caput* do art. 39 da CF, ao prever o regime jurídico único, “não pretendeu impor, necessariamente, a adoção do regime estatutário para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”, tendo em vista que a interpretação sistemática do texto constitucional deve levar a que nos atentemos para outros dispositivos do mesmo texto, que preveem a possível existência de empregos públicos, assim como de cargos, no âmbito da administração direta e autárquica, tais como o art. 38, incs. I, II e III¹⁸, assim como o art. 61, §1º, II, “a”¹⁹;

2) disso decorre competir a cada ente estatal determinar, por meio de lei em sentido estrito, o regime jurídico de seus servidores, escolhendo entre o vínculo estatutário ou o trabalhista, desde que haja observância da isonomia, ou seja, a intenção do Constituinte, ao redigir o *caput* do art. 39 da CF foi “evitar disparidades entre servidores que atuam numa mesma realidade dentro de uma mesma estrutura federativa”;

3) o *caput* do art. 39 da CF é norma de eficácia limitada, ou seja, exige, para completa produção de efeitos, a edição de lei infraconstitucional, o que não ocorreu ainda no Estado de

¹⁸ Referem-se ao “servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo” disciplinando a necessidade de afastamento “de seu cargo, emprego ou função”, ou, no caso do vereador, a compatibilização do exercício do mandato com o respectivo “cargo, emprego ou função”, caso haja compatibilidade de horários.

¹⁹ Prevê a “iniciativa privativa do Presidente da República” para “as leis que: [...] II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”.

São Paulo, cujo estatuto de servidores civis somente se aplica à administração direta, vigoram simultaneamente diversas leis que adotam o regime trabalhista para autarquias estaduais, inclusive a USP. Segundo Moraes, esse quadro “apesar de se mostrar como uma situação constitucionalmente indesejável, não possui o condão de censurar as normas que estipularem um ou outro regime enquanto perdurar essa situação de mora legislativa.”

Essa fundamentação, particularmente no tocante à possibilidade de escolha do legislador entre o vínculo estatutário ou o trabalhista, condicionada à observância da isonomia, aproxima-se da tese defendida por Bandeira de Mello e aponta para certa flexibilidade na interpretação do *caput* do art. 39 da CF. Porém, no caso concreto analisado na ADI 5.615, essa tese parece-nos apresentar um ponto fundamental de contrariedade com o voto de Moraes, no que toca à exigência da isonomia.

Com efeito, para Bandeira de Mello, a finalidade do art. 39 da CF é impor, para todas as pessoas políticas da Federação, que na administração direta e na administração indireta haja “uma uniformidade de regime para seus servidores.”. E o autor explica: “inadmite-se que quaisquer destas pessoas adotem para si um dado regime e atribuam à autarquia tal, à autarquia qual ou à fundação tal, diferentes regimes, criando uma pluralidade deles como ocorria antes da Constituição de 1988.”²⁰

Esse parâmetro de coerência, fundado na isonomia, não permitiria que servidores exercentes de mesmas atribuições estivessem sujeitos a distintos regimes jurídicos. Mas é o que pode ocorrer no Estado de São Paulo, no qual a totalidade dos servidores da administração direta é regida pelo estatuto dos funcionários civis, ao passo que a USP e outras autarquias têm quadros de servidores sujeitos ao regime trabalhista.

De todo modo, o argumento de Moraes, fundado na eficácia limitada do *caput* do art. 39 da CF, de modo a não vedar “as normas que estipularem um ou outro regime enquanto perdurar essa situação de mora legislativa”, torna de menor relevo, no caso versado na ADI 5.615, o requisito da observância da isonomia entre servidores de mesmas atribuições, tendo em vista que tal condição seria necessária para a instituição do regime único, o que ainda não ocorreu em São Paulo.²¹

8 A PEC 32/2020 E A PROPOSTA DE NOVOS REGIMES JURÍDICOS DOS SERVIDORES

Em setembro de 2020, o Governo Federal encaminhou ao Poder Legislativo a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 32, com o propósito de alterar diversas normas constitucionais relativas à organização administrativa e aos servidores públicos.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 216.

²¹ Isso, sem prejuízo de que o argumento relativo à isonomia entre os servidores da administração pública direta e indireta, exercentes de atribuições de mesma natureza, possa ser defendido, independentemente da instituição do regime único. Porém, essa tese não nos parece promissora, pois a posição da jurisprudência brasileira, especialmente do STF, tem sido a de negar a extensão de direitos de servidores da administração direta para a administração indireta e vice-versa, ou mesmo entre servidores da mesma pessoa jurídica, pressupondo que somente o legislador pode estabelecer os direitos e deveres dos servidores públicos. Nesse contexto, quanto à remuneração, vigora a Súmula Vinculante n. 37, que dispõe: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”

Trataremos aqui daquelas relativas ao regime jurídico dos servidores.

A PEC 32/2020 propõe-se a modificar o conteúdo atual do *caput* do art. 39 da CF, excluindo a obrigatoriedade de instituição do regime único. O novo conteúdo desse dispositivo seria a previsão de que diversas matérias, relativas aos servidores públicos, tornar-se-iam objeto de normas gerais, a serem estabelecidas por lei complementar federal. Tais normas versariam sobre gestão de pessoas, política remuneratória e de benefícios, ocupação de cargos de liderança e assessoramento, organização da força de trabalho no serviço público, progressão e promoção funcionais, desenvolvimento e capacitação de servidores e duração máxima da jornada para fins de acumulação de atividades remuneradas. Os entes federativos teriam competência para editar suas próprias normas atinentes a tais matérias, mas de modo suplementar, desde que sem contrariedade às normas gerais editadas pela União.

Por outro lado, propõe-se incluir na CF o art. 39-A, determinando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição, no âmbito de sua competência, de “regime jurídico de pessoal”, que deverá compreender dois tipos de “vínculos” e três tipos de “cargos”: o “vínculo de experiência, como etapa de concurso público” e o “vínculo por prazo determinado”; o “cargo com vínculo por prazo indeterminado”, o “cargo típico de Estado” e o “cargo de liderança e assessoramento”.

O §1º do art. 39-A prevê que “Os critérios para definição de cargos típicos de Estado serão estabelecidos em lei complementar federal.”. Na exposição de motivos da PEC, afirma-se que o *cargo típico de Estado* “será restrito aos servidores que tenham como atribuição o desempenho de atividades que são próprias do Estado, sensíveis, estratégicas e que representem, em grande parte, o poder extroverso do Estado”.

A exposição de motivos também afirma que o *cargo com vínculo por prazo indeterminado* será aquele destinado ao “desempenho de atividades contínuas, que não sejam típicas de Estado, abrangendo atividades técnicas, administrativas ou especializadas e que envolvem maior contingente de pessoas”.

Quanto aos *cargos de liderança e assessoramento*, conforme a nova redação proposta para o inc. V do art. 37 da CF, “serão destinados às atribuições estratégicas, gerenciais ou técnicas”. A exposição de motivos registra que tal cargo “corresponderá não apenas aos atuais cargos em comissão e funções de confiança, mas também a outras posições que justifiquem a criação de um posto de trabalho específico com atribuições estratégicas, gerenciais ou técnicas.”.

O *vínculo de experiência* é proposto como etapa dos concursos públicos que deverão ser realizados para investidura em cargos com vínculo por prazo indeterminado e em cargos típicos de Estado, sucedendo à etapa de provas ou provas e títulos. A aprovação no concurso dependerá de desempenho satisfatório no período do vínculo de experiência, que será de, no mínimo, um ano para cargos com vínculo por prazo indeterminado e dois anos para cargos típicos de Estado.

A PEC 32/2020 propõe também alterar a redação do art. 41 da CF, para que a estabilidade no serviço público seja restrita aos servidores ocupantes de cargos típicos de Estado, que adquirirão esta garantia se, após o término do vínculo de experiência, permanecerem por

um ano em efetivo exercício, com desempenho satisfatório, conforme vier a ser regulado em lei.

Propõe-se, ainda, a inclusão do art. 40-A na CF, para prever que a lei disporá sobre “as condições de perda, no decorrer de todo o período de atividade”, dos vínculos de experiência, dos vínculos por prazo determinado, dos cargos com vínculo por prazo indeterminado e dos cargos típicos de Estado, neste caso, no período anterior à aquisição da estabilidade. O parágrafo único do art. 40-A prevê a vedação do desligamento por motivação político-partidária, exceto para os cargos de liderança e assessoramento.

Quanto à contratação temporária de pessoal, a PEC 32/2020 propõe a revogação do inc. IX do art. 37 da CF e a previsão, no §2º do referido art. 39-A, das hipóteses de admissão de servidores com vínculo por prazo determinado, a saber: “necessidade temporária decorrente de calamidade, de emergência, de paralisação de atividades essenciais ou de acúmulo transitório de serviço”; “atividades, projetos ou necessidades de caráter temporário ou sazonal, com indicação expressa da duração dos contratos” e “atividades ou procedimentos sob demanda”.

Embora o *caput* do art. 39-A não mencione a figura do emprego público, o seu §3º prevê que “O disposto no §2º aplica-se à contratação de empregados públicos temporários.”.

Como consequência, deduzimos que a contratação temporária poderá ocorrer tanto sob regime de contrato administrativo, ao qual se dirigiria a princípio o §2º do art. 39-A, como também sob regime trabalhista, caso em que o §2º igualmente incidiria.

O art. 2º da PEC 32/2020 garante “regime jurídico específico” ao servidor investido em cargo efetivo até a data de entrada em vigor do regime jurídico previsto no art. 39-A da Constituição, incluindo nesse regime a estabilidade (“após três anos de efetivo exercício e aprovação em estágio probatório”), os demais direitos previstos na CF e a não aplicação das vedações constantes do inc. XXIII, que se propõe acrescentar ao art. 37 da CF²², desde que os benefícios arrolados nesse inciso tenham sido estabelecidos por lei específica vigente em 1º de setembro de 2020, “exceto se houver alteração ou revogação da referida lei”.

Depois de aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, a PEC 32/2020 foi apreciada por Comissão Especial, criada especificamente para apresentar parecer relativo a essa Proposição.

²² O referido dispositivo tem a seguinte redação: “XXIII - é vedada a concessão a qualquer servidor ou empregado da administração pública direta ou de autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista de: a) férias em período superior a trinta dias pelo período aquisitivo de um ano; b) adicionais referentes a tempo de serviço, independentemente da denominação adotada; c) aumento de remuneração ou de parcelas indenizatórias com efeitos retroativos; d) licença-prêmio, licença-assiduidade ou outra licença decorrente de tempo de serviço, independentemente da denominação adotada, ressalvada, dentro dos limites da lei, licença para fins de capacitação; e) redução de jornada sem a correspondente redução de remuneração, exceto se decorrente de limitação de saúde, conforme previsto em lei; f) aposentadoria compulsória como modalidade de punição; g) adicional ou indenização por substituição, independentemente da denominação adotada, ressalvada a efetiva substituição de cargo em comissão, função de confiança e cargo de liderança e assessoramento; h) progressão ou promoção baseada exclusivamente em tempo de serviço; i) parcelas indenizatórias sem previsão de requisitos e valores em lei, exceto para os empregados de empresas estatais, ou sem a caracterização de despesa diretamente decorrente do desempenho de atividades; e j) a incorporação, total ou parcial, da remuneração de cargo em comissão, função de confiança ou cargo de liderança e assessoramento ao cargo efetivo ou emprego permanente.”.

Na Comissão Especial, foi aprovado Substitutivo do relator, deputado Arthur Oliveira Maia, que alterou substancialmente o texto originário da PEC 32/2020.

Em relação às normas sobre os distintos regimes jurídicos dos servidores públicos, previstos na proposição inicial, pouca coisa restou.

O Substitutivo propõe incluir no art. 22 da CF dois incisos, para prever competência da União para editar normas gerais sobre “criação e extinção de cargos públicos, concurso público, critérios de seleção e requisitos para investidura em cargos em comissão, estruturação de carreiras, política remuneratória, concessão de benefícios, gestão de desempenho, regime disciplinar, processo disciplinar, cessão e requisição de pessoal” e também sobre “contratação por tempo determinado em regime de direito administrativo”.

Os novos tipos de “vínculos” e de “cargos” propostos pela PEC 32/2020 foram excluídos pelo Substitutivo que, no mais, basicamente apresentou novas disposições sobre contratação temporária, remuneração e avaliação de desempenho.

As alterações trazidas pelo Substitutivo afastam alguns problemas que certamente seriam reintroduzidos na gestão de pessoal da administração pública brasileira, caso a PEC 32/2020 fosse aprovada tal como apresentada pelo Poder Executivo.

Com efeito, a intenção da PEC foi a de criar diversos vínculos instáveis entre os servidores e a administração pública, na medida em que a estabilidade ficou restrita aos “cargos típicos de Estado”. A grande maioria dos servidores teriam vínculos ou cargos cuja única garantia, nos termos propostos pela PEC, seria a vedação de desligamento “por motivação político-partidária”.

Ocorre que esse não é o único motivo arbitrário que, potencialmente, ameaçaria o servidor sem garantia de estabilidade. Diversas outras razões podem, de modo aberto ou disfarçado, levar as autoridades decisórias a desligarem servidores públicos, ainda que esses estejam cumprindo adequadamente os seus deveres funcionais.

Aqueles que se manifestam contrariamente à estabilidade no serviço público normalmente se referem a esse instituto como se fora um privilégio em favor do interesse particular de quem ocupa cargo público. A ideia é equivocada, pois, a estabilidade constitui-se em instrumento de grande relevância para que prevaleçam os princípios da administração pública, especialmente os de legalidade, moralidade e impessoalidade.

Como bem leciona Cármen Lúcia Rocha:

A estabilidade jurídica do vínculo administrativo firmado entre o servidor e a pessoa estatal tem como finalidade, primeiramente, garantir a qualidade do serviço prestado por uma burocracia estatal democrática, impessoal e permanente. Tanto conjuga o profissionalismo que deve predominar no serviço público contemporâneo (e profissionais não são descartáveis, até mesmo porque Estado se aprende e não da noite para o dia) com impessoalidade, que impede práticas nepotistas e personalistas na Administração Pública.

Por isso é que a estabilidade não pode ser considerada uma garantia do servidor, mas, antes, uma segurança para o cidadão. Ela confere estabilidade ao próprio serviço

público e à Administração Pública, marcando uma qualidade que dá segurança à sociedade quanto à continuidade das atividades que lhe são essenciais.²³

São muito conhecidos os problemas da administração pública brasileira, relacionados aos vínculos precários com seus servidores, já que, historicamente, eles foram instrumento de clientelismo político e ineficiência administrativa.

A consciência desse passado é o que levou o Constituinte de 1988 a estabelecer normas de proteção contra tais mazelas do serviço público e indicou, por meio da instituição do regime único, a importância de superar o déficit de racionalidade administrativa que representou, por muitas décadas, a persistência de diversos vínculos funcionais, quase todos marcados pela precariedade e consequente abertura para sua instrumentação em favor de finalidades inconciliáveis com o Estado de Direito.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O panorama histórico da normatização dos regimes jurídicos dos servidores públicos brasileiros demonstra que tem sido um grande e insuperado desafio o propósito, tantas vezes estabelecido pelo constituinte ou pelo legislador ordinário, de estabelecer com racionalidade o conjunto de direitos e deveres dos agentes administrativos, de modo a contribuir com o exercício eficiente das atribuições estatais.

A previsão do regime único pelo *caput* do art. 39 da CF tem sido o mais recente desdobramento dessa rota. A grande diversidade das carreiras do setor público é um desafio para implementação dessa regra constitucional, desafio que se torna ainda mais difícil se o dispositivo for interpretado de modo rígido, tal como foi a tendência prevalecte entre os estudiosos do Direito Administrativo a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Entendemos que o referido mandamento constitucional pode e deve ser interpretado de modo a não criar obstáculos à eficiência administrativa, tal como se deu em relação às entidades fiscalizadoras de profissões e aos consórcios públicos, entidades que teriam seu funcionamento dificultado se tivessem seus trabalhadores submetidos ao regime estatutário.

Por outro lado, essa flexibilidade não pode ser tal que abra caminhos para a criação de regimes distintos para funções de mesma natureza, que estejam essas na administração direta ou nas autarquias da administração indireta, inclusive as fundações de direito público.

Nesse contexto, proposições como as inseridas na PEC 32/2020 nada contribuirão para a racionalidade e a eficiência administrativas. Isso porque os vínculos e regimes precários de trabalho nela previstos representam retorno a um passado de instabilidade e desorganização administrativa, abrindo-se novas possibilidades de uso da gestão de pessoal com finalidades pouco ou nada republicanas e democráticas.

²³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 251-252.

REFERÊNCIAS

- ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Regime jurídico único do servidor público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990.
- BRASIL. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- CARNEIRO, Alaim de Almeida. O estatuto dos funcionários públicos civis da união e a legislação posterior. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro-São Paulo, v. 1, n. 1, p. 330-336, jan. 1945. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8363>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *O novo servidor público: regime jurídico único*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- OURO PRETO, Luiz Vicente B. de. Evolução do regime legal dos funcionários públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro-São Paulo, v. 1, p. 336-346, jan. 1945. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8364>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, Domingos Carvalho da. O servidor público na legislação do primeiro reinado. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 108, n. 1, p. 187-199, jan./abr. 1973. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/download/2423/1312/6925>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1960.



Desafios de regulação dos serviços disruptivos: equilíbrio nas fronteiras da inovação

Irene Patrícia Nohara

Livre-Docente e doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Administrativo na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada e Gestora do Site direitoadm.com.br.

Sumário: 1 Introdução. 2 Transformações nos serviços a partir do avanço tecnológico: plataformas e novas formas de prestação de serviços. 3 Iguais ou diferentes? Injustiça e desequilíbrio provocado pelos “vazios regulatórios”. 4 Razoabilidade na regulação: sandbox regulatório e análise de impacto regulatório. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Capitalismo, na contemporaneidade, está em permanente e acelerada renovação. Conforme os enfoques schumpeterianos e neoschumpeterianos, os empreendedores são responsáveis por dinamizarem em ondas o sistema econômico, sendo eles os agentes da inovação por meio da denominada “destruição criativa”.

A destruição criativa representa o processo de ultrapassagem de antigos empreendimentos e modelos de negócio em face da emergência de empreendimentos inovadores. Os negócios atualmente denominados de “disruptivos” são os que, por conseguinte, rompem com um padrão do mercado ou com um processo produtivo, tornando obsoletos os modelos de negócio praticados anteriormente diante das inovações agregadas à nova forma de produção ou mesmo de prestação de serviço.

Trata-se de processo cada vez mais ágil, que, no contexto atual, é dinamizado ainda mais por um contexto de aceleração da inovação tecnológica através de plataformas e aplicativos disponibilizados em ambientes simultaneamente virtuais.

Assim, a área jurídica é permanentemente desafiada a enquadrar as novas prestações de serviços, sendo tal enquadramento relevante para sua categorização enquanto serviço público, sob o qual recai maior intensidade de regulação, para exigências de continuidade, segurança e atualidade, ou mesmo como atividades livres ao mercado, sobre as quais também há regulação, mas no grau atinente aos impactos no bem-estar da coletividade em função dos limites e possibilidades do poder de polícia.

O objetivo do presente estudo é contribuir com os *Anais do Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, cuja temática fora exatamente sobre *Direito Administrativo e Inovação: crises e soluções*. O direito administrativo é chamado à reflexão sobre a regulação, pois é a Administração Pública em suas variadas entidades, sejam agências reguladoras, autarquias comuns ou mesmo nos seus variados órgãos de poder de polícia e fiscalização, que irá determinar o grau de regulação de dadas atividades.

Intenta-se, pois, problematizar os desafios que a regulação dos serviços disruptivos provoca diante da irrefreável inovação. Assim, serão compulsadas indagações sobre a categorização de dadas atividades econômicas em serviços públicos ou nas atividades livres ao mercado, o que provoca o questionamento sobre se haveria uma desproporção ou um desequilíbrio nas determinantes de regulação direcionadas a serviços que apresentam algumas similaridades, o que gera o questionamento acerca da justiça da regulação, principalmente quando serviços iguais recebem tratamentos jurídicos diferentes.

Também será visto que o Direito, na contemporaneidade, apresenta-se cada vez mais complexo e muito mais estimulado a olhar para o futuro, por meio da regulação, do que para o passado. Assim, há um direito essencialmente prospectivo, preocupado com os riscos das atividades e com a justa imputação de responsabilidades em função dos papéis desempenhados pelos novos atores sociais em inovadores modelos de negócio nas relações econômicas.

Ao mesmo tempo, ante ao imperativo da inovação e do estímulo às novas formas de prestação de serviços, há também a necessidade de testar ambientes experimentais para incentivar a existência de projetos disruptivos a partir do cotejo das externalidades, via *sandbox* regulatório, ou, ainda, pela intensificação da utilização do instrumento da Análise de Impacto Regulatório para avaliar, a partir da definição do problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo por objetivo orientar a tomada de decisão regulatória.

Mesmo diante de uma escolha regulatória num dado momento, é importante a testagem e o monitoramento dos impactos da regulação, para verificação de seu equilíbrio. A regulação de determinada estrutura de mercado, com a interferência estatal deliberada, deve procurar influenciar o comportamento da sociedade e do mercado de forma estratégica e, a partir de evidências racionais acerca das melhores alternativas dentro de um contexto regulatório, sendo, ainda, opção legítima, a escolha deliberada pela *não regulação*.

Por conseguinte, procurar-se-á enfatizar a necessidade de se cotejar, com bom senso, razoabilidade e ponderação o grau de impacto da regulação dos serviços disruptivos para que haja respeito ao núcleo essencial das liberdades econômicas, e, simultaneamente, a preservação do bem-estar da coletividade.

2 Transformações nos serviços a partir do avanço tecnológico: plataformas e novas formas de prestação de serviços

O componente da inovação é um diferencial competitivo das empresas. Inovação implica tanto o desenvolvimento de novos produtos, como também novas formas de prestar serviços, o que geralmente agrega otimização de custos aos processos. Há valorização de empresas que produzem conhecimentos atrelados ao desenvolvimento tecnológico, sendo alavancada a criatividade dentro das organizações.

O processo de inovação propicia, de acordo com Schumpeter¹, a *destruição criadora*, pois o novo toma o lugar do velho. Assim, há a satisfação de necessidades emergentes

¹ SCHUMPETER, Joseph. *A teoria do desenvolvimento econômico*: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico. São Paulo: Abril Cultural, 1982. p. 62.

dos destinatários das melhorias, resultando, em diversos contextos, na criação de novos processos de produção com redução de custos e maior eficiência.²

Ademais, a Quarta Revolução Industrial está balizada pelo aparecimento das plataformas globais, que agora se interligam ao mundo físico.³ Assim, estas mudanças processadas operam uma revolução tecnológica que transformará a forma com que a sociedade vive, trabalha e se relaciona, que, na visão de Klaus Schwab, será diferente de qualquer coisa que até o momento o ser humano tenha experimentado. Haverá uma convergência entre as tecnologias digitais, físicas e biológicas.

Contudo, quando o novo surge existe inicialmente um “vazio regulatório”, pois, em muitos dos casos, não há ainda um enquadramento seguro que propicie ao Estado a categorização do serviço para efeitos de seu controle, fiscalização e tributação.

Por exemplo, a Uber Technologies Inc. é uma empresa multinacional americana, prestadora de serviços eletrônicos de transporte privado urbano. A atividade é desenvolvida por meio de aplicativo de transporte conectado à internet pelo smartphone, que identifica motoristas credenciados em função da localização pelo sistema do GPS, e viabiliza a contratação de deslocamento privado de passageiros.

Observa Bruno Feigelson⁴ que, no passado, era inimaginável que alguém entrasse num automóvel privado, numa atividade inicialmente não regulamentada e que não dependia de autorização estatal para dirigir. Ao mesmo tempo em que a ausência de regulação gerava para a Uber uma vantagem competitiva, tendo em vista que poucas empresas quiseram correr o risco de investir numa atividade econômica que, naquele momento, do dia para a noite pudesse ser proibida ou restringida por regulação. Assim, foram suscitados conflitos com atividades inicialmente tidas como similares, a exemplo do serviço tradicional de taxi.

Logo de início, houve o questionamento sobre a legalidade do serviço prestado pela Uber, tido como uma concorrência desleal ou mesmo uma espécie de pirataria,⁵ que violaria a regulação que rege o tema, a qual determinava a exclusividade no transporte urbano remunerado de passageiros.

Note-se, contudo, que a Uber não se autodefinia como uma empresa que realizava atividades de transporte, enfatizando se tratar de empresa do ramo de tecnologia voltada a desenvolver atividades em aplicativo de celulares, isto é, viabilizadora de uma plataforma eletrônica de conexão entre empreendedores/colaboradores e consumidores, cobrando comissão em função das transações nela realizadas.

² GANEM, Carlos; SANTOS, Eliane Menezes dos (Coords.). *Brasil inovador: o desafio empreendedor*. Brasília, DF: IEL, 2006. p. 22.

³ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 63.

⁴ FEIGELSON, Bruno. A relação entre modelos disruptivos e o direito: estabelecendo uma análise metodológica baseada em três etapas. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. *Regulação de novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 51.

⁵ Cf.: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GONÇALVES, Marcos Alberto. Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual privado e passageiros. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. *Regulação de novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 387.

Ocorreu, logo no início, como acontece em inovações de serviços de diversos setores, uma grande insegurança sobre a legalidade da prestação do serviço pela Uber, diante do “vazio regulatório”. No entanto, em 26 de março de 2018, houve a criação da Lei n. 13.640, que alterou a Lei de Mobilidade Urbana, para disciplinar o transporte remunerado privado individual de passageiros, sendo assim definido como: “serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede”.

Houve edição da legislação federal (de abrangência nacional) do assunto, com base no art. 22, X, da Constituição, o qual assegura a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte, sendo, ainda, aberta a oportunidade de o âmbito local, isto é, tanto os Municípios, como o Distrito Federal (que concentra atribuições municipais) regulamentar, desde que sejam obedecidos os parâmetros mais genéricos da Lei n. 13.640/2018, a exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros.

Por conseguinte, ilegal fora doravante considerada a prestação deste serviço sem o cumprimento dos requisitos genéricos da Lei n. 13.640/2018, bem como da regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal. De acordo com o art. 11-A, inserido à Lei n. 12.587/2012 pela Lei n. 13.640/2018, compete exclusivamente aos municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta lei no âmbito de seus territórios.

As exigências mais gerais, aplicadas a todos os âmbitos foram: (I) efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço; (II) contratação de seguro de acidentes pessoais a passageiros (APP) e do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT); e (III) exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do INSS.

Nos municípios que optarem pela regulamentação do serviço, somente será autorizado ao motorista que: (I) possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada; (II) conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal; (III) emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV); e (IV) apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Outrossim, em 09 de maio de 2019, o Plenário do STF fixou a tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) 1054110, na qual julgou inconstitucional a proibição ou restrição, por meio de lei municipal, do transporte individual de passageiro por motoristas cadastrados em aplicativos.

A tese fixada foi aprovada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos: (1) a proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; (2) no exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização

do transporte privado individual de passageiros, os municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (Constituição, artigo 22, inciso XI).

Percebe-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal decidiu vedar a proibição de uso de plataformas de mobilidade urbana como a Uber, determinando que os Municípios, ao regulamentarem o transporte privado individual de passageiros, não contrariem os parâmetros delimitados pela Lei n. 13.640/2018.

Outro serviço bastante conhecido que, pela plataforma, viabilizou uma economia colaborativa no compartilhamento de hospedagem foi o Airbnb, que oferece acomodações para que viajantes encontrem estada em diversos locais do mundo. Trata-se, portanto, de plataforma de acomodação que funciona como uma intermediadora da prestação de serviços e de oferecimento de imóveis.

A plataforma Airbnb funciona na aproximação entre o anfitrião, que faz a gestão do imóvel ofertado, e o hóspede. Há o cadastro por parte dos anfitriões que anunciam suas acomodações na plataforma por meio de imagens e dados, bem como um guia com as regras de utilização do espaço. O anúncio pelo Airbnb é gratuito, mas é cobrada uma taxa de 3% do anfitrião em relação à reserva confirmada. Também o hóspede paga taxa percentual em relação ao valor da reserva.

Ponto interessante da plataforma é, assim como na Uber, a viabilização de um sistema de avaliação da experiência que auxilia na construção da reputação tanto do anfitrião, como do próprio hóspede, sendo que ambos se avaliam, o que provoca o desenvolvimento da confiança entre os consumidores da plataforma.

Ademais, as transações são feitas diretamente (*peer-to-peer*), sem intermediações. Assim, o sistema de avaliação por meio de comentários e a classificação, isto é, ranqueamento, aplicável aos dois lados, permite um controle pelos próprios usuários da plataforma.

A dificuldade de regulação do Airbnb, tendo em vista suas características próprias de serviço disruptivo, gera problemas na definição de seu regime jurídico, o que suscitou indagações de índole urbanística, administrativa, imobiliária, concorrencial e até tributária.

Atualmente, ainda, está em voga na cidade de São Paulo o debate sobre a regulação das chamadas *dark kitchens* (cozinhas invisíveis). Trata-se de um modelo de negócio em formato de coworking em que as empresas envolvidas fazem a gestão das instalações, isto é, da infraestrutura, para que os contratados preparem refeições focadas na modalidade de entrega, sendo oferecido o aplicativo que também contata os entregadores.

É estrutura de negócio que foi aumentando a importância sobretudo na pandemia da Covid-19. Enquanto antigamente havia necessidade de uma grande estrutura para gerir um restaurante, a partir do modelo de *dark kitchens*, há um enxugamento de custos, sendo que, no compartilhamento do espaço com diversas empresas, ganha-se em escala e a atividade econômica é estimulada com o oferecimento da logística do sistema de entregas.

Ocorre que, a partir da expansão de tal negócio, começaram polêmicas sobre a natureza da atividade, havendo uma tentativa de enquadramento dela em atividades industriais,

tendo em vista o impulso em discutir o impacto dos gases expelidos por exaustores, bem como a poluição sonora, tendo havido, ainda, tentativas de enquadrar as atividades nas similares do gênero alimentício na discussão do poder de polícia e da fiscalização municipal, o que não é propriamente adequado à atividade de fato desenvolvida pelas empresas que ofertam tais utilidades/*facilities*.

Assim, em maio de 2022 houve, na Câmara dos Vereadores de São Paulo, audiências para regulação das atividades das *dark kitchens*, sendo a interlocução justamente uma maneira de compreender e bem classificar essa nova atividade, o que permitirá sua adequada regulação e conseqüentemente uma compatível fiscalização.

Por fim, outro serviço disruptivo que tem revolucionado a forma de desenvolvimento de atividades com o aprofundamento da Revolução 4.0, é o serviço *over the top*, considerado por muitos como *serviço de valor adicionado*, a exemplo do *streaming* de vídeos (ex. Netflix) e dos aplicativos de conversa de voz e troca de mensagens (ex. WhatsApp), que substituem serviços tradicionais prestados pelo setor de telecomunicações.

Serviço de valor adicionado, de acordo com a definição contida no art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, é atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. Não se trata propriamente de serviço de telecomunicações.⁶ Assim, ele não se subordina à mesma regulação da Anatel às telecomunicações.

3 IGUAIS OU DIFERENTES? INJUSTIÇA E DESEQUILÍBRIO PROVOCADO PELOS “VAZIOS REGULATÓRIOS”

Inicialmente, quando surgem novos serviços, há a situação de vazio regulatório. Assim, logo no início, há, sobretudo partindo dos que prestam serviços que se enxergam como concorrentes, acusações de que tais novos serviços, claramente disruptivos, seriam subterfúgios, pirateamentos, fraudes, contrafações ou simulacros de serviços já existentes, que pretendem pegar um atalho por um caminho sem obstáculos regulatórios, gerando então injustiças.

Busca-se aplicar a fórmula do: *same services, same rules*. Evidente que se forem os mesmos serviços, deveriam ser submetidos à mesma regulação, para que não haja assimetria regulatória. Ocorre que, a maioria deles viabiliza novos serviços que não se enquadram propriamente nos mesmos moldes dos supostamente similares, sendo muitas vezes utilizadas plataformas tecnológicas que unem os usuários para que fechem negócios.

Assim, o desafio da regulação dos novos serviços é justamente enxergar a complexidade deles em face da revolução tecnológica e aplicar uma ideia de igualdade material, isto é, de tratar os iguais de forma igual, mas também tratar os diferentes de forma desigual na medida da diferença existente. Daí surge o debate sobre a necessidade de uma regulação equilibrada em função das características e peculiaridades destes novos serviços.

⁶ KILMAR, Cibelle Mortari; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Agência Nacional de Telecomunicações*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 131.

Por exemplo, quando a Uber foi se estabelecendo enquanto modelo de negócio, houve reclamação dos taxistas e dos órgãos oficiais, pois os taxistas precisam de licença da prefeitura, em cadastro de renovação periódica, exame médico e psicotécnico no Detran, a cada quinquênio, sendo, ainda, exigido um curso específico e o pagamento de taxas anuais, já a Uber não demanda licença da prefeitura, sendo que o motorista se cadastra no aplicativo e encaminha os documentos exigidos pela lei, a exemplo da CNH e dos antecedentes criminais.

Quando o Airbnb se consolidava no mercado houve reclamação dos hotéis, pois o Airbnb não demandava imposições tributárias, administrativas, como alvarás de funcionamento, tampouco havia exigências regulatórias como são aquelas demandadas pelo Ministério do Turismo. Ademais, também os corretores de imóveis ficaram insatisfeitos, sendo estes considerados a classe profissional ameaçada pela plataforma que já conectava automaticamente os hóspedes aos “anfitriões” sem a necessidade da antiga forma de intermediação.⁷

Ainda, os serviços *over the top* são *free rides* em relação aos serviços tracionais de telecomunicações, dado que usam de sua infraestrutura sem, no entanto, serem condicionados às mesmas exigências da Anatel. Ademais, enquanto emissoras de televisão operam no sistema de concessão pública, sendo fiscalizadas pelo Ministério das Comunicações, em função de um emaranhado legal, no caso dos *streamings* há, ainda, um “vazio regulatório” significativo. Mesmo a regulação que recai sobre a TV paga, de acordo com a Lei do SeAC, não atinge a atividade de *streaming*.

Para abrir um restaurante se faz necessário obter uma série de licenças: de alvará de funcionamento, de vigilância de saúde, de procedimentos operacionais padronizados, registro da compra dos alimentos etc., ao passo que as *dark kitchens* só mais recentemente passaram a ser objeto de discussões acerca das exigências de sistema de ventilação e exaustão, conforme audiência mencionada, mas operam em escala e com economia de recursos em contraposição às exigências de estruturação das atividades formais dos restaurantes.

Esses novos negócios, geralmente associados a plataformas e de estrutura de gestão mais enxuta, estão revolucionando as exigências do poder de polícia a partir da complexidade do seu enquadramento jurídico. Não é correto, portanto, achar que são absolutamente iguais, sendo então de se ponderar quais são as suas diferenças.

Evidente que, em muitos dos casos, enquanto não há a adequada regulação dos novos serviços, há uma injustiça derivada do “vazio regulatório” no comparativo do grau de regulação existente para serviços supostamente (mas não exatamente) “similares”. Não obstante, como a sociedade se transforma diante das novas formas de prestação de serviços, isso também não significa que os novos serviços devam se submeter a todas as ordens de exigências anteriores e inadequadas de poder de polícia, principalmente quando elas se tornam obsoletas e rígidas com a mudança da forma como a sociedade celebra negócios e se relaciona.

⁷ PAYÃO, Jordana Viana; VITA, Jonathan Barros. Desafios regulatórios no caso Airbnb: a intervenção do Estado no modelo econômico colaborativo. *Justiça do Direito*, v. 32, n. 1. p. 203-230, jan./abr. 2018.

Por conseguinte, ao mesmo tempo que os novos serviços suscitam o debate sobre a nova regulação, a qual não é moldável a partir dos parâmetros antigos, também as novas formas de prestar serviços geram a discussão sobre a necessidade de se repensar antigas formas, se os critérios existentes são efetivamente justos e eficazes para o bom cumprimento das obrigações existentes. Nessa perspectiva, há o enunciado n. 38 da *I Jornada de Direito Administrativo*, o qual dispõe que “a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) por órgãos e entidades da administração pública federal deve contemplar a alternativa de não regulação estatal ou desregulação, conforme o caso”⁸.

Foi o que, *mutatis mutandis*, aconteceu com o debate sobre o serviço de telefonia fixa e o fim das concessões que, em 2019, suscitaram polêmicas na área de telecomunicações sobre a conversão de concessões para autorizações (vinculadas).⁹

4 RAZOABILIDADE NA REGULAÇÃO: SANDBOX REGULATÓRIO E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

A regulação das atividades econômicas deve ser equilibrada, sendo importante que sejam evitadas externalidades (negativas), mas, ao mesmo tempo, que não se fulmine o núcleo essencial da atividade regulada, de modo a inviabilizar o desenvolvimento de nova atividade econômica alavancada pelas inovações tecnológicas.

O início do século XXI vivencia o limiar de uma grande revolução na forma de prestação de serviços e desenvolvimento de inúmeras atividades econômicas. A própria crise econômica, intensificada pelos efeitos da Covid-19, gerou o emergir de novas formas de prestação de serviços, muitas das quais estimuladas por uma *economia de compartilhamento* ou *sob demanda*, que tentou buscar mais economia e eficiência.

Evidente que a tecnologia e tais alterações não produzem apenas utopias, mas também têm potencial de provocar mudanças distópicas, isto é, mudanças que precarizam as relações de trabalho,¹⁰ a pretexto de promover o empreendedorismo, mas também a sociedade já não deseja mais se moldar às exigências de uma sociedade moderna, sólida e absolutamente controlada, o que, na visão de Bauman, acaba tornado as relações líquidas.¹¹

Como instrumentos para testar novos produtos ou mesmo analisar os impactos da regulação em certas atividades econômicas temos o sandbox regulatório e a análise de impacto regulatório.

⁸ CJF. Enunciado n. 38. In: I JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2020, [on-line]. *Enunciados [...]*. [On-line]: CJF, 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1417>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁹ Apesar da controvérsia acentuada que reside nessa temática, Jacintho Arruda Câmara considera que no setor de telecomunicações é reconhecida a viabilidade de uma autorização vinculada, cf.: CÂMARA, Jacintho. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MÁRQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 587.

¹⁰ Cf.: NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na Administração Pública contemporânea: ‘destruição criadora’ ou ‘inovação destruidora’ do direito administrativo? In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Orgs.). *Administração pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento – XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 151-160.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. *Passim*.

O sandbox regulatório cria um ambiente experimental para que os agentes ou *players* testem suas inovações em termos de novos produtos ou serviços mais tecnológicos, sem que haja ainda a submissão a todas as exigências procedimentais mais rígidas determinadas pelos órgãos e agências reguladoras. Assim, garante-se maior dinamicidade e possibilidade de observar, sem enrijecer, a dinâmica de funcionamento de produtos e serviços com potencial disruptivo.

Já a Análise de Impacto Regulatório (AIR) é um dos mais promissores instrumentos para qualificar com evidências as medidas e atos normativos de regulação estatal, representando, por conseguinte, uma forma de subsidiar as decisões regulatórias rumo ao estabelecimento de uma política pública setorial mais racional, coerente e calculada.

Não obstante ser a Análise de Impacto Regulatório (AIR) realidade em alguns setores no Brasil, sendo prática adotada no mundo com maior intensidade, trata-se de exigência jurídica bastante recente, tendo sido emanada de dois diplomas normativos datados do ano de 2019: (1) a Lei n. 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, a qual previu, em seu art. 6º, a AIR; e (2) o art. 5º da Lei 13.874/2019, que dedica um capítulo para desdobrar a necessidade de realização do instrumento quando houver propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários de serviços prestados.

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) deve conter, segundo o dispositivo do art. 5º da Lei de Liberdade Econômica, informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Trata-se de situação que, não obstante previsão de obrigatoriedade, ainda terá suas hipóteses determinadas em ato infralegal, sendo, portanto, possível que haja dispensa da exigência no sentido da regulação.

De acordo o art. 2º da definição contida na Resolução Normativa n. 798/2017 da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), entende-se por Análise de Impacto Regulatório (AIR) o “processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão.” Não obstante a definição exposta, cada regulamento de ente poderá, especificadamente, determinar questões referentes ao conteúdo e à metodologia da Análise de Impacto Regulatório, sem prejuízo da possibilidade de haver uma regulamentação editada de forma mais geral.

A AIR objetiva orientar com dados, isto é, com evidências e estudos específicos que possibilitem conjecturar os possíveis impactos das alternativas de ações disponíveis. Objetiva-se, com a AIR, portanto, subsidiar uma tomada de decisão regulatória que consiga mensurar a aptidão das medidas sugeridas em relação aos fins pretendidos, para que haja a edição de atos normativos mais racionais e calculados.

Assim, a Análise de Impacto Regulatório é constituída por uma série de atos encadeados dentro de uma estratégia. Envolve um procedimento que antecede e subsidia o processo de tomada de decisão por parte dos dirigentes seja das agências reguladoras ou dos órgãos da Administração Direta ou Indireta, possibilitando que haja a avaliação das opções possíveis

tanto do ponto de vista fático, como do jurídico, de serem tomadas, diante de suas consequências, com o escopo de alcançar efetividade na atuação regulatória.

No caso das agências reguladoras, estabelece o art. 9º da Lei n. 13.848/2019 que serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Ainda, determina o §3º do art. 9º da Lei n. 13.848/2019, que a agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na *internet*, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvadas aqueles de caráter sigiloso.

Apesar de a Lei de Liberdade Econômica não ter feito semelhante previsão da exigência da consulta, a conveniência da realização dela para os demais integrantes da Administração Pública Direta e Indireta que não sejam rigorosamente agência reguladora (autarquia em regime especial) pode ser extraída da disciplina da LINDB. O art. 29 da LINDB, acrescido pela Lei n. 13.655/2019, estabelece que: “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 dos interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.”

Assim, boas Análises de Impacto Regulatório são documentos capazes de qualificar e informar o debate público para que as pessoas tenham acesso ao “estado da arte” de determinada questão-problema que mereça regulação, compulsando, em tempo, as propostas que serão estruturadas de modo a influenciar o debate e quiçá o conteúdo da regulação. Nessa perspectiva, a Análise de Impacto Regulatório, a depender de sua disponibilidade e abertura, pode ser um instrumento apto a combater assimetrias eventuais do mercado, indicando os caminhos para uma regulação mais equilibrada e transparente, como guia decisório para os dirigentes e autoridades públicas regulatórias.

De acordo com o art. 174 da Constituição, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O planejamento de regulação no mercado deve ser, portanto, mais indicativo do que determinante, já na esfera pública, por sua vez, este planejamento pode e deve ser mais incisivo para que haja a realização dos serviços com universalização, tarifas módicas e continuidade.¹²

Nesse sentido, entende-se que a regulação que recai sobre o setor dos serviços públicos acaba representando, na prática, a execução e formulação de uma política pública setorial. Trata-se inclusive de um desdobramento do regime decorrente da lei de concessões de serviços públicos que haja uma política tarifária que universalize e torne acessíveis os serviços, sem deixar de considerar a margem de lucratividade razoável do negócio para que se atraia para o ambiente das licitações *players* capazes de executar os serviços com fôlego e aderência em relação aos compromissos assumidos.

¹² Que representam princípios do serviço público. Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 139.

Cada regulamento deve conter regras procedimentais sobre a elaboração do Relatório de Análise do Impacto Regulatório, bem como sobre seus requisitos. Se o problema regulatório objeto da análise for demasiadamente complexo e as alternativas vislumbradas apresentarem significativos impactos, o relatório deverá promover também o mapeamento da experiência nacional e internacional no tratamento do problema regulatório sob análise; analisando a mensuração, sempre que possível quantitativa, dos possíveis impactos das alternativas de ação identificadas sobre os consumidores ou usuários dos serviços prestados e sobre os demais principais segmentos da sociedade afetados e mapeando os riscos envolvidos em cada uma das alternativas consideradas.

A metodologia a ser empregada poderá ser definida, justificadamente, de forma a se adequar ao caso concreto em conformidade com as características e a complexidade da matéria objeto da análise e das informações e dados disponíveis e deverá ser descrita de modo claro e objetivo.

Por conseguinte, é importante que um Relatório de Análise de Impacto Regulatório contenha: (a) um diagnóstico do problema regulatório enfrentado, identificando suas causas, extensão e o que se pretende solucionar com o ato normativo; (b) os atores e grupos afetados pela futura regulação; (c) a base legal para a ação normativa, para se averiguar tecnicamente os limites e possibilidades jurídicas sem que se afetem direitos existentes e amparados no ordenamento jurídico; (d) a justificativa para intervenção do Estado; (e) os objetivos da regulação; (f) a descrição e comparação de alternativas; (g) os possíveis impactos da regulação e (h) a forma de acompanhamento e de fiscalização dos resultados pretendidos.

Como um último requisito importante, é necessário que haja a criação de formas de acompanhamento para mensurar efetivamente os impactos de determinada regulação, para que se considere o grau de atingimento dos objetivos e resultados pretendidos com a edição do ato normativo ou da medida adotada, sendo que esses elementos são conjunturais, ou seja, variam em função do contexto e devem, portanto, ser constantemente monitorados para verificação de sua eficácia e da necessidade de sua permanência.

O monitoramento e a avaliação do instrumento deve ser pautado por indicadores, em função de diversos critérios, como, por exemplo, a eficiência, a entrega dos serviços, os resultados e os impactos no bem-estar dos consumidores e na execução dos objetivos visados pelas políticas públicas setoriais, conforme a agenda ou as prioridades de problemas a serem enfrentados pelo Estado em sua ação de regulação, se ela acaba inibindo comportamentos prejudiciais ao bem estar comum e, por outro lado, se incentiva comportamentos que beneficiam a sociedade e o desenvolvimento das atividades econômicas.

A mensuração da eficiência regulatória de uma análise executada perpassa, portanto, por uma série de questionamentos, como, por exemplo: a definição do problema regulatório enfrentado, a justificativa e razoabilidade da decisão do governo de regular, sendo compulsado se a regulação é efetivamente a medida mais apta a enfrentar o problema, bem como se ela está conforme a base legal existente no ordenamento jurídico.

Em suma, a Análise de Impacto Regulatório é uma ferramenta, agora juridicamente obrigatória, que deve ser manejada de forma excelente para que órgãos e entes possam

editar atos normativos que impactem setores determinados a partir de um processo baseado em evidências e que possibilite a ponderação dos efeitos das alternativas disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos.

Trata-se, portanto, de instrumento apto a qualificar o processo decisório de edição de atos normativos, tendo por escopo adotar medidas que não sejam excessivas ou irrazoáveis, ponderando as alternativas e procurando legitimar, por conseguinte, as menos gravosas às liberdades econômicas, dentro do dever de o Estado condicionar ou restringir o exercício dos direitos individuais tendo em vista a realização dos fins de bem-estar da sociedade. Além de regular com base no poder de polícia, a análise de impacto abarca também a regulação das concessões de serviços públicos.

São, assim, resultados comumente visados pela regulação: (a) preencher lacunas e falhas no mercado, seja por assimetria de informação ou externalidades a serem combatidas; (b) garantir o bem-estar dos usuários dos serviços, do ponto de vista do acesso a tarifas módicas e de acesso a serviços seguros, com qualidade e regularidade; (c) manter o retorno econômico razoável às concessionárias, para que elas continuem sendo estimuladas a atuarem de forma adequada no setor; (d) incentivar a inovação e o desenvolvimento da infraestrutura, seja com compartilhamento de rede ou incentivo à entrada de novos *players* para estimular a eficiência do mercado; e (e) fomentar a concorrência, para evitar monopólios e, portanto, garantir um acesso mais universalizado ao serviço.

Por conseguinte, a Análise de Impacto Regulatório serve de testagem e de lastro para o monitoramento dos impactos da regulação, para que haja permanentes ajustes ao grau adequado de regulação de uma dada atividade, em função dos seus impactos sociais, econômicos, urbanísticos, tributários e ambientais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inovação é, no capitalismo contemporâneo, um caminho sem volta, que faz parte da criatividade humana, não podendo ser barrada, pois dela depende o progresso da humanidade, podendo gerar benefícios e economia para todos. Quando há a destruição criativa (Schumpeter), o novo toma o lugar do velho, transformando a forma e os processos de prestação de serviços.

A Quarta Revolução Industrial é balizada pelo aparecimento de plataformas que serão alavancadoras e alavancadas por serviços disruptivos, como aconteceu com a Uber, o Airbnb, as *Dark Kitchens* e os serviços *Over The Top*. Não se trata apenas de uma Revolução Digital, mas os aplicativos são conectados ao mundo físico transformando a forma como se vive, trabalha e são celebrados negócios.

Todavia, logo no início do serviço há a situação de “vazio regulatório”, que faz emergir aqueles que se voltam a tentar *proibir* as novas prestações, tidas como fraudes, pirateamentos, contrafações ou ilegalidades.

Em geral, os serviços que de fato são disruptivos não se categorizam nas clássicas atividades reguladas e suscitam debates sobre o seu grau de regulação para evitar uma in-

justa assimetria regulatória no comparativo com serviços pretensamente “similares”, mas a regulação dos serviços disruptivos também passa necessariamente pela preocupação em evitar disfunções e excessos nos critérios e exigências regulatórias para evitar que se fulmine o núcleo essencial das novas liberdades por eles veiculadas.

Daí a necessidade de se compulsa se os serviços são de fato diferentes, o que justifica uma regulação diferenciada, como fator de aplicação da igualdade do prisma substancial ou material, sendo então importante que haja o estabelecimento de balizas e critérios razoáveis. Para tanto, há, do prisma experimental dos novos mercados e serviços, o sandbox regulatório, e, ainda, quando da decisão regulatória por parte dos órgãos competentes, a prévia análise de impacto regulatório, vista como processo que tem por escopo adotar medidas que não sejam excessivas ou irrazoáveis, ponderando as alternativas e procurando legitimar as menos gravosas às liberdades econômicas, dentro do dever de o Estado condicionar ou restringir o exercício dos direitos individuais a pretexto de realização dos fins de bem-estar da sociedade.

Como a regulação de atividades econômicas geralmente requer análise de uma plêiade de fatores: concorrenciais, tributários, civis, imobiliários, ambientais, urbanísticos etc., é comum que se compulse a questão regulatória em função de uma visão mais holística de seus impactos. Assim, diante do injusto “vazio regulatório” de um serviço disruptivo (novo) é comum que haja algum ou alguns poucos *players* que se aproveitam da vantagem competitiva do risco que é operar no caminho alternativo e escuro, isto é, sem maiores regras. Então, logo surgem *vozes indignadas*, sobretudo dos concorrentes que se veem trilhando uma maratona de exigências regulamentares e burocráticas, que suscitam questões que provocam o debate sobre a regulação dos novos serviços.

Pode ser que essa ocasião de nova reflexão suscite inclusive indagações sobre as injustiças dos critérios aplicados às atividades que se apresentam como similares, sendo possível a opção (regulatória) de desregulação de dada atividade, mesmo que diante de uma Análise de Impacto Regulatório, conforme se extrai do teor do Enunciado 38 da *Jornada de Direito Administrativo* do Conselho da Justiça Federal.

Nas escalas iniciais, quando não há tantas exigências seguras, também pode ser que haja uma proibição iminente de dadas condutas, sendo que quanto maiores e menos previsíveis são as exigências, maiores também são os riscos dos que se aventuram a trilhar esse novo caminho, o que afugenta parcela significativa da concorrência. Contudo, caso se fixem as regras com maior segurança e previsibilidade, daí pululam novos *players*, demandando dos antigos que repensem seus modelos de negócio diante do incremento de uma concorrência que não vivenciavam na etapa do “vazio regulatório”.

Quando a regulação está mais aberta e sujeita à testagem, como ocorre com o sandbox regulatório, há ainda mais flexibilidade e condições de “errar” e, conseqüentemente, de “acertar” caminhos auspiciosos para dados serviços. Geralmente, os serviços disruptivos vão ganhando uma plasticidade e se amoldando às novas demandas, até estabelecerem algumas características mais perenes.

Assim, o próprio Airbnb foi se modificando com o tempo, tendo sido inicialmente uma plataforma mais voltada para oferta de quarto ou de espaço todo do proprietário que ampliava

as opções de acomodações em locais de grande adensamento turístico, como alternativa aos hotéis, sobretudo quando ficavam cheios, mas, depois, foi se transformando em uma experiência de conhecer apartamentos e casas diferenciadas e viver como o ‘local’, não sendo apenas uma ‘hospedagem’, mas uma oportunidade cobiçada de viver o mundo do anfitrião, buscando então as autênticas atrações locais.

As plataformas e os “apps” da atualidade conectam agentes de distintos negócios, apresentando variadas funcionalidades, sendo operacionalizados pelos seus próprios usuários que ranqueiam a prestação de distintos serviços. Com as transformações tecnológicas da Revolução 4.0, as atividades empresariais se tornam então mais “leves”, livrando-se inclusive de encargos trabalhistas, dado que os “usuários” de tais “apps”, no geral, não apreciam serem vistos como empregados ou prestadores de serviços, mas sim como “colaboradores” ou “empreendedores” autônomos.

Vislumbra-se, então, uma economia baseada na colaboração e na derrubada de barreiras burocráticas para realização de negócios por meio de plataformas. Contudo, muitas dessas plataformas não veiculam exatamente um nível de “economia colaborativa” de auto-gestão de trabalhadores livres, como se fossem cooperados, mas são tecnologias que intermedeiam negócios que geram ambivalência de sentimentos entre seus colaboradores/usuários, ora vistos como “libertos da opressão”, ora como “escravos de um sistema” sobre o qual não têm ingerência total, mas que, mesmo assim, controla seus comportamentos e até reações, com descontos e fomento de atividades *on demand*.

Estas são algumas reflexões que são suscitadas ao ensejo da elaboração deste escrito sobre os desafios de regulação dos serviços disruptivos: equilíbrio nas fronteiras da inovação, para prestigiar os Anais do Congresso de Direito Administrativo que abordou o Direito Administrativo e a Inovação, as suas crises e soluções, problemas e “solublemas” (soluções que suscitam novos problemas), sendo o papel do direito administrativo suscitar uma justa e equilibrada regulação dos impactos dos serviços disruptivos, sem, no entanto, fulminar a dinâmica própria de transformação do capitalismo que opera contemporaneamente por meio das inovações.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- CÂMARA, Jacintho. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CJF. Enunciado n. 38. In: 1 JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2020, [on-line]. *Enunciados [...]*. [On-line]: CJF, 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1417>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FEIGELSON, Bruno. A relação entre modelos disruptivos e o direito: estabelecendo uma análise metodológica baseada em três etapas. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. *Regulação de novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. *Regulação de novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GANEM, Carlos; SANTOS, Eliane Menezes dos (Coords.). *Brasil inovador: o desafio empreendedor*. Brasília, DF: IEL, 2006.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GONÇALVES, Marcos Alberto. Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual privado e passageiros. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. *Regulação de novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

KILMAR, Cibelle Mortari; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Agência Nacional de Telecomunicações*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na Administração Pública contemporânea: 'destruição criadora' ou 'inovação destruidora' do direito administrativo? In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Orgs.). *Administração pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento – XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PAYÃO, Jordana Viana; VITA, Jonathan Barros. Desafios regulatórios no caso Airbnb: a intervenção do Estado no modelo econômico colaborativo. *Justiça do Direito*, v. 32, n. 1. p. 203-230, jan./abr. 2018.

SCHUMPETER, Joseph. *A teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.



Processo urbanístico e improbidade administrativa

José dos Santos Carvalho Filho

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Professor de Direito Administrativo.

Sumário: 1 Introdução. 2 Constituição e política urbana. 3 Urbanismo, urbanização e urbanificação. 4 Improbidade e Constituição. 5 Improbidade social e administrativa. 6 Processo urbanístico e improbidade administrativa. 7 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por foco o estudo do processo urbanístico e a improbidade administrativa. Trata-se, na verdade, de dois temas que, *primo oculi*, não guardam relação entre si. O processo urbanístico é a dinâmica que conduz ao desenvolvimento das cidades e ao bem-estar de seus habitantes, ao passo que a improbidade administrativa marca os comportamentos ilícitos e imorais que agridem a Administração Pública.

Não obstante, a análise de alguns dados de natureza política, administrativa, social, econômica e sociológica revela, em muitos casos, pontos de interseção entre os temas e, por via de consequência, os raios de influência, positiva ou negativa, que um pode produzir em relação ao outro.

Não se pretende elaborar nenhum tratado. Ao contrário, intenta-se apenas alinhar algumas observações que demonstram a insaciável volúpia social para conquistas de vantagens indevidas, próprias das condutas de improbidade, e seus efeitos sobre o desenvolvimento das cidades, frequentemente gravosos e impeditivos da dinâmica regular evolutiva do processo urbanístico.

Tais observações, como se verá a seguir, obedecerão ao método da objetividade e da condensação, na tentativa de, sem subterfúgios e informações irrelevantes, ser alcançado o intuito a que se dirige o trabalho.

2 CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA URBANA

Diferentemente do que ocorreu com as Constituições anteriores, a Constituição de 1988 conferiu foros de grande elevação ao desenvolvimento e expansão das cidades, e o fez mediante o convencimento de que a cidade é, na prática, o segundo lar dos habitantes – aquele no qual reside e comumente exerce suas atividades laborativas.

Dentro do título destinado à Ordem Econômica e Financeira, o Constituinte inseriu um capítulo próprio – o Capítulo II - para o estabelecimento de normas sobre política urbana (“Da Política Urbana”). Esse quadro normativo é constituído pelos arts. 182 e 183, e nele se

encontram os paradigmas centrais sobre o processo urbanístico. Vale a pena relembrar os termos do art. 182, *caput*, da CF:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A Constituição deixou bem claros os objetivos da política de desenvolvimento urbano. De um lado, é imperioso resguardar as funções sociais da cidade, vale dizer, aquelas funções, sem caráter econômico imediato, que retratam benefícios para as coletividades agrupadas nas cidades. Noutra vertente, destaca-se vetor nem sempre reconhecido pelos estudiosos, qual seja, o bem-estar dos habitantes da cidade. De fato, pesquisas têm registrado que mais feliz será o cidadão quanto mais organizada for a cidade e melhor qualidade de vida oferecer.

Por isso, em trabalho de nossa autoria, delineamos a política urbana como “o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em cooperação com o setor privado, necessárias à constituição, preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística em prol do bem-estar das comunidades”¹. O grande universo é marcado realmente pela ordem urbanística, que só pode considerar-se bem definida quando atende a contento às demandas das populações.

A despeito de ser o art. 182 o núcleo mais marcante da política urbana, outros dispositivos constitucionais alinham dados sobre o tema. Com essa característica, citem-se os arts. 21, XX (diretrizes para o desenvolvimento urbano); 21, IX (planos de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social); 30, VIII (competência do Município para ordenação territorial).

Enfim, a Constituição se preocupou com a elaboração de planos nacionais, regionais e locais nos quais devem ser regulados todos os aspectos da política urbana, como desenvolvimento da cidade, preservação do meio ambiente, prestação de serviços públicos e outros do gênero.²

3 URBANISMO, URBANIZAÇÃO E URBANIFICAÇÃO

O estudo das cidades tem sempre sublinhado os complexos problemas internos e externos desses núcleos, entre eles os interesses às vezes antagônicos dos habitantes, sem contar com poderosos interesses econômicos e sociais que se irradiam sobre elas. Tão complexo é esse estudo que não se pode focar apenas uma área de conhecimento, mas, ao contrário, cumpre invocar áreas multidisciplinares, como as áreas administrativa, técnica, urbanística, de saúde e transportes, de educação, de serviços públicos e muitos outros.

Uma coisa é certa: muito é preciso fazer para corrigir os males mais graves que atingem as cidades. Valem, aqui, portanto, as palavras de Ricardo Pereira Lira, um dos gran-

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17.

² LEAL, Rogério Gesta. Capítulo II – Da política urbana: art. 183; art. 183. In: CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 1862.

des estudiosos do processo urbanístico, de que “inexiste a mais mínima dúvida de que a ocupação do solo, nas aglomerações urbanas brasileiras, se processa da forma mais iníqua e dilacerante, desenhando quadro caracterizado por fortes trações de violência”³.

Cabe, portanto, conceituar alguns dos diversos aspectos que envolvem o desenvolvimento urbano. De início, é de destacar-se o *urbanismo*, cuja ideia retrata técnica e ciência, nele incluindo-se os métodos de criação, preservação, correção e extinção de fatos urbanísticos. Através de seu quadro, é possível vislumbrar as estratégias e ações que melhor podem ser empregadas no processo de desenvolvimento das cidades.

Já a *urbanização*, de acordo com os especialistas, deve ser entendida como forma de designar “o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural”, como ensina José Afonso da Silva.⁴ O fenômeno aqui, como explica o grande professor, não é o de crescimento das cidades, mas sim o de concentração urbana. Países industrializados são altamente urbanizados, e, por tal motivo, economistas sustentam que um dos indícios para definir um país como desenvolvido se situa em seu grau de urbanização.

O mesmo autor adita, ainda, outro termo correlato, a *urbanificação*, termo concebido por Gaston Bardet, cujo objetivo reside em corrigir as distorções decorrentes da urbanização. Em outras palavras, representa o que muitos denominam de *renovação urbana* ou *reurbanização*, instrumentos que buscam realinhar os desvios de rumo ocorridos durante o processo de desenvolvimento urbano.⁵

Todos esses dados são aqui lembrados porque guardam intrínseca relação com o processo urbanístico, cada um deles representando um segmento. Assim como as cidades recebem realmente a migração de pessoas vindas de outras regiões ou zonas menos favorecidas (urbanização), torna-se inadiável adequar esse fenômeno de concentração a uma política urbana que ofereça real bem-estar aos habitantes (urbanificação). A par disso, não se podem descartar os estudos técnicos e científicos capazes de nortear, com maior eficiência, os ajustes que tais fenômenos desafiavam (urbanismo).

Uma lição não pode ser jamais esquecida nesse processo urbanístico. O Estado não presta qualquer favor aos habitantes da cidade, mas, ao contrário, a ele incumbe o dever inafastável de ordenar o desenvolvimento urbano, assim como também é seu dever proporcionar bem-estar aos habitantes. Trata-se de dever constitucional irrenunciável, e por essa razão eventuais omissões relativamente a esse dever são inconstitucionais. E o fundamento está claro na Constituição.

4 IMPROBIDADE E CONSTITUIÇÃO

Não menos complexa do que o processo urbanístico é a análise do grau de improbidade em que está situado nosso país. Nossa sociedade em geral, com a ressalva da visão otimista e ingênua de alguns analistas, tem plena consciência de que é baixíssimo o padrão moral dos

³ LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 300.

⁴ SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 26.

⁵ SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. Op. cit., p. 27.

cidadãos. Esse fato, além de grave, é entristecedor, vez que os indivíduos se equilibram numa incredulidade geral, por vezes até mesmo provocando injustiças a quem não merece.

Mas os fatos estão aí. As notícias diuturnas o comprovam, de modo que não há como duvidar de sua veracidade. Na pesquisa contínua levada a cabo pela Transparência Internacional sobre o índice de corrupção dos diversos países do planeta, o Brasil tem constantemente piorado sua classificação. Na pesquisa relativa ao ano de 2021, o Brasil está situado em 96º lugar, com nota 38, numa gradação de 0 a 100.⁶ É uma posição global que nos envergonha e reforça a necessidade de enfrentamento de tão grave mazela social.

As Constituições anteriores trataram do tema relativo à moralidade, mas a verdade é que o fizeram timidamente. Assim, a Constituição de 1946 previa que lei viesse a dispor sobre “o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (art. 141, §31).

A Constituição de 1967 pouco mudou, sendo bem similares os termos do art. 150, §11. A E.C. n. 1/69, como alteração de maior destaque, limitou-se apenas a incluir a ocorrência de danos ao erário, ao lado do enriquecimento ilícito (art. 153, §11).

Esses elementos constitucionais, no entanto, foram insuficientes para coibir a escalada da imoralidade nos sistemas social e administrativo. Levando em conta essa disfunção social, inegável fator sociológico que influi nas Constituições, e, ainda, denunciando claramente sua preocupação com esse estado de coisas, a Constituição de 1988 foi mais profícua no tratamento da matéria.

De fato, ao enumerar os princípios regentes da Administração Pública, a Carta incluiu o princípio da moralidade, numa tentativa de exortar a sociedade a conduzir-se com ética perante os órgãos do Estado (art. 37, *caput*). Há outras normas pertinentes, como, por exemplo, os arts. 85, V e 37, §5º.

Entretanto, o dispositivo mais marcante sobre o tema é o art. 37, §4º, com os seguintes dizeres: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

O mandamento, como bem assinala José Afonso da Silva, retrata a obrigação de o servidor servir a Administração com honestidade, sem se aproveitar das funções que lhe foram cometidas e sem locupletar-se à custa do erário. Aduz que “a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”⁷.

Complementando e regulamentando o citado dispositivo, veio à tona a Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), ora substituída pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, embora permaneça aquela com vigência concomitante. O certo é que todo esse quadro normativo compõe o que denominamos de *microsistema da*

⁶ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de Percepção de Corrupção*. 2021. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 649.

improbidade administrativa, que busca, até agora sem muito sucesso, refrear esse lastimável processo de improbidade na sociedade e na Administração, verdadeira chaga que se estende há séculos.⁸

Como o tema da improbidade é por demais amplo e o presente trabalho não comporta uma análise mais aprofundada, destinaremos um tópico para oferecer alguns comentários sobre a irradiação desse pensamento antiético na sociedade e na Administração Pública.

5 IMPROBIDADE SOCIAL E ADMINISTRATIVA

A questão da ética (moral) encerra enfoques em diferentes segmentos das sociedades. Assim, pode envolver a ética social, a ética religiosa, a ética cultural, todas resultantes dos diversos valores que inspiram a conduta dos indivíduos. Não se trata de um fato estático; como regra, os princípios que a compõem têm origem em fatos sociais longínquos e sua consolidação transcende os séculos, formando um paradigma específico para aquele grupo social.

Os romanos não deram à ética uma configuração definida. Em vários momentos, confundia-se ética com direito e justiça. E isso se observa no adágio “*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*”⁹. Com escora na filosofia grega, a ética foi inserida no direito, assim definido: “*ars boni et aequi*”¹⁰. Em passagem de Paulo, porém, sobressaiu a advertência de que se trataria de campos diversos: “*non omne quod licet honestum est*”¹¹.

Foi sob o império do Iluminismo que Thomasius, em 1713, desenvolveu as linhas diferenciais entre moral e direito, o que foi endossado e desenvolvido por Kant. A ele coube atribuir à moral o julgamento dos motivos, das resoluções, da intenção e da consciência, além do fato de se tratar de consideração incoercível. Enquanto isso, o direito espelharia a disciplina da conduta exterior do homem e das manifestações de vontade. Na verdade, “o dever moral não é exigível por ninguém, reduzindo-se a dever de consciência, ao *tu debes*, enquanto o dever jurídico deve ser cumprido sob pena de sofrer o devedor os efeitos da sanção organizada, aplicável pelos órgãos especializados da sociedade”¹².

Essas breves noções parecem adequadas para considerar que as sociedades tanto são regidas pelo direito como pela moral, não havendo como evitar que princípios desta não sejam adotados por aquele, entremeando-se as normas e valores para a formação de um sistema de deveres.

Em nosso país, a ética vem sendo formada desde a povoação e ocupação de nosso território por colonizadores que, por sua vez e em seus respectivos territórios, já eram submetidos a valores ético-sociais nem sempre próprios do ser humano e compatíveis com

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 36. ed. São Paulo: Gen; Atlas, 2022. p. 918.

⁹ Em tradução livre: “a justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”.

¹⁰ Em tradução livre: “arte do bem e da equidade”.

¹¹ Em tradução livre: “nem tudo que é lícito se caracteriza como honesto”.

¹² GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 42. ed. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2010. p. 69.

seus direitos. É evidente que, como ensinam os sociólogos, se nossa colonização se viu inspirada na ética duvidosa de então, não poderia mesmo surpreender que os séculos seguintes pudessem ocasionar transformação moral significativa. Sem nos alongarmos nesse aspecto histórico, invoca-se aqui a obra “Raízes do Brasil”, de autoria de Sérgio Buarque de Holanda, trabalho indispensável para entender a ética social do Brasil e o caráter moral de suas populações.

Este breve tópico pretende apenas lembrar que nossa sociedade sofre dois tipos de pressão no que toca à ética social e individual. Primeiramente, a ética originária, desenvolvida pelos membros da sociedade e, depois, a ética derivada, formada pelos mesmos princípios e aplicada em setores sociais específicos. É na primeira que se situa a improbidade social, ao passo que na segunda se abriga a improbidade administrativa.

A *improbidade social* reflete os modos indesejáveis de comportamento dos integrantes da sociedade em suas relações recíprocas e a forma como desenvolvem os valores da honestidade, respeito ao próximo, postura diante de eventuais vantagens, o individualismo e o coletivismo, obediência à lei, modelos de educação etc. Improbidade aqui espelha a moralidade, a ética, os valores naturais que devem reinar entre os indivíduos, sem a preocupação de alinhar definições sutis e às vezes dispensáveis.

Por outro lado, a *improbidade administrativa* corresponde à extensão dos comportamentos sociais e dos valores morais das comunidades na relação com o Estado, mais precisamente com a Administração Pública, conjunto orgânico incumbido da gestão da coisa pública em geral. Neste passo, não se pode negar o elo entre as duas formas de improbidade, podendo-se assegurar que os valores adotados no caso de improbidade social se irradiam inexoravelmente na improbidade administrativa. É inconcebível o perfil de probidade na Administração diante da improbidade social: esta, na verdade, é pressuposto daquela.

6 PROCESSO URBANÍSTICO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O processo urbanístico desenvolve-se por dois tipos de força motriz. Uma delas é a força social, constituída pelos mecanismos populares naturais e da evolução dos costumes, das tradições, das conveniências sociais, das organizações populares e dos interesses transitórios e permanentes dos habitantes da cidade.

A outra é a força estatal, resultante da atuação do Poder Público na condução das políticas públicas atinentes ao desenvolvimento e expansão das cidades, que se concretizam por meio de ações, estudos, pesquisas, estratégias e análise multidisciplinar dos aspectos indispensáveis ao processo urbanístico.

Dentro do processo urbanístico desenvolvido pela Administração Pública, situa-se também o Direito Urbanístico, composto pelo conjunto de normas que regem a propriedade, a circulação de pessoas e veículos, o uso e a ocupação do solo e vários outros aspectos urbanísticos. Como bem acentuou a saudosa professora Lucia Valle Figueiredo, esse ramo jurídico “ganha relevo, e assim há de acontecer, na medida em que o Estado assume, cada

vez mais, o papel do Estado intervencionista, deixando de parte o “*laissez faire, laissez passer, do Estado liberal*”¹³.

Ao assumir esse papel, porém, o Estado, em termos de urbanismo, tem realçado, habitualmente, suas defecções e mazelas, com fundo prejuízo para o desenvolvimento das cidades. Não é incomum constatar-se uma mentalidade retrógrada por parte de governantes que não endossam feitos de gestões anteriores. O mesmo se diga da compulsão em deixar “legados” políticos sempre visando a novos degraus de interesse próprio e personalismo. Soma-se a tudo isso o desinteresse dos órgãos públicos em convocar cidadãos e associações populares para integrar os grupos administrativos de caráter urbanístico.¹⁴

A Constituição delineou claramente as bases do processo urbanístico no art. 182, *caput*, cujo texto foi acima transcrito, e entre elas convém observar que ao Município foi atribuído relevantíssimo papel no processo, cabendo-lhe “executá-lo” para alvejar o objetivo de pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Cuida-se, por conseguinte, de função executória, indicativa do desempenho direto e imediato das atividades urbanísticas, fato que se justifica plenamente por ser o Município a entidade federativa local, vale dizer, aquela que mais estreita o contato com a respectiva comunidade e ausculta seus interesses para elevar a qualidade de vida dos habitantes. Embora ao governo federal seja atribuída a edição de lei traçando as diretrizes gerais do sistema – no caso o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001 –, o certo é que a promoção do desenvolvimento, ou seja, os atos concretos do processo urbanístico cabem efetivamente ao município.

Infelizmente, contudo, uma coisa é a teoria, outra é a prática. Em que pese a fixação clara das competências constitucionais a respeito do desenvolvimento das cidades, o processo urbanístico no país anda a passos de tartaruga e sem perspectivas positivas em função de uma série de fatores de ordem política, administrativa, social e financeira. Dentre tais fatores, sobrepõe-se a improbidade administrativa.

Quando se examina a relação entre a improbidade administrativa e o processo urbanístico, podem-se vislumbrar dois tipos de improbidade: em primeiro lugar, a *improbidade administrativa urbanística*, e, em segundo, a *improbidade administrativa extraurbanística* (ou genérica). A improbidade administrativa urbanística caracteriza-se pela prática de atos ou omissões relacionados diretamente ao processo urbanístico, ao passo que a improbidade extraurbanística resulta da prática de atos de improbidade não diretamente relacionados ao desenvolvimento da cidade, mas inseridos na lei geral de improbidade, e que, apesar disso, provocam gravames ao urbanismo.

O Estatuto da Cidade prevê, no art. 52, os casos enquadrados na LIA – Lei de Improbidade Administrativa –, todos eles representando condutas de alguma forma relacionadas ao desenvolvimento da cidade; são, pois, os casos de improbidade administrativa urbanística. O dispositivo não é um primor de redação e tem sofrido justas críticas.

¹³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: RT, 1980. p. XIX.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. Comentários: arts. 1º a 3º. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19-20.

Uma delas reside na falta de identificação da autoria, já que aponta o prefeito como personagem principal da improbidade urbanística, enquadrando seus atos na lei geral de improbidade (Lei 8.429/1992), mas adita que tal imputação ocorre “sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos”, bem como admite a aplicação de outras sanções cabíveis.

A possibilidade de a autoria da improbidade ser imputada a “outros agentes públicos envolvidos”, além de o ser ao prefeito, é plenamente compreensível. Conquanto o prefeito seja o grande responsável pelo processo urbanístico, na prática ele se cerca de vários secretários, assessores, assistentes, técnicos etc. Então, preliminarmente será necessário identificar quem pode ser realmente responsabilizado pela prática da improbidade.

Não é escusado sublinhar que a norma do art. 52 pertence à classe das denominadas “normas não-autônomas”, marcadas pela ausência de previsão de ato punitivo, e, por isso, precisa recorrer à Lei 8.429/92 para sua completa aplicabilidade.¹⁵ Mas deve dizer-se, desde já, que as pesquisas não indicam frequentes responsabilizações nos casos de improbidade administrativa urbanística.

De qualquer modo, o Estatuto da Cidade considera improbidade o fato de o prefeito “deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no §4º do art. 8º desta Lei” (art. 52, II). A improbidade aqui é consumada por omissão e se justifica porque se trata de *desapropriação de imóvel com pagamento de títulos* em virtude da relutância do titular quanto ao parcelamento, edificação ou utilização compulsória do imóvel. Desse modo, se negligenciam para aproveitar o imóvel desapropriado em cinco anos, o que espelha desvio de finalidade, os agentes municipais ofendem diretamente o processo urbanístico.

Outro caso de improbidade administrativa urbanística é o alusivo ao *direito de preempção*, previsto no art. 26 do Estatuto. Cuida-se de direito de preferência concedido ao município para a aquisição de imóvel, com evidentes finalidades urbanísticas¹⁶, já que seu destino há de ser a regularização fundiária, programas habitacionais de interesse social, reserva fundiária, expansão urbana, equipamentos comunitários, espaços públicos e áreas verdes, unidades de conservação e proteção de interesse histórico, cultural ou paisagístico (art. 26, I a VIII, Estatuto). Os fins urbanísticos traduzem atividade vinculada, e, por tal motivo, se o uso do bem for diverso daquele previsto em lei, a autoridade municipal incorrerá em improbidade administrativa, na espécie, de caráter urbanístico (art. 52, III, Estatuto da Cidade).

O Estatuto prevê, ainda, no art. 28, o instituto da *outorga onerosa do direito de construir*, pelo qual esse direito pode ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida oriunda do beneficiário. Tal instrumento urbanístico proporciona recursos para o Município, que definimos como sendo o total de importâncias e de

¹⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. O Estatuto da Cidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 366.

¹⁶ HORBACH, Carlos Bastide. Da usucapião especial de imóvel urbano. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

bens e direitos de caráter patrimonial, que contabilizem o montante das contrapartidas devidas pelos beneficiários pelos atos administrativos de outorga.¹⁷ Esses recursos devem ter os mesmos destinos urbanísticos do direito de preempção (art. 26, I a IX, Estatuto), como dita o art. 31. Se forem utilizados fora desses destinos, haverá desvio de finalidade e improbidade administrativa (art. 52, IV).

A mesma improbidade de desvio de finalidade quanto à utilização de recursos ocorre com as *operações urbanas consorciadas*, ferramenta prevista nos artigos 32 a 34 do Estatuto. Trata-se de operações urbanísticas decorrentes de intervenção estatal, com o objetivo de alcançar, em determinada área, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental (art. 32). Esse instrumento gera recursos oriundos da contrapartida de proprietários, usuários permanentes e investidores privados, os quais só podem ser aplicados nas próprias operações (art. 33, §1º). Assim, se o forem para fins diversos, estará configurada hipótese de improbidade administrativa urbanística (art. 52, V, Estatuto).

Outra hipótese de improbidade relaciona-se com o *plano diretor*, que, conforme os termos constitucionais, “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, §1º, CF). Como já acentuou reconhecida doutrina, o plano diretor “é uma reação contra a espontaneidade do processo desenvolvimentista”¹⁸. Por sua natureza, tal documento impõe, no processo de elaboração e fiscalização, alguns requisitos: a) participação da sociedade civil; b) publicidade de documentos; c) acesso a documentos (art. 40, §4º, I a III, Estatuto). Se a autoridade municipal impede ou deixa de garantir tais requisitos, configura-se improbidade administrativa (art. 52, VI). Nesse caso, evidencia-se com clareza a natureza urbanística da improbidade.

Uma das mais importantes providências urbanísticas consiste na *revisão do plano diretor*, que, de acordo com o art. 40, §3º, do Estatuto, deve ocorrer a cada dez anos. Além disso, o art. 50 fixa prazo para que municípios, obrigados a ter plano diretor, o aprovem até 30.4.2008, preceito totalmente vazio e nunca aplicado. Constitui improbidade não providenciar a revisão ou a elaboração (art. 52, VII, Estatuto), mas estudos urbanísticos mostram que muitos entes municipais ainda não cumpriram essa obrigação constitucional, numa demonstração de desprezo pelo processo urbanístico.

Finalmente, a lei considera improbidade *adquirir imóvel* objeto de *direito de preempção* pelo valor da proposta apresentada, sendo esta comprovadamente superior ao valor de mercado (art. 52, VIII, Estatuto). O escopo da lei salta aos olhos: apesar do caráter urbanístico do direito de preempção, a aquisição de imóvel por preço superior ao de mercado redundaria em lesão ao erário, fato também tipificado no art. 10 da LIA – Lei de Improbidade Administrativa. Muito provavelmente, agentes municipais exigem propina para beneficiar o alienante. Sem dúvida, é improbidade administrativa de caráter urbanístico.

Apenas à guisa de metodologia, cumpre lembrar que todos esses casos compõem a categoria dos atos de improbidade administrativa urbanísticos e, por isso mesmo, contemplados no Estatuto da Cidade. Mas não somente aí se encontram hipóteses de improbidade.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Op. cit., p. 270.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 212.

Além delas, autoridades municipais também podem praticar (e praticam!) atos de improbidade administrativa extraurbanísticos, como adiante se comentará.

Primeiramente, o processo urbanístico é prejudicado por várias condutas de improbidade enquadradas como *enriquecimento ilícito*, relacionadas no art. 9º da Lei n. 8.429/92, a LIA – Lei de Improbidade Administrativa. De fato, o que não falta são exemplos desse tipo de desonestidade na atividade urbanística, que só revelam o patrimonialismo de certos agentes públicos em detrimento dos interesses das comunidades.

O noticiário evidencia diuturnamente a existência de conluio entre agentes estatais e particulares, que se locupletam à custa das políticas públicas relativas à urbanização. É o caso de obras públicas não realizadas, obras com superfaturamento, contratações indevidas, impertinentes ou desnecessárias, tudo isso com prejuízo brutal aos cofres públicos e, o que é pior, sem a concretização das ações urbanísticas demandadas pela população.

Várias condutas de improbidade, embora não relacionadas diretamente, afetam o processo urbanístico. Apenas para exemplificar, é comum o recebimento de propina paga por interessados em ações ou omissões administrativas (art. 9º, I, LIA); propina para contratações de serviço por preço superior ou inferior ao de mercado (art. 9º, II e III); utilização em obra ou serviço particular de bens e equipamentos públicos (art. 9º, IV); propina para declarações falsas sobre dados técnicos em obras públicas (art. 9º, VI); propina para omitir ato ou providência de ofício (art. 9º, X). São apenas exemplos, mas em todos esses casos têm sido praticados atos de improbidade administrativa extraurbanística, que, apesar disso, interferem e não raro atravancam o processo de desenvolvimento urbano.

Condutas enquadradas como improbidade por *prejuízo ao erário* (art. 10, LIA) também são constantemente realizadas. Semelhantes condutas, conquanto provoquem lesão ao erário, interferem indiretamente no processo urbanístico. Pode-se até afirmar que a lesão constitui o efeito primário, enquanto a agressão ao processo estampa efeito derivado. Cuida-se, portanto, da mesma forma, de atos de improbidade administrativa de caráter extraurbanístico.

Muitas dessas condutas correspondem às de enriquecimento ilícito, com a diferença de que o agente, normalmente favorecendo terceiros, provoca danos ao patrimônio público. Vários são esses casos: permitir aquisição e a alienação de bens pelo Estado por preço superior ou inferior ao de mercado (art. 10, IV e V, LIA); permitir que terceiro se enriqueça ilicitamente (art. 10, XII); permitir o uso de bens públicos por particulares sem autorização (art. 10, II); permitir ou realizar despesas sem as formalidades legais (art. 10, IX); e, enfim, praticamente todo o elenco constante do dispositivo.

Não escapam também de alguns agentes públicos as condutas de *violação a princípios administrativos*, estampadas no art. 11 da LIA, que, de alguma forma, agridem o processo urbanístico. São os casos, por exemplo, de frustrar o caráter concorrencial de licitações (art. 11, V); descumprimento de normas relativas a parcerias (art. 11, VIII); enaltecimento personalizado de autoridades em obras e serviços públicos, com violação do art. 37, §1º, da CF (art. 11, XII), entre outras.

Como se pode verificar, não são apenas as condutas de improbidade administrativa urbanística que afetam e não raro prejudicam o processo de desenvolvimento e expansão

urbana. Diversas condutas de improbidade administrativa extraurbanística também o fazem, ainda que indiretamente, mas que acarretam gravames da mesmíssima dimensão.

Não à toa deparamos notícias – tristes notícias – sobre ruas asfaltadas em péssimas condições, que logo se deterioram. Ou deslizamentos de terra em locais montanhosos sem que a Administração se tenha socorrido dos mecanismos de proteção aos habitantes dessas localidades, o que provoca mortes, desabrigos e desalojamentos. Falhas graves na área de mobilidade urbana também têm sido observadas, relativamente à circulação de pessoas e trânsito de veículos. O mesmo se diga em relação à falta de fiscalização de edificações clandestinas e habitualmente sob o comando de organizações criminosas, como milícias e narcotráfico. Quanto à carência de saneamento básico, nem se precisa mencionar – as próprias comunidades vivenciam essa tragédia.

O que se nota, por tudo isso, é que, enquanto se discutem aspectos políticos, ficam em segundo plano os graves problemas que assolam as cidades e entram o processo de desenvolvimento urbano, ocasionando inevitáveis danos ao bem-estar dos habitantes. São situações claramente inconstitucionais, porque não há dúvida de que a Carta vigente pretendeu dar realce à cidade, guindando-a à condição de verdadeira segunda moradia dos habitantes.

Ninguém discute que as barreiras decorrentes da prática de atos de improbidade, sejam eles ou não relacionadas ao processo urbanístico, são de difícil superação, mas talvez já seja o momento de se cortar o mal pela raiz, atacando frontalmente tais defecções e elevando o nível de qualidade das cidades. No fundo, é isso que espera a sociedade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo do presente estudo foi apenas o de procurar destacar o fato de que o processo de desenvolvimento e expansão urbana tem sido afetado pela prática de condutas de improbidade administrativa, tanto conexas ao processo de urbanização (Estatuto da Cidade), quanto não relacionadas diretamente, mas igualmente transgressoras do processo (LIA – Lei de Improbidade Administrativa). Por isso, sugerimos a categorização das condutas de improbidade administrativas urbanísticas e extraurbanísticas.

Como mencionado no início, a proteção e o desenvolvimento das cidades são valores consagrados constitucionalmente, e isso pela simples razão de que, além da ordenação urbanística em si, a política urbana proporciona bem-estar aos seus habitantes e eleva o nível de qualidade de vida.


Esse fato deveria compelir o Estado a ampliar e tornar mais eficazes os mecanismos de enfrentamento de tanta improbidade prejudicial ao processo urbanístico, não somente para atender aos respectivos mandamentos constitucionais, como também para abrigar as demandas sociais das comunidades.

Finalmente, cabem aqui as palavras de Voltaire (1694-1778), que reproduzimos no preâmbulo de nossa obra *Comentários ao Estatuto da Cidade*: “A primeira obrigação de todas as edificações é a de ser erigida relacionando-se com a cidade”.

Ou seja: a cidade continua esperando sua proteção constitucional.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 36. ed. São Paulo: Gen; Atlas, 2022
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: RT, 1980.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O Estatuto da Cidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 42. ed. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2010.
- HORBACH, Carlos Bastide. Da usucapião especial de imóvel urbano. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. Capítulo II – Da política urbana: art. 183; art. 183. In: CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.
- LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MEDAUAR, Odete. Comentários: arts. 1º a 3º. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de Percepção de Corrupção*. 2021. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/IPC/>. Acesso em: 30 abr. 2022.



Mecanismos de controle do gasto público: um ensaio crítico sobre o papel das políticas públicas para além da nova Lei de Improbidade Administrativa

José Osório do Nascimento Neto

Pós-Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor e mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito Administrativo nos centros universitários Estácio, UniBrasil e Esmafe/PR. Membro do Programa Pesquisa Produtividade da Estácio Curitiba.

Sumário: 1 Introdução. 2 Planejamento democrático com transparência e controle sobre o gasto público no Estado Constitucional. 3 O papel da nova Lei de Improbidade Administrativa e das políticas públicas para além dos aspectos procedimentais. 4 Considerações finais: como proceder diante da conexão jurídica entre as políticas públicas e a nova lei de improbidade administrativa? Referências.

1 INTRODUÇÃO

Honrado pela oportunidade de participar do XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), entre os dias 27 e 30 de outubro de 2021, escrevo este ensaio crítico sobre o papel das políticas públicas para além da nova Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. O ensaio é congruente com o Evento que teve como tema central o “Direito Administrativo e Inovação: crises e soluções”. Acredita-se ser importante o estudo reflexivo do papel da nova lei de improbidade administrativa e das políticas públicas para além dos aspectos procedimentais sempre visando os mecanismos de controle do gasto público dentro do Estado Democrático de Direito.

2 PLANEJAMENTO DEMOCRÁTICO COM TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOBRE O GASTO PÚBLICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República de 1988 (CR/88) determina a obrigação da função de planejamento para o Estado, em seu artigo 174, caput, ao estabelecer que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O Estado brasileiro, portanto, não pode se limitar a fiscalizar¹

¹ “Fiscalizar” significa verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer com que ocorra ou não, ou seja, prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica, dando concreção aos princípios que conformam a ordem econômica, conforme: RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento*: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 304.

e incentivar os agentes econômicos privados. Deve também planejar.² O modelo de planejamento previsto na Constituição de 1988 visa à instituição de um sistema com grande participação do Poder Legislativo e vinculação do plano ao orçamento e os fins enunciados no texto constitucional. No texto constitucional, estão estipuladas as bases para um planejamento democrático, com aumento da transparência e controle sobre o gasto público, ao exigir coerência entre o gasto anual do governo e o planejamento de médio e longo prazos.³

Apesar de ser um lugar comum na literatura econômica e jurídica, cabe destacar que regras claras, estáveis e com estruturas de imposição de custos conhecidas e transparentes são premissas para que investimentos sejam realizados pelas Instituições. Ao mesmo tempo, a regulação deve buscar a criação dos incentivos corretos para corrigir falhas de mercado e proporcionar a alocação de recursos no aumento de qualidade e inovação tecnológica dos serviços ao consumidor.⁴ Investir em idôneo sistema racional de contratação pública, que migre para parâmetros objetivos de avaliação dos custos diretos e indiretos, na senda da *governança* eticamente responsável, transparente e prospectiva deve ser o caminho.⁵

Para que as escolhas públicas se revelem eficientes e sejam aptas a alcançar os resultados pretendidos, não apenas pela administração, mas por toda a sociedade, é indispensável que a alocação de vontades se dê mediante a participação de seus legítimos interessados, principalmente, sobre as finalidades que cada política se dispõe a atender.⁶ Nas palavras de Juarez Freitas, as escolhas públicas serão legítimas se resultarem: 1) sistematicamente eficazes; 2) sustentáveis; 3) motivadas; 4) proporcionais; 5) transparentes; 6) razoavelmente desviesadas; 7) incentivadoras de participação social, 8) da moralidade pública; e 9) da devida responsabilização por ações e omissões.⁷

3 O PAPEL DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ALÉM DOS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

A Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021 alterou a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. O êxito do mecanismo de controle democrático⁸ passa, necessariamente, por duas condições: a difusão e a transparência das

² BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 153.

³ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 204-205.

⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Desafios da regulação de telecomunicações no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 231-249, out./dez. 2012.

⁵ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/132/275>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁶ SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 57-84, jul. 2012. p. 66. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/QmTrkbB9GfVHdn4nr3gjXcR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁷ FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. p. 120. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/BJmp9HRG7ynPXHSzNjpbTZJ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁸ CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. El papel de la evaluación de políticas públicas como mecanismo de control democrático de la Administración Pública. In: GUEDES, Alvaro Martim; FONSECA, Francisco

informações geradas com base nas avaliações; e, a incorporação de regras e procedimentos de fiscalização via participação social.⁹ São funções básicas atribuídas à avaliação: *informação e legitimação*.¹⁰ Nas palavras de Víctor Abramovich, “*el acceso a la información es un principio claro en las estrategias de desarrollo, una mirada desde los derechos talvez permita orientar mejor las políticas de transparência*.”¹¹

Isso significa dizer que a avaliação de políticas públicas tem por base uma metodologia que não se reduz a procedimentos.¹² Envolve uma concepção teórica da própria avaliação, bem como de seu objeto, tendo, como pressuposto, o entendimento de que a avaliação é compromisso do Estado em relação aos cidadãos,¹³ devendo visar à produção de novos conhecimentos teórico-metodológicos, com vista a novas práticas de transformação das políticas e à transparência das ações públicas.¹⁴

Ocorre que as avaliações podem ser um problema para os governantes, executores e gerentes de projetos, porque resultados podem causar constrangimentos públicos. As informações e resultados das avaliações podem ser usados pelo público e pela imprensa para criticar governos, da mesma forma que, em caso de “boas notícias”, governos podem usá-las para legitimar as próprias políticas, como ganho político.¹⁵

Isso também significa dizer que uma das questões principais a respeito da participação da sociedade na tomada de decisões políticas se refere ao acesso às informações necessárias para a construção da vontade política. Para manifestar-se no debate de maneira consistente, o indivíduo ou o grupo social necessita ter ao seu alcance os dados referentes à identificação do problema, dos elementos que formam as alternativas e dos possíveis efeitos de sua escolha.¹⁶ É exatamente a maximização da condição de participação ativa dos

(Orgs.). *El control social de la Administración Pública: escenarios, avances y dilemas en Brasil*. Madrid: INAP – Instituto Nacional de Administración Pública, 2010. p. 115-139.

⁹ CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. Avaliação, informação e responsabilização no setor público. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 993-1016, jul./ago. 2012. p. 997. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7121/5672>. Acesso em: 19 ago. 2022.

¹⁰ DERLIEN, Hans-Ulrich. Una comparación internacional en la evaluación de las políticas públicas. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 52, n. 1, p. 105-123, jan./mar. 2001. p. 105-107. Disponível em: <https://revista.ena.gov.br/index.php/RSP/article/view/302/308>. Acesso em: 19 ago. 2022.

¹¹ ABRAMOVICH, Víctor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas del desarrollo. *Revista de la CEPAL*, Santiago de Chile, n. 88, p. 35-50, abr. 2006. p. 46. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/088035050_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 ago. 2022.

¹² BUSTELO RUESTA, María. ¿Qué tiene de específico la metodología de evaluación? In: BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael (Org.). *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*. Madrid: Díaz de Santos, 2002. p. 13-32.

¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, año 34, n. 408, p. 97-101, sep. 2012.

¹⁴ FIGUEIREDO, Marcus Faria; FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. *Análise de Conjuntura*, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, p. 107-127, set./dez. 1986.

¹⁵ TREVISAN, Andrei Pittol; VAN BELLEN, Hans Michael. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 529-550, maio/jun. 2008. p. 536. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/bCWckwnwvrf8Pb9KdtjDgy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.

¹⁶ SALGADO, Eneida Desiree. Políticas públicas, inclusão social e desenvolvimento democrático. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 89-99, ene./jun. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/276130783_Politiclas_publicas_inclusao_social_e_desenvolvimento_democratico/fulltext/5642d6e508aeacfd89387d27/Politiclas-publicas-inclusao-social-e-desenvolvimento-democratico.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

cidadãos na esfera política, realizando plenamente a democracia, que se objetiva com os elementos social e político do conceito de desenvolvimento.¹⁷

Para pesquisas que integrem transversalmente as dimensões ambiental, social e econômica, urge adotar as práticas de recolha e de disponibilização on-line da informação de forma desagregada (e não agregada, que é comum) como forma de viabilizar estudos de caracterização espacial e temporal dos indicadores sociais intrarregionais, permitindo, assim, a identificação e a descrição das assimetrias, tanto ao nível inter-regional como ao nível intrarregional.¹⁸

Aqui, um breve parêntese se faz necessário. Conforme lembrado por Thiago Marrara, o uso de novas tecnologias voltadas à democratização de informações, sem a devida observância de aspectos sociais, culturais e econômicos, corre risco, já apontado, de restringir a cidadania e não a ampliar. Diante dessa possibilidade, será claramente ineficiente e inconstitucional o emprego de técnicas de governo eletrônico que impeçam ou reduzam o grau de publicidade e democratização das ações administrativas.¹⁹

Nesse sentido, os sistemas de avaliação de políticas públicas podem ser considerados instrumentos de transparência dos atos públicos, bem como forma de controle dos governantes e das organizações governamentais. Entretanto, o inverso também deve ocorrer, ou seja, se não houver a disponibilização das informações ao público em geral, a avaliação das políticas públicas e o controle da administração pelas esferas não governamentais fica inviabilizado.²⁰

A partir desse ambiente, é possível distinguir pelo menos quatro tipos de uso da avaliação, quais sejam: 1) *instrumental*; 2) como instrumento de *persuasão*; 3) *conceitual*; e, 4) para o *esclarecimento*.

O uso *instrumental* é relativo ao apoio às decisões e à busca de resolução de problemas. Parte da premissa de que os resultados da avaliação seriam automática e necessariamente encampados pelos tomadores de decisões para a melhoria da política ou do programa em questão; conceitual (ou função educativa); e, simbólica (uso político).²¹ Para a

¹⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 121. Disponível em: <https://acervodigital.ufr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 ago. 2022.

¹⁸ ALVINO-BORBA, Andreilcy; MATA-LIMA, Abel; MATA-LIMA, Herlander. Desafios ambientais e estratégias para condução da investigação e programas de intervenção social. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 147-155, jan./abr. 2012. p. 151-152. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/MLfVmqC7J3RKYwzMtNj-Z3Ns/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022. .

¹⁹ MARRARA, Thiago. Direito Administrativo e novas tecnologias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8500/7249>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²⁰ CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DERGINT, Dario Eduardo Amaral. Participação, transparência e avaliação de políticas públicas. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 82-100, jan./jun. 2014. p. 96. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/509/384>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²¹ VICENTE, Victor Manuel Barbosa. A análise de políticas públicas na perspectiva do modelo de coalizões de defesa. *Revista de Políticas Públicas*, São Luís, v. 19, n. 1, p. 77-90, jan./jun. 2015. p. 83. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3211/321143201005.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

tomada de decisão, o uso *instrumental*, depende não apenas da qualidade da avaliação, mas também da adequada divulgação de seus resultados, de sua inteligibilidade e da factibilidade das recomendações eventualmente propostas.²²

Em outras palavras, significa dizer que, se for uma avaliação científica e não meramente de aplicação imediata, o comprometimento acaba sendo maior. Isso porque uma Ciência nem é um amontoado desconexo de observações, nem um conjunto elegante de equações distanciadas da realidade. As observações podem fornecer o material empírico para a construção dos modelos; as equações podem sintetizar a estrutura lógica das elaborações teóricas; mas, se elas não se juntam, de modo a traduzir as relações observadas no mundo real, nada se tem que mereça o título de Ciência.²³

Então, a participação direta ou acompanhamento das atividades científicas que compõem a avaliação (ou o simples contato com algum de seus produtos informacionais) pode levar a mudanças cognitivas e/ou comportamentais, quer ao nível de indivíduo ou grupo, como também no âmbito institucional.²⁴ Isso porque atores mudam com o passar do tempo e faz com que a interação também mude, pois mudam as perspectivas e a percepção que um ator tem do outro. Essa mudança de atores insere pontos de descontinuidade e de necessidade de novas e mais negociações.²⁵ Isso tudo sem contar, claro, que a resolução de problemas requer habilidade e ocorre por meio da ação dos próprios atores, da implantação de suas estratégias, da gestão de seus conflitos, bem como dos processos de aprendizagem.²⁶

E, geralmente, o que é novo é interpretado com base no conhecido. Isso traz segurança em um contexto de incerteza que caracteriza os processos de mudança. Nesse sentido, os determinantes da ação só podem ser evidenciados *a posteriori*.²⁷ Há uma longa tradição na Ciência que diz que o conhecimento novo, uma vez criado, deve ser posto, logo, à disposição de todos os que tenham interesse nele. A tradição é ainda mais forte na área da pesquisa básica, embora exista também nas outras. Todavia, no caso da pesquisa básica, convencionou-se que o conhecimento novo deve estar à disposição de todos que o desejarem a um custo nominal ou nulo.²⁸

No mais, além da seletividade e da coerência metodológica que devem permear os sistemas e a lógica do monitoramento e avaliação, salienta-se que a simplicidade (escolha

²² FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 59, p. 97-109, out. 2005. p. 102. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/dHQ6MvmWkGqbKQ6DrSP9shg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²³ SIMONSEN, Mário Henrique. Análise econômica e escolha envolvendo risco. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2-3, p. 135-168, S.d. p. 135. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/download/1763/2779/0>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²⁴ SILVA, Antonio Waldimir Leopoldino da; SELIG, Paulo Maurício; STEIL, Andrea Valéria. Aprendizagem em organizações como resultado de processos de avaliação ambiental. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 129-152, abr./jun. 2013. p. 145. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/317/31727843008.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²⁵ LIMA, Luciana Leite; D`ASCENZI, Luciano. Implementação de políticas públicas: perspectivas analíticas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 48, p. 101-110, dez. 2013. p. 103. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/38765/23651>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²⁶ LIMA, Luciana Leite; D`ASCENZI, Luciano. Implementação de políticas públicas: Op. cit., p. 104.

²⁷ LIMA, Luciana Leite; D`ASCENZI, Luciano. Implementação de políticas públicas: Op. cit., p. 107.

²⁸ SJAASTAD, Larry. Pesquisa e desenvolvimento: uma análise econômica. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 70, jan./mar. 1973.

e desenvolvimento de instrumentos segundo critérios de funcionalidade) e o aproveitamento máximo das informações geradas no processo de tomada de decisão gerencial, contribuem para legitimação dos processos de avaliação.²⁹

Retornando à exposição, o uso da avaliação como instrumento de *persuasão*, por seu turno, dá-se quando ela é utilizada para mobilizar o apoio para a posição que os tomadores de decisão já têm sobre as mudanças necessárias na política ou programa. Busca-se aqui, também, legitimar uma posição e ganhar novos adeptos para as mudanças desejadas.³⁰

O terceiro tipo de uso é o *conceitual*, usualmente circunscrito aos técnicos locais do programa, a quem não é com frequência atribuído um maior poder de decisão. Nesse caso, as descobertas da avaliação (e o seu próprio processo de realização) podem alterar a maneira como esses técnicos compreendem a natureza, o modo de operação e o impacto do programa que implementam. Tal aprendizagem torna-se maximizada quando os técnicos participam mais ativamente do processo de avaliação. O uso conceitual das descobertas diferencia-se do uso instrumental porque, no primeiro caso, nenhuma decisão ou ação é esperada (pelo menos não imediatamente).³¹

Nas palavras de Fernando Boarato Meneguim, esse uso ocorre quando se toma a diferença, nos valores de interesse, entre o grupo de tratamento e o de controle, de forma a isolar o efeito da política pública a ser avaliada, pois as alterações que acontecem no grupo de controle, geradas por outros fatores, também interferem no grupo de tratamento. Ao retirar essa variação do grupo de tratamento, fica-se apenas com os efeitos da política pública estudada.³²

O *esclarecimento*, por sua vez, que nem sempre é propositado, mas que acarreta, pela via do acúmulo de conhecimento oriundo de diversas avaliações, impacto sobre as redes de profissionais, sobre os formadores de opinião, bem como alterações nas crenças e na forma de ação das instituições, pautando, assim, a agenda governamental. Esse é um tipo de influência que ultrapassa a esfera mais restrita das políticas e dos programas avaliados.³³

Apesar de existirem centenas de abordagens avaliativas, elas, invariavelmente, se desdobram segundo dois modelos predominantes, distintos, mas inter-relacionados, a saber: 1) o primeiro, considera a extensão de adoção de dada política, a partir de suas linhas mestras, verificando se, por seu impacto, pode (ou deve) ser modificada, redimensionada ou negada; 2) o segundo, focado na avaliação do impacto em si, acerca da modificação que dada política pode seguir na direção pretendida. Por fim, a avaliação das decisões deve ocorrer com base nas informações disponíveis, o que provê os tomadores de decisões de técnica para sopesar os méritos de uma política em relação a outras, podendo, também, viabilizar a

²⁹ CARLIN, Fernanda Victor; CARLIN, Diego de Oliveira; HELLMANN, Aline Gazola. Avaliação de políticas públicas e monitoramento de planejamento estratégico. In: HENKIN, Hélio (Org.). *Política industrial e internacionalização*. Porto Alegre: UFRGS, CEGOV, 2014. p. 139.

³⁰ FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. Op. cit., p. 103.

³¹ FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. Op. cit., p. 103.

³² MENEGUIM, Fernando Boarato; FREITAS, Igor Vilas Boas de. Aplicações em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de caso. *Texto para Discussão*, Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, n. 123, p. 01-23, mar. 2013. p. 14. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243255/TD123-FernandoB.Meneguim_IgorVilasBoasdeFreitas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 ago. 2022.

³³ FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. Op. cit., p. 103.

antecipação de políticas alternativas, diante de possíveis resultados, a partir da análise sobre políticas já existentes.³⁴

A adoção de uma perspectiva de contenção dos gastos públicos, de busca de melhoria da eficiência e da produtividade, de ampliação da flexibilidade gerencial e da capacidade de resposta dos governos, bem como de maximização da transparência da gestão pública e de responsabilização dos gestores, em um processo no qual o consumidor dos bens e serviços públicos estaria, supostamente, em primeiro plano. O segundo propósito ou expectativa é de que tais reformas pudessem contribuir para uma reavaliação da pertinência das organizações governamentais preservarem todo o seu leque tradicional de atribuições, prevalecendo um contexto de valorização da provisão privada de bens e serviços.³⁵

*Las etiquetas ambientales, de sólida base científica, accesibles y elaboradas en un contexto participativo amplio, son una base adecuada para fijar criterios o cláusulas ambientales comunes a escala comunitaria, y reducir el riesgo de utilización de la compra pública verde de modo proteccionista y discriminatorio. Desde la perspectiva más concreta del propio procedimiento de contratación, las etiquetas ambientales, que respondan a las notas indicadas, pueden servir de referencia clara, precisa, segura y objetiva para integrar las consideraciones ambientales en las diferentes fases del procedimiento sin poner en riesgo los principios de igualdad y de transparencia.*³⁶

A avaliação é parte não apenas da aferição da eficiência dos gastos públicos, mas de todo um processo de participação social, que vem crescendo desde a redemocratização do país. Nesse contexto, a pesquisa avaliativa promove um importante direito democrático, relacionado com o controle social sobre a atuação estatal.³⁷ Na mesma direção de raciocínio, Marcos Vera Hernández reforça:

*La agencia ha de tener poder real para influir en el diseño de las políticas públicas en su fase piloto (para que se puedan probar distintas versiones de la misma política) así como en la elección de beneficiarios durante la fase piloto. Esta agencia no necesariamente haría las evaluaciones ella misma, sino que podría sacarlas a concurso para que otras entidades públicas y/o privadas las llevaran a cabo. La agencia tendría como objetivos: velar que la evaluación responda a los objetivos propuestos, distribuir libremente los datos en los que se basa las evaluaciones para favorecer la transparencia y replicabilidad de resultados, y transmitir los resultados a los entes públicos de gobierno para que se mejore la gestión de los recursos públicos.*³⁸

³⁴ SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. Op. cit., p. 75-76.

³⁵ FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. Op. cit., p. 99.

³⁶ PERNAS GARCÍA, José. Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública en la Unión Europea y España. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 13-44, jan./jun. 2013.

³⁷ ARRETICHE, Marta Teresa da Silva. Tendências no estudo sobre avaliação. In: RICO, Elizabeth Melo (Org.). *Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate*. São Paulo: Cortez; Instituto de Estudos Especiais, 2001. p. 29-39.

³⁸ HERNÁNDEZ, Marcos Vera. Evaluación de políticas públicas. In: BAGÜÉS, Manuel; FERNÁNDEZ-VILLAVARDE, Jesús; GARICANO, Luis (Orgs.). *La ley de economía sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*. Madrid: Fundación de Estudios de Economía Aplicada – FEDEA, 2010. p. 14.

A maior parte das preferências concretas em termos da política pública está inserida no nível dos aspectos instrumentais. Assim, são exemplos de crenças do nível dos aspectos instrumentais: preferências políticas de menor destaque; crenças de menor amplitude referentes à seriedade de aspectos específicos do problema em locais específicos ou à importância relativa de fatores causais em diferentes momentos e locais; decisões sobre alocação de recursos orçamentários; interpretação de normas; informações sobre o desempenho de programas ou instituições específicas etc.³⁹

Escolher em quais políticas públicas serão alocados os recursos orçamentários, embora tenha um forte cunho político, não é livre de análise por parte dos estudos jurídicos, uma vez que a escolha possui parâmetros definidos constitucionalmente.⁴⁰

Considerando-se que o orçamento público seja um instrumento de ação que, em decorrência de suas características teóricas, formais e históricas, é de grande relevância para o estudo da tomada de decisão em políticas públicas, o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), lançado oficialmente em janeiro de 2007, pelo Governo Federal brasileiro, assumiu o papel de instrumento da ação pública na concretização do investimento em infraestrutura. As mudanças implantadas na gestão orçamentária foram feitas para dar agilidade à execução do orçamento. Essa alteração está correlacionada com a perspectiva de um Estado proativo, que se organiza para promover o desenvolvimento.⁴¹

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: COMO PROCEDER DIANTE DA CONEXÃO JURÍDICA ENTRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

Como bem expõe Dimas Ramalho, é justamente por causa das flexibilizações legais inerentes à emergência, que se faz necessário enfatizar a observância ao princípio da transparência em relação às contratações, sejam de pessoal, de bens e serviços ou renúncias de receitas. A publicidade é especialmente importante para que os órgãos de controle externo e a sociedade, diretamente, tenham condições de acompanhar e fiscalizar o trabalho dos gestores.⁴² E, aqui, entra a transparência trabalhada pelas políticas públicas.

Nas palavras de Edilberto Carlos Pontes Lima,

se financiar gastos públicos por meio de emissão de moeda fosse simples, os conflitos seriam muito menores, pois, havendo necessidade de gastos, bastaria que o banco

³⁹ VICENTE, Victor Manuel Barbosa. A análise de políticas públicas na perspectiva do modelo de coalizões de defesa. Op. cit., p. 83.

⁴⁰ CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Os custos das políticas públicas: um olhar para o orçamento com foco no gasto. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 01-18, jan./jun. 2014. p. 14. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/5132>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁴¹ ABREU, Cilair Rodrigues de; CÂMARA, Leonor Moreira. O orçamento público como instrumento de ação governamental: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 73-90, jan./fev. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/BdkHGxkx8TmBjrgpwVKXdTK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁴² RAMALHO, Dimas. O controle dos gastos públicos em tempos de pandemia. *TCE-SP*, s.d. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-controle-gastos-publicos-tempos-pandemia>. Acesso em: 1º ago. 2022.

central comprasse títulos dos tesouros (federal, mas também estaduais e, por que não, municipais) para que o dinheiro estivesse disponível para melhorar os serviços públicos e a infraestrutura, transferir renda para os mais pobres, enfim, um mundo sem restrições orçamentárias. Tudo isso sem desgastes políticos de cobrar tributos e de ter que decidir onde colocar os escassos recursos. Se é fácil assim, qual a razão de não se fazer?⁴³

Marcus Abraham, por sua vez, lembra que

não obstante a emergência das circunstâncias – que a própria legislação do Direito Financeiro reconhece como situação extraordinária de exceção à regra, sobretudo o art. 65 da LRF –, não há dispensa da imprescindível necessidade de transparência, fiscalização e controle das despesas que são realizadas neste período e que os órgãos de fiscalização já se manifestaram no sentido de que adotar requisitos rígidos e complexos neste período de crise pode prejudicar a população. Todavia, apesar da ‘flexibilização de controles’, não se pode abandonar a verificação de abuso nos preços, fraudes e corrupção⁴⁴.

A Transparência Internacional lançou um guia para “contratações públicas em emergências”⁴⁵, que lista cinco linhas estratégicas principais que os governos devem adotar: a) máxima abertura de informação (dados abertos) com uma visão integral da contratação pública (do planejamento à entrega do bem ou serviço e sua auditoria); b) ativação de mecanismos pró-competição; c) monitoramento em tempo real; d) identificação completa dos recursos utilizados e sua destinação em um único local de consulta; e) ampla responsabilização pública sobre os recursos utilizados e seu destino.

Ocorre que, com base na leitura do artigo 174 da Constituição de 1988, remete-se a atuação do Estado às singelas concepções de fiscalização, incentivo e planejamento, que codificam uma espécie de atuação estatal,⁴⁶ fundamento deste ensaio crítico sobre transparência e controle dos gastos públicos. Em outras palavras, até podem ser, mas não mais parecem suficientes – sem o estudo das políticas públicas, isso porque o descritivo histórico, justamente diante da necessária remessa ao passado, não consegue captar, em tempos reais de pandemia, os valores impregnados na dinamicidade contextual e na interdisciplinaridade entre os diversos ramos do conhecimento de forma estaque – seja política, cultural, histórica ou jurídica, bem como na interconexão com seus respectivos objetos – de planejamento,

⁴³ LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Gastos públicos com a pandemia: qual o limite? *Instituto Rui Barbosa*, 07 maio 2020. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigo/gastos-publicos-com-a-pandemia-qual-o-limite/>. Acesso em: 1º ago. 2020.

⁴⁴ ABRAHAM, Marcus. Fiscalização dos gastos públicos em tempos de pandemia. *Gen Jurídico*, 21 jul. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/21/fiscalizacao-gastos-publicos-pandemia/>. Acesso em: 1º ago. 2020.

⁴⁵ LEAL, Rogério Gesta. Políticas de enfrentamento da covid-19 enquanto calamidade pública e as consecutárias responsabilizações jurídicas do agente público. *Revista do Direito*, Santa Cruz do sul. online, v. 15, p. 1-16, mar. 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/16279>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁴⁶ NASCIMENTO NETO, José Osório do; PIRATELLI, João Paulo Machado. Tecnologia e inovação na gestão pública: enfrentamento de crises com transparência e participação popular no âmbito da Lei 13.979/2020. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo: RT, ano 6, n. 20, p. 69-94, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/rdai20piratelli/562>. Acesso em: 19 ago. 2022.

transparência e controle, todos necessários à promoção do desenvolvimento nacional. Somente com a perpetuação conectada das políticas públicas avaliativas teremos um Estado Democrático de Direito comprometido com a transparência e com o controle dos gastos públicos em tempos de pandemia.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. Fiscalização dos gastos públicos em tempos de pandemia. *Gen Jurídico*, 21 jul. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/21/fiscalizacao-gastos-publicos-pandemia/>. Acesso em: 1º ago. 2020.
- ABRAMOVICH, Victor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas del desarrollo. *Revista de la CEPAL*, Santiago de Chile, n. 88, p. 35-50, abr. 2006. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/088035050_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 ago. 2022.
- ABREU, Cilair Rodrigues de; CÂMARA, Leonor Moreira. O orçamento público como instrumento de ação governamental: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 73-90, jan./fev. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/BdkHGxkx8TmBjrgpwVKXdTK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- ALVINO-BORBA, Andreilcy; MATA-LIMA, Abel; MATA-LIMA, Herlander. Desafios ambientais e estratégias para condução da investigação e programas de intervenção social. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 147-155, jan./abr. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/MLfVmqc7J3RKYwz-MtnJZ3Ns/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. Tendências no estudo sobre avaliação. In: RICO, Elizabeth Melo (Org.). *Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate*. São Paulo: Cortez; Instituto de Estudos Especiais, 2001. p. 29-39.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, año 34, n. 408, p. 97-101, sep. 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUSTELO RUESTA, María. ¿Qué tiene de específico la metodología de evaluación? In: BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael (Org.). *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*. Madrid: Díaz de Santos, 2002. p. 13-32.
- CARLIN, Fernanda Victor; CARLIN, Diego de Oliveira; HELLMANN, Aline Gazola. Avaliação de políticas públicas e monitoramento de planejamento estratégico. In: HENKIN, Hélio (Org.). *Política industrial e internacionalização*. Porto Alegre: UFRGS, CEGOV, 2014.
- CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Os custos das políticas públicas: um olhar para o orçamento com foco no gasto. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 01-18, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/5132>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. Avaliação, informação e responsabilização no setor público. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 993-1016, jul./ago. 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7121/5672>. Acesso em: 19 ago. 2022.

CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. El papel de la evaluación de políticas públicas como mecanismo de control democrático de la Administración Pública. In: GUEDES, Alvaro Martim; FONSECA, Francisco (Orgs.). *El control social de la Administración Pública: escenarios, avances y dilemas en Brasil*. Madrid: INAP – Instituto Nacional de Administración Pública, 2010. p. 115-139.

CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DERGINT, Dario Eduardo Amaral. Participação, transparência e avaliação de políticas públicas. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 82-100, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/509/384>. Acesso em: 19 ago. 2022.

DERLIEN, Hans-Ulrich. Una comparación internacional en la evaluación de las políticas públicas. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 52, n. 1, p. 105-123, jan./mar. 2001. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/302/308>. Acesso em: 19 ago. 2022.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 59, p. 97-109, out. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/dHQ6MVMwKqGqKQ6DrSP9shg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.

FIGUEIREDO, Marcus Faria; FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. *Análise de Conjuntura*, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, p. 107-127, set./dez. 1986.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/bJmp9HRG7ynPXHSzNjpbTZJ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/132/275>. Acesso em: 19 ago. 2022.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. 625p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufrpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 ago. 2022.

HERNÁNDEZ, Marcos Vera. Evaluación de políticas públicas. In: BAGÜÉS, Manuel; FERNÁNDEZ-VILLAVÉRDE, Jesús; GARICANO, Luis (Orgs.). *La ley de economía sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*. Madrid: Fundación de Estudios de Economía Aplicada – FEDEA, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. Políticas de enfrentamento da covid-19 enquanto calamidade pública e as consecutórias responsabilizações jurídicas do agente público. *Revista do Direito*, Santa Cruz do sul. online, v. 15, p. 1-16, mar. 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/16279>. Acesso em: 19 ago. 2022.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. *Gastos públicos com a pandemia: qual o limite?* Instituto Rui Barbosa, 07 maio 2020. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigo/gastos-publicos-com-a-pandemia-qual-o-limite/>. Acesso em: 1º ago. 2020.

LIMA, Luciana Leite; D`ASCENZI, Luciano. Implementação de políticas públicas: perspectivas analíticas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 48, p. 101-110, dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.ufrpr.br/rsp/article/view/38765/23651>. Acesso em: 19 ago. 2022.

MARRARA, Thiago. Direito Administrativo e novas tecnologias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8500/7249>. Acesso em: 19 ago. 2022.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Desafios da regulação de telecomunicações no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 231-249, out./dez. 2012.

MENEQUIN, Fernando Boarato; FREITAS, Igor Vilas Boas de. Aplicações em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de caso. *Texto para Discussão*, Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, n. 123, p. 01-23, mar. 2013. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243255/TD123-FernandoB.Meneguim_IgorVilasBoasdeFreitas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 ago. 2022.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; PIRATELLI, João Paulo Machado. Tecnologia e inovação na gestão pública: enfrentamento de crises com transparência e participação popular no âmbito da Lei 13.979/2020. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo: RT, ano 6, n. 20, p. 69-94, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/rdai20piratelli/562>. Acesso em: 19 ago. 2022.

PERNAS GARCÍA, José. Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública en la Unión Europea y España. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 13-44, jan./jun. 2013.

RAMALHO, Dimas. O controle dos gastos públicos em tempos de pandemia. *TCE-SP*, s.d. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-controlre-gastos-publicos-tempos-pandemia>. Acesso em: 1º ago. 2022.

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

SALGADO, Eneida Desiree. Políticas públicas, inclusão social e desenvolvimento democrático. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 89-99, ene./jun. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/276130783_Políticas_publicas_inclusao_social_e_desenvolvimento_democratico/fulltext/5642d6e508aeacfd89387d27/Políticas-publicas-inclusao-social-e-desenvolvimento-democratico.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

SILVA, Antonio Waldimir Leopoldino da; SELIG, Paulo Maurício; STEIL, Andrea Valéria. Aprendizagem em organizações como resultado de processos de avaliação ambiental. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 129-152, abr./jun. 2013. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/317/31727843008.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 57-84, jul. 2012. p. 66. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/QmTrkbB9GfvHdn4nr3g-jXcR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.

SIMONSEN, Mário Henrique. Análise econômica e escolha envolvendo risco. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2-3, p. 135-168, S.d. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/download/1763/2779/0>. Acesso em: 19 ago. 2022.

SJAASTAD, Larry. Pesquisa e desenvolvimento: uma análise econômica. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 70, jan./mar. 1973.

TREVISAN, Andrei Pittol; VAN BELLEN, Hans Michael. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 529-550, maio/jun. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/bCWckwnwwrvF8Pb9kDtjDgy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.

VICENTE, Victor Manuel Barbosa. A análise de políticas públicas na perspectiva do modelo de coalizões de defesa. *Revista de Políticas Públicas*, São Luís, v. 19, n. 1, p. 77-90, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3211/321143201005.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.



A negociação nos acordos administrativos: instrumento de efetivação da segurança jurídica e da eficiência

José Sérgio da Silva Cristóvam

Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado.

João Gabriel Rache Gebran

Mestrando em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado.

Sumário: 1 Introdução. 2 Sobre a viabilidade jurídica dos acordos administrativos. 3 Sobre a consolidação dos acordos administrativos. 3.1 O desenvolvimento da lógica consensual. 3.2 A Administração Pública paritária. 3.3 A Administração Pública consensual. 3.4 O avanço legislativo sobre a consensualidade. 3.4.1 O Código de Processo Civil. 3.4.2 A Lei de Mediação. 3.4.3 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 4 A negociação dos acordos administrativos como garantia da segurança e da eficiência. 4.1 A ausência de negociação no cenário pré-acordo. 4.2 A importância da negociação pós-acordo. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A globalização e o desenvolvimento de novas tecnologias passaram a exigir respostas cada vez mais céleres e efetivas por parte da Administração Pública, inclusive de forma a colocar em xeque aquela tradicional concepção da atuação administrativa limitada à prática de atos unilaterais e impositivos, a indicar, em certa medida, a própria revisão de determinadas concepções fundadas na dimensão da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, no sentido de avançar para a lógica do diálogo e do consenso.

Entre diversas outras faces desse debate está a questão da celebração de acordos pela Administração Pública, objeto do presente estudo. Outrora relevados a uma dimensão quase que totalmente restritiva, até tidos por vedados ou até eventualmente contemplados por normas esparsas, mais recentemente passaram a contar com o permissivo genérico do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), que autoriza genericamente a celebração de compromissos pelas autoridades administrativas. Mas isso, por certo, sem que ao agente público seja dado tergiversar acerca da satisfação do interesse público, a ser respaldado a partir da eventual análise das diferentes soluções do caso e da celebração do acordo quando este se mostrar o meio mais adequado.

Por outro lado, a travessia de uma modelagem jurídico-administrativa mais imperativa, assimétrica e unilateral para um paradigma mais dialógico, paritário e consensual demanda reiterados debates e reflexões acerca dos seus desdobramentos no direito brasileiro.

Nesse contexto, o artigo se propõe a analisar (i) a viabilidade jurídica dos acordos administrativos; (ii) a sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro; e (iii) um dos principais desafios a ser superado para que esse instrumento se consolide como alternativa segura e eficiente às partes: o processo de negociação dos termos pactuados.

2 SOBRE A VIABILIDADE JURÍDICA DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS

Os acordos administrativos sofreram grande resistência antes da sua incorporação à realidade jurídica nacional. Sobre o tema, Floriano de Azevedo Marques Neto adverte que há uma “herança, forte entre nós, de desconfiar sempre do envolvimento dos particulares em qualquer atividade que promova as necessidades coletivas”⁴⁷.

Uma dessas desconfianças é a de que os acordos serviriam para finalidades ilegítimas, visando beneficiar indevidamente o particular e prejudicar a Administração Pública. Juliana Bonacorsi de Palma chega a indicar que estas inseguranças poderiam estar traduzidas em argumentos alinhados à supremacia e indisponibilidade do interesse público.⁴⁸

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a noção da indisponibilidade do interesse público se transformou em uma sólida barreira contra qualquer iniciativa de cunho cooperativo envolvendo o Poder Público, a impedir o desenvolvimento de ferramentas eficientes para atender o interesse coletivo.⁴⁹

Inclusive, parece correto dizer que a doutrina nacional nunca se preocupou em aprofundar o estudo da indisponibilidade do interesse público, quase sempre colocado em uma posição secundária em relação ao princípio da supremacia do interesse público.⁵⁰ Sobre o tema, é bastante difundida a célebre doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, em síntese, a indisponibilidade residiria no fato de que os interesses são da coletividade e, portanto, não se encontram à disposição de quem quer que seja.⁵¹

Com efeito, é comum apontar-se uma indefinição conceitual e mesmo operativa da indisponibilidade, que sofre críticas da doutrina nacional, a exemplo de Odete Medauar, quando destaca que a indisponibilidade “constitui fórmula vaga, com ausência de sentido preciso”⁵², esteira seguida por Marçal Justen Filho, para quem o referido princípio não fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas.⁵³

Sobre essa questão da imprecisão, ao analisar a concepção contemporânea da indisponibilidade do interesse público, Natalia Pasquini Moretti sustenta que o princípio é tratado

⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 428.

⁴⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro et al. (Coords.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 163.

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. p. 132. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁵⁰ FARIA, Luzardo. *O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo*. 2019. 338p. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciência Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 68. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62542/R%20-%20D%20-%20LUZARDO%20FARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 ago. 2022.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 76.

⁵² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 378.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 35-62.

por 4 diferentes aspectos: a indisponibilidade da finalidade legal; a indisponibilidade do dever de agir; a indisponibilidade de bens e serviços públicos; e a indisponibilidade das competências administrativas.⁵⁴

No caso, nada obstante a inegável celeuma teórica e viva divergência em torno do tema,⁵⁵ não parece correto sustentar qualquer ordem de inviabilidade dos acordos administrativos no Brasil com base em argumentos simplesmente entronados na dimensão da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Até porque, ressoa adequado sustentar que o agir administrativo deva se pautar por práticas também voltadas ao resultado da atuação pública, a prestigiar sua continuidade, eficiência, agilidade e mesmo a relação custo-benefício.⁵⁶

Até porque, nas palavras de Mario Aroso de Almeida, a “boa administração” requer a adoção das soluções técnicas e financeiras as mais adequadas possíveis, sob pena de frustrar a perseguição do interesse público.⁵⁷

Nesse cenário, a consensualidade se caracteriza como uma ótima solução para a Administração Pública, que, no entender de Marçal Justen Filho, pode atuar de diversas maneiras para satisfazer o interesse público,⁵⁸ sendo uma delas via celebração de acordos administrativos.⁵⁹

Pode-se dizer que a ação administrativa consensual permite a redução do custo de transação e a viabilização de soluções satisfatórias,⁶⁰ sendo que a criação de um cenário bilateral possibilita a melhor identificação dos problemas e a consequente criação de soluções mais eficientes.⁶¹

Em síntese, os acordos administrativos despontam como um dos mecanismos de satisfação/concretização do interesse público, de forma que “o princípio da indisponibilidade do interesse público não seria obstáculo à consensualidade administrativa, na medida em

⁵⁴ MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 460.

⁵⁵ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87-93.

⁵⁷ AROSO DE ALMEIDA, Mario. Princípio da legalidade e boa administração: dificuldades e desafios. In: AROSO DE ALMEIDA, Mario. *Teoria geral do direito administrativo: temas nucleares*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 33-75.

⁵⁸ Sobre o tema, ver: 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. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57508/39548>. Acesso em: 22 ago. 2022.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. Op. cit., p. 35-62.

⁶⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 89-141.

⁶¹ SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid, Barcelona: INAP; Marcial Pons, 2003. p. 115-117.

que essa representaria mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto [...]”⁶². Portanto, pela via da concertação administrativa “jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”⁶³.

3 SOBRE A CONSOLIDAÇÃO DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS

Os últimos anos foram marcados por uma importante viragem paradigmática no Direito Administrativo brasileiro, com o sensível avanço da modelagem jurídico-administrativa a partir do paradigma da consensualidade.

3.1 O DESENVOLVIMENTO DA LÓGICA CONSENSUAL

A superação da atuação administrativa quase exclusivamente impositiva veio envolta em debates sobre a necessidade de transformação do Direito Administrativo brasileiro, na esteira da consolidação da atuação administrativa submetida à tônica do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos e à democracia participativa.

Sobre o tema, Marcos Augusto Perez destaca que “a democracia participativa baseia-se na abertura do Estado a uma participação popular maior do que admitida no sistema da democracia puramente representativa”⁶⁴.

Para Juarez Freitas, o cenário nacional apresentava uma hiperinflação adversarial em razão da relação conturbada entre a sociedade civil e a Administração Pública, isso “por circunstâncias históricas multifatoriais: patrimonialismo extrativista, cegueira voluntária de governantes, desconfiança exacerbada em relação a termos de ajustamento de conduta, emprego arduo da legalidade de maneira lesiva à Constituição e gestão contaminada pela rigidez autoritária”.⁶⁵

Um cenário em que, para Odete Medauar, indicaria como possível solução a de se começar a ouvir o cidadão,⁶⁶ pauta seguida por Sérvulo Correia ao reputar necessário um novo estilo de administração, marcado pela flexibilidade e pela participação dos particulares.⁶⁷ Linhas que convergem largamente para as ideias de paridade e de consenso como pautas centrais à reconfiguração do agir administrativo.

3.2 A Administração Pública paritária

A paridade enseja o afastamento da narrativa de que o particular estaria submetido a qualquer interesse do Estado. A concepção que se firmou é de que há paridade entre o Estado

⁶² LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 274, p. 383-407, dez. 2017.

⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. Op. cit., p. 154.

⁶⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 32.

⁶⁵ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017. p. 29. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁶⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

⁶⁷ CORREIA, José M. Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 353.

e o particular. Sobre o tema, Pedro Machete reputa que a Constituição afasta a ideia de estrita subordinação do cidadão ao Estado, de modo que estes se apresentam como titulares de direitos e deveres recíprocos.⁶⁸ E Gustavo Justino de Oliveira acrescenta que o Estado e o cidadão estão permeados por um mesmo círculo jurídico, cujos direitos e obrigações não se sobrepõem.⁶⁹

Entretanto, a noção de Administração paritária não deve ser confundida com uma situação de equilíbrio entre as partes, mas como uma negação da onipresente supremacia do poder do Estado. A paridade encontra razão na idêntica subordinação à lei e obviamente preserva e admite a atuação unilateral do Estado nos termos e limites da legalidade constitucional e infraconstitucional.

Não se ignora, assim, a faceta impositiva da Administração Pública, mas a unilateralidade deve coexistir com o consenso. No ponto, Vivian Lima López Valle é assertiva ao sustentar que “o Direito Administrativo não pode mais ser um direito de colisão entre interesses públicos e privados, mas sim um direito de distribuição entre interesses privados perante a Administração Pública”⁷⁰.

3.3 A Administração Pública consensual

Essa relação de paridade entre a Administração Pública e o particular fomenta a dimensão da consensualidade na aplicação do direito público. Sobre o tema, Eurico Bitencourt Neto reforça que a concertação é tributária do princípio democrático, na medida em que substitui decisões unilaterais de gabinete por processos de discussão e persuasão.⁷¹ No mesmo sentido, Enzo Roppo afirma que a atuação consensual “encontra um pressuposto de democracia”⁷².

Para Gustavo Justino de Oliveira, a lógica da autoridade, imposição e unilateralidade foi substituída pela lógica do consenso, da negociação e da multilateralidade.⁷³ A propósito, já se sustenta até que a ação cooperativa consiste em uma condição essencial para que o Estado funcione e exerça uma posição de liderança.⁷⁴

Dessa maneira, a evolução do direito administrativo coloca os particulares como os verdadeiros interlocutores na criação do direito aplicável.⁷⁵ Suzana Tavares da Silva leciona

⁶⁸ MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e Administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.

⁶⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito civil e acordo administrativo: apontamentos sobre devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 96.

⁷⁰ VALLE, Vivian Lima López. O acordo administrativo entre o direito público e o direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico normativa público-privada? In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 63-90.

⁷¹ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 191-207.

⁷² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 347.

⁷³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, António Júdice et al. (Coords). *Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103-113.

⁷⁴ SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Op. cit., p. 115-117.

⁷⁵ MONCADA, Luis S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*: Op. cit., p. 89-141.

que a atual Administração Pública não é uma entidade de autoridade e de execução autoritária de políticas públicas, mas que habilmente negocia e firma compromissos,⁷⁶ o que confirma as bases do direito administrativo, como uma disciplina consensual e paritária.

3.4 O avanço legislativo sobre a consensualidade

Essa nova modelagem da atuação administrativa veio por se consolidar no Brasil pela via de sucessivas reformas legislativas. Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Razzini sustentam que há um engajamento contínuo do Poder Público para realizar mudanças legislativas e facilitar a aderência à esta nova ordem conciliatória,⁷⁷ numa espécie de macrosistema de soluções autocompositivas, ante a positivação de soluções consensuais no direito penal, no direito administrativo, no direito tributário, no direito processual civil etc.

O legislador contemplou a possibilidade de soluções amigáveis nas mais diferentes áreas do direito, sendo que, para os contornos do presente estudo, faz-se pertinente analisar, ainda que de forma muito breve e sem quaisquer pretensões exaurientes, os reflexos da consensualidade no Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), na Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 13.655/2018).

3.4.1 O Código de Processo Civil

A Lei n. 13.105/2015 teve bastante importância na promoção do diálogo e da consensualidade no direito brasileiro. Este diploma adotou caminhos para promover a desjudicialização, tendo em vista as normas de abertura para a participação e a consensualidade na administração da justiça brasileira.⁷⁸

A nova tônica consensual é verificada em diversos dispositivos da lei, como o seu artigo 3º, quando estabelece que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (§2º) e que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público” (§3º).

O artigo 190 prevê a possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais e ajustarem o procedimento às especificidades da causa. Ou seja, as partes podem convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

De central relevo para os contornos do presente estudo, o artigo 174 determinou a criação de câmaras de mediação e conciliação pela Administração Pública,⁷⁹ a fim de esti-

⁷⁶ SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de contratação pública* – I. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 916.

⁷⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; RAZZINI, Felipe. Em busca da desjudicialização dos litígios públicos. *Consultor Jurídico*, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-18/oliveira-razzini-busca-desjudicializacao-litigios-publicos>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁷⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; GONÇALVES, Claudio Cairo. Justiça multiportas, desjudicialização e negociação na Administração Pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil. In: WATANABE, Kazuo et al. (Coords.). *Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público*. São Paulo: RT, 2021. p. 152.

⁷⁹ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. A autorização legal para realização de acordos pela Administração Pública e a sua aplicação no âmbito das câmaras administrativas. *Direito do Estado*

mular a solução consensual de conflitos e promover a celebração de termos de ajustamento de conduta.

Diante de tais regras, fica evidente que o Estado adotou um sistema de justiça multipartas, em que o Poder Judiciário se caracteriza como uma alternativa aos demais meios adequados de resolução de conflitos.

3.4.2 A Lei de Mediação

A mediação foi regulamentada pela Lei n. 13.140/2015 e reforçou a importância e eficácia das soluções não adversariais no direito brasileiro. Como bem destaca Roberta Rangel, “a epidemia da judicialização que avassala o Brasil, impõe, não só o debate, mas o estímulo à adoção de métodos extrajudiciais de solução de controvérsias”⁸⁰.

Este instrumento consiste na “atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual”⁸¹. Conforme ensina Francisco José Cahali, as principais vantagens da sua utilização são a “economia de tempo, confidencialidade, facilitação para a compreensão dos sentimentos e emoções como parte do processo, flexibilidades do procedimento e perspectiva de se evitar novos conflitos”⁸².

A Lei de Mediação não se destinou exclusivamente aos particulares, mas assegurou que a autocomposição também deve ser aplicada no âmbito da Administração Pública (art. 1º), de forma a representar um largo passo na direção da consensualidade no direito administrativo.

3.4.3 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A recente alteração da LINDB foi, quiçá, o avanço mais importante para consolidar o consenso como instrumento eficiente para a atuação administrativa. A Lei n. 13.655/2018 acrescentou os artigos 20 a 30 à LINDB e estabeleceu normas sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.⁸³ No caso, destaque para o artigo 26,

em Debate – Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná (Edição especial sobre métodos adequados de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública), Curitiba, n. 11, p. 55-81, 2020. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-12/2020_005_autorizacao_legal_para_realizacao_de_acordos_cristovam-eidt.pdf. Acesso em: 22 ago. 2022; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. O compromisso do artigo 26 da LINDB e a sua celebração no âmbito das câmaras administrativas de prevenção e de solução de conflitos. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 73-89.

⁸⁰ RANGEL, Roberta Maria. As regras da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) para a Administração Pública. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁸¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008. p. 208.

⁸² CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 72.

⁸³ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. O controle da Administração Pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir do contexto das mudanças trazidas pela LINDB. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Direitos humanos e participação política* – v. XI. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020. p. 118-145.

que prevê expressamente a possibilidade de a Administração Pública celebrar compromissos com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença.

Sobre o tema, Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma ressaltam que normas esparsas já tratavam sobre a consensualidade administrativa envolvendo a celebração de acordos substitutivos de sanção e demais compromissos de ajustamento de comportamento.⁸⁴

De todo modo, a previsão na LINDB possui relevância especial por se tratar de uma norma de “sobredireito”, apta a orientar todo o sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, Pedro de Menezes Niebuhr destaca que a normativa “resolve um problema, caro à doutrina administrativista, consistente na necessidade de lei autorizativa para permitir acordos substitutivos de sanção”⁸⁵.

Portanto, passou a ser reconhecido que as soluções consensuais podem ser o mecanismo mais eficaz em determinadas situações conflituosas que envolvam a Administração Pública. Referido artigo utiliza o termo “poderá celebrar compromisso”, de maneira a não criar um dever expresso, mas uma margem de discricionariedade para o agente público.

Essa discricionariedade não significa que a Administração possui uma análise puramente subjetiva para celebração dos compromissos. Pelo contrário, cabe ao agente público considerar todas as opções possíveis e definir pelo acordo quando este se mostrar a melhor escolha no caso concreto.⁸⁶

Isto é, em um juízo prévio de conveniência e oportunidade, cabe ao gestor público analisar e motivar a necessidade, a adequação e as consequências práticas da celebração de um compromisso, inclusive em observância aos artigos 20 e 21 da LINDB.

Sobre o tema, Rafael Schwind sugere alguns critérios a serem observados para orientar a tomada de decisão, a destacar: a isonomia; a avaliação das alternativas possíveis; a avaliação das consequências jurídicas e administrativas de eventual invalidação da situação; a proporcionalidade e a razoabilidade; e a questão econômica subjacente.⁸⁷

Portanto, inequívoco que a nova LINDB contribuiu de forma expressiva para a consolidação do consensualismo no direito administrativo brasileiro, apresentando um permissivo genérico para a celebração de acordos.

⁸⁴ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 135-169, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 20 ago. 2022.

⁸⁵ NIEBUHR, Pedro de Menezes. Para além do controle repressivo da Administração Pública. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico; MOTTA, Fabricio (Orgs.). *O direito administrativo nos 30 anos da Constituição Brasileira de 1988: um diálogo luso-brasileiro*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2018. p. 201.

⁸⁶ NAPOLITANO, Giulio. *La logica del diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 2014.

⁸⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na LINDB: normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 157-176.

4 A NEGOCIAÇÃO DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS COMO GARANTIA DA SEGURANÇA E DA EFICIÊNCIA

Apesar da existência de diferentes legislações para disciplinar os acordos administrativos, certo é que ainda devem superar alguns desafios para se consolidar como instrumentos seguros e eficientes às partes, e para que possam proporcionar, na maior medida possível, os atributos de estabilidade, previsibilidade, racionalidade, economicidade, celeridade etc.

Para recuperar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a segurança jurídica pretende “evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados e de minorar os efeitos traumáticos que resultem de novas disposições jurídicas que alcançassem situações em curso”⁸⁸. Floriano de Azevedo Marques Neto complementa que a segurança jurídica assume uma dimensão “de ponderabilidade e razoabilidade, na medida em que a aplicação do Direito não pode ser nem irracional, nem desproporcional”⁸⁹.

A eficiência, por sua vez, proporciona “a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade”⁹⁰. Maria Sylvania Zanella Di Pietro destaca que o princípio da eficiência se apresenta sob dois aspectos: a forma de atuação do agente público e o modo racional de estruturação da Administração Pública, dos quais se esperam a obtenção de resultados positivos à sociedade.⁹¹

Entretanto, esses dois aspectos nem sempre são observados na celebração de acordos administrativos, de forma que a insegurança e a ineficiência dos ajustes podem ser representadas por 3 diferentes facetas: (i) a descoordenação institucional; (ii) o extensivo controle judicial da consensualidade; e, (iii) a ausência de negociação efetiva entre as partes.

Para o presente estudo, a análise se limitará aos problemas decorrentes desta última faceta, que se desdobra na ausência da negociação nos cenários pré-acordo e pós-acordo.

4.1 A ausência de negociação no cenário pré-acordo

Os acordos são resultados do exercício da autonomia da vontade e devem expressar o consenso entre as partes. Para Gustavo Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho, este só pode ser obtido pela via do processo de negociação – entendido como a deliberação conjunta de interesses para atingir um objetivo comum.⁹²

O acordo administrativo deve observar os direitos das partes e refletir o consenso obtido por meio de um processo de negociação. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não confere o tratamento adequado a esta etapa prévia de negociação.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 89-90.

⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB. O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 93-112, nov. 2018. p. 99. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651/74314>. Acesso em: 20 ago. 2022.

⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 116.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 83.

⁹² OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito civil e acordo administrativo: Op. cit., p. 92.

Gustavo Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho partilham essa crítica e a exemplificam com o atual regime do Inquérito Civil Público, em que o acordo é assinado sem que uma das partes tenha apresentado sua visão sobre o objeto do ajuste.⁹³

Em casos o referido, a Administração Pública acaba por utilizar de suas prerrogativas para reforçar a posição de supremacia e maximizar seus benefícios. Assim, a desvantagem negocial existente entre o particular e a autoridade pública enseja a estrita celebração de acordos unilaterais, em que não há efetiva observância ao diálogo e ao princípio do contraditório.

Trata-se do sistema *take or leave it*. A Administração Pública propõe os termos do acordo e resta ao particular assiná-lo ou não. Essa característica possibilita o efeito torção de braço (*arm-twisting*) – expressão cunhada por Lars Noah para se referir à persuasão utilizada em situações de desigualdade entre as partes.⁹⁴ Este método tem por base a ameaça de o agente público atribuir um ônus excessivo ao particular caso este não aceite as condições impostas.

Portanto, o ajuste decorre do medo de o particular ser prejudicado e não do consenso efetivo entre as partes. Por essa e outras razões, Owen Fiss chegou a sustentar que o consentimento é frequentemente coagido e que o desequilíbrio de poder pode limitar os benefícios do acordo.⁹⁵

Além disso, a ausência de colaboração compromete a legitimidade que se espera de uma solução consensual, tendo em vista que um dos participantes não acredita que seus interesses estão refletidos no compromisso.⁹⁶ Assim, ampliam-se as chances de descumprimento da avença e de posterior encaminhamento ao Poder Judiciário – o que traz insegurança para as partes e aumenta o custo envolvido.

Portanto, parece fundamental que a Administração Pública prestigie a etapa de negociação com o particular, a ser encarada como fase essencial para que as partes discutam sobre os interesses conflitantes e formalizem as garantias necessárias. Ignorar este processo implica em uma simples retórica da consensualidade do faz de conta.

Aprofundando a questão, Carrie Menkel-Meadow bem ensina que as partes sempre terão posições conflitantes, mas também compartilharão de alguns pontos em comum – dos quais deverão partir as soluções.⁹⁷ Desse modo, um dos possíveis caminhos a ser trilhado é a processualização da atuação administrativa. Conforme ensina Humberto Ávila, o processo

⁹³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito civil e acordo administrativo: Op. cit., p. 99.

⁹⁴ NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of Congressional delegations of authority. *Wisconsin Law Review*, p. 873-941, 1977. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6153823/mod_resource/content/1/NOAH%2C%20Lars.%20Administrative%20arm-twisting%20in%20the%20shadow%20of%20Congressional.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022

⁹⁵ FISS, Owen M. Against settlement. *The Yale Law Journal*, v. 93, p. 1073-1090, 1984. p. 1075. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁹⁶ HARTER, Philip J. Negotiating regulations: a cure for malaise. *The Georgetown Law Journal*, v. 71, 1982. p. 22. Disponível em: <https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/1982-04%20Procedures%20for%20Negotiating%20Proposed%20Regulations.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

⁹⁷ MENKEL-MEADOW, Carrie. The limits of adversarial ethics. In: RHODE, Deborah L. (ed.). *Ethics in practice: lawyer's roles, responsibilities, and regulation*. New York: Oxford University Press, 2000. p. 123-144. p. 133.

“é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade”⁹⁸.

Juliana Bonacorsi de Palma acrescenta que com o advento do processo administrativo “a vontade administrativa passou a ser compreendida como uma vontade processualizada, a qual é construída no percurso do processo administrativo, subordinando-se a regras formais estabelecidas em normas especiais e nas leis gerais de processo administrativo”⁹⁹.

Aliás, o processo administrativo é direito fundamental previsto no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição, razão pela qual também deve ser observado na elaboração de soluções consensuais. Egon Bockmann Moreira assinala que o princípio do contraditório não é mera exigência formal, mas “traz consigo o dever administrativo de serem apreciadas a contento todas as manifestações produzidas pelos interessados no processo”¹⁰⁰.

Portanto, os acordos administrativos devem ser celebrados em respeito ao devido processo legal, o que pressupõe a observância dos deveres de contraditório, ampla defesa, motivação e publicidade, deveres que “são assegurados mediante a abertura da negociação para que o particular apresente propostas de acordos e contrapropostas às minutas esquadrihadas pelo Poder Público”¹⁰¹.

A etapa dialógica proporciona a troca voluntária de informações e a consequente criação da melhor solução possível para o caso concreto. Trata-se de uma efetiva negociação colaborativa, em que as partes têm a oportunidade de ponderar interesses, criar uma relação de confiança recíproca e construir um acordo compatível com realidade fática.

Respeitados esses parâmetros, o foco do acordo tende a deixar de ser as vantagens que o Poder Público ou mesmo o particular poderão imediatamente conseguir e passará a ser o atingimento do interesse público pela via do benefício mútuo das partes.

4.2 A importância da negociação pós-acordo

A consensualidade não deve se esgotar na fase anterior ao acordo. Pelo contrário, o diálogo e a paridade devem permanecer durante a execução das obrigações pactuadas. Situação que também não é a tônica na maioria dos casos.

Tomando por base os acordos de leniência firmados pela Controladoria-Geral da União (CGU), considerável parte deles contemplam obrigações de longa duração, notadamente no que diz respeito ao pagamento da multa e à reparação dos danos. Para se limitar a um único exemplo, cita-se o acordo firmado pela empresa Camargo Correa, que se comprometeu a pagar 1,396 bilhões de reais em 24 parcelas anuais.¹⁰²

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 50-59, set. 2018. p. 54.

⁹⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 73.

¹⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 312.

¹⁰¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRIATO, Vitor Rheim (Coord.). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11-26.

¹⁰² BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Acordo de Leniência Camargo Correa*. S.d. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/camargo-correa>. Acesso em: 13 jul. 2022.

Nesse sentido, sabe-se que as obrigações de longa duração ou de execução continuada estão sujeitas à eventos extraordinários e alheios à vontade das partes, que podem alterar as condições originalmente firmadas e exigir a repactuação da avença. Entretanto, a maioria desses compromissos não prestigia a lógica negocial para solucionar tais questões.

Nos termos atualmente estabelecidos, o descumprimento de alguma das obrigações enseja a imediata rescisão da avença. Vale dizer que este formato é reflexo da própria Lei Anticorrupção, que não trata especificamente sobre o tema. Veja-se: o art. 16, §4º, se limita a estabelecer que “o acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo” e o art. 36 do Decreto n. 8.420/2015 apenas acrescenta que “constarão cláusulas e obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, reputem-se necessárias”. Ainda, o art. 16, §8º, se afasta da consensualidade e prevê que “em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos”.

Portanto, o ordenamento jurídico não contempla previsões para incentivar a manutenção do diálogo no cenário pós-acordo. E isso não ocorre apenas na leniência, mas na maioria dos acordos administrativos. Assim, enquanto não houver uma modificação legislativa, necessária para o efetivo avanço da questão posta, cabe às próprias partes dispor sobre o tema por meio de cláusulas assecuratórias específicas.

Em sentido semelhante, ao tratar do direito da concorrência, Thiago Marrara ressalta que os acordos devem contemplar o direito de revisão.¹⁰³ Na mesma direção, Gustavo Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho destacam que os acordos administrativos devem contemplar cláusulas de reserva de consensualidade, a fim de vincular o inadimplemento das partes às soluções jurídicas negociais.¹⁰⁴

Ainda, há que se falar da possibilidade de incluir cláusula de *hardship* nos acordos administrativos. Esta cláusula, muito utilizada em contratos internacionais, estabelece o dever de as partes renegociarem os termos acordados após a ocorrência de eventos supervenientes que alterem as condições originalmente pactuadas.^{105,106}

Trata-se de cláusula destinada a manutenção e longevidade das avenças, devendo as partes acordarem sobre os elementos essenciais para a readaptação do compromisso. Ou seja, viabiliza-se a previsão antecipada de como reestabelecer a correspectividade do contrato após a ocorrência de eventos não previsíveis.¹⁰⁷

Utilizando termo distinto, Gustavo Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho ressaltam a importância de incluir cláusulas de segurança para disciplinar o caminho a ser

¹⁰³ MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 293-329.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito civil e acordo administrativo: Op. cit., p. 123.

¹⁰⁵ SORNARAJAH, M. Supremacy of the renegotiation clause in international contracts. *Journal of International Arbitration*, v. 5, n. 2, 1988. p. 106.

¹⁰⁶ FABRE, Regis. Les clauses d'adaptation dans les contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 01-30, 1983.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 25, abr./jun. 2010. p. 20.

percorrido pelas partes no caso de descumprimento do acordo.¹⁰⁸ Soluções como estas geram previsibilidade e estabilidade às partes, garantindo a eficiência e a segurança jurídica essenciais ao acordo formulado.

Aliás, a previsão antecipada de como eventuais litígios serão renegociados certamente reduz o tempo despendido e os custos envolvidos. Vale dizer: se um compromisso foi celebrado pela via do diálogo, por que não privilegiar esta mesma via para solucionar conflitos surgidos durante a execução das obrigações?

Se o devido processo legal foi observado na fase de negociação, pode-se presumir que o acordo foi estabelecido em uma relação de confiança mútua e reflete o interesse comum das partes. Portanto, o caminho do diálogo já estaria aberto para que as partes expusessem suas razões e tentassem renegociar as bases originalmente acordadas.

Opção distinta ensejaria a entrega da solução ao Poder Judiciário, a demandar tempo alongado e sem qualquer segurança de que a solução necessariamente atenderia o melhor interesse das partes. Tudo indica a necessidade de se repensar o processo de negociação dos acordos administrativos e das cláusulas nele expressas, de forma a efetivamente ampliar a dimensão da segurança jurídica e proporcionar eficiência às soluções consensuais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro, que respalda a atuação consensual da Administração Pública, confere ampla viabilidade aos acordos administrativos. Instrumentos eficientes para a Administração Pública atender os interesses coletivos, não se pode negar que os acordos possuem diversos desafios a superar na consolidação como ferramentas seguras e eficientes às partes. Um desses desafios diz respeito ao processo de negociação pré-acordo e pós-acordo.

Na fase prévia ao acordo deve existir um processo de negociação efetivo, de modo que as partes consigam dialogar sobre os interesses comuns a serem refletidos na avença. Da mesma forma, na fase posterior ao acordo esta lógica consensual também deve prevalecer, a fim de que eventuais litígios também venham a ser solucionados de forma autocompositiva.

Um caminho ainda tortuoso, mas que tem o potencial de prover segurança às partes e mesmo maior eficiência no atingimento do interesse público. O aprofundamento de uma efetiva dimensão de consensualidade no âmbito dos acordos administrativos passa, necessariamente, pela consolidação da negociação pré e pós-acordo, sem o que não há propriamente consensualidade.

REFERÊNCIAS

AROSO DE ALMEIDA, Mario. Princípio da legalidade e boa administração: dificuldades e desafios. In: AROSO DE ALMEIDA, Mario. *Teoria geral do direito administrativo: temas nucleares*. Coimbra: Almedina, 2012.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 50-59, set. 2018.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito civil e acordo administrativo: Op. cit., p. 120-121.

- BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*. São Paulo: Almedina, 2017.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Acordo de Leniência Camargo Correa*. S.d. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/camargo-correa>. Acesso em: 13 jul. 2022.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CORREIA, José M. Sérvalo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. 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. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57508/39548>. Acesso em: 22 ago. 2022.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. A autorização legal para realização de acordos pela Administração Pública e a sua aplicação no âmbito das câmaras administrativas. *Direito do Estado em Debate – Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná (Edição especial sobre métodos adequados de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública)*, Curitiba, n. 11, p. 55-81, 2020. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-12/2020_005_autorizacao_legal_para_realizacao_de_acordos_cristovam-eidt.pdf. Acesso em: 22 ago.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. O controle da Administração Pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir do contexto das mudanças trazidas pela LINDB. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Direitos humanos e participação política – v. XI*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020. p. 118-145.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. O compromisso do artigo 26 da LINDB e a sua celebração no âmbito das câmaras administrativas de prevenção e de solução de conflitos. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 73-89.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FABRE, Regis. Les clauses d'adaptation dans les contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 01-30, 1983.
- FARIA, Luzardo. *O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo*. 2019. 338p. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciência Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62542/R%20-%20D%20-%20LUZARDO%20FARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 ago. 2022.
- FISS, Owen M. Against settlement. *The Yale Law Journal*, v. 93, p. 1073-1090, 1984. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. Acesso em: 13 jul. 2022.
- FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 13 jul. 2022.
- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 135-169, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- HARTER, Philip J. Negotiating regulations: a cure for malaise. *The Georgetown Law Journal*, v. 71, 1982. Disponível em: <https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/1982-04%20Procedures%20for%20Negotiating%20Proposed%20Regulations.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 274, p. 383-407, dez. 2017.

MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e Administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB. O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 93-112, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651/74314>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 25, abr./jun. 2010.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENKEL-MEADOW, Carrie. The limits of adversarial ethics. In: RHODE, Deborah L. (ed.). *Ethics in practice: lawyer's roles, responsibilities, and regulation*. New York: Oxford University Press, 2000. p. 123-144.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo*. Coimbra: Coimbra, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>. Acesso em: 13 jul. 2022.

MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

NAPOLITANO, Giulio. *La logica del diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 2014.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. Para além do controle repressivo da Administração Pública. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico; MOTTA, Fabricio (Orgs.). *O direito administrativo nos 30 anos da Constituição Brasileira de 1988: um diálogo luso-brasileiro*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2018.

NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of Congressional delegations of authority. *Wisconsin Law Review*, p. 873-941, 1977. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6153823/mod_resource/content/1/NOAH%2C%20Lars.%20Administrative%20arm-twisting%20in%20the%20shadow%20of%20Congressional.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coords). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito civil e acordo administrativo: apontamentos sobre devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). *Acordos administrativos no Brasil*: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; GONÇALVES, Claudio Cairo. Justiça multiportas, desjudicialização e negociação na Administração Pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil. In: WATANABE, Kazuo *et al.* (Coords.). *Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público*. São Paulo: RT, 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; RAZZINI, Felipe. Em busca da desjudicialização dos litígios públicos. *Consultor Jurídico*, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-18/oliveira-razzini-busca-desjudicializacao-litigios-publicos>. Acesso em: 13 jul. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro *et al.* (Coords.). *Justiça Federal*: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRIATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. *Administração Pública democrática*: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RANGEL, Roberta Maria. As regras da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) para a Administração Pública. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). *Arbitragem e mediação*: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid, Barcelona: INAP; Marcial Pons, 2003.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na LINDB: normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). *Acordos administrativos no Brasil*: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.

SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de contratação pública* – I. Coimbra: Coimbra, 2008.

SORNARAJAH, M. Supremacy of the renegotiation clause in international contracts. *Journal of International Arbitration*, v. 5, n. 2, 1988.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

VALLE, Vivian Lima López. O acordo administrativo entre o direito público e o direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico normativa público-privada? In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). *Acordos administrativos no Brasil*: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.



Administração pública e inovação: o papel da tecnologia e da ideologia nas crises e soluções

Luiz Alberto Blanchet

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Sumário: 1 Introdução. 2 Administração Pública e tecnologia. 3 Administração Pública e ideologia. 4 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Quatro noções fundamentais para os fins da presente pesquisa, devem ser abordadas já preliminarmente neste tópico destinado à introdução. Inovação, tecnologia, ideologia e solução. O termo *solução* remete à metodologia ao final identificada.

Desde a primeira revolução industrial, passando pela segunda, momento a partir do qual a energia elétrica foi domada e tornou-se a cada dia mais disseminada e popular, passando ainda, pela terceira, a *Revolução Técnico-Científica-Informacional*, e, principalmente, a partir da quarta, a palavra inovação já não pode mais ser conceituada sobre os mesmos pilares que lhe eram suficientes no passado. Por idênticas razões, não se deveria mais falar em inovação como mera concepção individual de novas ideias ou novos artifícios para driblar aquilo que já está sedimentado e continua provando que é eficiente e efetivamente eficaz.

A grande inovação, a rigor, deu-se na segunda revolução industrial com a descoberta e utilização da eletricidade nos processos de produção. Essa modalidade de energia tornou muito mais fácil, eficiente e barata a produção quando comparada com a fase em que tudo era movido por máquinas a vapor. Ademais, todas as inovações posteriores e as revoluções seguintes jamais teriam ocorrido se não tivesse sido descoberta a energia elétrica. É a modalidade de energia mais difundida de disponibilização mais democrática dentre as diversas já exploradas no País.

A noção equivocada e assustadoramente popularizada de inovação como se fosse um processo pelo qual o autor de uma supostamente genial, ou grande, ideia encontrou um atalho pelo qual trabalhou pouco, produziu menos ainda, mas ficou bilionário, corresponde a apenas uma excepcionalíssima minoria, quando não a um indivíduo só, o qual é beneficiado pelos regimes de direitos autorais e patentes e não pela utilidade que sua ideia deveria ter trazido para todos. Sim, a utilidade ao alcance de todos, é elemento indissociável do conceito de inovação quando se trata do tema no mundo do Direito, especialmente do chamado direito público. Na esfera do direito público, ou das relações entre o Estado e os cidadãos, não há espaço para inovações cujos benefícios são de alcance apenas individual.

O presente estudo pretende ater-se ao enfoque jurídico e, como tal, norteia-se, acima de tudo, pela preocupação com o ser humano como ser individual com sua história, habilida-

des, preferências pessoais etc., mas também como elemento integrante de uma coletividade, ambiente em que a subjetividade cede lugar à objetividade, a qual deixa de ser mera opção individual, mas impera soberana e insubstituível.

Uma ideologia é tanto melhor que as demais quanto mais se afasta de concepções subjetivas e penetra no universo da percepção, seleção crítica e atuação orientadas, em seu grau máximo possível, por parâmetros objetivos.

Objetividade é princípio constitucional implícito da máxima relevância. É dele que germinam e se sustentam a impessoalidade no âmbito da administração pública e a imparcialidade no exercício da jurisdição.

Povo esclarecido e que se respeita, prima pela objetividade e afasta qualquer pessoa ou grupo que queira doutriná-lo para em seguida exercer sua dominação.

No processo de percepção e conhecimento em bases objetivas, segundo Karl R. Popper, opera-se verdadeira *seleção natural de hipóteses*, eliminando-se progressivamente as hipóteses insustentáveis, preservando-se aquelas que até então se mostram mais defensáveis. Prossegue o autor fazendo referência ao *conhecimento animal* e ao *conhecimento pré-científico*, concluindo que a crítica sistemática e consciente das hipóteses a serem eliminadas levam as *ideias incapazes*, as *crenças errôneas* ao perecimento em lugar de seu autor sempre que este se conduz pela linha da objetividade.¹

O pensamento de Popper oportuniza, portanto, o aprimoramento da ideia trazida ao parágrafo precedente: povo esclarecido e que se respeita, prima pela objetividade e seleciona em bases racionalmente lógicas as diversas hipóteses com as quais se depara, repelindo aquelas que mais tarde o eliminariam. Imprescindível alertar que ao repelir as hipóteses inservíveis, o agente deve fazê-lo em bases objetivas e jamais por simpatia pessoal em favor da hipótese que não será afastada em detrimento de outras., ou mesmo por antipatia íntima por uma ou mais opções.

Os únicos aspectos subjetivos admissíveis na condução de processos de solução de problemas, são os inerentes às capacidades pessoais daquele a quem incumbe atuar, para buscar eficiente e eficazmente a melhor solução.

A procura de soluções é ato humano.

Nenhuma crise se “autossoluciona” espontaneamente.

Quando uma crise parece ter sido resolvida sem intervenção humana, o que em verdade aconteceu foi o simples, natural e espontâneo desaparecimento da situação crítica.

¹ “Tudo isto pode ser expresso dizendo que o crescimento de nosso conhecimento é o resultado de um processo estreitamente semelhante ao que Darwin chamou “seleção natural”; isto é, a *seleção natural de hipóteses*: nosso conhecimento consiste, a cada momento, daquelas hipóteses que mostraram sua aptidão (comparativa) para sobreviver até agora em sua luta pela existência, uma luta de competição que elimina aquelas hipóteses que são incapazes. Esta interpretação pode ser aplicada ao conhecimento animal, ao conhecimento pré-científico e ao conhecimento científico. Peculiar ao conhecimento científico é isto: a luta pela existência é tornada mais dura pela crítica sistemática e consciente de nossas teorias. Assim, enquanto o conhecimento animal e o conhecimento pré-científico crescem principalmente através da eliminação daqueles que sustentam as hipóteses incapazes, a crítica científica faz muitas vezes nossas hipóteses perecerem em lugar de nós, eliminando nossas crenças errôneas antes que essas crenças levem à nossa eliminação.” (POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo* – uma abordagem evolucionária. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Itatiaia, 1902. p. 238).

O surgimento de crises, a seu turno, pode operar-se natural e automaticamente, mas também pode ser obra humana ou, no mínimo, consequência de atuação humana mal conduzida.

Retornando com esse raciocínio para órbita do tema aqui proposto, pode-se com segurança afirmar que o ato humano em busca da solução ótima para problemas que envolvem interesse coletividade, é tudo que se espera do agente público. A crise criada diretamente por procedimento humano, ou dele resultante, sempre terá em sua origem, respectivamente imediata ou remota, o exercício de consciente e determinado propósito do agente em criar a crise. O agente pode, porém, não ter esse propósito, mas age com incúria, com despreparo ou ainda, açodamento, precipitação, impaciência para correta e acuradamente executar suas atribuições.

Qualquer trabalho dedicado ao estudo da inovação alcançada pelo âmbito do Direito Administrativo, abordada como objeto de pesquisa atormentada por crises e orientada pela busca de soluções, pode optar por diversos caminhos, todos obviamente diferentes e, muitos destes, até conflitantes.

Absolutamente imprescindível, pois, que se defina já preliminarmente, qual será o caminho que esta pesquisa se propõe e se compromete a trilhar.

No trabalho que ora se inicia, a fim de se evitar abordagens de conteúdo e direcionamento subjetivo, parcial ou tendencioso, deverá envolver a inovação concebida e estruturada sobre as bases do sistema normativo constitucional, alicerçado nos fundamentos a que alude o art. 1º da Constituição. e edificado com especial ênfase nos objetivos da República.

O objeto aqui, portanto, consoante já se expôs no primeiro parágrafo desta introdução, refere-se à inovação concreta (real) e efetiva, sensível ao cidadão comum e por ele identificável e reconhecível como algo que melhorará sua vida. Tratar-se-á aqui, por conseguinte, da inovação que, ou tem conteúdo tecnológico, ou utiliza a tecnologia como seu meio e instrumento para concretizar soluções novas e mais eficazes.

Definida a inovação à qual o presente trabalho dedicará suas pesquisas e conclusões, remanesce por delimitar apenas a natureza e conteúdo das crises e das soluções idôneas para preservar as inovações que constitucionalmente de fato interessam. Ora, as crises que atormentam inovações que têm tecnologias como conteúdo ou como veículo necessário para sua efetivação e sucesso, fatalmente terão natureza ideológica.

Ideologias são inerentes ao ser humano, são coisas positivas, mas quando empregadas de forma exclusiva e excludentes de todas as demais e como única solução admissível para todo e qualquer problema, passam a ser o calvário e esquife de qualquer inovação, vencendo sempre, mediante tal funesto processo, os manipuladores e usurpadores e tendo, indefectivelmente, como perdedor o povo que involuntariamente cria o monstro e depois é condenado a alimentá-lo.

No que se refere à metodologia eleita, embora o tempo reservado à busca das fontes idôneas para a pesquisa do tema, à observação de situações concretas, não seja suficiente para viabilizar o desenvolvimento de autêntica pesquisa de campo, o traço distintivo deste trabalho é a busca de soluções e por ser tal, a metodologia mais adequada é aquela que persegue resultados práticos: a pesquisa-ação².

² “Para se entender a originalidade da pesquisa-ação, nada melhor que a comparar à pesquisa “clássica”. É interessante se perguntar como a pesquisa-ação modifica a pesquisa “clássica”. De fato, praticar a pesquisa-ação

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TECNOLOGIA

A função administrativa do Estado contemporâneo já aderiu a muitas comodidades trazidas pela quarta revolução industrial, mas já no passado as utilidades e comodidades disponibilizadas pelas revoluções industriais anteriores, seduziam o poder público, embora em amplitude e configurações muito mais tímidas.

A tecnologia da máquina a vapor, ainda durante o século XVII, foi a primeira a não tardar sua adoção pelo Estado. A tecnologia então, era natureza muito diferente das atuais, tanto em sua configuração quanto aos aspectos da vida humana nos quais seus recursos teriam utilidade. Não era ainda possível, por exemplo, a utilização direta daquela tecnologia para atividades que não fossem de transporte, produção de bens etc. Assim, dentre as atividades básicas abrangidas pela administração pública em sentido objetivo, aquela à qual a tecnologia da máquina a vapor melhor viria a se adaptar eram alguns serviços públicos, como transporte coletivo de passageiros e geração de energia principalmente. Em relação às outras atividades de administração pública em sentido material, todavia, a nova tecnologia de então permanecia neutra. Não havia qualquer possibilidade de emprego direto da tecnologia dos dispositivos movidos a vapor, no exercício das atividades de polícia administrativa, por exemplo.

Não é fictício, mas pura realidade, a antevisão de evoluções, como o alinhamento da inteligência artificial com a humana e inevitável adoção pelo Estado para melhor exercer as competências que a Constituição lhe confere como instrumentos para cumprir as finalidades para cuja consecução o povo o criou.

Na iminência da quinta revolução, não é difícil, tampouco ilógico, antecipar a visualização de ambientes nos quais equipamentos robóticos serão os protagonistas, atuando como quase indivíduos, trabalharão conjugadamente em “colaboração” mútua em sistemas cibernéticos, ou *ciberequipes*. Em tal cenário, o exercício de muitas, senão todas, atividades de polícia administrativa dispensarão a participação de agentes pessoas físicas. O que aliás já havia deixado de ser exagero na quarta revolução industrial. Não há nessa antevisão absolutamente nenhum exagero, mas pura e simples avaliação dos caminhos que a tecnologia vem seguindo. Celso Antônio Bandeira de Mello³ já vem a muitas edições de seu Curso de Direito

obriga a se levar adiante duas tarefas simultâneas: uma tarefa de pesquisa, cujo objetivo é desenvolver conhecimentos, e uma tarefa de ação, cujo objetivo é modificar uma situação peculiar. Como dar força determinante à ação? Aliás, há muitas dificuldades de aplicação da pesquisa-ação, tendo em vista os princípios destacados. Nesse campo como em outros, nem sempre é fácil passar da teoria à prática.” (DIONNE, Hugues. *A pesquisa-ação para o desenvolvimento local*. Brasília, DF: Liber Livro, 2007. p. 23-24).

³ “Além disso, há atos jurídicos – administrativos – que não são necessariamente comportamentos humanos voluntários. Podem surgir “casualmente”, isto é, sem que seu produtor haja pretendido expedir-lhes e, portanto, sem propósito algum de gerar-lhes os correspondentes efeitos.

Tomemos como exemplo a seguinte hipótese. Suponha-se que um agente público encarregado de interferir, quando necessário, em um central controladora de semáforos da cidade (ou de certa parte dela), dirigida normalmente por computador, inadvertidamente aperte um botão concernente a um dado sinal luminoso de trânsito. Disto decorre que em certa esquina o sinal verde, isto é, a ordem “siga”, acende três, quatro ou cinco segundos antes do que estava programado e, correspondentemente, ilumina-se o sinal vermelho, isto é, a ordem “pare”, no outro ângulo do cruzamento. Por força disso haverá produzido, sem querer, as *ordens mencionadas, que são atos jurídicos administrativos*. E poderá, mesmo, jamais saber que o fez. É o que ocorreria se estivesse conversando com outro funcionário, de costas para o teclado, havendo nele tocado sem sequer se aperceber disto. Não houve qualquer manifestação volitiva e houve ato jurídico administrativo. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: JusPodivm; Malheiros, 2021. p. 305).

Administrativo, ensinando que isso já é realidade mediante a simples utilização dos recursos trazidos pela quarta revolução industrial, cujo traço caracterizador aponta para a convergência de tecnologias digitais, materiais e *biocibernéticas*.

Com a máxima precisão lógica e muita clareza, Celso Antônio descreve situações em que atos administrativos, e não fatos, podem ser produzidos sem interferência da vontade psicológica de um ser humano e, portanto, sem agente. O jurista faz referência a fatos que, embora não específicos, concretos, com a máxima probabilidade ocorrem diariamente. A lição desse incomparável jurista torna evidente a convivência imprescindível e pacífica da administração pública em sentido funcional com a tecnologia.

A participação de recursos tecnológicos na condução da administração pública, vem assegurar maior eficiência, potencializa a objetividade sem a qual o interesse público correria riscos e reduz a quase nada a probabilidade de erros. Como, contudo, e apesar de a quinta revolução industrial já ser fato iminente e certo, muitas atividades ainda precisam ser executadas por seres humanos, com o emprego de suas habilidades positivas, não raro geniais, mas também com seus vícios: desatenção, atropelo de fases importantes e pressa para atingir a finalidade, despreparo e má índole. Por outro lado, algo ainda anima, quando as falhas e claudicâncias humanas se manifestam nas condutas dos agentes devem submeter-se à ação e consequências do controle, sejam por deficiências pessoais episódicas ou permanentes, ou mesmo por desvio de caráter e espírito delinquente.

As falhas humanas sempre assombraram todos os momentos da evolução histórica dos grupos socialmente organizados, manifestando-se tanto sob a forma de condutas meramente adventícias quanto planejadas deliberadamente para produzir resultados indesejáveis e frequentemente devastadores. A religião e a moral sempre se preocuparam com tais condutas. Tudo funcionou relativamente até certo momento quando alguns integrantes de uma mesma coletividade humana passavam a não mais seguir os mesmos preceitos religiosos que até então vinham sendo seguidos por todos. Dessa maneira, qualquer um que não quisesse ser reprovado pelas lideranças religiosas, simplesmente aderiria a outra religião. Com a moral, o problema foi semelhante a partir do momento em que pessoas de um grupo passava a viver com outro de cultura diferente. O Direito, por fim, veio representar um núcleo definidor de parâmetros de conduta mais eficaz independentemente da religião ou da cultura de cada cidadão. Oportuno observar-se que os problemas derivados de choques entre ideologias diferentes, apresenta diversos pontos de congruência com aqueles de fundo religioso ou moral.

A maneira como o Direito coíbe a má atuação do agente público, envolve critérios bastante objetivos. A má atuação do agente público, consoante se enumerou linhas acima, tem origem em fatores perniciosos inerentes à pessoa do agente, os quais podem ser falhas pessoais episódicas ou permanentes próprias da pessoa do mau agente. O Direito separa os três primeiros – desatenção, atropelo, ou açodamento, por pressa para atingir a finalidade e despreparo – no gênero *culpa*, classificando-os, nessa mesma sequência, em *negligência*, *imprudência* e *imperícia*. O quarto fator – deliberado propósito de provocar o resultado danoso ao interesse público – refere-se ao *dolo*. As bases objetivas dessa classificação evitam que atuações menos graves acabem sendo coibidas pelos mesmos meios e com os mesmos efeitos que condutas mais graves.

O mundo da tecnologia é absolutamente diferente do mundo das ideias, principalmente em função de uma particularidade exclusiva desse último: o mundo das ideias abriga um submundo dos sistemas de ideias mutuamente excludentes e que jamais se autoquestionam. Além do caos caracterizador desse submundo, não se pode deixar de observar que, afinal, ele é tanto mais caótico quanto mais se afasta da objetividade. Essa doença jamais contaminou a Filosofia e a Ciência porque ambas coexistem, interagem e suas verdades são sempre provisórias até que alguém demonstre em bases lógicas que são parciais ou totalmente falhas. Esses momentos em que a própria Filosofia ou Ciência se autoquestiona, não são incidentes de crise, mas sim de evolução nos quais os estudiosos mais se afastam do erro e se aproximam da ainda intangível verdade.

A tecnologia, assim como a técnica, carrega em seu DNA o gene da objetividade, afinal ambas têm sua fonte na Ciência e, também como esta, ocupam espaço muito especial na caminhada evolutiva da humanidade. Apesar de traços semelhantes, tecnologia e técnica desempenham papéis diferentes na condução da administração pública. As diversas técnicas utilizadas no cotidiano do agente público são instrumentos mediante os quais o agente, ao deparar com determinada situação concreta (ou *real*) que exige atendimento, executa o procedimento idôneo e alcança sua finalidade, que nada é senão o satisfatório atendimento da situação real originária (ou *motivo de fato*). A técnica é estática, depende de um agente humano que a aplique quando necessário. É o que sucede quando um agente público controla o funcionamento de um sistema de captação e tratamento de água para consumo da coletividade, tarefa para cujo desempenho ele deverá utilizar uma ou mais técnicas. Se futuramente a Administração adquirir um sistema de equipamentos que façam tudo o que o agente vinha fazendo, esse complexo de recursos funcionará utilizando técnicas, mas sim tecnologias. O funcionamento de tecnologias não se condiciona à atuação direta de ser humano, sendo capaz inclusive de se auto acionar espontaneamente. Na atualidade, o exemplo mais marcante de tecnologia é a inteligência artificial. Claro que nem toda tecnologia atingiu o grau de sofisticação da inteligência artificial, mas mesmo as mais antigas e simples, independem da presença e atuação constante de uma pessoa natural como seu agente. Tecnologias mais antigas, como a da máquina a vapor, por exemplo, dependiam de pessoas apenas para acioná-las ou desativá-las. Ideologias, ao contrário, para se manifestarem no mundo real necessitam de agentes humanos, porém de maneira muito diferente das técnicas, eis que o agente que utiliza uma certa técnica, não consegue alterar nem ela nem a Ciência que a desenvolveu. O seguidor de uma ideologia, porém, ao aplicá-la, imprime traços de sua própria personalidade e de suas preferências ou antipatias pessoais. Em outros termos, o agente que aplica uma tecnologia o faz objetivamente, enquanto o adepto a uma ideologia dificilmente conseguirá conduzir-se de acordo com os parâmetros da objetividade.

Ainda no que concerne à eterna disputa entre a subjetividade e a objetividade, o fenômeno da inteligência artificial merece alguns comentários. Adorada pelos entusiastas e temida, quando não odiada, pelos menos informados, a inteligência artificial reveste-se de maior confiabilidade justamente por ser “artificial”, porquanto não sendo capaz de experimentar sentimentos ou emoções, jamais se deixará influenciar, por exemplo, pelo traíçoeiro apelo à emoção – recurso não muito raro em certos momentos da atuação de um agente público – e tampouco será acometido de inveja, cobiça, vingança e outros sentimentos negativos. Tecnologias não têm natureza psicológica, mas lógica, enfim, seus parâmetros não são pessoais, subjetivos,

mas lógicos, objetivos. E são exatamente esses atributos da tecnologia que se espera tenha o administrador atuando com impessoalidade e, não menos, o julgador sendo imparcial.

Apesar de haver maior confiabilidade em decisões obtidas por meio da inteligência artificial do que proferidas por seres humanos, essa tecnologia enfrenta consideráveis riscos à sua imparcialidade nos vieses provocados deliberadamente ou não por seres humanos e também provocados por ela própria ao colher dados imperceptivelmente viciados por costumes tidos como normais em qualquer sociedade, mas que poderão ser interpretados pelo sistema como relevantes para a definição de decisões que estão sob os cuidados do sistema de inteligência artificial.⁴ Exemplos de costumes culturalmente aceitos como normais são os tratamentos naturalmente dispensados de forma diferenciada a homens e mulheres ou a jovens e idosos. Pessoas naturais sabem que o tratamento, inclusive de maior respeito é, e deve ser, dispensado a mulheres e idosos não como discriminação, mas como respeito, consideração etc., mas um sistema pode importar essas informações como base para decisões que pressupõem velhos e mulheres como seres inferiores, por exemplo. A rigor, no entanto, a falha está nos seres humanos que alimentam o sistema sem maiores cuidados. É o discernimento humano que deve avaliar se determinados dados, aparentemente inofensivos, pertinentes a mulheres, idosos, afrodescendentes etc., poderão ser interpretados pelo sistema de inteligência artificial como parâmetros válidos para. Se, de qualquer modo, esse problema ocorrer, não se pode concluir que se trata de falha da tecnologia, pois ela já preexistia ao ser humano que a opera; tratar-se-á de mau uso da tecnologia.

Cabe, finalmente, reiterar que tecnologias têm natureza lícita. Essa sua índole soma-se a outras da máxima relevância para a coletividade e para cada cidadão individualmente. Esse seu caráter da tecnologia reforça as bases que levaram os legisladores constituintes dedicar-lhe inúmeras normas fazendo explícita menção ao termo que a designa. Claro é que tecnologias podem ser utilizadas para obter fins ilícitos, mas a ilicitude estará alojada na mente e na conduta do delinquente, pois a tecnologia continua mantendo seu conteúdo lícito. Enquanto, porém, assim sucede com as tecnologias, nunca será demais reiterar que as ideologias abrangem em seu mundo o submundo da ilicitude e não por mau uso feito por um delinquente, mas por ilicitude inerente à sua própria origem. Assim ocorre com as ideologias do crime, da vitimização do delinquente, da banalização de delitos contra o patrimônio privado e público.

⁴ O algoritmo COMPAS (Perfil de Gerenciamento Corretivo de Infratores para Sanções Alternativas) foi elaborado pela empresa Northpointe (hoje com o nome Equivant) com o intuito de realizar avaliações de riscos sobre pessoas que voltam a praticar crimes, auxiliar nas informações de decisões e mitigar riscos futuros promovendo auxílio e orientação para os juizes nos tribunais dos Estados Unidos. Esse algoritmo vinha sendo utilizado para determinar a probabilidade de reincidência de prisioneiros. Contudo, um estudo feito pela ProPublica (jornal de cunho investigativo) colocou em dúvida o seu uso, sendo constatado que o algoritmo era racialmente enviesado. O jornal conseguiu dados das pontuações de risco analisando mais de 7 mil pessoas presas no condado de Broward, Flórida nos anos de 2013 e 2014¹ [Disponível em: Acesso em: 10 mai. 2019 ISSN 2447-8326. V.1 © 2019 BTSYM]. O score de avaliação de risco da empresa apontava as pessoas negras como de alto risco e as pessoas brancas como de baixo risco. Após as análises da ProPublica, detectaram que os negros que possuem alto risco não eram acusados de novos crimes e os brancos que eram caracterizados como de baixo risco vinham a cometer novos crimes, isto é, os negros tinham mais chances do que os brancos de serem taxados como alto risco. Observa-se que os dados eram viciados com informações anteriores, as quais influenciaram negativamente as decisões. (VIEIRA, Leonardo Marques A problemática da inteligência artificial e dos vieses algorítmicos: caso Compas. *Brazilian Technology Symposium*, v. 1, 2019. Disponível em: <https://www.lcv.fee.unicamp.br/images/BTSym-19/Papers/090.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022).

Há também ideologias que não se classificam no grupo das ilícitas, classificam-se entre as pacíficas e de inspiração democrática, porém fatos desconcertam a harmonia que na prática deveria se materializar, quando se constata que em todos os países onde tais ideologias já foram implantadas, o povo era tratado como um punhado de mamulengos, sofria, não gozava sequer das liberdades mais básicas e muitos eram sumariamente exterminados. E nas poucas nações em que essas ideologias persistem, nada mudou ainda. Sim, apesar das coincidências e da inexistência de exceções até o momento, esse triste cenário pode ser resultado do mau uso daquelas ideologias, mas somente uma pesquisa profunda e imparcial esclarecerá. Como a discussão envolve o mundo dos fatos, não serve para embasar conclusões mais robustas, outro fato que também é bastante peculiar é que nenhuma tecnologia jamais foi submetida sempre e unicamente a uso para fins ilícitos.

Como nada é perfeito, alguns fatos surpreendem, como as tecnologias da bomba atômica e demais armamentos. Os processos de criação, desenvolvimento e aplicação, são iguais aos de qualquer outra tecnologia, são condicionados e limitados por viabilidades e inviabilidades do mundo real, as quais são identificadas por meios científicos e, por isso mesmo, impessoais, mas seus objetivos são altamente discutíveis, ainda que tais armas tenha finalidade defensiva, pois foi o direito de se defender que, afinal, era de todos os países, que levou à corrida armamentista.

A transição digital na União Europeia, as *smart cities*, o *smart grid* no serviço público de energia elétrica e muitos outros avanços, são exemplos da participação, a cada dia mais intensa, das novas tecnologias.

O ingresso do Estado na era da quarta revolução industrial e seu preparo para a quinta que já se aproxima, não é mera esperança, ilusão ou vaga observação de entusiastas. Diversos foram os primeiros marcos normativos que comprovam o ânimo e patente vontade e atração do País pelas tecnologias que tornam a Administração mais ágil, satisfatória e eficaz. No dia 15 de setembro de 2011, foi instituído o Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto, iniciativa de extrema importância para tornar o País apto a atuar com protagonismo na OGP – *Open Government Partnership* (Parceria de Governo Aberto). No mesmo ano, a Lei n. 12.527, de 18 de novembro, que ficou conhecida como Lei de Acesso à Informação, eliminou obstáculos ao livre acesso da sociedade a informações antes inacessíveis ou de complicado acesso. O Decreto n. 8.135, de 4 de novembro de 2013, veio reforçar a Gestão da Segurança da Informação e das Comunicações do Governo Federal. A Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, instituiu o Marco Civil da Internet. Como se vê, já naqueles primeiros anos, grandes foram os avanços do Estado Brasileiro rumo ao novo panorama e suas grandes possibilidades.⁵

Fácil perceber que a tecnologia, inegável protagonista das revoluções industriais, aloja-se nos domínios das inovações trazendo soluções e não provocando das crises.

⁵ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Estratégia de governança digital: transformação digital – cidadania e governo*. Brasília, DF: MP, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/revisao-da-estrategia-de-governanca-digital-2016-2019.pdf>. Acesso em: 16 maio 2022.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E IDEOLOGIA

Consoante já foi antecipado no primeiro item deste estudo - Introdução – os temas *tecnologia* e *ideologia* foram selecionados em função de sua presença ou influência em situações concretas relativas à inovação, crises e soluções.

Em razão da grande diversidade de conceitos e enfoques, cabe no presente item, previamente às considerações identificar o que deve ser entendido por ideologia para os fins deste trabalho, tal como se procedeu em relação ao tema *tecnologia*.

Muitos aspectos do tema ideologia já foram trazidos aos itens precedentes, o que facilita a tarefa neste momento.

São inúmeros os conceitos, explicações e classificações sobre ideologia, nem todos suficientemente convergentes. Há até quem considere que ideologia teria natureza científica, ideia esta que deve ser de imediato refutada pois a ideologia careceria da necessária objetividade, postura de constante autoquestionamento, e da convivência pacífica com outras ideologias que tenham convicções diferentes ou até totalmente opostas. A rigor, cada ideologia vê o mundo e o interpreta sob pontos de vista diferentes de cunho religioso, social, político etc. Mesmo as ideologias bem estruturadas e sistematizadas e configuradas como sistema de ideias perfeitamente coerentes e, inclusive, submetidas a discussões e questionamentos por parte dos próprios adeptos, parecendo ser uma Ciência, ainda assim carecerá da investigação e verificação empírica.

Não se trata de uma Ciência, mas de um fenômeno e, como tal, pode, no máximo, ser objeto de estudo científico porquanto qualquer fenômeno, mesmo os mais absurdos, podem ser estudados por métodos científicos. Está aí, por exemplo, a Psiquiatria para provar isso.

Habitantes do mundo das ideias, as primeiras e mais antigas ideologias, tanto as lícitas quanto as ilícitas, encontraram um ambiente mais solto, ora tolerante, ora desatento. E assim foram assumindo conteúdo, forma e dimensões sem grandes condicionamentos externos. Dessa maneira, muitas ideias, sentimentos e comportamentos foram infundidos nas mentes das pessoas sem que estas sequer percebessem que eram visões do mundo, da vida e até da pós morte, todas invasoras. Assim foi primitivamente, todavia, a cada dia mais progressivamente, as pessoas aprendem a questionar em bases objetivas qualquer ideia alheia. Apesar do uso indevido, frequentemente criminoso, de certas tecnologias para fins escusos, mesmo as pessoas mais simples, aprendem a discernir o que é fundado daquilo que não o é. Esse aprendizado, aliás, quem o disponibiliza é a tecnologia. Ainda que persista a dúvida, remanesce de qualquer modo a desconfiança, o que já é um grande passo para a segurança.

Antes, já eram úteis e oportunos para a boa condução da função administrativa do Estado, os novos e continuamente aprimorados recursos trazidos pelas inovações tecnológicas, hoje são imprescindíveis, o que, ademais, já era constatado e admitido pela própria Administração Pública há mais de uma década. A nova configuração das sociedades humanas não mais se satisfaz com antigos, vetustos, recursos. A atualidade exige mais agilidade, objetividade e efetividade do Estado. A própria Administração percebe e reconhece⁶.

⁶ “A sociedade brasileira está em constante e acelerada mudança. As tecnologias digitais são cada vez mais parte essencial dessa nova sociedade e inserem-se naturalmente na administração pública, da mesma forma em que

A questão que de imediato se impõe ao espírito de quem faz a contatação a que se aludiu no parágrafo anterior, e da própria Administração, é: a ideologia desempenharia também papel relevante na obtenção dos mesmos fins? Já preliminarmente, incumbe alertar que a resposta a ser adiante considerada, pressupõe exclusivamente ideologias lícitas, objetivas e não excludentes. A resposta será negativa se a pergunta se referir ao conteúdo das operações necessárias para atingir tais finalidades. Mas será afirmativa no que concerne à iniciativa da Administração, daí por que não basta que a ideologia seja apenas lícita e não excludente, ela deve ser objetiva.

Tecnologias são ideologicamente neutras, mas podem ser utilizadas para consecução de fins colimados por qualquer ideologia lícita, como também estão expostas ao risco de serem desvirtuadas pelo mau uso e até com fins criminosos. Uma ideologia lícita e não excludente pode também ser desvirtuada, mas como os objetivos seriam diferentes e incompatíveis com os da ideologia originária estaria nascendo uma nova ideologia. Com as tecnologias, o fenômeno se opera de maneira diversa porque embora uma tecnologia se desenvolva partir de uma busca por determinada solução, a sua evolução não é livre ou incondicionada como ocorreria no mundo das ideias. O desenvolvimento de uma tecnologia se condiciona a imperativos de possibilidade científica, técnica e material. Aquele que pretender criar uma tecnologia que tenha por objetivo a obtenção de resultado utópico ou ilusório, estará trabalhando com qualquer outra coisa, mas não com tecnologia. Tecnologias não se desenvolvem no âmbito das ideias incondicionadas, razão pela qual, quando geram os resultados prometidos, estes são efetivos, tangíveis, reais e não meramente ilusórios.

Uma ideologia que tenha surgido no passado distante com a promessa de determinados objetivos que até hoje não foram alcançados, pode continuar sendo uma ideologia. Uma suposta tecnologia que à mesma época tenha prometido algo que até o momento não conseguiu alcançar, ainda não é e nunca foi uma tecnologia.

A criação e o desenvolvimento de tecnologias não se operam livremente de acordo com a livre imaginação, anseios ou aversões subjetivas de quem com ela trabalha. Ao contrário, integram um processo objetivo condicionado à imposições e limitações da realidade material, científica e técnica.

Tecnologias não prometem soluções, disponibilizam-nas já prontas. Destarte, não estão na origem de crises, mas na solução quando compatíveis com as peculiaridades do problema.

Ambas, ideologias e tecnologias, provocam revoluções, porém de naturezas diferentes. Como a análise e avaliação profunda de tais revoluções foge aos objetivos do presente trabalho, bastante é lembrar as revoluções resultantes de novas tecnologias: basicamente as assim chamadas revoluções industriais. Estas nada prometeram, mas, ao contrário, sua ocorrência foi percebida somente depois que seus resultados já estavam disponibilizados no mundo real e promovendo o desenvolvimento. E para se sedimentarem não precisaram perseguir, privar de liberdade ou mesmo eliminar os que se dedicassem a outras tecnologias,

estão cada mais presentes na sociedade, pelo natural desenvolvimento de sua acessibilidade e pela clara identificação das facilidades que delas advêm. O Estado deve acompanhar a mudança social e adequar sua estrutura, seus serviços e valores para este novo momento buscando identificar e atender às expectativas da sociedade quanto à capacidade do governo em atender às demandas sociais com geração de valor." (BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Estratégia de governança digital*: Op. cit.).

pois as disputas entre tecnologias que buscam objetivos semelhantes não se operam nos domínios das promessas, mas sim a partir do momento em que seus processos estão completos e suas comodidades já estão disponíveis, e aqueles que delas precisem podem optar por uma ou outra livremente. Os toques de aparente remoção deste item pertinente à ideologia e não à tecnologia, são inevitáveis e se resumem a pura descrição da mais recorrente realidade na história das sociedades humanas.

É muito difícil, caro e não raramente impossível obter-se tecnologias para afastar todas as aflições, incômodos e problemas, contudo é muito fácil, barato e sempre possível criar-se uma ideologia para cada sonho humano. Até aí, não haveria nenhuma inconveniência se todas essas ideologias cumprissem o prometido.

A tecnologia, inegável protagonista das revoluções industriais, aloja-se nos domínios das inovações trazendo soluções e não provocando das crises.

Para finalizar este capítulo, deve-se, por justiça, defender ideologias das quais alguns se utilizam para obter apoio popular e ascender ao poder, porém, assim que alcançam seu intento, não cumprem as promessas da ideologia que lhes deu carona e submetem o povo aos seus interesses pessoais mediante práticas ditatoriais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema central do XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), *Direito Administrativo e Inovação: crises e soluções*, inspirou as considerações a que se procedeu no trabalho que ora se conclui. A inspiração foi oportunizada primeiramente pelo termo *inovação*, eis que inovações bem alicerçadas no desenvolvimento de conhecimentos científicos e por isso mesmo efetivamente objetivas, desprovidas de interesses pessoais subjetivos, seguras se utilizadas adequadamente e efetivamente cumpridoras daquilo que prometem, são inovações tecnológicas.

Ideologias também podem ser inovadoras, seu papel não o de cumprir o que promete, pois ela é apenas base para ações

Na origem de crises na Administração sempre se identificará algum fator ideológico, porém jamais motivos de natureza tecnológica.

Obviamente, não basta que um fator seja ideológico para produzir efeitos jurídicos, morais ou políticos indesejáveis. É necessário que ele esteja abrigado em um sistema ideológico que se pretende absoluto, que promete soluções para todos os problemas sociais e pessoais e, além de tudo, que todas as demais ideologias estão equivocadas e por isto devem ser repelidas.

Não menos obviamente, crises podem ser provocadas por incúria, açodamento, despreparo ou deliberado e inequívoco intento, mediante utilização de meios tecnológicos, porém o fator determinante da crise não terá natureza ou conteúdo tecnológico, tratar-se-á de puro mau, ou mesmo criminoso, uso de tecnologias. Nunca é demais lembrar que mau uso é habitante do mundo das ideias mórbidas, as quais jamais encontram abrigo na mente do agente cuidadoso e diligente.

Digno de nota é o fenômeno consideravelmente recente pelo qual certas palavras, expressões posturas, condutas e disposições sociais, aos poucos passam a ser evitadas ou amenizadas com o intuito de não ofender desonrar, humilhar, preterir, ofender ou excluir pessoas ou categorias de pessoas até então naturalmente consideradas como diferentes ou socialmente não integradas à sociedade, em função de peculiaridades como etnia, orientação sexual, religião e convicções. A crescente “vinculação” do mundo das ideias, que vem se configurando lenta e quase imperceptivelmente em função dessa evolução positiva dos costumes, caracterizada pela preocupação com o *politicamente correto*, tem aproximado progressivamente os universos da tecnologia e das ideologias no que concerne à imparcialidade e objetividade. Em virtude dessas transformações, e apesar do grande aumento das populações humanas, aos poucos têm se tornado menos frequentes as crises direta ou indiretamente derivadas de ideologias.

A História humana, mesmo nos capítulos escritos pelos “vencedores”, testemunha que ideologias são diferentes em suas origens e intentos, e ora evoluem, ora errantemente regridem, contudo, a tecnologia, sempre progressiva, tem paciência para aguardar a chegada de ideologias um dia mais objetivas.

Crises, enfim, surgem de ideologias excludentes, as quais ora agem diretamente por vetustos e ancestrais métodos, ora mediante mau uso de tecnologias. E as últimas palavras deste estudo não poderiam ser senão aquelas implicitamente consagradas às ideologias políticas por meio da Constituição da República, a qual, já em seu art. 1º, inciso V, entre os fundamentos da República, o *pluralismo* político e não o *exclusivismo*.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: JusPodivm; Malheiros, 2021.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Estratégia de governança digital: transformação digital – cidadania e governo*. Brasília, DF: MP, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/revisaodaestrategiadegovernancadigital20162019.pdf>. Acesso em: 16 maio 2022.
- DIONNE, Hugues. *A pesquisa-ação para o desenvolvimento local*. Brasília, DF: Liber Livro, 2007.
- POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo – uma abordagem evolucionária*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Itatiaia, 1902.
- VIEIRA, Leonardo Marques A problemática da inteligência artificial e dos vieses algorítmicos: caso Compas. *Brazilian Technology Symposium*, v. 1, 2019. Disponível em: <https://www.lcv.fee.unicamp.br/images/BTSym-19/Papers/090.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022



A concretização dos direitos fundamentais pelos princípios do processo administrativo

Manoel Messias Peixinho

Pós-doutor pela Université Paris Nanterre. Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor do Mestrado da Universidade Candido Mendes. Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de processo administrativo. 3 Princípios e regras: o desafio dos doze trabalhos de Hércules. 4 Princípios do processo administrativo. 4.1 Fundamentos e objetivos do processo administrativo. 4.2 Princípios e regras do processo administrativo. 5 Superação do modelo dicotômico objetivista e subjetivista do processo administrativo. 6 Concretização dos direitos fundamentais pelos princípios do processo administrativo. 7 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é demonstrar que os princípios do processo administrativo viabilizam a concretização dos direitos fundamentais. Como a expressão “processo administrativo” é ampla, por abranger diversos tipos de processo, a exemplo dos processos administrativos fiscal, tributário, sancionador, dentre outros, a análise deste trabalho se limita aos dispositivos constitucionais que regulam o processo administrativo e às normas da Lei n. 9.784/1999.

Defendo neste artigo que os princípios do processo administrativo, aliados às regras jurídicas, concretizam os direitos fundamentais. Não significa, contudo, que o objetivo perseguido exclua outros objetivos do processo administrativo, a exemplo da garantia da segurança jurídica dos administrados e da Administração Pública, o interesse público, a eficiência administrativa.

Também não defendo que os princípios norteadores do processo administrativo possam ser usados de forma divorciadas das regras jurídicas e das fontes que alicerçam o sistema constitucional.

Para fins exclusivamente metodológicos deste trabalho, a aplicação direta dos direitos fundamentais constitucionais e infraconstitucionais se dá mediante o manejo do direito processual previsto na Lei n. 9784/1999 (Processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) e do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/ 2015), sem prejuízo de outras leis processuais especiais previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Por último, refuto a discussão superficial de que seriam incomunicáveis, metodologicamente, os direitos material e processual, como já aduzido acima. Essa doutrina é insuficiente porque vislumbra o direito num plano dicotômico que redundando em um raciocínio jurídico parcial.

2 CONCEITO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

No plano conceitual, o processo administrativo é espécie do gênero processo e pode ser estudado de duas formas. A primeira no âmbito da teoria geral do processo e a segunda no campo do processo administrativo. O processo pode identificar-se com a presença de um litígio ou de uma pretensão resistida. Trata-se de equívoco, porém, reduzir o processo administrativo a um caráter exclusivamente litigioso porque também há processos administrativos consensuais. Aliás, o processo não contencioso é imprescindível ao funcionamento da burocracia¹ administrativa e num sentido mais amplo, o processo administrativo assegura a presença, segundo Francesco Caringella², do direito subjetivo de interesse legítimo. Nesse sentido, a Lei n. 3.140/2015 “instituiu a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. No artigo 2º da referida legislação são discriminados os princípios da mediação, quais sejam: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade e VIII - boa-fé”, com significativo avanço na consensualidade para a busca da solução de possíveis conflitos.

O processo é instaurado por meio da atuação dinâmica da Administração Pública. A ação administrativa exige sempre a existência de um processo. William F. Funk e Richard H. Seamon afirmam, ao discorrer sobre o direito administrativo estadunidense, afirmam que o direito administrativo (*administrative law*) regula em grande parte sobre o procedimento – o procedimento que as agências governamentais devem seguir para tomar medidas que afetem as partes privadas³ em clara identificação e correlação do processo administrativo com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados por decisões estatais.

Georges Vedel⁴ conceitua o processo administrativo a partir da distinção entre atos administrativos e atos jurisdicionais. Para o autor, a primeira ideia que nasce a respeito do processo refere-se às regras referentes ao desempenho da função administrativa. Jean Rivero⁵, em concordância com o pensamento de Vedel, ensina que a “a noção de processo não é própria da função jurisdicional. As decisões dos administradores ativos podem também ser sujeitas a certas regras de processo (pesquisas, notificações, transmissão a um organismo consultivo).”.

Na doutrina francesa a ideia de processo administrativo é compreendida em confronto com o processo judicial, a destacar, dessa forma, o processo oportuniza o exercício de função estatal⁶. Esse contraste entre os dois tipos de processo existe porque na França há separação das instâncias judicial e administrativa por razões históricas que remontam ao princípio da separação de poderes instituído na Revolução Francesa de 1789, o que segundo Benoît Plessix, explica a subordinação total dos poderes administrativos ao Poder Executivo.⁷

¹ Utilizo a palavra burocracia no sentido dado por Marx Weber cuja missão da Administração Pública burocrática exige “o máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade”. Cf.: WEBER, Max. *Economia e sociologia*. v. I. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 142-143.

² CARINGELLA, Francesco. *Compendio di diritto Amministrativo*. Roma: Stampa, 2010. p. 813.

³ FUNK, William F.; SEAMON Richard H. *Administrative Law*. 5. ed. USA: Wolters Kluwer, 2015. p. 01.

⁴ VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 3. ed. Presses Univ. Fce, 1976. p. 578.

⁵ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1977. p. 213.

⁶ Cf.: MORANGE, Jean et Barthélemy. *Droit administratif*. Paris: Montcherstien, 1996. p. 161.

⁷ PRESSIX, Benoît. *Droit administratif general*. 2. ed. Paris: LexisNexis, 2018. p. 333.

Sem ingressar no exame dos dissídios doutrinários dos autores brasileiros que distinguem entre processo e procedimento administrativo, porque fugiria do pretendido neste trabalho, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que o procedimento administrativo se funda numa “sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”⁸. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o processo administrativo caracteriza-se, basicamente, pelo seu objetivo ou resultado como “sucessão de atos racionalmente dispostos para obter um resultado desejado”⁹.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, existem elementos que configuram o processo Administrativo: a relação jurídica formal que vincula todos os sujeitos que dela participam e o objetivo a ser alcançado pelo processo: “o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado pela administração pública”¹⁰.

Por último, o estudo dos princípios de forma abstrata pode redundar numa espécie de pan-principiologismo que, segundo Lenio Luiz Streck, “tornou-se verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade”¹¹. Entendo que o pan-principiologismo é uma espécie de panaceia que tudo pode curar por meio de um tratamento terapêutico feito por magos do direito que utilizam uma hermenêutica curandeira.

Assim, neste trabalho os princípios são usados em conjunto com as regras jurídicas. O pan-principiologismo conduz o intérprete a um trabalho hermenêutico exaustivo à semelhança dos doze trabalhos que Hércules teve que fazer para cumprir a sua árdua missão.

3 PRINCÍPIOS E REGRAS: O DESAFIO DOS DOZE TRABALHOS DE HÉRCULES

Hércules, porém, rejeita o pragmatismo. Ele é partidário do direito como integridade e, portanto, quer uma interpretação do que fizeram os juízes, nos casos anteriores de danos morais, que os mostre agindo da maneira que ele aprova, não da maneira que, em sua opinião, os juízes devem recusar-se a agir.¹²

Princípios e regras são espécies de normas jurídicas. Na doutrina, para aqueles que defendem diferenças metodológicas entre princípios e regras, há consenso que as regras são normas jurídicas com textura normativa mais fechada, enquanto os princípios são normas jurídicas com textura normativa que permitem concretizações mais alargadas axiologicamente.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros; JusPodivm, 2021. p. 495.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 513.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal – comentários a Lei 9.784 de 29/01/1999*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 23.

¹¹ Cf.: STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Consultor Jurídico*, 22 mar. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹² DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 293.

Por conseguinte, as regras impõem um modelo hermenêutico fundado no “tudo ou nada” em que são aplicáveis, válidas ou inválidas.¹³

Exemplo de regra jurídica é a estabilidade no serviço público prevista no artigo 41 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) em que se garante ao servidor público a aquisição da estabilidade no cargo após três anos de exercício de cumprimento do estágio probatório.¹⁴

Os princípios, por sua vez, não se enquadram na lógica jurídica do “tudo ou nada” porque a sua textura normativa flexível permite hermenêuticas diferenciadas a partir do enfrentamento dos casos difíceis oriundos de situações jurídicas concretas.¹⁵

Exemplo de princípio do processo administrativo é a garantia da razoável duração do processo que está positivo no inciso LXXVIII do artigo 5º da CRFB/1988.

A diferença entre regras e princípios nos dois exemplos supracitados é prontamente aferível: enquanto a regra jurídica garantidora da estabilidade do servidor público após cumprimento de três anos de estágio probatório é norma jurídica que não permite ampliação ou restrição de seu texto normativo¹⁶, o princípio da razoável duração do processo exige, necessariamente, regras jurídicas regulamentadoras e auxílio da jurisprudência para fixar o que é razoável ou irrazoável duração do processo administrativo.

No caso da concretização do princípio da razoável duração do processo administrativo tributário, o artigo 24 da Lei n. 11.457/2007 prevê que “é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte”.

¹³ Humberto Ávila aborda as teorias de Dworkin e Alexy e afirma que esses juristas “diferenciam os princípios das regras com base no modo de aplicação e colisão. “Assim, enquanto as regras são aplicadas mediante “subsunção”, os princípios seriam aplicados mediante ponderação”. Contudo, Ávila propõe uma nova classificação baseada na seguinte teoria: “em vez do modo de aplicação e de conflito, os critérios passam a ser os seguintes: **natureza da descrição normativa** (as regras descrevem condutas não permitidas, obrigatórias ou permitidas, e os princípios estados ideais a serem promovidos ou conservados); **natureza da justificação**: (as regras exigem um exame de correspondência conceitual, centrado na sua finalidade subjacente, entre a descrição normativa e os atos praticados ou os fatos ocorridos, e os princípios fazem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido); **natureza da contribuição para a decisão** (as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a dar uma solução provisória para um problema conhecido, e os princípios pretensão de complementaridade, pois servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução do problema). Reitere-se: o ponto central de distinção entre as espécies normativas deixa de ser o conflito e a forma normativa nele exteriorizado, e passa a ser a justificação e os elementos a serem considerados. Cf.: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 131; p. 138-139. Veja-se, ainda, para um aprofundamento do tema, a síntese feita por Virgílio Afonso da Silva. Cf.: SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 18 maio 2022.

¹⁴ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. USA: HUP, 1978. p. 22-26. Sobre as diferenças entre regras e princípios segundo a doutrina de Robert Alexy, cf.: ALEXY, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1983. p. 98-99. Para uma visão ampla dos autores que defendem a teoria dos princípios e seus opositores, cf.: PEIXINHO, Manoel Messias. *As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 162-169.

¹⁶ Porém, é preciso deixar registrado que texto e norma não se confundem, conforme bem ensina Virgílio Afonso da Silva, “pois o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto a norma é o produto da interpretação desse enunciado” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras*: Op. cit., p. 616).

A jurisprudência do STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 1.138.206/RS confirmou o entendimento da regra jurídica do artigo 24 da Lei n. 11.457/2007.

Tributário. Constitucional. Recurso Especial representativo de controvérsia. ART. 543-C, DO CPC. Duração razoável do processo. Processo administrativo fiscal federal. Pedido administrativo de restituição. Prazo para decisão da administração pública. Aplicação da Lei 9.784/99. Impossibilidade. Norma geral. Lei do processo administrativo fiscal. Decreto 70.235/72. Art. 24 da Lei 11.457/07. Norma de natureza processual. Aplicação imediata. Violação do art. 535 do CPC não configurada. (STJ, Resp. n. 1.138.206, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09.8.2010, DJe 01.09.2010).

4 PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Por uma questão exclusivamente de arranjo didático, separei, em tópicos apartados, os fundamentos e objetivos republicanos dos princípios do processo administrativo. Contudo, não há que se falar em abismos temáticos, porque a Constituição não pode ser interpretada isoladamente. Antes, a boa hermenêutica é sistemática e integrada por todos os seus eixos axiológicos.

4.1 Fundamentos e objetivos do processo administrativo

Os fundamentos (1º, I-V) e objetivos constitucionais do Estado brasileiro (3º, I-IV) irradiam-se para os princípios norteadores da Administração Pública previstos no artigo 37, *caput*, da CRFB/1988, ao preverem que a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios observará os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Este conjunto de princípios contempla o Capítulo II da CRFB/1988 intitulado da Administração Pública e se subdivide nos princípios da Administração Pública (art. 37, *caput* e *incisos*), servidor público (art. 38-41), dos militares dos estados, do distrito federal e dos territórios (art. 42).

Os fundamentos e os princípios republicanos são os alicerces axiológicos do processo administrativo porque a interpretação do direito administrativo em geral e do processo administrativo em particular integram o núcleo do sistema constitucional formado, conforme destaca Cass R. Sunstein, por “uma série de valores substantivos, não se restringindo à identificação de procedimentos justos”¹⁷.

O artigo 5º, inciso LV da CRFB/1988 assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O inciso LXXVIII do art. 5º, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, prevê que “a todos no âmbito judicial e administrativo são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Os meios e os recursos indispensáveis ao exercício do devido processo legal são as condições substanciais para o acusado poder defender-se efetivamente e está associado à

¹⁷ SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 131.

razoável duração do processo com uma tramitação célere que impõe a existência de aparato estatal dotado de infraestrutura material e humana.

4.2 Princípios e regras do processo administrativo

Os princípios do processo administrativo, diferentes das regras¹⁸, passam por contínua mutação pelos valores e não estão, metodologicamente, aprisionados ao seu texto legal. Enquanto as regras são, em grande medida, prisioneiras de seu texto, os princípios estão em constante transformação. Dessa forma, os princípios têm uma função metodológica porque dão coerência e racionalidade ao sistema processual administrativo.

Além do caráter metodológico, os princípios são dinâmicos e possibilitam maior elasticidade ao intérprete na condução do processo. Este vetor aberto e indeterminado dos princípios não contradiz o princípio da segurança jurídica, porque as decisões administrativas devem ser sempre fundamentadas¹⁹, sob pena de nulidade.

A razão de ser dos princípios processuais administrativos é, ainda, propiciar um critério de racionalidade ao sistematizar as normas processuais e substanciais a visar à realização dos direitos fundamentais em contraposição a um modelo metodológico fundado numa racionalidade estática, estagnada na abstração normativa e idealizado por uma hermenêutica sem efetividade.

Outra função relevante dos princípios administrativos processuais é possibilitar a mutação jurídica. As regras jurídicas têm, em grande parte, textura linguística fechada, enquanto os princípios possibilitam, por sua vez, constante mutação. Mutação jurídica é diferente da alteração textual da norma jurídica. Mutação jurídica é alteração da norma sem alteração do seu texto.

A mudança da norma jurídica se dá quando há alteração do seu texto, substituído por outro ou simplesmente revogado²⁰, ainda que possa haver mutação de regra jurídica.²¹ O texto legal do princípio não precisa ser alterado porque é constantemente transformado de acordo com as necessidades da sociedade e do Estado. A mutação jurídica implica em transmutações históricas, econômicas, culturais, antropológicas, sociais que escapam à previsibilidade do legislador racional.

Os princípios gerais infraconstitucionais norteadores do processo administrativo, segundo o art. 2º da Lei 9.784/1999, são legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Porém, inúmeras leis estaduais e municipais de processo administrativo

¹⁸ É possível, contudo, que as regras jurídicas sofram mutação no tempo.

¹⁹ Cf.: Art. 37, caput; art. 93, X; art. 2º da Lei 9.784/99.

²⁰ Cf.: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 165.

²¹ Exemplo de mutação de regra jurídica ocorreu com o §3º do art. 226 da CRFB/1988, que dispõe: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". A jurisprudência, como é de conhecimento, fez uma interpretação com mutação constitucional para autorizar a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

têm ampliado na positivação de novos princípios. Citem-se, por exemplo, a leis de processo administrativo do Estado do Rio de Janeiro e do município de São Paulo.

A Lei n. 5427/2009, que regula o processo administrativo no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, estatui no artigo art. 2º que o processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da *transparência*, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, *impessoalidade*, eficiência, *celeridade*, *oficialidade*, *publicidade*, *participação*, *proteção da confiança legítima* e interesse público. Observe-se que os princípios destacados não estão presentes no artigo 2º da Lei n. 9784/1999, que rege processo administrativo federal. O artigo 2º da Lei n. 14.141/2006, que regula o processo administrativo no município de São Paulo inova, em comparação à Lei 9784/199, ao positivar os princípios *economicidade*, *impessoalidade* e *publicidade*.

5 SUPERÇÃO DO MODELO DICOTÔMICO OBJETIVISTA E SUBJETIVISTA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo brasileiro foi profundamente influenciado pelo direito francês, de cunho objetivista. Na gênese da Revolução Francesa de 1789 havia a crença que a separação dos poderes era vital para afastar o absolutismo do antigo regime, por estarem os tribunais comuns profundamente contaminados pelo sistema derrubado do *Ancien Régime*. Dessa forma, a manutenção do *status* de poder jurisdicional poderia afetar e destruir os valores e princípios do novo regime.

Os revolucionários na Assembleia Constituinte de 1790 rejeitaram dois modelos: atribuição de jurisdição aos tribunais comuns para julgar litígios decorrentes de relações jurídico-administrativas e a competência jurisdicional a tribunais independentes por força da sua semelhança aos *tribunaux d'exception* vigentes durante o *Ancien Régime*.²²

Sedimentou-se o direito administrativo francês numa estrutura jurídica própria mediante a criação de tribunais administrativos cuja vocação privilegia a defesa da legalidade administrativa a obstar a intervenção das autoridades jurisdicionais. A ideologia²³ do discurso objetivista funda-se no fato da Administração Pública tutelar o interesse público para atender às necessidades coletivas, o que justificaria o ideário que os interesses públicos se sobrepõem aos interesses particulares (*pouvoirs exorbitants*).

O modelo subjetivista alemão busca a proteção dos direitos subjetivos dos administrados e o controle dos atos administrativos. Ou seja, no direito alemão o acesso aos tribunais depende da verificação de lesão de um direito subjetivo, o que não significa dizer

²² ROQUE, Miguel Prata. *Direito processual europeu*. Lisboa: Coimbra, 2011. p. 150-151.

²³ Utilizo a palavra ideologia no sentido atribuído por Thomas Piketty: "isto é, enquanto um conjunto de ideias e discursos a priori plausíveis, que visam descrever o modo como a sociedade deve se estruturar. A ideologia será considerada em suas dimensões a um só tempo sociais, econômicas e políticas." Uma ideologia é uma tentativa mais ou menos coerente de trazer respostas a um conjunto de questões extremamente amplas envolvendo a organização desejável ou ideal da sociedade. Desnecessário dizer, dada a complexidade das questões colocadas, que nenhuma ideologia jamais será contará com a adesão plena e inteira de todos: o conflito e a discordância ideológica são inerentes à própria ideologia". Cf.: PIKETTY, Thomas. *Capital e ideologia*. Tradução de Dorothée de Bruchard e Maria de Fátima Oliva de Coutto. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 13.

que no próprio direito alemão não haja a proteção do interesse público, como se verifica com a sindicabilidade dos atos administrativos por meio da aplicação dos princípios da constitucionalidade e da legalidade.

O modelo objetivista, por sua vez, é franco defensor da defesa do princípio da legalidade e é resistente à intervenção jurisdicional nas competências administrativas.²⁴ Segundo Miguel Prato Roque, “essa obsessão dos sistemas objetivistas puros no sentido da mera verificação da legalidade, contribuiu decisivamente para a hipertrofia dos meios processuais de anulação bem ilustrados pelo *recours pour excès de pouvoir*.”²⁵

Como toda dicotomia deve ser analisada com cuidado, verifica-se que na raiz histórica do direito francês há, ao lado da defesa do princípio da legalidade, a vocação da proteção dos direitos dos cidadãos sob a inspiração do liberalismo. Também se constata que o direito francês se alinhou mais recentemente ao direito administrativo europeu mediante a assunção de diversas leis que estabeleceram maior proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos.²⁶

6 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A despeito das normas exorbitantes do direito administrativo brasileiro, à semelhança das cláusulas de privilégios oriundas do direito francês, o nosso ordenamento optou por um sistema com forte prevalência dos direitos fundamentais. Se, por um lado, são reconhecidos os chamados privilégios administrativos sintetizados nos princípios da supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos, de vocação objetivista, a CRFB/1988 concede ao cidadão a prerrogativa de acionar o Poder Judiciário (*judicial review*) para anular decisões administrativas ilegais e arbitrárias que possam lesar ou ameaçar direitos (art. 5º, inciso XXXV). Ademais, os direitos fundamentais previstos, dentre outros, no art. 5º na Constituição, são sempre cláusulas pétreas que obstam qualquer medida estatal desproporcional.

A despeito da Constituição brasileira ter instituído um sistema constitucional que visava “desconstruir” essa dicotomia oriunda das tradições franco-germânicas, os fatores reais de poder, a que se referiu Ferdinand Lassalle²⁷, continuam a obstaculizar, principalmente, parte significativa dos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, a despeito dos grandes e inegáveis avanços, a Constituição continua a ser, no que diz respeito aos direitos sociais, uma “folha de papel” sem eficácia, em oposição aos direitos individuais liberais que têm por parte da jurisprudência dominante *status* de normas de eficácia plena e aplicação imediata.²⁸ Veja-se, por exemplo, a decisão do STF que reconheceu em tese de repercussão geral (Tema 1.127) a constitucionalidade da penhora de bem de família do fiador de imóvel:

²⁴ ROQUE, Miguel Prato. *Direito processual europeu*. Op. cit., p. 155; p. 163.

²⁵ ROQUE, Miguel Prato. *Direito processual europeu*. Op. cit., p. 157.

²⁶ ROQUE, Miguel Prato. *Direito processual europeu*. Op. cit., p. 161.

²⁷ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 68.

²⁸ Cf.: §1º do art. 5º da CRFB/1988. “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. (Plenário, Sessão Virtual de 25.2.2022 a 8.3.2022).

As normas do processo administrativo são, concomitantemente, normas processuais formais e materiais (substanciais). Tanto na CRFB/1988 quanto nas diversas leis administrativas processuais as regras de processo não podem ser classificadas, dicotomicamente, em normas processuais ou normas materiais, uma vez que, metodologicamente, a finalidade precípua do processo administrativo é viabilizar a concretização de um direito fundamental, ainda que de forma indireta, com exceção das normas processuais meramente organizacionais que não afetam direitos subjetivos.

Na jurisprudência há avanços e retrocessos na concretização dos direitos fundamentais no âmbito do processo administrativo.

Exemplo de avanço é a Súmula 650 do STJ: “A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/90”²⁹.

A Súmula 650 do STJ é um avanço porque retira margem de discricionariedade no processo administrativo disciplinar quando do momento da aplicação da pena ao servidor público incurso nas tipificações do artigo 132 da Lei n. 8.112/90³⁰, o que evita o cometimento de arbitrariedades por parte de agentes públicos.

Exemplo de retrocesso é a Súmula Vinculante n. 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição”.

A Súmula Vinculante n. 5 é um retrocesso porque viola o princípio do devido processo legal consagrado (CRFB/1988, 5º, LIV e LV) e a garantia de defesa técnica por advogado, além de este ser indispensável à administração da justiça (CRFB/1988, art. 133). A tese sumulada é mais grave porque um servidor público que não tenha condições de custear a contratação de um advogado pode vir a perder a função pública em razão da inexistência de defesa técnica no processo administrativo disciplinar.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios do processo administrativo, na qualidade de normas principiológicas gerais, são aplicáveis a todos os entes federativos, sem prejuízo das legislações específicas

²⁹ Súmula 650-STJ foi aprovada em 22/09/2021.

³⁰ Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

de competência dos entes federativos, não havendo violação à autonomia federativa prevista no artigo 18 da CRFB/1988.³¹

Os princípios do processo administrativo substanciais são, na lição de Roberto Dromi, de hierarquia normativa constitucional e justificam a finalidade primária do processo administrativo³² porque exercem um papel relevante de sistematizar o direito processual administrativo.

Num primeiro momento de não superação do modelo jurídico dicotômico objetivista-subjetivista, os princípios do processo administrativo, na perspectiva da proteção da cidadania formal, apenas concretizam os direitos fundamentais liberais com imposições de obrigação de fazer – e não fazer – à Administração Pública e, também, a oponibilidade em relação a terceiros da observância dos direitos fundamentais nas relações privadas³³, nos limites possíveis de uma democracia formal.³⁴

Num segundo momento, contudo, o objetivo principal dos princípios do processo administrativo passa a ser garantia de um processo justo, razoável e materialmente igualitário, típico das democracias substanciais³⁵ no sentido atribuído por István Mészáros³⁶: substancialmente democrático (e é claro “democracia substantiva”, cujas características definidoras fundamentais se tornam indissociáveis da igualdade substantiva)” em contraste com a democracia liberal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1983.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros; JusPodivm, 2021.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- CARINGELLA, Francesco. *Compendio di diritto Amministrativo*. Roma: Stampa, 2010.

³¹ 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”.

³² DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 12. ed. Buenos Aires: Hispania Livros, 2009. p. 1110.


³³ Confira, entre outros: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³⁴ O sentido de democracia formal é modelo kelseniano de Constituição. Na Constituição jurídica de Hans Kelsen há um fundamento puramente jurídico em que a Norma Hipotética Fundamental se ancora numa ordem axiológica normativa: “A norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como Constituição no sentido lógico-jurídico, para distingui-la da Constituição em sentido jurídico-positivo. Cf.: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista machado. Revisão para edição brasileira de Silvana Vieira. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 222.

³⁵ Na Constituição democrática, segundo Paulo Bonavides, “tendo afirmado vitorioso o princípio democrático, a Constituição surge por obra de uma assembleia constituinte (Convenção), que primeiro submete por via do referendium à apreciação soberana do povo o projeto constitucional por ela elaborado. Traduz esse processo a incontestável hegemonia política das forças populares, que fazem legítimas as bases da nova ordem jurídica e do sistema representativo consagrado na vontade pela vontade dos cidadãos. Cf.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 90.

³⁶ MÉSZÁROS, István. *Para além do Leviatã*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2021. p. 401.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal* – comentários a Lei 9.784 de 29/01/1999. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 12. ed. Buenos Aires: Hispania Livros, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. USA: HUP, 1978.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FUNK, William F.; SEAMON Richard H. *Administrative law*. 5. ed. USA: Wolters Kluwer, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista machado. Revisão para edição brasileira de Silvana Vieira. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- MÉSZÁROS, István. *Para além do Leviatã*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2021.
- MORANGE, Jean et Barthèlemey. *Droit administratif*. Paris: Montcherstien, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PIKETTY, Thomas. *Capital e ideologia*. Tradução de Dorothée de Bruchard e Maria de Fátima Oliva de Coutto. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.
- PRESSIX, Benoît. *Droit administratif general*. 2. ed. Paris: LexisNexis, 2018.
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1977.
- ROQUE, Miguel Prata. *Direito processual europeu*. Lisboa: Coimbra, 2011.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 18 maio 2022.
- STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Consultor Jurídico*, 22 mar. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 16 jun. 2022.
- SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 3. ed. Paris: Presses Univ. Fce, 1976.
- WEBER, Max. *Economia e sociologia*. v. I. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 1999.



Dois ativos, um serviço (eficiente): uma abordagem das concessões como instrumento hábil a prover serviços integrados, e não apenas delegar a exploração de ativos

Maria Virginia N. do A. Mesquita Nasser

Doutora em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo. Advogada.

Sumário: 1 Introdução. 2 O dogma do necessário fatiamento das licitações. 3 O controle sobre a aglutinação de objeto. 4 As concessões nesse contexto. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo explorar a possibilidade jurídica de aglutinar serviços públicos e/ou atividades distintas em um mesmo contrato de concessão. A questão foi debatida em um painel do XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, cujos anais este artigo pretende integrar. A pergunta colocada em discussão foi a seguinte:

É possível delegar diferentes serviços numa mesma concessão? Por exemplo: seria possível contratar a operação de um serviço de transporte urbano de passageiros híbrido, em que a concessionária fosse autorizada ou mesmo obrigada a oferecer um serviço de ônibus buscando passageiros em determinada localidade e os levando até a estação de uma linha de metrô a ser também por ela operada? Ou, ao contrário, levando os passageiros que desembarcassem de uma linha de metrô por ela operada em um ônibus até outra localidade (serviço de última milha)?¹

Embora a pergunta seja banal para quem a toma do ponto de vista da dinamicidade do mundo corporativo e do mercado de serviços, ela tem razão de se colocar quando adentramos na esfera do direito administrativo brasileiro.

Como se sabe, em diversas situações os contratos de concessão foram interpretados, sobretudo para fins de controle das contratações públicas, sob a égide daquela que aos poucos começamos a chamar de “antiga lei de licitações” – Lei n. 8.666/93 –, vista não como um diploma que deveria complementar lacunas da Lei de Concessões (Lei n. 8.97/95) e, mais tarde, da Lei de Parcerias Público Privadas (“PPPs”), mas como lei de hierarquia superior, que teria trazido princípios incontornáveis das contratações públicas, mesmo em matéria de concessões.

Essa Lei n. 8.666/93 teve influência definitiva sobre as contratações públicas e seu controle. Como se diz popularmente, foi uma “lei que pegou”. Gestada sob a influência de

¹ Discutida no painel “Concessões de serviços públicos e seus novos modelos”.

certos grupos de interesse, como veremos a seguir, a lei traz um dispositivo que pode dar – como de fato deu – a impressão de que as licitações públicas devem ser fatiadas ao máximo, e que a famigerada “aglutinação de objeto” é necessariamente ilegal e lesiva ao interesse público.

Esse dogma, como veremos, é incompatível com o instituto das concessões, sobretudo quando se pretende utilizar o instituto para atrair projetos modernos, que ofereçam soluções integradas ao usuário e sejam ao mesmo tempo sustentáveis financeiramente. É o que discutiremos a seguir.

2 O DOGMA DO NECESSÁRIO FATIAMENTO DAS LICITAÇÕES

O art. 23, §1º da Lei 8.666/93 diz o seguinte:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em razão dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

[...]

§1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

A ideia corrente de que a Lei 8.666/93 foi promulgada para limitar a discricionariedade do gestor público ao contratar em nome da administração, moralizando as contratações públicas produz enorme influência, até hoje, sobre os que lidam com esse tema. Sob essa influência, muitos lerão esse dispositivo e poderão dizer a si mesmos “a intenção aqui é impedir que a Administração Pública inclua um número desproporcional de serviços e bens em uma licitação, favorecendo de forma injustificada um único vencedor”. Ou, ainda “isso é para garantir a concorrência nos contratos públicos.”

De fato, o senso comum e a própria literatura indicam que há maior probabilidade de ganho pelo tomador quando o bem ou serviço são submetidos a processo competitivo para sua aquisição, atraindo o maior número possível de competidores.² A ideia de que a licitação geraria uma competição “pelo mercado” e não “no mercado”, concebida inicialmente para ativos monopolísticos, aparece com força na literatura econômica desde o século passado e ajudou a cristalizar a ideia da licitação como uma “vacina” contra comportamentos abusivos, garantidora de todo o prestígio ao interesse público³. Hoje em dia, sabe-se que essa ideia

² Veja-se, por todos: ORGANIZATION OF ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Principles for integrity in public procurement*. S.l.: OECD, 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

³ Conceito clássico que ajudou a forjar esse entendimento é a competição de Demsetz. O conceito, entretanto, foi concebido inicialmente para ativos monopolísticos. Cf.: CRAIN, William Mark; EKELUND JR., Robert B. Chadwick and Demsetz on competition and regulation. *The Journal of Law & Economics*, v. 19, n. 1, p. 149-162, 1976. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/725316>. Acesso: 1º jun. 2022.

básica não se aplica ao vasto mundo das compras públicas, que vai de ativos monopolísticos (rodovias, ferrovias, linhas de transmissão de energia) até gêneros comuns. Para alguns casos, a certeza da multiplicidade de certames para compra de um mesmo produto pode, inclusive, incentivar a cartelização.⁴

Mas, para os fins da reflexão que aqui propomos, importa consignar que, de um grande – e talvez não inteiramente justificado – entusiasmo com a Lei n. 8.666/93, foi derivado uma hiper princípio do Direito Administrativo Brasileiro que seria o dever de licitar e, desse princípio combinado ao dispositivo em comento, uma espécie de “subprincípio”, que vemos afirmado continuamente pela prática e pela jurisprudência, sobretudo dos tribunais de contas, que seria o da vedação à aglutinação de objeto.

A ideia força por trás disso tudo seria a de que a licitação é a regra e, quanto mais se puder licitar, melhor. Princípios inferidos da prática e da interpretação, que não estão inscritos em diploma normativo algum.⁵

Mas seria a redação da Lei 8.666/93 como um todo, bem como os dogmas que ela cristalizou o resultado puro e acertado de um processo legislativo voltado a moralizar as contratações públicas no Brasil?

No estudo interessantíssimo sobre como a Lei 8.666/93 foi concebida no legislativo, André Rosilho reconhece que, sim, o grande mote da criação de um diploma disciplinando as contratações públicas que substituiria o então Decreto-lei 2.300/86 foi a moralização das contratações públicas, em resposta – como sói acontecer com a produção legislativa nacional em matéria de controle da Administração Pública – à comoção popular gerada por sucessivos escândalos de corrupção no início dos anos noventa, que chega a seu ápice com o famoso escândalo PC Farias.⁶ Para tanto, foi escolhido um modelo de lei que o autor qualifica como maximalista, que buscava detalhar ao máximo a lei, reduzindo a possibilidade de escolhas discricionárias pelo gestor público.

Ocorre, no entanto, que atuaram sobre o processo legislativo de que resultou essa lei certos grupos de interesse. Um setor com forte atuação sobre esse processo, como o autor infere pela análise dos debates legislativos que antecederam a lei, foi o empresarial, podendo-se identificar atuações em sentidos distintos das grandes e das médias construtoras. No setor pú-

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de combate a cartéis em licitação*. Brasília, DF: CADE, 2019. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o__guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 1º jun. 2022.

⁵ Sobre os hiper princípios genéricos que se cristalizam no direito administrativo, cf.: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 196 e ss. Discordo da crítica do autor com relação aos princípios que devem reger a Administração Pública inseridos no texto constitucional, embora reconheça os efeitos negativos de sua vulgarização. Parece-me tremendamente pertinente, no entanto, a crítica feita à dedução de princípios não expressos como tal no texto constitucional, ocorre com o princípio do dever de licitar. Destaco o seguinte trecho: “De outro lado, os juristas consideram haver princípios embutidos em disposições normativas (tomadas isoladamente ou em conjunto) que não falam em princípios, mas cujo conteúdo, por sua extensão, importância ou natureza seria principiológico. Alguns intérpretes, andando nessa linha, chamam de princípio ao concurso público (CF, art. 37, II) e também à licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, §6º e 175, caput)”.

⁶ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 91 e ss.

blico, se houve relevante participação dos órgãos de controle, sobretudo do Tribunal de Contas da União, o Poder Executivo não parece ter atuado de forma significativa⁷.

Para o campo das obras públicas, a resultante desses vetores de influência foi um diploma legislativo detalhista, engessado, mas nem sempre capaz de privilegiar a boa contratação. Em uma série de pontos a Lei n. 8.666/93, ao trazer pouca margem de flexibilidade, consagra o favorecimento aos grupos contemplados por suas regras. Segundo Rosilho, isso ocorre de maneira especial com as empreiteiras médias, que tiveram forte atuação durante o trâmite do projeto de lei que resultou na Lei n. 8.666/93. A lei traz a realização de licitação como regra, determinando que os projetos licitados não sejam grandes demais (eis que deve haver o parcelamento do objeto, que agora discutimos), privilegiando uma exigência limitada de atestados de qualificação técnica e abrindo caminho para a exigência de requisitos de qualificação econômica, mas sem deixar que sejam restritivos demais. Com relação ao parcelamento de obras, Rosilho lembra que o Decreto-lei 2.300/86 determinava que a execução das obras deveria ser programada em sua totalidade, sendo vedado, em princípio, o parcelamento. As exceções à regra seriam falta de recursos ou comprovado motivo de ordem técnica.

A Lei n. 8.666/93 inverte essa lógica. Deve-se fatiar, tanto quanto possível, o objeto das contratações, para que mais empresas tenham a chance de competir pelos contratos públicos. Ignora-se, que, se, por um lado, a licitação promove alguma competição pelo mercado, por outro, sua realização envolverá, a cada certame, que se incorra em custos significativos de transação, sobretudo para projetos de maior magnitude. Com efeito, da leitura da lei e olhando para como ela foi aplicada nesses anos, podemos nos perguntar se o resultado da Lei n. 8.666/93 foi a garantia de contratações de eficientes, ou do acesso mais amplo possível a licitantes. O que privilegiou, então, a lei? O interesse público ou o direito subjetivo dos licitantes às suas chances de disputar o mercado das contratações públicas?

De um modo ou de outro, não nos parece que o necessário fatiamento das obras, serviços e compras públicas tenha conduzido a Administração Pública às melhores contratações, eis que, na nova lei federal que deverá regular as licitações e contratos públicos (Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021), a obrigação de fatiamento ou parcelamento do objeto ficou restrita às compras públicas e foram ampliadas as suas mitigantes.⁸

⁷ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. Op. cit., p. 114 e ss.

⁸ 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;
- II - processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente;
- III - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;
- IV - condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material;
- V - atendimento aos princípios:
 - a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;
 - b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;
 - c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

§1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

- I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

3 O CONTROLE SOBRE A AGLUTINAÇÃO DE OBJETO

O privilégio ao fatiamento das licitações se instalou com força no controle das contratações públicas, cristalizando a ideia de que, por princípio, quanto mais certames licitatórios, melhor. Um dos desdobramentos desse princípio em lugar nenhum escrito é de que a aglutinação de objetos nos contratos administrativos é vedada, exceto em condições muito excepcionais. Esse princípio tem sido transposto até mesmo para o controle dos contratos de concessão, que, por sua natureza, devem admitir maior amplitude de objeto. Trataremos disso no tópico a seguir. Mesmo em julgados que acabam por autorizar a aglutinação, nota-se que, em contratos em que ela ocorre há escrutínio rigoroso do tema, tornando pesado o ônus de argumentação da Administração Pública ao estruturar esses projetos.

Nos recursos ordinários interpostos no âmbito dos processos TC-13894/026/12 e TC-13895/026/12, que tinham como recorrente o ex-prefeito municipal de Suzano, o TCE-SP censura a aglutinação de serviços de saneamento integrado aos serviços de regularização fundiária e assistência social para intervenção em assentamentos precários. Para o TCE, unir no mesmo contrato o serviço de saneamento, que exigiria a realização de obras em assentamentos precários e a regularização fundiária do terreno, foi ilegal, eis que a exigência de atestados para essas expertises teria limitado a concorrência para alguns dos lotes. Percebe-se aqui a preocupação com o acesso de mais agentes ao certame, mas não com a eficiência/completude do serviço. A análise do Conselheiro Relator se cinge, basicamente, à diminuição da competitividade do certame, fazendo presumir que, havendo menos concorrentes, a contratação se deu de forma desvantajosa para a Administração Pública. Não se discutiu, entretanto, em que medida era necessário aglutinar as atividades que compuseram o objeto da contratação, do ponto de vista da adequação e eficiência do serviço que seria prestado.

Talvez uma abordagem mais adequada para este e outros casos, capaz de preservar a busca de todas as expertises necessárias à prestação do serviço de forma eficiente e completa e, ao mesmo tempo, a competitividade no certame, para assegurar o bom custo benefício da contratação, seria permitir que fossem incluídas no objeto do certame todas as atividades necessárias à execução adequada do serviço, mas dispensar a obrigatoriedade de atestar capacidade técnica para alguns dos serviços, ou permitir que esses atestados pudessem ser apresentados por terceiros subcontratados.⁹

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

§2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

§3º O parcelamento não será adotado quando:

I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

⁹ TC-13894/026/12 e TC-13895/026/12, j. 03.03.2021, Min. Rel. Antonio Roque Citadini.

Chamamos atenção para o padrão de análise deste caso, reproduzido em outros exemplos: proíbe-se a aglutinação de objeto porque, para cada atividade incluída no objeto, será necessário apresentar atestado de capacidade técnica, o que tende a diminuir a competitividade no certame. Mas porque não, em nome da eficiência e adequação, permitir que todas as atividades essenciais à boa execução do serviço sejam incluídas no objeto, dispensando-se parte da atestação ou permitindo atestados de terceiros subcontratados?

No exame prévio de edital TC-006344.989.18-4, o contrato em escrutínio (e seu respectivo ordenador de despesa!) tiveram melhor sorte, mas nota-se que a aglutinação de objeto foi vista ainda com suspeita. Questionou-se, na ocasião, a proposta de outorga de concessão que envolvia serviços de transporte público coletivo de passageiros em geral e, também, a prestação de serviços de transporte de alunos. O exame decorreu de representação em face da Prefeitura Municipal de Nazaré Paulista acolhida pelo Tribunal de Contas do Estado de -SP. Na representação, a assessoria técnica-jurídica entendeu “haver indevida reunião de serviços de transporte alunos regido pela Lei n. 8.666/93, com concessão de serviço público de transporte urbano que deve reger-se pelas Leis n. 8.987/95 e n. 12.587/2”. O entendimento de que haveria “indevida aglutinação de objeto” foi corroborado pelo Ministério Público de Contas. O voto do relator é que apresentou considerações mais sensíveis às questões materiais de conveniência da organização do serviço, observando que a desagregação dos serviços (de transporte coletivo em geral e transporte de alunos) tornaria a contratação como um todo mais cara, eis que o transporte subsidiado de alunos por meio da compra de passes daria viabilidade ao próprio serviço de transporte coletivo de passageiros em geral. Além, disso, o Conselheiro Relator acatou a alegação da representada de que, no caso em questão, o serviço de transporte de alunos estava a ser prestado com características de serviço público, considerando-se que era remunerado mediante tarifa (subsidiada pelo Município) e seguindo itinerários definidos.¹⁰

4 AS CONCESSÕES NESSE CONTEXTO

Começemos pelas concessões de serviço público e, portanto, pela definição deste último. Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] a atividade estatal denominada *serviço público* é a prestação consistente no oferecimento, *aos administrados em geral*, de *utilidades ou comodidades materiais* (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que *o Estado assume como próprias*, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade em dado tempo histórico.¹¹

A definição nos permite duas inferências importantes para a reflexão aqui proposta. Primeiro: como o nome diz, trata-se de um serviço, uma utilidade, uma comodidade material. Portanto, não deve, necessariamente, se relacionar à operação de um ativo, adquirido, ou man-

¹⁰ TCE-SP, TC-006344.989.18.4, Cons. Relator Sidney Estanislau Beraldo, j. 09.05.2018.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 659.

tido pela concessionária. O essencial aqui, é a provisão de um serviço, que pode, perfeitamente, ser uma solução integrada capaz de ofertar a comodidade tida necessária ou conveniente.

É verdade que a noção tradicional de concessão de serviço público, seja ela tradicional (regulada pela Lei n. 8.987/95) ou patrocinada (regulada pela Lei n. 10.079/2004), costuma vir à nossa mente em geral associada à construção ou melhoria e operação de um ativo de infraestrutura. A concessão corresponde àquilo que internacionalmente chamamos de contrato *BOOT – build, own, operate and transfer* –, com a particularidade de ter o Estado como contratante e a prestação do serviço sujeita ao regime de direito público. Esse regime atrai requisitos da prestação do serviço como universalização, modicidade tarifária e necessidade de prestação contínua, sem interrupção. Nessa noção tradicional, que se amolda muito bem a concessões de energia elétrica, aeroportos, rodovias, ferrovias, portos, linhas de metrô e outros casos, vemos a prestação do serviço estruturada em torno da operação de um ativo, que pode estar por construir ou para ser reformado ou ampliado. Em tais arranjos, outras atividades desenvolvidas pela concessionária não integram o núcleo duro da prestação dos serviços e, por isso mesmo, são chamadas acessórias.

Essa visão tradicional se acomoda bem à ideia de que não se pode ou não deve ser a regra a aglutinação de objetos distintos em contratos administrativos. Estruturar projetos de concessão em torno de atividades relacionadas à exploração de um ativo bem definido seria então a zona de conforto do gestor encarregado de fazê-lo. Mas é preciso sair dessa zona de conforto, cada vez mais.

Como também nos lembra Bandeira de Mello, se o serviço público corresponde à utilidade ou comodidade que o Estado reputa necessário ou conveniente oferecer aos cidadãos, por si ou por meio de delegação, em determinado momento histórico, um dos seus princípios será a adaptabilidade, que corresponderia à sua “*atualização e modernização, conquanto, como é lógico, dentro das possibilidades econômicas do Poder Público.*”¹². Isso nos remete à definição de serviço público e à segunda inferência que a definição nos permite fazer: o serviço público é mutável. Não apenas as escolhas do que corresponde a serviço público serão mutáveis, como também é de se esperar que as características, a forma de prestação destes serviços esteja sujeita a atualização e modernização.

Ter essas inferências em mente então nos permite, felizmente, olhar para as concessões de serviço público como instrumentos que podem – e devem – abraçar a visão moderna de serviço como oferta de uma solução integrada para determinada demanda.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 662. Exemplo muito bem-acabado da mutabilidade do que corresponde a um serviço público no caso brasileiro está no setor de telecomunicações. O serviço de telefonia fixa (serviço telefônico fixo comutado) era considerado serviço público pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97) quando este diploma foi promulgado. Na época, o serviço de telefonia fixa era o principal modo de comunicação telefônica entre os brasileiros e, portanto, recaíram sobre ele as exigências de universalização de cobertura e modicidade tarifária, típicas do serviço público. As mudanças tecnológicas fizeram que os usuários migrassem para outras formas de telecomunicação, como a telefonia celular. Considerar a telefonia fixa como serviço público deixou de ser justificável, ao passo que hoje faz mais sentido reivindicar a universalização do acesso a serviço de internet a toda a população. Como as mudanças legislativas nem sempre se dão ao tempo das mudanças da realidade, a legislação de telecomunicações já deixou de regular o serviço de telefonia como serviço público, mas ainda não reconheceu o acesso à internet como tal.

Voltemos ao exemplo da pergunta, imaginando que uma dada linha de metrô chegue a uma certa localidade e que, no ponto final dessa linha, haja pouca demanda de passageiros. Consideremos, agora, que a uma distância superior àquela que usuário estaria disposto a caminhar a pé até o ponto final da linha, mas próxima o suficiente para fazer com que o usuário considere utilizar o serviço do metrô para se deslocar caso tenha a opção de chegar até a estação em tempo razoável, haja uma comunidade ainda não atendida por serviços de transporte coletivo de passageiros. Nesse caso, seria não apenas permitido como também desejável que a concessionária da linha de metrô pudesse ofertar opções de “coleta” ou “entrega” de passageiros localizadas fora da linha de metrô, por meio da oferta de transporte de ônibus ou microônibus. Essas soluções poderiam, inclusive, aumentar a demanda pelo serviço, pela atração de novos usuários sem a necessidade de construir um prolongamento do metrô, favorecendo sua sustentabilidade econômica. A concessão seria de uma solução de transporte, e não de um serviço A ou B.

Alguém poderia argumentar que a eventual existência de entes distintos com titularidade sobre os serviços (Governo do Estado titular do transporte metroviário e município titular do transporte coletivo de passageiros por ônibus dentro dos limites municipais) poderia impedir tal arranjo. Sem adentrar na questão da titularidade dos serviços de transporte coletivo urbano, que extrapola o objeto deste trabalho, temos que a questão poderia ser resolvida pela delegação conjunta desses serviços em um mesmo contrato de concessão, ou pela delegação do serviço por um ente público a outro, para que este promova a concessão. O interesse que deve prevalecer, nesse caso, é o da prestação do melhor serviço possível para o usuário. Nesse sentido, arranjos interessantes de delegação conjunta de serviços públicos estão surgindo no setor de saneamento, a partir da necessidade ou conveniência de se aglutinar diversos municípios em uma mesma concessão, de modo a dar viabilidade econômico-financeira para a prestação do serviço.

Mas, queremos dar um passo adiante, indagando sobre a possibilidade de se aglutinar não apenas serviços públicos em uma mesma concessão, mas um serviço público e uma outra atividade cujo provimento o Estado entende conveniente contratar junto à iniciativa privada. O que se indaga aqui é se essa outra atividade não caracterizada como serviço público poderia ser incluída como objeto da concessão, e não mera atividade acessória. A importância de ter a atividade relevante incluída no objeto da concessão, como sabemos, é que, contratualmente, essa atividade passa a atrair fiscalização mais rigorosa, como sujeição a indicadores de desempenho e penalidades por descumprimento, podendo, por outro lado, gozar de certos privilégios como a proteção de demanda.

Ora: o direito brasileiro admite o uso do instituto das concessões para atividades que não sejam enquadradas como serviço público.¹³ Floriano Azevedo Marques define a concessão como

¹³ Até porque, a própria definição de serviço público e dos critérios que permitem classificar determinada atividade como tal varia entre diferentes correntes da doutrina. A indagação foge ao escopo deste trabalho, mas uma excelente sistematização das diferentes visões sobre o tema pode ser encontrada em: FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

[...] o instituto jurídico por meio do qual o Poder Público delega a particulares obrigações, atinentes a um objeto de interesse geral (genericamente tratado aqui como utilidade pública – bens, serviços, atividades), regando a convergência de interesses e disciplinando as relações jurídicas entre concedente e concessionários (obrigações recíprocas) e os direitos de terceiros por prazo relativamente longo, mas finito, durante o qual todas essas relações jurídicas têm estabilidade.¹⁴

A definição nos parece adequada porque engloba outras formas de concessão que não a de serviço público, na modalidade “pura” ou patrocinada, como a concessão administrativa, também regulada pela Lei n. 11.079/2004 e a concessão de uso de bem público.¹⁵

Pois bem: se tanto serviços públicos “*strictu sensu*” quanto outras atividades de interesse público podem ser delegadas sob concessão, me parece que, quando necessário à boa prestação dos serviços públicos e atividades delegados, é perfeitamente possível aglutinar um e outro em uma mesma concessão, fazendo que as duas atividades integrem o objeto do contrato de concessão. Esses casos deverão surgir cada vez mais em contratos de concessão no campo das *smart cities*, em que um dado ativo (como, por exemplo, postes de iluminação pública) pode ser utilizado para mais de uma finalidade. Haverá casos em que o Poder Público desejará não apenas que o concessionário do serviço maximize a utilidade do ativo, explorando-o para outras atividades, como que ele seja obrigado a fazê-lo por si ou por terceiros.¹⁶ Assim, justifica-se aglutinar tais atividades no objeto de contrato de concessão, ao invés de deixar uma dela como simples possibilidade de exploração de receita acessória pelo concessionário, a seu critério.

Nesse sentido, vale trazer recente exemplo do contrato de PPP licitado pela Prefeitura Municipal de Carmo de Cajuru, que tinha por objeto os serviços de modernização e operação do parque de iluminação pública, o provimento de acesso à internet em diversos pontos da cidade e a construção e operação de usina solar fotovoltaica em edifícios públicos.

Ainda, pode se justificar a aglutinação de objeto, desde que estes guardem alguma pertinência operacional, quando se pretende que a lucratividade obtida com a exploração de determina atividade ou serviço seja utilizada para dar viabilidade a outra e o Poder Público pretende que o mesmo concessionário fique encarregado das duas atividades. Cito como precedente neste sentido o caso dos investimentos cruzados assumidos por determinadas concessionárias de ferrovias que, em contrapartida à prorrogação antecipada de seus contratos de concessão, assumiram a obrigação de construir trechos novos, localizados foram

¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 171.

¹⁵ Parte da doutrina admite, também a concessão de obra pública. Acredito que esse modelo de concessão, após a Lei 11.079/2004 agora se divida entre concessões de serviço público puras ou patrocinadas, de um lado, ou concessões administrativas, de outro, conforme a obra pública em questão for subjacente à prestação de serviço público ou a atividade administrativa não caracterizada como tal.

¹⁶ O maior limitador da inclusão de obrigações relacionadas ao provimento de outros serviços (como acesso à internet e aproveitamento em outras formas de redes de dados) a partir da mesma infraestrutura instalada da iluminação pública reside na interpretação de que a Constituição Federal limita o uso da contribuição da iluminação pública, que tem sido utilizada para custear essa infraestrutura em tais contratos de PPP ao custeio da iluminação pública, somente (art. 149-A da Constituição Federal). Parece-nos que, se a mesma infraestrutura de iluminação pública custeada pela contribuição de que trata o art. 149-A da Constituição Federal é utilizada para outros serviços, o uso dos ativos para provimento de outros serviços não é vedado.

das linhas por elas operadas, para serem delegados a outras operadoras por meio dos procedimentos competentes.

Nesse sentido, vem em boa hora a proposta de dispositivo contida no projeto de nova lei geral de concessões (PL 7.063/2017) determinando exatamente o seguinte:

Art. 7º A licitação da concessão poderá ter por objeto a prestação de serviços e a execução de obras conexos, assim entendidos aqueles cuja realização associada pela mesma concessionária se justifique pela eficiência econômica, ganhos de escala, complementariedade de escopo ou em razão de atendimento integrado aos interesses dos usuários, e poderá inclusive contemplar:

I - serviços e obras não afetos ao mesmo setor ou não circunscritos ao mesmo mercado geográfico;

II - a execução de obras que, após a entrega, não venham a ser geridas e exploradas pela concessionária.

Esperamos que, até que seja aprovada a nova lei de concessões, a prática, sobretudo a do controle das contratações públicas, passe a trabalhar com o horizonte de que a aglutinação de objeto, quando determinada no interesse do usuário e da eficiência das contratações públicas, é plenamente legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste breve artigo, procuramos esmiuçar como a ideia de que se deve privilegiar o fatiamento ou parcelamento do objeto das contratações públicas, permitindo um número maior de licitações e, em princípio, acesso de mais licitantes aos certames foi cristalizada na Lei 8.666/93. Essa ideia, que não ficou restrita aos contratos regidos unicamente por aquela lei, passando também a ser tomada como paradigma para o controle de contratações em matéria de concessões decorre de um dispositivo legal gestado sob a influência de interesses. Não deveria, portanto, ter se tornado um princípio tão forte do controle das contratações públicas, menos ainda em matéria de concessões que, por serem contratos relacionais complexos, podem envolver objeto de maior amplitude.

As concessões de serviço público, ao envolverem o fornecimento de uma utilidade ou comodidade ao usuário, podem demandar um complexo de atividades, para que ao usuário seja ofertada uma solução integrada. De outra banda, o desenvolvimento tecnológico poderá, em muitos casos, permitir que um dado ativo tenha múltiplos aproveitamentos, de modo que ao Poder Público pareça adequado não apenas facultar, mas também exigir que a infraestrutura concedida tenha sua utilidade maximizada em benefício do cidadão. Com isso, é possível que se determine que os ativos concedidos sejam aproveitados para mais de um serviço ou atividade (e, claro, que as receitas daí auferidas componham a mesma equação econômico-financeira).

Por fim, imagina-se a situação em que, sendo a prestação de determinado serviço ou atividade especialmente lucrativa, o Poder Público opte por incluir na mesma concessão

a prestação de um outro serviço ou atividade (que guarde, obviamente, alguma pertinência operacional com o primeiro), permitindo que a operação de um dê viabilidade financeira a outro.

Ao final e ao cabo, o norte dos gestores públicos, quando organizam a prestação de serviços e atividades públicas, não deve ser o atendimento e eventual direito subjetivo dos administrados a participar do maior número possível de licitações. Deve ser a alocação de recursos que apresente a maior relação custo-benefício, considerando-se o bem-estar do usuário.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de combate a cartéis em licitação*. Brasília, DF: CADE, 2019. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o__guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 1º jun. 2022.

CRAIN, William Mark; EKELUND JR., Robert B. Chadwick and Demsetz on competition and regulation. *The Journal of Law & Economics*, v. 19, n. 1, p. 149-162, 1976. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/725316>. Acesso: 1º jun. 2022.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ORGANIZATION OF ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Principles for integrity in public procurement*. S.I.: OECD, 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 91 e ss.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *TC-13894/026/12 e TC-13895/026/12*. Min. Rel. Antonio Roque Citadini. j. 03.03.2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *TC-006344.989.18.4*. Cons. Relator Sidney Estanislau Beraldo. j. 09.05.2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.



A regulação administrativa e a Lei da Liberdade Econômica

Maurício Zockun

Livre-docente e doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Advogado.

Carolina Zancaner Zockun

Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* do Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Doutora e mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de direito administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procuradora da Fazenda Nacional.

Sumário: 1 Introdução. 2 Legalidade e regulação. 3 Regulação e regulamentação. 3.1 A regulação. 3.2 A regulamentação. 4 Regulação administrativa e regulamentos delegados ou autorizados. 5 Regulação administrativa e a norma penal em branco. 6 Regulação administrativa e a Lei da Liberdade Econômica. 7 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Após a reforma do Estado, realizada nos anos 90, criaram-se as denominadas agências reguladoras, tendo a lei de criação de cada qual previsto em favor delas o denominado *poder normativo*.

Alguns afirmaram tratar-se de verdadeira *delegação legislativa* disfarçada e irremediavelmente inconstitucional. Outros advogaram a sua lisura, nisto não vislumbrando lesão à Separação de Poderes.

Animados com esta temática, procuramos edificar os confins constitucionais de denominada *regulação administrativa*, categoria na qual se insere parte das atividades levada a efeito pelas agências reguladoras com base em seu suposto *poder normativo*.

2 LEGALIDADE E REGULAÇÃO

A Constituição da República prevê a existência de umbilical relação entre os institutos da legalidade e da regulação.

Por um lado, a Carta Magna assinala que somente o ato normativo produzido após o exaurimento do processo legislativo pode inovar, de modo inaugural, o sistema normativo veiculando comandos que obriguem, permitam ou proíbam que uma pessoa possa ou não possa fazer algo em relação a outra. Eis a essência do denominado princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é, pois, uma *garantia formal*, segundo a qual a modificação do ordenamento jurídico de modo inovador exige, como regra, a conclusão de prévio proces-

so legislativo, assim entendido como o procedimento por meio do qual a vontade popular se exterioriza e materializa, dando concretude aos princípios republicano e democrático.

3 REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

A Carta Magna prevê a existência (i) da atividade estatal de *regular*, e (ii) atividades estatais que lhe são derivadas, como: *regulação* e *regulamentação*¹. Nestas ocasiões, o Texto Constitucional faz referência ao conteúdo normativo que obriga, permite ou proíbe o agir humano. Logo, tanto a *regulação* como a *regulamentação* não dizem respeito ao processo de inovação da ordem jurídica (tema objeto de *direito formal*), mas aos comandos normativos que são veiculados em norma jurídica (tema, pois, de *direito material*)². Explica-se.

3.1 A regulação

Em algumas passagens constitucionais prescreve-se que a *regulação* consiste nos comandos normativos veiculados em lei formal (arts. 18, §2º e 20, §2º, por exemplo) ou em ato infralegal (art. 84, IV, por exemplo). No mesmo sentido, *regulação* também se traduz na competência constitucionalmente atribuída a uma estrutura do Estado, impositiva do dever de produção de comandos normativos destinados a disciplinar o desempenho de serviços públicos (art. 21, XI) ou atividade econômica (art. 174).

Pela ótica constitucional, *regulação* é o conteúdo de norma jurídica produzida pelo Estado voltada a pretender disciplinar o comportamento humano (distinguindo-se, portanto, do processo de produção dessas normas e dos veículos utilizados para introduzi-las no direito positivo).

Nesse contexto, valendo-nos na classificação das fontes normativas entre *primárias* e *secundárias*³, a *regulação* poderá ser *primária* ou *secundária*⁴. Aquela integrativa do comando normativo veiculado em lei (item III, adiante) e está volvida à fiel execução da lei (item II.2, abaixo).

¹ Vocábulos que têm mesma etimologia, podendo ser considerados expressões sinônimas na linguagem comum.

² A essencial distinção entre *direito formal* e *direito material* reside no bem jurídico perseguido. O *direito material* veicula prescrições normativas acauteladoras do bem da vida assegurado pelo sistema normativo (é o direito em si mesmo considerado). Já o *direito formal* se ocupa dos meios normativamente prescritos para persecução do bem da vida a que se refere o *direito material*. *Direito material* (ou *direito substantivo*, como dizem alguns) é, pois, direito fim; *direito formal* (ou *direito adjetivo*, como preferem outros), é direito meio (instrumental, destarte, à persecução do direito fim). Confira-se, a esse propósito: DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 139; p. 169.

³ Sobre a distinção entre fonte primária e secundária: DINIZ, Maria Helena. Fontes do direito. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>. Acesso em: 22 ago. 2022.

⁴ Como já assinalamos: ZOCKUN, Maurício. As competências normativas da Agência Nacional das Águas e Saneamento Básico (ANA) em razão do advento da Lei Federal 14.026/20. Modificativa do "Marco Legal" do saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Org.). *O novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Como se viu, a Constituição aglutina sob o rótulo de *regulação* tanto a *função normativa primária* como a *secundária*⁵. E justamente por essa razão, afirma-se a existência de *regulação normativa primária*⁶ e *regulação normativa secundária*⁷.

E não vemos na *regulação normativa primária* uma hipótese de transferência de competência normativa parlamentar para inovar o ordenamento jurídico ou mesmo quebra do princípio da legalidade, como adiante esclarecemos.

3.2 A Regulamentação

Já a *competência regulamentar* (ou *regulamentação*) consiste na prerrogativa de editar atos normativos secundários, volvidos à fiel execução da lei⁸. Nesse 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*.

Percebe-se, pois, haver coincidência entre os conceitos de *regulação normativa secundária* e *competência regulamentar*: eles designam um mesmo objeto. Por essa razão, reserva-se o conceito de *regulação* aos casos de *regulação normativa primária*.

Examinemos, pois, a figura da *regulação normativa primária* e as hipóteses nas quais ela pode ser exercida no bojo da função administrativa, razão por que passamos a designá-la de *regulação administrativa*.

4 REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA E REGULAMENTOS DELEGADOS OU AUTORIZADOS

Ao tratar do conteúdo dos *regulamentos delegados* ou *autorizados*, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello enunciou a essência da legítima *regulação administrativa*. Disse ele:

Os *regulamentos autorizados* ou *delegados* são aqueles emanados pelo Executivo em razão de habilitação legislativa que lhe é conferida pelo Legislativo, porém nos termos dessa determinação de competência, para desenvolver os preceitos constantes da lei de habilitação, que delimita seu âmbito a respeito.

Alguns autores sustentam que eles se confundem com as ordenanças delegadas. Não obstante, diferenciam-se a delegação do poder de legislar e a autorização para com-

⁵ Art. 102, I, 'q'.

⁶ 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: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 149 (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.

⁷ 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./jun. 2002. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46658/44479>. Acesso em: 22 ago. 2022.

⁸ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Teoria da Regulação. In: CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 127; p. 128. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 426.

pletar os contornos da lei, desenvolvendo-a dentro da órbita circunscrita, e em matéria pertinente à atividade da Administração Pública. Uma coisa é delegar o poder de legislar sobre o direito educacional, e outra é habilitar o Executivo a regulamentar texto de lei em que se fixam as diretrizes a respeito. Ao levar a efeito essa delegação, o faz na conformidade da matéria de marcada no texto legal.

De certo modo, portanto, os dispositivos complementares, em desenvolvimento, estão virtualmente contidos na lei de habilitação, embora tenha uma força de alterar a ordem jurídica anterior⁹.

Logo, dá-se a legítima *regulação administrativa* quando o objeto ou matéria legislada já está veiculada e plasmado em lei formal, circunstância em que incumbirá ao Estado, no exercício da função administrativa, desenvolver aquela matéria legislada, conferindo-lhe contornos técnicos e/ou objetivos, sem o que a norma edificada não terá aptidão para irradiar os seus efeitos.

Isso não significa dizer que *regulação administrativa* e *regulamento executivo* sejam institutos coincidentes, a despeito da existência de pontos em comum entre eles.

Com efeito, omitindo-se o Estado no exercício dessas competências, ter-se-á o mesmo resultado prático e normativo: a norma jurídica veiculada em lei não terá a aptidão de irradiar os seus efeitos.

Sucede que essa inaptidão decorrerá de omissão estatal em distintos planos normativos: (i) a omissão na *regulação administrativa* inviabiliza aplicação da norma, pois os preceitos normativos primários ainda não terão sido plenamente desenvolvidos (como se daria, por exemplo, na omissão do exercício da *regulação administrativa* que acaba por não qualificar substância alguma como “droga”, impedindo a materialização do crime tipificado no art. 33 da Lei federal 11.343¹⁰); ao passo que (ii) a omissão na produção de *regulamento executivo* inviabiliza aplicação da norma – já plenamente desenvolvida no plano normativo primário – pelo agente público no exercício da função administrativa (como se dá, presentemente, na falta de edição de *regulamento executivo* disciplinando a aplicação do registro de preços no âmbito da licitações públicas, após o advento da Lei federal 14.133).

Vê-se, pois, que estamos diante de figuras jurídicas indubitavelmente distintas.

5 REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA E A NORMA PENAL EM BRANCO

Conhecido exemplo de *regulação administrativa* são as denominadas normas penais em branco, cujo preceito normativo primário não está suficientemente desenvolvido em lei formal.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. I: Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 363-364 (item 39.3).

¹⁰ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

Guilherme de Souza Nucci destaca a legitimidade de essa *regulação* (qual seja: *regulação administrativa*) complementar o *preceito normativo primário* sem que, com isso, sejam vulnerados os princípios da legalidade e da tipicidade. Confira-se o pensamento do autor:

São normas penais em branco aquelas cujo preceito primário é indeterminado quanto a seu conteúdo, porém determinável, além de terem o preceito sancionador determinado [...] quando o complemento da lei penal em branco for a parte essencial da norma, vale dizer, é mais importante conhecê-lo do que a própria descrição da norma penal, não é possível aplicar o art. 3º, mas sim o art. 2º [para fins de ultratividade da lei penal] [...] Menciona o art. 268 do Código Penal: 'Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa'. A norma é considerada em branco, pois depende de complemento, que é a 'determinação do poder público' no cenário das doenças contagiosas. Caso exista a revogação da referida determinação, porque não se tratava de doença efetivamente contagiosa, é natural que haja a retroatividade benéfica para envolver todos aqueles que estiverem sendo processados – ou tiverem sido condenados – pelo delito, por terem infringido a determinação. Entretanto, caso ocorra a revogação da determinação do poder público, porque a doença contagiosa, que se propagava, cessou de fazê-lo, é certo que o complemento é ultrativo, isto é, aqueles que estiverem sendo processados por terem infringido a determinação devem continuar respondendo pela infração penal. Portanto, o complemento, quando é vago demais, necessitando-se analisar qual é a determinação do poder público e qual foi o motivo da sua revogação, dá margem a aplicações diversas [...] As normas penais em branco apenas conferem a órgão legislador extrapenal a possibilidade de precisar o seu conteúdo, fazendo-o, por inúmeras vezes, com maior rigor e mais detalhes do que os denominados tipos abertos, que dependem da imprecisa e subjetiva interpretação do juiz. Estes seriam, em tese, mais 'imperfeitos' do que as normas em branco¹¹.

No campo penal, o desenvolvimento de um preceito normativo primário incompleto poderá se aperfeiçoar no mesmo plano normativo – caso em que se tem a denominada norma penal em branco homogênea – ou em plano normativo distinto – caso em que se tem a denominada norma penal em branco heterogêneas¹².

Estribado nessa teoria das normas e tipos penais – em tudo apropriável aos mais variados ramos do direito –, pode-se afirmar que, no campo do direito público, o desenvolvimento do preceito normativo primário por meio da *regulação administrativa* – editada no exercício de função administrativa – é elemento integrante e indissociável daquele próprio preceito¹³, razão por que a norma objeto desta regulação qualifica-se como norma em branco heterogênea.

Essa complementação ou desenvolvimento do preceito normativo primário por meio da *regulação administrativa* não vulnera, em tese, o princípio da legalidade, pois o sistema normativo admite que os elementos integrantes da norma jurídica sejam descritos de maneira

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 156-159.

¹² Nesse sentido: JESUS, Damásio de. *Direito penal*. v. 1. 37. ed. Atualização André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 64.

¹³ Nesse sentido: HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1, t. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 104, n. 7.

exaustiva (denominados de tipos fechados ou cerrados) ou de modo genérico (denominados tipos abertos).

Daí porque, ao tratar das normas penais em branco, Aníbal Bruno assentou que

[...] são normas de tipo incompleto, normas em que a descrição das circunstâncias elementares do fato, tem de ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura [...] Nessas leis existe sempre um comando ou uma proibição, mas enunciados, em geral de maneira genérica, a que só à disposição integradora dará a configuração específica. A norma integradora estabelece, então, as condições ou circunstâncias que completam o enunciado do tipo da lei em branco¹⁴.

Desse modo, parece-nos indubitável concluir que a *regulação administrativa* se legitima em nosso sistema normativo em relação às normas em branco, aplicando-se essa sistemática de desenvolvimento do tipo normativo não apenas no campo do direito administrativo ou penal; aplica-se em todos os ramos do direito.

Se a pretexto de viabilizar a *regulação administrativa*, o legislador prever verdadeira delegação legislativa sob o disfarçado manto da norma em branco, ela (a delegação disfarçada) deverá ser prontamente fulminada pelo Poder Judiciário, por ofensa à Separação e independência entre os Poderes¹⁵.

Nesse contexto, vejamos em que medida a *regulação* foi acolhida e disciplinada pela Lei da Liberdade Econômica.

6 REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA E A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

O art. 1º, §4º, da Lei Federal 13.874, de 2019, denominada de “Lei da Liberdade Econômica”, prevê que as suas disposições – aí incluindo-se o rol da “declaração de direitos de liberdade econômica” – são normas gerais de *direito econômico*, passando a balizar a atuação do Estado como *agente normativo* e *regulador* (art. 1º, *caput*). Nessa toada, assinalou a sua observância, “[...] na aplicação e na interpretação do Direito Civil, Empresarial, Econômico, Urbanístico e do Trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, Juntas Comerciais, Registros Públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente” (art. 1º, §1º).

Vê-se que algumas matérias referidas acima não guardam pertinência alguma com o campo reservado à edição de normas gerais – caso, por exemplo, do Direito Civil, do Empresarial e do Trabalho; são, diversamente, da competência legislativa privativa da União (art. 22, I, da Constituição). Outras matérias arroladas no art. 1º, §1º, da Lei da Liberdade Econômica,

¹⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. p. 198.

¹⁵ Como observou Romeu Felipe Bacellar Filho: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Poder normativo de entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 230, p. 153-162, out./dez. 2002. DOI: 10.12660/rda.v230.2002.46339. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46339>. Acesso em: 05 jun. 2022.

reconheça-se, são típicas de normas gerais, caso do Direito Urbanístico e meio ambiente. Derradeiramente, algumas são de interesse eminentemente local, caso da ordenação pública nos Municípios. Sem embargo dessa multiplicidade de competências, a Lei da Liberdade Econômica procurou aglutiná-las sob o rótulo de *direito econômico* para, assim, submetê-las à disciplina de uma norma geral.

A Lei da Liberdade Econômica pretende que suas disposições estribem o agir do Estado no exercício da sua função como agente normativo e *regulador* da ordem econômica. E quais são estas atribuições estatais nesse campo?

Parece-nos¹⁶ que a Constituição da República utiliza o vocábulo *regulação* para designar a competência conferida ao Estado para produzir ato jurídico veiculador de comando normativo primário ou secundário, este último destinado a dar fiel execução à lei. E, nos meandros da natural atecnia do poder constituído, em algumas passagens da Constituição da República adota-se essa expressão para se referir tanto à função normativa primária como à secundária. Emerge daí a conclusão no sentido da existência de *regulação* normativa primária e *regulação* normativa secundária. Desse modo, quando o Estado exerce essa competência, ele atua como agente normativo e regulador.

A função de agente regulador no seio da Lei da Liberdade Econômica ganha especial importância em relação a alguns temas como, por exemplo, a inovação de produtos e serviços e a normalização técnica.

Nesse sentido, o art. 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, qualifica como prática abusiva a colocação no mercado de consumo de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

A imperiosa observância das normas técnicas de qualidade na fabricação de produtos e prestação de serviços é referida, por exemplo, na Lei 8.666/1993 (arts. 3º, §5º, I, e 6º, X), na Lei 12.462/2011 (art. 2º, V), na Lei 13.303/2016 (art. 42, IX) e na Lei 14.133/2021 (arts. 26, 42, I, 46, §3º, 52, §6º e 92, XIII).

Mas o gênio humano e as consequentes inovações antecedem a edição das normas técnicas que disciplinam a produção e a prestação de serviços. Em diversas situações, no entanto, prevê-se a necessidade de prévia autorização do Poder Público para que o produto ou o serviço seja colocado à disposição do público, a exemplo de medicamentos e vacinas (recordemo-nos do conturbado processo de aprovação do uso das vacinas para imunização da população levado a efeito pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa).

Fora das hipóteses de prévia aprovação estatal para comercialização de produtos e serviços, a Lei da Liberdade Econômica confere a possibilidade de o particular arguir a desatualização das normas técnicas nacionais para, assim, viabilizar sua colocação à disposição do mercado

¹⁶ ZOCHKUN, Maurício. As competências normativas da Agência Nacional das Águas e Saneamento Básico (ANA) em razão do advento da Lei Federal 14.026/20. Op. cit.

consumidor. Para tanto, o Decreto 10.229/2020 prevê que o particular deverá fundamentar seu pleito identificando a norma técnica nacional supostamente desatualizada, comparando-a com aquela utilizada internacionalmente, indicada em rol taxativo (art. 6º, parágrafo único).

Ao mesmo tempo em que esse decreto prevê que o referido pleito deverá ser apreciado em seis meses – prazo que poderá ser suspenso caso haja necessidade de instrução –, atribuiu-se ao particular a possibilidade de adotar a norma internacional (supostamente mais atualizada que a nacional), condicionada à declaração, em instrumento público, da sua responsabilidade objetiva e irrestrita em relação aos danos eventualmente causados a terceiros pela exploração de atividade econômica em desacordo com a norma técnica nacional (art. 8º, I). Além disto, uma vez exaurido o prazo para apreciação daquele pleito sem decisão final da Administração, defere-se ao particular a adoção da norma internacional, em detrimento da nacional.

A Lei da Liberdade Econômica pretende evitar que a *regulação* seja utilizada para atingir finalidade distinta daquela para a qual foi concebida, no que a lei denominou de *abuso do poder regulatório*.

Deveras, essa lei proíbe o denominado *abuso do poder regulatório*, medida compreensiva da ilegítima produção normativa que (i) crie reserva de mercado, favorecendo grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes, (ii) impeça a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado, (iii) edifique especificação técnica desnecessária ao atingimento da finalidade pretendida, persecutória do bem comum, (iv) impeça ou retarde a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco, (v) aumente os custos de transação sem demonstração de benefícios, (vi) crie artificial ou compulsoriamente demanda por produto, serviço ou atividade profissional, (vii) imponha limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas e (viii) restrinja o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas hipóteses vedadas na legislação. Apesar de bastante oportunas as limitações trazidas pelo art. 4º da Lei 13.874/2019, elas não podem ser interpretadas de modo absoluto. Basta recordar que, segundo o art. 219 da Constituição: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal”.

Assim, é possível impor condições ou limites à entrada de empresas com capital estrangeiro entre nós, caso seja revelado que esta medida é satisfativa do interesse público. Da mesma maneira pode-se impor restrição à publicidade, como já se fez em relação aos produtos nocivos à saúde.

A Lei 14.195, de 26.8.2021, incluiu, dentre as garantias de livre iniciativa, o artigo 4º-A na Lei da Liberdade Econômica, estabelecendo à Administração Pública e às demais entidades, na aplicação da ordenação pública sobre atividades econômicas privadas, os seguintes deveres: I - dispensar tratamento justo, previsível e isonômico entre os agentes econômicos; II - proceder à lavratura de autos de infração ou aplicar sanções com base em termos subjetivos ou abstratos somente quando estes forem propriamente regulamentados por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis; e III - observar o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração decorrentes do exercício de atividade considerada de baixo

ou médio risco. No caso da lavratura de autos de infração ou aplicação de sanções, os órgãos e as entidades competentes editarão, no prazo de 4 (quatro) anos – ou menos, a depender de regulamento do Poder Executivo (§3º) –, atos normativos para definir a aplicação e a incidência de conceitos subjetivos ou abstratos por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis, observado que: I - nos casos de imprescindibilidade de juízo subjetivo para a aplicação da sanção, o ato normativo determinará o procedimento para sua aferição, de forma a garantir a maior previsibilidade e impessoalidade possível; e II - a competência da edição dos atos normativos infralegais equivalentes poderá ser delegada pelo Poder competente conforme sua autonomia, bem como pelo órgão ou pela entidade responsável pela lavratura do auto de infração (§1º).

Dáí a feliz conclusão de Luiz Paulo Ferreira Segundo e Mariangela Ferreira Corrêa Tamasso¹⁷, segundo os quais haveria *abuso do poder regulatório* quando a *regulação* resultar em indevida (i) restrição à concorrência; (ii) restrição à inovação; (iii) restrição à formação de empresas ou de atividades econômicas; (iv) majoração dos custos de transação; e (v) restrição a atividades econômicas de baixo risco.

Eis, pois, uma primeira aproximação entre *regulação* e a Lei da Liberdade Econômica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista desses pensamentos, parece-nos equivocada a ideia segundo a qual a *regulação administrativa* se limita, no campo do direito administrativo, à ordem econômica¹⁸ ou, ainda, que está circunscrita à produção de normas individuais e concretas¹⁹.

Parece-nos que o primeiro pensamento é criticável, pois, como procuramos demonstrar, a *regulação administrativa* é um instituto jurídico aplicável em todos os confins do direito, nos casos em que um preceito normativo primário demande, para o desenvolvimento do tipo nele descrito, o exercício da função administrativa²⁰.

Por essa razão, poderá haver *regulação administrativa* no exercício do poder de polícia²¹, na prestação de serviços públicos²², na atividade de fomento, na intervenção na ordem social e, também, na atuação do estado na ordem econômica, dentre outros.

¹⁷ FERREIRA SEGUNDO, Luiz Paulo; TAMASSO, Mariangela Ferreira Corrêa. O abuso do poder regulatório na Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) – conceito e espécies. In: ZOCKUN, Maurício (Org.). *Aspectos gerais da Lei de Liberdade Econômica*. Curitiba: Íthala, 2022. p. 45-68.

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. DOI: 10.12660/rda.v228.2002.46521. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521>. Acesso em: 05 jun. 2022.

¹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 106.

²⁰ Pensamento já afirmado pelo STF (STF, Pleno, ADI 4.874, Rel^a. Min^a. Rosa Weber, julgado em 1º/2/2018).

²¹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação, fiscalização e sanção: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 73.

²² Que indevidamente é confundida com *regulação contingente* (SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços públicos e regulação estatal*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 28, item 6).

O segundo pensamento não nos parece prosperar, pois se equipara indevidamente *regulação administrativa* com a expedição de *regulamentos contingentes*, que, nas palavras de Oswaldo aranha Bandeira de Mello, “[...] são os em que o legislativo delega ao executivo as operações de acertar a existência de fatos e condições para aplicação da lei, os pormenores necessários para que suas normas possam efetivar-se”²³, como se dá na fixação de preço máximo de venda de produtos.

Assim, verificada a legitimidade para realização da denominada *regulação administrativa*, há que se debruçar sobre o modo por meio do qual o direito impõe a sua produção, como, por exemplo: (i) a realização de procedimento de análise de impacto regulatório, (ii) a efetiva participação dos agentes regulados e atingidos pela *regulação*, (iii) a *regulação* isonômica e simétrica entre prestadores e usuários, dentre outros, o que foi recentemente disciplinado pela Lei das agências reguladoras federais (Lei federal 13.848) e pela denominada Lei da Liberdade Econômica (Lei federal 13.874). Temas a serem examinados em outro momento.

A Lei da Liberdade Econômica utiliza-se da *regulação administrativa* para impedir a sua utilização para indevida (i) restrição à concorrência; (ii) restrição à inovação; (iii) restrição à formação de empresas ou de atividades econômicas; (iv) majoração dos custos de transação; e (v) restrição a atividades econômicas de baixo risco.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Poder normativo de entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 230, p. 153-162, out./dez. 2002. DOI: 10.12660/rda.v230.2002.46339. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46339>. Acesso em: 05 jun. 2022.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. I: Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. Fontes do direito. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>. Acesso em: 22 ago. 2022.
- FERREIRA SEGUNDO, Luiz Paulo; TAMASO, Mariangela Ferreira Corrêa. O abuso do poder regulatório na Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) – conceito e espécies. In: ZOCKUN, Maurício (Org.). *Aspectos gerais da Lei de Liberdade Econômica*. Curitiba: Íthala, 2022. p. 45-68.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1, t. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

²³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Op. cit., p. 365.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. v. 1. 37. ed. Atualização André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. DOI: 10.12660/rda.v228.2002.46521. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521>. Acesso em: 05 jun. 2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46658/44479>. Acesso em: 22 ago. 2022.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Teoria da Regulação. In: CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação, fiscalização e sanção*: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZOCKUN, Maurício. As competências normativas da Agência Nacional das Águas e Saneamento Básico (ANA) em razão do advento da Lei Federal 14.026/20. Modificativa do “Marco Legal” do saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Org.). *O novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.



Limites de competência para inovação em políticas públicas municipais

Regina Maria Macedo Nery Ferrari

Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Sumário: 1 Introdução. 2 Repartição de competências na Federação Brasileira. 3 Políticas públicas e a competência do município. 4 Autonomia financeira do município. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Muito já se disse sobre a Federação, um tipo de estado composto, onde o poder é dividido entre diversas pessoas de direito público interno, no Brasil entre a União, estados, Distrito Federal e municípios.

Para alguns, na formação de nossa Federação não se encontra a figura dos municípios, isso porque, ao não integraram o Congresso Nacional, órgão do Poder Legislativo da Nação, não participam da formação da vontade nacional, não possuem representantes no Senado “(Casa dos Estados), nem, tão pouco na Câmara dos Deputados (Casa do Povo”).¹

Nessa toada, são utilizados diversos argumentos, que, no nosso pensar, não conseguem trazer convencimento forte, mesmo considerando, como diz, José Nilo de Castro, que integram a República e a Federação, mas, não a formam.²

A entidade municipal, valorizada pelo atual texto constitucional ao lhe conferir autonomia própria, a reconhece, expressamente, como ente da Federação, em seus artigos 1 e 18.

2 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

A repartição de competências, entre os entes que compõem nossa Federação, segue a partir da preponderância do interesse, isto é, o que for predominantemente de interesse geral, integra a competência da União, aquilo de se limita ao interesse regional compete aos Estados, e ao interesse local se incorpora à competência do município.

Recorda-se que, até a atual Constituição, a expressão, “peculiar interesse” determinava aquilo que devia integrar a competência do município, ou seja, o interesse que lhe é predominante, o que propicia reduzir dúvidas e eventuais conflitos entre os entes federativos.

Nossa atual Lei Maior usa, para determinar o universo da competência municipal, a expressão “interesse local”, ou seja, aquele diretamente relacionado à comunidade local, o que não significa conferir amplitude à atuação municipal, entretanto, observado o recorte

¹ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 106.

² CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 60.

constitucional para o rol das demais esferas de poder na Federação brasileira, nem todas as atribuições desempenhadas pelo Poder Público, são de responsabilidade do Município.

Em um primeiro momento, o “interesse local” está relacionado com o aspecto territorial, o que indica o espaço físico para a atuação da autonomia do município, o que pode ser ultrapassado na hipótese de serem firmadas parcerias, consórcios, convênios, e, inclusive, a instituição de uma região metropolitana, quando visem somar esforços entre os envolvidos, o que corresponderá a soma de interesses locais.

A era da comunicação em massa, da internet, pode alterar a importância do local, mas não aniquila a importância da entidade municipal, pois, mesmo que a população faça negócios à distância e estude do outro lado do mundo, ainda assim, os indivíduos que utilizam técnicas digitais, vivem em determinado Município e sentem a consequência de sua boa ou má administração.

O interesse local é o que indica a direção da ação municipal, o caminho a seguir.

A repartição de competências, excluídas as tributárias, classifica-se conforme a natureza da atribuição, e são realizadas em razão de quem executa seu objeto.

Conforme a natureza da atribuição, podem ser classificadas como: legislativas ou administrativas e, em face do ente que a realiza, podem ser exclusivas ou compartilhadas. Quando se trata de competências exclusivas, aquelas próprias de um ente federativo com exclusividade, o que significa que todos os entes devem colaborar para a realização das atribuições, constitucionalmente previstas.

O texto de 1988 determinou competências compartilhadas entre todos os entes da Federação, tanto legislativas como administrativas ou materiais.

A privativa do município é prevista nos arts. 29 e 30 da Constituição Federal de 1988. O inciso I, do art. 39, trata da legislativa privativa para tratar de assuntos de “interesse local”, o inciso II prevê sua competência legislativa compartilhada, no que tange a complementar a legislação federal e estadual, no que coube, já, no inciso III, está descrita a tributária, e, nos demais incisos, IV, V, VII a política/administrativas.

A repartição de competências entre os entes que compõem nossa Federação é difícil e complexa, bem como é complicado harmonizar e resolver o sistema de colaboração para a realização das atribuições do Poder Público, principalmente nas consideradas comuns, previstas no art. 23 e nos incisos VI, VII e IX do artigo 30, cujo limite de atuação de cada ente, não está estabelecido no texto constitucional e pode ser determinado, tanto em razão da natureza legislativas concorrente, como, nas comuns, por sua natureza político-administrativa.

O art. 24 determina, para a União, a elaboração de normas gerais e aos estados e Distrito Federal suplementar, complementar, a legislação federal naquilo que for de seu interesse, o que, também, segundo o inciso II, do artigo 30 da CF, competem aos municípios, na medida em que poderão suplementar a legislação federal e estadual, no que for de interesse local.

Já em relação às comuns (materiais ou políticas administrativas), o limite para a atuação colaborativa, de cada ente federativo parcial, não está previamente disciplinado na Constituição, mas encontra seu espaço no que for do preponderante interesse geral, regional ou local.

Na análise da organização da repartição de competências em nossa Federação, se constata o predomínio da União para regular a maioria das áreas de atuação do Poder Público, o que leva ao esvaziamento da competência legislativa municipal e, conseqüentemente, do poder de formular e decidir sobre suas políticas públicas.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E A COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO

Após a 1ª Grande Guerra, o homem passa a ser considerado além de sua condição individual, que o consagrou pela necessidade de proteção contra abusos do Estado, porém, com a revolução industrial passa a não ser o único que pode oprimir o desenvolvimento de sua personalidade e a impor relações coativas de convivência.

Surge o Estado Social, que se traduz pela incorporação de preceitos finalísticos, com a pretensão de assinalar objetivos de política econômica e social.

O ente estatal é considerado meio apropriado para realizar a proteção das pessoas, com o dever de realizar prestações positivas, para melhorar sua condição de vida e neutralizar distorções econômicas, geradas na sociedade.

Nossa Lei Fundamental propugna seus fundamentos e declara que, o respeito à dignidade da pessoa humana é o fio condutor do Estado Brasileiro, o que exige o respeito aos seus direitos individuais, sociais e políticos, para ter uma sociedade justa e solidária, com vista à erradicação da miséria e sua marginalização.

Após o art. 6, da CF, apresentar um rol do que considera como direitos sociais, o que não exclui outros previstos em seu texto, de modo explícito ou implícito, o Título da Ordem Social, na Constituição Federal brasileira de 1988, disciplina o direito à saúde, à educação, à seguridade social, à previdência, à assistência, à proteção à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, ao meio ambiente.

Nesse momento é conveniente assegurar que as políticas públicas representam as ações, metas, planos que o Poder Público traça para alcançar o bem-estar da sociedade e do interesse público.

O atendimento da saúde, da educação, da proteção do meio ambiente, da segurança etc., como direitos universais, são assegurados e promovidos, conforme determina a Constituição Federal.

A partir de um sentido político, ela nada mais é do que um processo de decisão, no qual o Poder Público decide o que fazer. Já, sob o sentido administrativo, são projetos, programas e atividades, que devem ser por ele realizados.

É importante dizer que podem ser tanto políticas de Estado, como de governo. As primeiras independem do governo e do governante, transcendem a eles e se mantêm por longo prazo, amparadas pela Constituição. Já a política pública de governo, depende da alternância do Poder e seu projeto cabe a um comando determinado. Entretanto, podem se transformar em uma política de Estado, quando eficientes, tem continuidade de um para outro. Um exemplo é o programa Bolsa Família, que se transformou no Auxílio Brasil.

As políticas públicas devem ser definidas pelo Legislativo e pelo Executivo, separadas ou conjuntamente, sendo este quem as coloca em prática, cabendo à sociedade e a seus vários grupos de interesse, por exemplo, a imprensa e os sindicatos, acompanhar o seu processo de tomada de decisão e de sua implementação.

Em um país onde as ações do Poder Público são centralizadas, pouco transparentes e, às vezes, apenas paliativas, é importante a sociedade conhecer e compreender a formulação de políticas públicas, porque afetam a todos os cidadãos, e, por isso, sua formulação necessita ser compreendida, na medida em que seu bem-estar está relacionado, por exemplo, às ações desenvolvidas e executadas nas áreas da saúde, educação, assistência social, habitação, lazer, transporte, segurança e meio ambiente.

Conforme a Lei Complementar n. 131, de 27 de maio de 2009, conhecida como a Lei da Transparência, deve haver a participação da sociedade, em audiências públicas, nos processos de elaboração e discussão dos planos para a adoção e sua realização, bem como na liberação e pleno conhecimento das execuções orçamentárias e financeiras, voltadas para estes fins.

Cabe ao formulador de políticas públicas, compreender e selecionar as demandas específicas para, por exemplo, melhorar as condições de saúde ou de segurança pública, avaliar o custo-benefício, a urgência do problema, a necessidade política, os recursos disponíveis.

Isso porque, tanto para o planejamento, como para a organização e a ação, é preciso direcionar recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos.

Necessário registrar que para o município inovar, formular e executar políticas públicas, é crucial que tenha certa autonomia financeira.

4 AUTONOMIA FINANCEIRA DO MUNICÍPIO

O art. 30, inciso III, reza que compete ao município “instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei”, o que consiste na autonomia financeira de ter receita própria para realizar sua despesa necessária para realizar obras, bem como a organizar, executar o funcionamento e manutenção dos serviços públicos locais.

A autonomia financeira do município é garantida, no atual sistema constitucional, pela instituição e arrecadação de tributos, nos termos do art. 156, da CF, e pelo recebimento de repasses de verbas arrecadadas por outras esferas administrativas, da União e do estado, cuja aplicação deve estar em conformidade com a lei orçamentária, em que pese a Lei Fundamental brasileira de 1988, estabelecer alguns investimentos compulsórios em áreas específicas, como, por exemplo, a aplicação anual de 25% da receita resultante de impostos – compreendida a proveniente de transferências – na manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme art. 212.

O pacto federativo, previsto na Lei Fundamental de 1988, promoveu a descentralização, fortaleceu o Município e priorizou a atuação cooperativa no campo das relações intergovernamentais, o que é uma condição estruturante, entre os governos autônomos, ao mesmo tempo interdependentes.

O texto constitucional trata da ordem social, no que diz respeito ao atendimento da saúde, educação, meio ambiente, assistência social, saneamento, habitação de seus municípios, objeto de legislações específicas, as quais determinam bases descentralizadas e participativas para sua organização.

A Constituição Federal de 1988, em um primeiro momento, elevou a receita municipal e os Municípios passaram a dispor, com razoável autonomia, de dinheiro para aplicação, na medida em que elaboram e executam seus orçamentos, legislam sobre seus tributos, contratam servidores e fixam seus salários, assumem compromissos e dívidas bancárias, observados os limites e condições estabelecidos em leis nacionais.

O art. 156 prevê os impostos de competência do ente municipal, dentre os quais o imposto sobre serviços de qualquer natureza, regulamentado pela Lei Complementar Federal 116, de 31 de julho de 2003 e, quanto sua capacidade financeira, o art. 163 prevê sua regulamentação, também, por lei complementar, o que foi feito pela Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, ao estabelecer normas de finanças públicas, que obrigam a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II, Título VI, da Constituição Federal.

Levando em conta a arrecadação tributária do município, é possível constatar a redução dos seus poderes de autoadministração, o que acarreta sua dependência dos demais entes federativos, principalmente da União, de quem depende, além das transferências legais, de transferências voluntárias.

No período compreendido entre 1995 e 2002, surge uma nova etapa, na qual se vê a União aumentar sua parcela financeira na partilha federativa, pela criação de tributos não partilháveis com os outros entes da Federação.

Entre 2003 e 2010 se vive o que se denominou de “coordenação federativa”, quando a União passou a ter mais controle sobre a instituição de políticas públicas, em que pese, ainda, respeite as autonomias municipais e estaduais, na medida em que reconhece que não estariam obrigados a aderir às por ela formuladas, o que no fim foi especialmente esvaziado, uma vez que a adesão seria a forma de receber parcela dos fundos para sua execução

As responsabilidades privativas dos municípios, estão explicitadas no art. 30 e incluem : a) organizar e prestar, diretamente ou sob concessão ou permissão, os serviços de interesse local, incluindo transporte coletivo, b) manter e prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e dos estados, programas de educação infantil e de ensino fundamental; c) prestar os serviços de atendimento à saúde; d) promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; e) promover a proteção do patrimônio histórico cultural.

À vista disso, o município tem competências comuns (administrativas) e compartilhadas com os outros entes da Federação, nos termos do art. 23, como, por exemplo: a) o cuidar da saúde e assistência pública, dar proteção e garantia às pessoas portadoras de deficiência; b) proteger os documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais e os sítios arqueológicos; c) proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; d) proteger o meio ambiente e combater

a poluição em qualquer das suas formas, fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; e) promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais; f) promover programas de saneamento básico; combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização etc.

A cooperação entre as esferas federativas, no que diz respeito às competências administrativas, necessita da observância do princípio da subsidiariedade e solidariedade, ou seja, a atuação da União e dos Estados deve prevalecer sobre as municipais, só na medida em que estes não puderem executar, com eficiência, políticas públicas, o que, segundo previsto em nossa Lei Maior, não levou em consideração a heterogeneidades existente entre eles, o que veio a significar que poucos foram os que se beneficiaram e, a cooperação pretendida, passa a ser identificada como competição.

Ainda que os municípios não estejam obrigados a adotar os programas federais, a realidade os impõem, em face da necessidade dos recursos para eles transferidos, e, ainda que considerem as necessidades de diversas localidades, as regras uniformemente estabelecidas por comandos infralegais, como regulamentos, decretos, portarias, resoluções, podem levar a posturas não condizentes com as suas prioridades, uma vez que a tomada de decisão foi de pessoa jurídica diferente da que pretende ser atendida.

Merece registro o evidenciado por Marcos Flávio R. Gonçalves no sentido de que, muitas vezes, serviços de competência da União e do estado são assumidos, total ou parcialmente, pelos Municípios, como, por exemplo: a concessão de auxílio para a manutenção da delegacia, como gasolina, alimentação etc.; a doação de imóveis para a sua instalação, para a agência dos Correios, para os escritórios das companhias estaduais de eletricidade, telecomunicação, sem o que elas não vem se fixar sede naquela localidade.³

A impossibilidade de decidir sobre políticas públicas, não descaracteriza a autonomia municipal de auto-organização, autoadministração, de auto legislação, mais impede que seja exercida em sua plenitude, ainda que as iniciativas políticas entre os entes federativos necessitem ser interdependentes, de modo frequente, são “modestamente coordenadas”.

A cooperação, mal posta, acarreta problemas quanto a simetria entre os entes da Federação, equilíbrio fundamental para sua existência, e passa a ter o sentido de subordinação, isto sem esquecer que alguma competição, entre eles, pode favorecer à um melhor desempenho, sem, entretanto, estimular, por exemplo, uma guerra fiscal, ou seja, estabelecer isenções competitivas, que ignorem a forma de custeio do processo e venham a produzir dívidas impagáveis, para as próximas gerações.

Além da fragilidade financeira, muitas municipalidades contam com precária máquina administrativa e, muitas vezes, repassam custos administrativos para outros municípios, como, por exemplo, quando compram ambulâncias para que seus municípios possam utilizar os serviços de saúde e hospitais de seus vizinhos ou, até mesmo, quando prestados na capital do estado.

³ GONÇALVES, Marcos Flávio R. Papel do município no quadro governamental brasileiro. *Revista de Administração Municipal*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 218, p. 76-84, jan./mar. 1996. p. 79. Disponível em: http://lam.ibam.org.br/revista_detalle.asp?idr=155. Acesso em: 24 ago. 2022.

Grande problema decorre, ainda, dos sistemas de metropolização, os quais buscam melhor resultado, não só em virtude do número de pessoas e de organizações administrativas, mas, também, pelas questões sociais que crescem nestes lugares.

O sucesso da Federação brasileira depende, cada vez mais, da coordenação intergovernamental, na qual, cada nível de governo deve realizar o seu papel, o que pode levar a um jogo de empurra entre as esferas de governo, principalmente no que tange ao compartilhamento de políticas públicas na área social, como, por exemplo, em relação ao atendimento da pandemia do Corona vírus.

Como pontuou o Min. Fachin, no relato do RE 705423/SE⁴, é importante o arranjo constitucional da divisão geográfica da atividade fiscal no Estado brasileiro, bem como a responsabilidade sobre a aplicação dos recursos públicos, o que pressupõe que o exercício da autonomia municipal se embasa no custeio de atribuições administrativas, uma vez que não se pode conceber autonomia se não houver recursos para o exercício de suas atribuições no atendimento das necessidades da população.

A cooperação entre as diversas esferas federativas, no que diz respeito às competências administrativas, necessita estar embasada no princípio da subsidiariedade e solidariedade, isto é, a atuação do governo federal e dos estados, só deve prevalecer sobre os municipais, na hipótese em estes não tenham condições de executar, com eficiência, políticas públicas. Porém, considerando que ao lado das competências privativas dos Municípios, existem outras compartilhadas entre eles, a União e os Estados, e preciso registrar que, neste particular, o legislador não se ateve à heterogeneidade existente entre nossas entidades municipais, o que significa que poucas foram beneficiadas e, a cooperação pretendida pode ser entendida como competição.

Passa-se a falar em ingovernabilidade dos municípios, principalmente em razão da regulação do sistema tributário, o que veio propiciar a centralização de receitas a favor da União, pela criação das não partilháveis, tais como as contribuições sociais, que ao não preverem a possibilidade de transferências necessárias de recursos, passam a interferir no âmbito municipal, na medida em que trouxeram maior comprometimento com o atendimento de políticas públicas, concertadas pelo governo central.

Grande parte dos municípios brasileiros depende da transferência de recursos, principalmente do Fundo de Participação dos Municípios, distribuído de modo proporcional à população e à sua renda per capita, o que, de certo modo veio favorecer àqueles de menor porte e localizados em regiões menos desenvolvidas, na medida em que não se pode considerar que sua autonomia financeira seja igual aos de maior expressão populacional, nos quais a capacidade contributiva decorre do maior número de habitantes e da maior capacidade de desenvolvimento econômico.

No Brasil, existem formas distintas de exercício da autonomia municipal. Nas Regiões Sul e Sudeste, ela se manifesta por meio do protagonismo dos atores locais, interessados em comandar o processo de formulação de políticas públicas.

⁴ BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário 705.423 SE RGIPE*. Rel.: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 23/11/2016. Data da publicação: 05/02/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772526363/inteiro-teor-772526374>. Acesso em: 23 ago. 2022.

Essa realidade na construção do município, a partir do atual texto constitucional, fica na dependência da sua concretização, ao determinar o predomínio da capacidade da União para regular a grande maioria da competência legislativa municipal, (arts. 22 e 24, da CF) e esvaziar não só sua competência legislativa, mas o seu poder de decisão, no que diz respeito à adoção de políticas públicas próprias.

A efetiva realização de nosso Estado Democrático de Direito só estará assegurada quando a população gozar do exercício de sua cidadania, decorrente do atendimento de suas necessidades.

O STF, reconhecendo a realidade brasileira, resolveu no sentido da responsabilidade solidária entre União, estados, municípios e Distrito Federal, no que diz respeito aos serviços de saúde, quando, já em 17.03.2010, na STA 175, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes decidiu: "A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto à coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa do SUS, seja pelo gestor municipal, estadual ou federal"⁵.

A excessiva dependência do poder central, em relação aos recursos destinados aos Municípios, à definição de suas prioridades e a forma de aplicação determinada pela União, faz com que não se submetam de modo autônomo ao poder local, porque sua sociedade pouco interfere na definição de políticas públicas, lhe cabendo o papel de mero executor das estabelecidas no plano federal.

Como bem disse Luhmann, entre o abstrato e o concreto pode haver falta de identidade, o que pode levar a caminhos diversos de concretização das normas constitucionais e a múltiplas expectativas normativas decorrente do texto.⁶

Acresce à dificuldade apontada, acerca do estabelecimento de políticas públicas no âmbito municipal, o fenômeno da metropolização, que decorre da aglomeração de áreas urbanas, fazendo surgir uma área única entre municípios, o que vem exigir a integração da organização, do planejamento e da execução de funções de interesse comum, o que pese nem sempre encontra realidades paralelas, mas exige uma governança Inter federativa, hoje disciplinada pelo Estatuto da Metrópole, Lei Federal n. 13.098/2015.


Cooperação, solidariedade, subsidiariedade, são princípios indispensáveis para o atendimento das necessidades da população na Federação brasileira, tanto no que diz respeito um problema individual, como a um coletivo. A construção do município, a partir do atual texto constitucional, está na dependência de sua concretização, em um processo de ampla expectativa, no que diz respeito à sua autonomia.

⁵ BRASIL. STF. *Ag. Reg. Na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará*. Rel.: Min. presidente Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. 17 mar. 2010. p. 11. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=610255>. Acesso em: 26 ago. 2022.

⁶ LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Kohlhammer, 1974. p. 52 *apud* NEVES, Marcelo. *Concretização constitucional "versus" controle dos atos municipais: estudos em homenagem a José Afonso da Silva*. Coordenação de Eros Roberto Grau e Sergio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 572.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. STF. *Ag. Reg. Na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará*. Rel.: Min. presidente Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. 17 mar. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 26 ago. 2022.
- BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário 705.423 SE RG/PE*. Rel.: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 23/11/2016. Data da publicação: 05/02/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772526363/inteiro-teor-772526374>. Acesso em: 23 ago. 2022.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GONÇALVES, Marcos Flávio R. Papel do município no quadro governamental brasileiro. *Revista de Administração Municipal*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 218, p. 76-84, jan./mar. 1996. p. 79. Disponível em: http://lam.ibam.org.br/revista_detalle.asp?idr=155. Acesso em: 24 ago. 2022.
- LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Kohlhammer, 1974.
- NEVES, Marcelo. *Concretização constitucional “versus” controle dos atos municipais: estudos em homenagem a José Afonso da Silva*. Coordenação de Eros Roberto Grau e Sergio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003.



Os desafios da realidade virtual: construindo o metaverso com responsabilidade

Rodrigo Pironti

Pós-doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid. Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Sócio-fundador do escritório Pironti Advogados.

Mirela Miró Ziliotto

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Sócia-diretora do escritório Pironti Advogados.

Sumário: 1 Introdução: sociedade de informação e realidade virtual. 2 Mundos digitais virtuais 3D – metaversos. 3 Impactos e reflexos do metaverso no “mundo real – físico”. 4 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO: SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E REALIDADE VIRTUAL

Um dos reflexos da pandemia da Covid-19, certamente, foi a aceleração da adoção de novas tecnologias como ferramentas a oportunizar os relacionamentos sociais quando o contato físico não era possível; garantindo a sustentação dos mercados, a proteção aos direitos e à segurança dos cidadãos e a entrega de bens e serviços públicos, elevando, por conseguinte, a cibercultura a um novo patamar, com a implementação de novas formas de interação no ciberespaço.

É que, de hora para outra, o trabalho remoto virou a regra, muitas atividades, públicas e privadas, passaram a ser viabilizadas de modo virtual, as compras online aumentaram, a convivência digital se tornou uma forma de aproximação, ficando, portanto, cada vez menos distante a realidade de passarmos a investir em bens virtuais.¹

Nossas relações, portanto, ficaram e estão cada vez mais digitalizadas, cada vez menos reais-físicas e cada vez mais reais-virtuais, de modo que as transformações tecnológicas estão cada vez mais presentes no cotidiano das sociedades atuais e essa é uma tendência que só irá aumentar com o passar dos anos.²

Nesse contexto, não se pode esquecer que a humanidade sempre se constituiu de “mundos paralelos” ou “espaços paralelos”. É dizer, mundos/espaços que coexistem, mas que se diferenciam pelo desenvolvimento de uma determinada cultura, determinada forma

¹ NATAL, Bruno. Muito além do NFT: metaversos, Web3 e o futuro digital. *MIT Technology Review*, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/muito-alem-do-nft-metaversos-web3-e-o-futuro-digital/>. Acesso em: 23 maio 2022.

² PIRONTI, Rodrigo; SIBILLE, Daniel. *Ensaio sobre o mundo digital: metaverso, web 3.0 e compliance*. Organização e revisão de Marian a Keppen. Curitiba: Pironti Advogados, s.d. p. 02. Disponível em: <https://www.pirontiadvs.com/content/ensaios-sbre-o-mundo-digital-metaverso-web-30-e-compliance/170>. Acesso em: 23 maio 2022.

de conviver.³ A diferença é que, agora, esses mundos extrapolam o espaço real-físico, caminhando para a coexistência do mundo real-físico com o mundo real-virtual, em que neste, estão presentes o ciberespaço e a cibercultura.

Mas, afinal, o que são a cibercultura e o ciberespaço?

A cibercultura pode ser definida como “o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço,” este, que é considerado como o “novo espaço de comunicação, de sociabilidade, de organização e de transação, mas também o novo mercado da informação e do conhecimento”⁴. Em outras palavras, pode-se dizer que a cibercultura se refere “aos modos de vida no ciberespaço, modos de vida moldados pelo ciberespaço, onde este é a matriz das práticas e representações incorporadas.”⁵.

Cibercultura e ciberespaço, portanto, são elementos de uma sociedade de informação,⁶ que surge no contexto de uma “sociedade pós-industrial”⁷ como forma de transmitir o conteúdo específico da tecnologia da informação como “novo paradigma técnico-econômico”.⁸ Trata-se da origem, portanto, do informacionalismo, base para uma sociedade em rede, construída em torno de fluxos (de capital, de informação e de tecnologia) que dominam os processos da vida econômica, política e social.⁹ Nesse sentido, a tecnologia da informação se torna base para construção do conhecimento por indivíduos, já que a geração, o processamento e a transmissão de informação se tornam matéria-prima, isto é, tornam-se a principal fonte de produtividade e poder.¹⁰

Assim, o importante na sociedade de informação não é a tecnologia em si, mas o que ela proporciona através de uma cultura digital.¹¹ Nesse sentido, Manuel Castells assevera que a característica central da revolução tecnológica não é o conhecimento e a informação em si, mas a aplicação destes para a geração de conhecimento e processamento de informação,

³ SCHLEMMER, Eliane; BACKES, Luciana. Metaversos: novos espaços para construção do conhecimento. *Revista Diálogo Educacional*, v. 8, n. 24, p. 519-532, maio/ago. 2008. p. 520. Disponível em: redalyc.org/pdf/1891/189116834014.pdf. Acesso em: 23 maio 2022.

⁴ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 17; p. 31.

⁵ BELL, David. *Cyberculture theorists: Manuel Castells and Dona Haraway*. New York: Routledge, 2007. p. 05.

⁶ Clara Coutinho e Eliana Lisbôa definem a sociedade de informação como “uma sociedade inserida num processo de mudança constante, fruto dos avanços na ciência e na tecnologia.” (COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI. *Revista de Educação*, Lisboa, v. XVIII, n. 1, p. 05-22, 2011. p. 06. Disponível em: http://revista.educ.ie.ulisboa.pt/arquivo/vol_XVIII_1/artigo1.pdf. Acesso em: 02 maio 2020).

⁷ Denomina-se “sociedade pós-industrial”, considerando que as três características básicas da Sociedade de Informação são a polifuncionalidade, flexibilidade e redes descentralizadas, o que vai de encontro ao modelo industrial anterior, cujas características básicas representadas eram a especialização, a padronização e a reprodução rígida. Sobre o tema, cf.: LOJKINE, Jean. *A revolução informacional*. São Paulo: Cortez, 2002.

⁸ WHERTEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. p. 71. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020.

⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. (v. 1, A era da informação: economia, sociedade e cultura). p. 501.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Op. cit., p. 21.

¹¹ COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: Op. cit., p. 08.

permitindo um círculo de retroalimentação entre a inovação e seus usos. Para o autor, então, a difusão da tecnologia amplifica infinitamente seu poder, de modo que as novas tecnologias da informação são, para além de ferramentas para se aplicar, processos para se desenvolver.¹²

Por isso, importante o destaque de Ana Cristina Viana e Leticia Kreuz no sentido de que “as inovações tecnológicas necessariamente imprimem modificações na sociedade”.¹³ Em outras palavras, a revolução tecnológica tratada por Manoel Castells, alterou o modo como a sociedade produz seus bens, e, da mesma forma, como o poder público vai responder a essa nova conjuntura.

A lição que a revolução tecnológica traz, portanto, relaciona-se com a ampliação das possibilidades de produção e do próprio consumo da informação,¹⁴ o que é potencializado no ciberespaço, que permite a imersão da cultura real em um modelo de convivência artificial, como é o caso dos Mundos Digitais Virtuais.

2 MUNDOS DIGITAIS VIRTUAIS 3D – METAVERSOS

Não há dúvida de que a humanidade se constitui de “mundos paralelos”, que coexistem e que, em uma Sociedade de Informação, em que há potencialização da implementação de ferramentas tecnológicas proporcionadas pelo ciberespaço, esses mundos podem se materializar de inúmeras maneiras, sendo reais-físicos ou artificiais-virtuais.

Diante desse cenário, e considerando o objeto do presente estudo, os mundos artificiais podem se materializar em espaços como *blockchains*, comunicadores instantâneos, ambientes virtuais de aprendizagem, redes sociais, jogos virtuais, entre outros. Esses todos que podem ou não se apresentar em mundos digitais virtuais 3D, popularmente reconhecidos como metaversos.

Um mundo digital virtual, de acordo com Eliane Schlemmer e Luciana Backes se trata de “uma representação em 3D, modelada computacionalmente por meio de técnicas de computação gráfica e usado para representar a parte visual de um sistema de realidade virtual.”. Assim, para as autoras, sua característica fundamental é, senão, sua diferenciação “como sistemas dinâmicos, ou seja, o ambiente modifica-se em tempo real à medida que os usuários vão interagindo com ele.”¹⁵ Em igual sentido, o metaverso é considerado por Antonio Tursi como um mundo de simulação, uma representação gráfica tridimensional e dinâmica.¹⁶

¹² CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 07.

¹³ VIANA, Ana Cristina A.; KREUZ, Leticia Regina C. Administração Pública na aldeia global: enfrentando o “admirável mundo novo” das tecnologias disruptivas. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Ithala, 2019. p. 300.

¹⁴ BELL, David. *Cyberculture theorists*: Op. cit., p. 19.

¹⁵ SCHLEMMER, Eliane; BACKES, Luciana. Metaversos: Op. cit., p. 522.

¹⁶ “Metaverso è un mondo di simulazione, una rappresentazione grafica tridimensionale e dinamica alla quale gli utenti accedono indossando occhiali e auricolari e connettendosi, attraverso i loro computer oppure terminali pubblici, alla rete a fibre ottiche globale.” (TURSI, Antonio. *Abitare il metaverso tra fantascienza e politica. Eleutheria*, Campo Grande, v. 3, n. 4, p. 73-84, jun./nov. 2018. p. 77. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/reveleu/article/viewFile/6673/4744>. Acesso em: 23 maio 2022).

Nesse sentido, o conceito de metaverso traz consigo um conteúdo imaginário e futurista, que propõe uma conexão entre o mundo real e o virtual, ou melhor, a vida em um mundo virtual, em razão de nossa real existência. É, portanto, um novo mundo (virtual), em que as pessoas são investidas em seus avatares digitais para realizar atividades relacionais diversas e até mesmo negócios jurídicos, como por exemplo, adquirir propriedades, firmar os mais diversos contratos, realizar compras de varejo, dentre outros.

Pode-se dizer, portanto, que o metaverso possui “caráter real, bem como utilidade real pública e privada, pois se trata de uma ampliação do espaço real do mundo físico dentro de um espaço virtual.”¹⁷. Assim, dada sua característica de mundo virtual, trata-se de um universo de possíveis, calculáveis a partir de um modelo digital, em que os usuários o exploram e o atualizam simultaneamente, de modo que, “quando as interações podem enriquecer ou modificar o modelo, o mundo virtual torna-se um vetor de inteligência e criação coletiva.”¹⁸.

O metaverso teve seu embrião no jogo *Second Life*, criado em 2003 e que simulava uma vida em sociedade, por meio de avatares;¹⁹ porém, naquela ocasião, o jogo não tinha sequer conexão virtual, é dizer, o usuário não tinha interação entre o mundo real e o virtual. Após sua criação, o *Second Life* expandiu e ganhou em seu ambiente virtual novos negócios, como a disponibilização de imóveis virtuais e, inclusive, uma plataforma de *marketplace*, cuja moeda própria poderia ser utilizada no ambiente virtual do jogo.

Assim, a partir da realidade do jogo *Second Life*, Itamar de Carvalho Pereira propôs as principais características do metaverso:²⁰

- a. Conteúdo: O conteúdo, ou a grande parte do que integra o metaverso, é criado, gerado, pelos próprios usuários.
- b. Persistência de conteúdo: Tudo aquilo que é criado pelos usuários, permanece no metaverso, até que o usuário resolva extingui-lo.
- c. Fluxo monetário: Há um fluxo monetário próprio, distinto daquele existente no mundo real-físico.
- d. Senso de propriedade: Tudo aquilo que é criado no metaverso se relaciona com o usuário que o criou ou com quem foi designado, estabelecendo, assim, um senso de propriedade.
- e. Distinção de jogo: Não há uma orientação a um objetivo específico, como ocorre nos videogames, em que há uma missão a ser cumprida, obstáculos a serem

¹⁷ SCHLEMMER, Eliane; BACKES, Luciana. Metaversos: Op. cit., p. 522.

¹⁸ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Op. cit., p. 75.

¹⁹ “termo Hindu para descrever uma manifestação corporal de um ser imortal, ou uma manifestação neste mundo de um ser pertencente a um mundo paralelo, por vezes até do Ser Supremo. Deriva do sânscrito Avatâra, que significa “descida”, normalmente denotando uma (religião) encarnação de Vishnu (tais como Krishna), que muitos hinduístas reverenciam como divindade. Muitos não-hindus, por extensão, usam o termo para denotar as encarnações de divindades em outras religiões. No contexto tecnológico, na área de realidade virtual, o termo refere-se meramente a uma representação gráfica de um sujeito em um mundo virtual.” (SCHLEMMER, Eliane; BACKES, Luciana. Metaversos: Op. cit., p. 523).

²⁰ PEREIRA, Itamar de Carvalho. *Metaverso – interação e comunicação em mundos virtuais*. 2009. 110p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 78-81. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4863/1/2009_ItamardeCarvalhoPereira.pdf. Acesso em: 23 maio 2022.

superados, e o jogo, por conseguinte, encerrado. A motivação, no metaverso, “se dá pela experiência imersiva que permite a interação com os demais usuários.”

- f. Processos comunicacionais multimodais: a comunicação vai além da imagem e do áudio bidimensional, há manifestação virtual dos usuários de forma multidimensional, mediante seus avatares, com áudio, troca de mensagens, e transmissão da imagem em vídeo.

Segundo o autor, a quinta característica (distinção de jogo) é uma das mais relevantes do metaverso, “sendo a base para sua conceituação, relacionada com sua natureza de mundo virtual, porém completamente desatrelada dos limites de um tabuleiro virtual e com alta correlação com os processos do imaginário humano, campo fértil para as trocas simbólicas da comunicação.”. Assim, partindo da premissa de *Second Life*, afirma que o metaverso pode ser conceituado como:

Programas computacionais de alto desempenho que viabilizam uma projeção de identidade em uma realidade simulada em gráficos tridimensionais, interagindo com outros usuários por meio de personagens digitais, ou avatares, onde é possível vivenciar interações sociais entre usuários, entre elas processos comunicacionais, por meio de experiências imersivas, sem a necessidade mandatória de serem cumpridos objetivos ou vencidas barreiras de um jogo.²¹

Com o contínuo desenvolvimento da tecnologia, tempos depois do *Second Life*, o metaverso começou a ganhar mais espaço, especialmente pela antecipação de transformações tecnológicas impostas à sociedade em razão da pandemia da Covid-19. Assim, o Facebook inovou, trazendo uma proposta de plena interação entre os mundos real e virtual, em que as pessoas pudessem se relacionar entre si, interagir e negociar com empresas, marcas, comprar propriedades virtuais, ou seja, criando seu próprio mundo virtual, em paralelo ao mundo real-físico.²²

Esse movimento foi atualmente incorporado e encampado por várias empresas como Google, Nike, Ralph Lauren, Itaú, Balenciaga, Vans, Gucci, Burberry, Stella Artois, Lojas Renner, entre outras que já possuem bases relacionais e comerciais no metaverso. Já se transformou, portanto, em um novo canal de comunicação entre fornecedores e consumidores, muitos destes consumidores que, até o momento, não integravam a lista de contatos dessas empresas, o que demonstra uma das vantagens de se estabelecer neste novo universo, o aumento da abrangência e presença da marca com a consequente expansão de sua carteira de clientes, além da eficiência operacional e redução de custos com a operação neste novo ambiente, que demonstra que também estamos diante de um novo paradigma em relação aos mercados digitais.²³

²¹ PEREIRA, Itamar de Carvalho. *Metaverso* – Op. cit., p. 81-82.

²² Sobre o tema cf.: CLEGG, Nick. Making the metaverse: what it is, how it will be built, and why it matters. *Tech a Meta*, 19 maio 2022. Disponível em: <https://tech.fb.com/ideas/2022/05/making-the-metaverse/>. Acesso em: 23 maio 2022.

²³ CAGNINA, Maria Rosita; POIAN, Michele. How to Compete in the metaverse: the business models in Second Life. *SSRN*, 31 jan. 2008. p. 02. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1088779>. Acesso em: 19 maio 2022.

Como se pode notar, o metaverso vai além do que já se conhecia nas relações digitais e online, já que não se trata mais de ambiente apenas bidimensional, mas, agora, multidimensional, dinâmico, mais aderente à realidade, permitindo-se, dessa forma, imersão durante sua utilização, e não apenas visualização. É, portanto, uma inovação e não apenas uma novidade.²⁴

Em 20 de dezembro de 2021, Dan Ciocoiu-Muntiu, diretor da Accenture Interactive, em entrevista ao Editorial Espanhol Palco23,²⁵ alertou que a relevância do metaverso é de que gera novas necessidades e obriga que surjam novos modelos de negócios, redefinindo o conceito de propriedade e bens materiais. Liliane Tie Arazawa, community builder da Women in Blockchain Brasil, em comentário ao canal Bloomberg Linea, por sua vez, avaliou que o metaverso traz à tona problemas contemporâneos mundiais que ainda demandam solução dentro e fora do novo ambiente, mas também grandes chances, como foi o caso da criação da embaixada de Barbados, a primeira baseada em terreno virtual soberano, e que deve ter relevantes impactos sociais, já que no ambiente virtual há, segundo ela, maiores possibilidades de explorar a diplomacia digital e as riquezas de patrimônio cultural de alguns países.²⁶

Assim como o mercado e a sociedade, que já estão surfando a onda do metaverso, o Estado, como indispensável ator social, especialmente no tocante à regulação responsiva e formulação de políticas públicas, não pode ficar a par de seu tempo, de modo que a sua entrada nesse ambiente virtual traz duas importantes consequências já destacadas em outra oportunidade:²⁷

a) a primeira, vinculada ao relacionamento com os cidadãos e facilitação de acesso a serviços e atividades administrativas. Neste sentido, Yulgan Lira, fundador e CEO da Colb, empresa com foco na tokenização de ativos financeiros, avalia que a entrada estatal no metaverso é natural já que, com o aumento de pessoas no ambiente virtual, o Estado precisará atender seus cidadãos onde quer que estejam, seja no recolhimento de impostos ou na certificação de documentos pela tecnologia blockchain, exemplos de serviços que podem ser oferecidos virtualmente.²⁸

b) a segunda, um necessário conhecimento do movimento ativo da plataforma para um mínimo de regulação e controle. Essa hipótese, ainda pouco discutida, é a que traz maior preocupação àqueles que acreditam que esta realidade virtual é um grande novo “negócio”, pois a depender do movimento dos Estados, as limitações impostas pela

²⁴ “Usar uma nova tecnologia não garante inovação, a inovação está na forma criativa de utilizá-la, na forma como aproveitamos todas as potencialidades para os processos de ensino e de aprendizagem, de outra forma, podemos estar simplesmente falando de uma novidade e não de uma inovação.” (SCHLEMMER, Eliane; BACKES, Luciana. *Metaversos*: Op. cit., p. 530).

²⁵ EL METAVERSO, una nueva oportunidad de negocio para el deporte. *Palco23*, 20 dez. 2021. Disponível em: <https://www.palco23.com/entorno/el-metaverso-una-nueva-oportunidad-de-negocio-para-el-deporte>. Acesso em: 22 maio 2022.

²⁶ MATOS, Gino. Depois das empresas, Estados estão de olho no metaverso. *Bloomberg Linea*, São Paulo, 07 jan. 2022. Disponível em: <https://www.bloomberglinea.com.br/2022/01/07/depois-das-empresas-estados-estao-de-olho-no-metaverso/>. Acesso em: 22 maio 2022.

²⁷ PIRONTI, Rodrigo; KEPPEM, Mariana. Metaverso: novos horizontes, novos desafios. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 57-67, set./dez. 2021. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/v2n3pironti2021/638>. Acesso em: 22 maio 2022.

²⁸ MATOS, Gino. Depois das empresas, Estados estão de olho no metaverso. Op. cit.

regulação e pelo controle nas interações virtuais travadas no ambiente do metaverso, podem representar uma redução de sua capacidade negocial e de geração de valor.²⁹

Contudo, o posicionamento dos Estados neste ambiente, em qualquer uma das hipóteses mencionadas, demandará tempo e investimento, pois precisarão, necessariamente, ultrapassar velhos paradigmas burocráticos e amadurecer o entendimento sobre o metaverso e a tecnologia *blockchain*, além de depender de uma atualização e renovação legislativa e administrativa que permita tal inserção.

Isso porque, alguns importantes questionamentos jurídicos surgem, como por exemplo: como se dará a realização de negócios jurídicos neste ambiente? Em nome de quem serão realizados? Qual a validade dos contratos firmados?

Essa avaliação, no atual cenário legislativo e normativo brasileiro, deve se dar pelo artigo 104 do Código Civil, que dispõe que para que haja validade o negócio jurídico deve preencher os requisitos de agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. A partir disso, poderá se determinar se as relações travadas no metaverso são juridicamente válidas ou não.

Os requisitos de objeto lícito, possível, determinado ou determinável e não impedimento legal, não geram maiores debates, já que não há qualquer impedimento para as atividades desenvolvidas no metaverso. Contudo, o requisito de se ter um agente capaz na relação jurídica travada é, dentre todos, o que traz maior dificuldade, já que é necessário garantir que as pessoas que estão realizando o negócio jurídico em ambiente virtual, ainda que por meio de seus avatares, sejam dotadas de personalidade jurídica.

Para isso, alguns mecanismos já são reconhecidos como capazes de tal confirmação e de garantir a autenticidade e integridade dos contratos firmados, como no caso de assinatura eletrônica ou a assinatura digital, nas quais é possível se aferir a real identidade das assinaturas realizadas no ambiente digital e garantir validade ao ato jurídico. Há também a possibilidade de identificação facial ou digital no acesso a plataforma, por meio da câmera do celular ou sensibilidade da tela, o que garantiria a comprovação jurídica exigida em lei, dentre outras formas, inclusive, pela autenticação de assinatura com o uso da tecnologia *blockchain*.

Especialmente em relação ao uso da tecnologia *blockchain*,³⁰ a sua revolucionária capacidade de segurança, de gestão de dados e de geração de confiança das cadeias de blocos faz com que seja atrativa para muitas atividades.³¹

Segurança, confiança, auditabilidade e transparência, são, senão, alguns dos principais termos procurados em ambientes de relacionamento virtual, e, não sem razão, pilares garantidos pela tecnologia *blockchain*. Assim, Mark Smith, ao conceituar a tecnologia, destaca

²⁹ CHIN, Bettina M. Regulating your second life: defamation in virtual worlds. *Brooklyn Law Review*, v. 72, n. 4, 2007. p. 1307. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1013462>. Acesso em: 22 maio 2022.

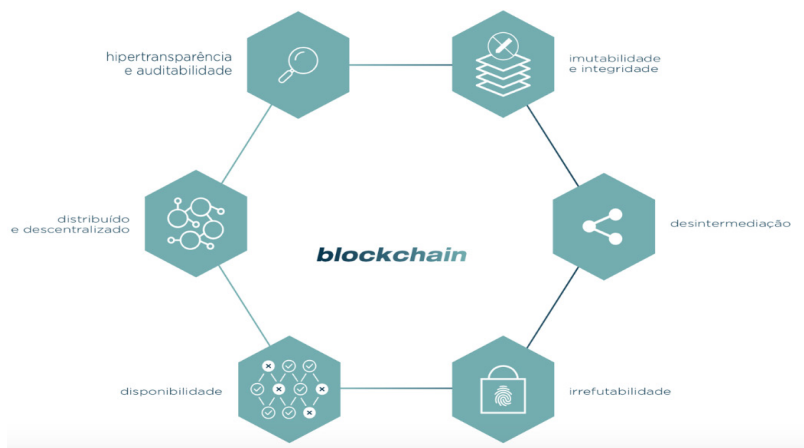
³⁰ Sobre o tema cf.: ZLIOTTO, Mirela. *A tecnologia blockchain nas contratações públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

³¹ BITCOINADVISER; 1MILLIONXBTC. *Blockchain: La revolución descentralizada*. S.l.: Independently published, 2019. p. 59.

que se trata de um sistema alternativo de difícil alteração por intermediários e que não depende de validação por agentes centralizadores, garantindo resistência a adulterações e confiança. É, também, uma espécie de *software* que une múltiplos dispositivos em uma mesma plataforma (escalabilidade), as quais operam sob um consenso para liberar informação ou para armazenar informação obtida (consenso descentralizado). Ainda, é através delas que se verifica criptograficamente qualquer interação (auditabilidade e transparência).³²

Nesses termos, em estudo promovido pelo Tribunal de Contas da União, destacou-se seis importantes propriedades da Tecnologia Blockchain:

FIGURA 1 – PROPRIEDADES DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN



Fonte: Tribunal de Contas da União.³³

Da mesma forma, a Comissão Europeia de Ciência e Conhecimento elencou cinco recursos chaves que demonstram o potencial da tecnologia blockchain: (i) descentralização; (ii) resistência a adulterações; (iii) transparência; (iv) segurança; e (v) contratos inteligentes.³⁴ Esses recursos são passíveis de identificação uma vez que a Tecnologia Blockchain permite que dois atores no sistema (chamados de nós) façam transações em uma rede (P2P) e armazenem essas transações de forma distribuída em toda a rede.³⁵ Cada transação é veri-

³² SMITH, Mark. *Blockchain: conociendo la revolución del blockchain y la tecnología detrás de su estructura*. S.I.: Guy Saloniki, 2019. p. 11-13.

³³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Levantamento da tecnologia blockchain*. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, Secretaria das Sessões (Seses), 2020. p. 20. Disponível em: encurtador.com.br/xCT28. Acesso em: 23 maio 2022.

³⁴ EUROPEAN UNION. *Blockchain now and tomorrow: assessing multidimensional impacts of distributed ledger technologies*. Brussels: European Commission, Joint Research Centre, 2019. p. 16-20. Disponível em: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC117255>. Acesso em: 22 ago. 2022.

³⁵ De modo resumido, a tecnologia blockchain permite que dois atores no sistema (chamados de nós) façam transações em uma rede ponto a ponto (P2P) e armazene essas transações de uma forma distribuída na rede. BACK, Adam; CORALLO, Matt; DASHJR, Luke *et al.* *Enabling blockchain innovations with pegged*. 2014. p. 3. Disponível em: <https://blockstream.com/sidechains.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2022.

ficada por um ‘mecanismo de consenso’,³⁶ que permite aos usuários da rede P2P validar as transações e atualizar o registro em toda a rede,³⁷ conforme se depreende da figura abaixo:

FIGURA 2 – FUNCIONAMENTO TECNOLOGIA BLOCKCHAIN



Fonte: Tribunal de Contas da União³⁸.

Nesse sentido, já existem relatórios direcionados à ideia de que a tecnologia *blockchain* será fundamental para o desenvolvimento de metaversos com responsabilidade, isso porque, sendo uma tecnologia de registros distribuídos, permite a identificação de qualquer objeto virtual sem a intermediação de uma autoridade central. Essa capacidade de identificação, senão, será crucial para a sustentabilidade do metaverso, conforme já destacou o banco Goldman Sachs.³⁹

Pode-se dizer, portanto, que a *blockchain*, será responsável por garantir a descentralização da internet, permitindo-se a WEB3 ou Web 3.0, que será formada por “redes descentralizadas e governadas pela própria comunidade, com uma capacidade de gerir recursos maiores do que os serviços centralizados de agora.” Da mesma forma, será responsável por garantir a interoperabilidade entre canais, isso porque, hoje, não é possível, em razão da centralidade, encaminhar uma mensagem do Twitter diretamente para o Facebook, por exemplo, de modo que “as redes descentralizadas da web3 permitirão a interoperabilidade entre praticamente tudo, revolucionando todas as indústrias.”⁴⁰ Assim, conclui-se que “a Web 3.0 se diferencia das versões anteriores

³⁶ São as Prova de Trabalho, Prova de Participação ou Prova de Autoridade.

³⁷ Sobre as formas de verificação de uma transação conforme mecanismos de consenso cf.: WARBURG, Bettina. How the blockchain will radically transform the economy. *TEDSummit*, nov. 2016. [14m48s]. Disponível em: https://www.ted.com/talks/bettina_warburg_how_the_blockchain_will_radically_transform_the_economy. Acesso em: 23 ago. 2022.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Levantamento da tecnologia blockchain*. Op. cit., p. 11.

³⁹ BLOCKCHAIN é essencial para o metaverso e a web 3.0, diz Goldman Sachs. *Exame*, 17 dez. 2021. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/blockchain-e-essencial-para-o-metaverso-e-a-web-3-0-diz-goldman-sachs/>. Acesso em: 22 maio 2022.

⁴⁰ NATAL, Bruno. Muito além do NFT: metaversos, Web3 e o futuro digital. Op. cit.

por alcançar novos patamares de divulgação e compartilhamento”, empregando tecnologia “eminentemente descentralizada, ou seja, o ente centralizador e agregador perde sua importância se comparado ao modelo Web 2.0.”⁴¹

Alguns exemplos de metaversos que adotam tecnologia *blockchain* são: *Decentraland*, *The Sandbox*, *Yield Guild Games*, *Chromia* e *Enjin*. Os dois primeiros são os principais metaversos da atualidade. O *Decentraland*, trata-se de um jogo em que os usuários interagem mediante avatares, em uma vida virtual que busca simular a vida real, cuja economia funciona com as criptomoedas MANA e LAND. O *The Sandbox*, também é um jogo virtual, em que o jogador cria seu avatar, podendo interagir e explorar no mundo virtual de forma livre. A *Yield Guild Games* é a maior associação de jogadores do mundo, sendo especializada em jogos de metaverso, adotando a tecnologia *blockchain* em sua estrutura. A *Chromia*, por sua vez, é uma plataforma *blockchain* criada para servir de suporte aos jogos, projetos e aplicativos descentralizados relacionados ao metaverso. Igualmente, a *Enjin* também é uma plataforma que oferece estrutura para projetos de games e compra e venda de *NFTs*.⁴²

Como se pode notar, essa realidade virtual, cada dia mais presente, não será um desafio apenas para o ordenamento jurídico nacional, na delimitação das práticas e dos negócios jurídicos travados no ambiente virtual, mas, principalmente, para o controle estatal no uso dessas tecnologias, que, em razão deste mundo paralelo, amplia o relacionamento interpessoal para cenários ainda pouco conhecidos e explorados, permitindo inúmeros desmandos, dentre eles, atos de corrupção.

3 IMPACTOS E REFLEXOS DO METAVERSO NO “MUNDO REAL – FÍSICO”

Não há dúvida de que os atores sociais devem estar preparados para os efeitos do mundo paralelo do metaverso ao mundo real-físico, devendo buscar o agir de forma coordenada e cooperada. Assim, considerando a novidade e a complexidade que o tema carrega, para se construir o metaverso com responsabilidade, será necessária a realização de trabalho conjunto com atores e especialistas das esferas público e privada, assim como especialistas da teoria e da prática, de modo a garantir sustentabilidade ao que ocorrerá neste ciberespaço. Tal atuação coordenada e conjunta é necessária eis que o sucesso do metaverso dependerá da garantia da interoperabilidade entre serviços, e, especialmente, de que a tecnologia empregada seja inclusiva e empoderadora.⁴³

Estar preparado, portanto, significa realizar adequado estudo e avaliação do cenário, com gestão de riscos de qualidade, para, então, tomar as medidas e decisões necessárias, seja mediante regulação, formulação de políticas públicas ou persuasão moral, estas, que podem se dar mediante adoção de ferramentas de *compliance*.

⁴¹ PIRONTI, Rodrigo; SIBILLE, Daniel. *Ensaio sobre o mundo digital*: Op. cit., p. 05.

⁴² ALVES, Felipe. Criptomoedas do metaverso: conheça 5 ativos com alto potencial de crescimento. *Seu Dinheiro*, 12 maio 2022. Disponível em: <https://www.seudinheiro.com/conteudo-de-marca/criptomoedas-do-metaverso-conheca-5-ativos-com-alto-potencial-de-crescimento/>. Acesso em: 23 maio 2022.

⁴³ BOSWORTH, Andrew. Construindo o metaverso com responsabilidade. *Meta*, 27 set. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/br/news/2021/09/construindo-o-metaverso-com-responsabilidade/>. Acesso em: 17 maio 2022.

A atuação responsiva, nesse sentido, será primordial, especialmente considerando que não se deve buscar “um programa claramente definido ou um conjunto de prescrições sobre a melhor forma de regular” o metaverso, já que “a melhor estratégia depende do contexto, da cultura regulatória e da história” de determinado local, conforme destacam Ian Ayres e John Braithwaite. Os autores ainda complementam que a “responsividade é antes uma atitude que permite o florescimento de uma ampla variedade de abordagens regulatórias.”⁴⁴. É dizer, a atividade regulatória responsiva demanda, senão, a avaliação pela entidade reguladora do contexto daquilo que deve ser adequado, assim como as novas características que devem compor a norma para solucionar os problemas identificados, permitindo diálogo e liberdade entre os envolvidos. Assim, um dos enfoques da responsividade regulamentar é permitir “uma maior interação social e econômica entre regulador e regulado, de modo que o regulador, a partir do diálogo, construa um conjunto de respostas à atuação do regulado, que o incentive a cumprir espontaneamente a obrigação regulamentar.”⁴⁵.

Importante será, nesses termos, a realização de estudo de impacto regulatório, que visa, senão, avaliar os impactos de determinada regulamentação, garantindo uma intervenção governamental de maior qualidade. Dessa forma, se trata de importante mecanismo de delegação, permitindo divisão de responsabilidades e competências entre principal e agente; de governança democrática, porque abre-se o diálogo aos interesses e controle dos cidadãos; e de política racional, de modo que a lógica aqui seria a de que a análise de impacto regulatório promove regulamentações que aumentam o bem-estar da comunidade.⁴⁶

Nesse sentido, cada estudo de impacto regulatório deve conter elementos como: 1) definição do problema; 2) objetivo; 3) descrição da proposta regulatória; 4) identificação das alternativas; 5) análise de benefícios e custos; 6) identificação da solução preferida; e 7) monitoramento e avaliação. Esses elementos são necessários para que o estudo ocorra sempre no início do processo de regulamentação, para que se saiba claramente qual é o problema e quais os objetivos da proposta regulamentar, identificando-se todas as soluções alternativas potenciais, escolhendo-se a melhor de acordo com os custos e benefícios potenciais, diretos e indiretos, a partir de evidências e conhecimentos disponíveis, sempre garantindo transparência e comunicação clara aos envolvidos.⁴⁷

Dessa forma, considerando a inovação proposta pelo metaverso, importante identificar e antecipar riscos, conforme avaliação de oportunidade econômica, minimização de utilização de dados pessoais, garantia de qualidade na proteção à privacidade,⁴⁸ maior trans-

⁴⁴ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 5.

⁴⁵ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. *Parecer n. 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU*. Interessada: Anatel – COQL – Gerência de Controle de Ações de Qualidade. Brasília, 14 jul. 2020. p. 09-10. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6955335/mod_resource/content/1/Parecer%2000496_2020_PFE-ANATEL_PGF_AGU.pdf. Acesso em: 23 ago. 2022.

⁴⁶ RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Eds.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 281.

⁴⁷ OECD. *OECD best practice principles for regulatory policy: the governance regulators*. Paris: OECD Publishing, 2020. p. 05, 08 e 11.

⁴⁸ WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI. *Columbia Business Law Review*, n. 2, 2019. p. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3248829>. Acesso em: 18 maio 2022.

parência e controle social, assegurando, senão, equidade, acessibilidade, segurança e integridade durante a navegação no metaverso.

Do contrário, ciberespaços ainda pouco conhecidos e explorados, como o metaverso, podem, infelizmente, dar espaço a indivíduos mal intencionados, como é o caso em que dois avatares em ambiente virtual e com o objetivo de obter vantagem indevida, agem em conluio com o objetivo de frustrar o caráter competitivo ou impedir a realização de uma licitação, ou ainda, quando um desses avatares, expressão virtual de um agente público, fraudada o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato em razão da facilitação na concessão de um pedido de revisão contratual, por exemplo.

Como a Administração, por sua área de compliance público (ou não), deve agir diante desse cenário?

Ora, ainda que os delitos de corrupção ativa (crime comum) e passiva (crime funcional) sejam crimes formais, ou seja, que se consumam quando o agente oferece ou promete vantagem indevida, independentemente de aceitação ou do dano, o difícil, nestes casos, é determinar se esses avatares agiram mesmo como expressão de seus paradigmas na vida real, pois apenas assim haveria nexos causal para eventual punição.

Mas o que chama a atenção não é o caráter sancionador do possível ato de corrupção, mas trazer à discussão um ponto fundamental desta nova realidade que vivemos, qual seja, de preparar as áreas de risco, controle e compliance para essa nova cultura relacional e negocial, onde a ética será como princípio uma extensão dos seres humanos aos seus avatares.

As áreas de compliance não podem (e nem devem) se permitir desconhecer esse novo universo, ao contrário, devem estudá-lo e conhecê-lo profundamente, a ponto de determinar que a cultura empresarial seja uma extensão e expressão direta da visão e dos valores da empresa do mundo real para o mundo virtual, bem como, do colaborador da vida real (aquele detentor de personalidade jurídica) para qualquer que seja a natureza ou forma de seu avatar (expressão jurídica dos atos de seu autor).

Os pilares de compliance devem todos estar orientados à essa nova realidade, desde o *tone from the top*, com o apoio da alta administração não apenas a exploração econômica do ambiente virtual, mas com o fomento de uma postura ética e razoável nesta plataforma; passando por uma detalhada análise dos riscos de integridade envolvidos nestas interações, com os respectivos planos de ação formadores das consequentes políticas internas de compliance, para dar resposta aos eventos de risco relacionados a este ambiente virtual; preparando o canal de denúncias para respostas eficazes aos relatos derivados das relações travadas neste novo cenário; realizando treinamentos específicos sobre o uso, limites e agir ético na interação com o metaverso dentre outros.

É dizer, a célebre frase de Mark Zuckerberg, ao apresentar publicamente o metaverso, de que nos próximos cinco ou dez anos alguns de nós estarão habitando mundos tão detalhados e convincentes como o “mundo real” é, ao mesmo tempo expressão da mais absoluta e célere capacidade de inovação tecnológica do ser humano, mas também, e principalmente, de que temos (no compliance) uma nova missão, a de acompanhar essa evolução, como uma alternativa de pauta ética à possível incapacidade imediata de controle estatal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto no decorrer desse estudo, além de trazer novas e diferentes vivências e oportunidades ao Estado, Mercado e Sociedade, modificando a forma do relacionar desses atores, os metaversos, se não construídos com responsabilidade, poderão implicar sérios prejuízos, que, inclusive, extrapolam o ambiente virtual, respingando muitas vezes suas consequências no mundo real-físico.

Por isso, extremamente necessária a realização de ações coordenadas, de abertura ao diálogo, de consenso e cooperação para que o metaverso auxilie a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados em nossa Constituição da República de 1988. É dizer, deve-se presar por atuações mais responsivas, especialmente em relação à regulação do metaverso, de modo que “os agentes regulados detenham um mínimo de liberdade na autodeterminação de suas condutas, de modo a conformá-las com os padrões e objetivos regulatórios definidos pelo Estado.”⁴⁹

Nesse sentido, necessário o comprometimento dos responsáveis com a regulamentação responsiva; a adequação do modelo regulatório ao contexto fático e jurídico; o fortalecimento da capacidade e responsabilidade dos envolvidos; a adoção de metodologia direcionada e adequada aos objetivos de identificação e antecipação de riscos, minimização de utilização de dados pessoais, garantia de qualidade na proteção à privacidade, maior transparência e controle social; a avaliação e aprimoramentos contínuos, assegurando, senão, equidade, acessibilidade, segurança e integridade durante a navegação no Metaverso.⁵⁰

Como se pode notar, a imersão neste mundo paralelo, inovador, e repleto de faces para serem exploradas, deverá ocorrer de forma responsável, garantindo interações seguras, íntegras e confiáveis, tanto para os usuários, como para aqueles que podem ser afetados por quaisquer de suas criações.

Segurança, integridade e confiança, para serem conquistadas, devem partir de um ponto em comum: transparência. Assim, a comprovação de que o metaverso será construído com responsabilidade demandará diálogo, transparência, comunicação, e, especialmente, a implementação dos princípios da inovação responsável.⁵¹ Do contrário, não haverá legitimidade às instituições envolvidas, e o cenário de experimento proposto por ambientes como o metaverso, *a priori* positivo, voltar-se-á contra seus potenciais e, certamente, não permitirá os resultados almejados.

A verdade é que, o metaverso chegou, e, de uma forma ou de outra, permanecerá, sendo nossa responsabilidade fazer com que efetive o enorme potencial de progresso econômico, social e ambiental que propõe.

⁴⁹ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. *Parecer n. 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU*. Op. cit., p. 33.

⁵⁰ Esses são princípios indispensáveis à adoção de estudos de impacto regulatório reconhecidos pela OCDE, mas que servem a qualquer atuação responsiva. OECD. *OECD best practice principles for regulatory policy*: Op. cit., p. 09.

⁵¹ 1) Never surprise people; 2) Provide controls that matter; 3) Consider everyone; 4) Put people first. META's responsible innovation principles. *Meta*, s.d. Disponível em: <https://about.facebook.com/realitylabs/responsible-innovation-principles/>. Acesso em: 22 maio 2022.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Felipe. Criptomoedas do metaverso: conheça 5 ativos com alto potencial de crescimento. *Seu Dinheiro*, 12 maio 2022. Disponível em: <https://www.seudinheiro.com/conteudo-de-marca/criptomoe-das-do-metaverso-conheca-5-ativos-com-alto-potencial-de-crescimento/>. Acesso em: 23 maio 2022.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BACK, Adam; CORALLO, Matt; DASHJR, Luke *et al.* *Enabling blockchain innovations with pegged*. 2014. p. 3. Disponível em: <https://blockstream.com/sidechains.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2022.
- BELL, David. *Cyberculture theorists: Manuel Castells and Dona Haraway*. New York: Routledge, 2007.
- BITCOINADVISER; 1MILLIONXBTC. *Blockchain: La revolución descentralizada*. S.l.: Independently published, 2019.
- BLOCKCHAIN é essencial para o metaverso e a web 3.0, diz Goldman Sachs. *Exame*, 17 dez. 2021. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/blockchain-e-essencial-para-o-metaverso-e-a-web-3-0-diz-goldman-sachs/>. Acesso em: 22 maio 2022.
- BOSWORTH, Andrew. Construindo o metaverso com responsabilidade. *Meta*, 27 set. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/br/news/2021/09/construindo-o-metaverso-com-responsabilidade/>. Acesso em: 17 maio 2022.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. *Parecer n. 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU*. Interessada: Anatel – COQL – Gerência de Controle de Ações de Qualidade. Brasília, 14 jul. 2020. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6955335/mod_resource/content/1/Parecer%2000496_2020_PFE-ANATEL_PGF_AGU.pdf. Acesso em: 23 ago. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Levantamento da tecnologia blockchain*. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, Secretaria das Sessões (Seses), 2020. Disponível em: encurtador.com.br/xCT28. Acesso em: 23 maio 2022.
- CAGNINA, Maria Rosita; POIAN, Michele. How to Compete in the metaverse: the business models in Second Life. *SSRN*, 31 jan. 2008. p. 02. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1088779>. Acesso em: 19 maio 2022.
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. (v. 1, A era da informação: economia, sociedade e cultura).
- CHIN, Bettina M. Regulating your second life: defamation in virtual worlds. *Brooklyn Law Review*, v. 72, n. 4, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1013462>. Acesso em: 22 maio 2022.
- CLEGG, Nick. Making the metaverse: what it is, how it will be built, and why it matters. *Tech a Meta*, 19 maio 2022. Disponível em: <https://tech.fb.com/ideas/2022/05/making-the-metaverse/>. Acesso em: 23 maio 2022.
- COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI. *Revista de Educação*, Lisboa, v. XVIII, n. 1, p. 05-22, 2011. Disponível em: http://revista.educ.ie.uisboa.pt/arquivo/vol_XVIII_1/artigo1.pdf. Acesso em: 02 maio 2020.
- EL METAVERSO, una nueva oportunidad de negocio para el deporte. *Palco23*, 20 dez. 2021. Disponível em: <https://www.palco23.com/entorno/el-metaverso-una-nueva-oportunidad-de-negocio-para-el-deporte>. Acesso em: 22 maio 2022.

EUROPEAN UNION. *Blockchain now and tomorrow: assessing multidimensional impacts of distributed ledger technologies*. Brussels: European Commission, Joint Research Centre, 2019. p. 16-20. Disponível em: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC117255>. Acesso em: 22 ago. 2022.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 1999.

LOJKINE, Jean. *A revolução informacional*. São Paulo: Cortez, 2002.

MATOS, Gino. Depois das empresas, Estados estão de olho no metaverso. *Bloomberg Linea*, São Paulo, 07 jan. 2022. Disponível em: <https://www.bloomberglinea.com.br/2022/01/07/depois-das-empresas-estados-estao-de-olho-no-metaverso/>. Acesso em: 22 maio 2022.

META's responsible innovation principles. *Meta*, s.d. Disponível em: <https://about.facebook.com/realitylabs/responsible-innovation-principles/>. Acesso em: 22 maio 2022.

NATAL, Bruno. Muito além do NFT: metaversos, Web3 e o futuro digital. *MIT Technology Review*, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/muito-alem-do-nft-metaversos-web3-e-o-futuro-digital/>. Acesso em: 23 maio 2022.

OECD. *OECD best practice principles for regulatory policy: the governance regulators*. Paris: OECD Publishing, 2020.

PEREIRA, Itamar de Carvalho. *Metaverso – interação e comunicação em mundos virtuais*. 2009. 110p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4863/1/2009_ItamardeCarvalhoPereira.pdf. Acesso em: 23 maio 2022.

PIRONTI, Rodrigo; KEPPEM, Mariana. Metaverso: novos horizontes, novos desafios. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 57-67, set./dez. 2021. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/v2n3pironti2021/638>. Acesso em: 22 maio 2022.

PIRONTI, Rodrigo; SIBILLE, Daniel. *Ensaio sobre o mundo digital: metaverso, web 3.0 e compliance*. Organização e revisão de Marian a Keppen. Curitiba: Pironti Advogados, s.d. p. 02. Disponível em: <https://www.pirontiadogados.com/content/ensaios-sbre-o-mundo-digital-metaverso-web-30-e-compliance/170>. Acesso em: 23 maio 2022.

RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Eds.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SCHLEMMER, Eliane; BACKES, Luciana. Metaversos: novos espaços para construção do conhecimento. *Revista Diálogo Educacional*, v. 8, n. 24, p. 519-532, maio/ago. 2008. Disponível em:

<redalyc.org/pdf/1891/189116834014.pdf>. Acesso em: 23 maio 2022.

SMITH, Mark. *Blockchain: conociendo la revolución del blockchain y la tecnología detrás de su estructura*. S.l.: Guy Saloniki, 2019.

TURSI, Antonio. Abitare il metaverso tra fantascienza e política. *Eleuthería*, Campo Grande, v. 3, n. 4, p. 73-84, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/reveleu/article/view-File/6673/4744>. Acesso em: 23 maio 2022.


VIANA, Ana Cristina A.; KREUZ, Leticia Regina C. Administração Pública na aldeia global: enfrentando o “admirável mundo novo” das tecnologias disruptivas. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI. *Columbia Business Law Review*, n. 2, 2019. p. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3248829>. Acesso em: 18 maio 2022.

WARBURG, Bettina. How the blockchain will radically transform the economy. *TEDSummit*, nov. 2016. [14m48s]. Disponível em: https://www.ted.com/talks/bettina_warburg_how_the_blockchain_will_radically_transform_the_economy. Acesso em: 23 ago. 2022.

WHERTEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020.

ZILIOTTO, Mirela. *A tecnologia blockchain nas contratações públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.



A nova Lei de Improbidade Administrativa: controles da Administração Pública embalados pela Sonata N. 2 para Piano, em Si Bemol Menor, Op.35, de Chopin¹

Rogério Gesta Leal

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e pela Universidad Nacional de Buenos Aires. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Sumário: 1 Introdução. 2 Afinal, o que pretende a Lei de Improbidade Administrativa? 3 Réquiem a LIA – percalços do Projeto de Lei n. 10.887/2018. 3.1 A exclusão da responsabilidade por improbidade em face da interpretação razoável do Direito. 3.2 Défcits obrigacionais de reparação ao erário. 3.3 Do controle da atividade probatória. 3.4 Da decretação de indisponibilidade de bens. 3.5 Da debilitação do sistema de responsabilização. 3.6 Da alteração dos prazos prescricionais. 3.7 Da limitação da legitimidade ativa na proposição da ação de improbidade administrativa. 4 Considerações finais. Referências

1 INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste trabalho é avaliar alguns temas que envolvem o projeto de lei federal que tramita no Congresso Nacional e no Senado (PL n. 10.887/2018) atinente a reformas da Lei de Improbidade Administrativa brasileira – LIA (Lei n. 8.429/1992) –, nomeadamente os retrocessos sociais que ameaçam implicar ao combate da corrupção modo geral e à improbidade em especial.

Os problemas decorrentes desses cenários que pretendemos destacar envolvem a negativa dos avanços que tivemos em termos de casuística e políticas públicas de probidade administrativa fomentadas pela LIA, e a projeção disto em alguns aspectos no PL sob comento.

Em face desses problemas, nossa hipótese é a de que, em sendo aprovado o PL como se encontra, muitos problemas advirão tanto no que tange à responsabilização efetiva de atos ímprobos praticados por pessoas jurídicas e físicas.

Para tanto, elegemos desenvolver o debate a partir dos seguintes objetivos específicos: (i) demarcar quais os fins a que se destina a LIA; (ii) identificar alguns equívocos do PL referido no que toca a retrocessos para o enfrentamento da improbidade que graça no país e que podem se impor por sua aprovação.

Pretendemos utilizar na pesquisa o método dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos gerais a serem declinados. Utilizaremos para tanto técnica de pesquisa com documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

¹ Artigo apresentado e publicado no Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, ocorrido telematicamente nos dias 27 a 30 de outubro de 2021, no painel sobre Projeto de Nova Lei de Improbidade Administrativa, Mecanismos de Controle e Acordos de Não Persecução.

2 AFINAL, O QUE PRETENDE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

A Administração Pública contemporânea em todo o planeta tem sido desafiada por conjuntos cada vez mais complexos de demandas e desafios impostos global e localmente, muitas vezes por fatores e variáveis incontroláveis, haja vista o universo segmentado de fontes geradoras de conflitos e problemas de natureza individual e social que se apresentam para serem gestados, preventiva e curativamente.

Por conta disso, o Estado Administrador precisa, a todo tempo, reinventar suas ações e reações, nomeadamente para tentar alcançar níveis de eficácia (constitucional e infraconstitucional) satisfativos tanto às expectativas como às respostas daquelas demandas da cidadania, sob pena de ir fragilizando os laços de confiança e legitimidade de sua própria institucionalidade representativa.

Decorre daí a urgência em serem aprimorados os comportamentos (ativos e reativos, preventivos e curativos) dos agentes públicos modo geral – eleitos e de carreira –, fundamentalmente para responder a tudo isso de maneira clara e transparente, oportunizando que os acertos, erros, faltas, falhas e ilícitos possam ser amplamente publicizados e atribuídos a quem de direito, tendo em conta sempre os interesses e bens públicos indisponíveis que estão em jogo e os sistemas normativos que os tutelam.

Nesses percursos da gestão pública encontramos amiúde inúmeros comportamentos que representam riscos e perigos aos interesses e bens da Administração do Estado, sejam eles praticadas pelo mercado ou mesmo por agentes públicos, com o intento firme de lesar o patrimônio de todos, muitas vezes compondo redes de tráfico ilícito de influência, corrupção passiva e ativa, peculato, prevaricação, e tantas outras iniciativas criminosas e ímprobas que a criatividade do mal pode construir.²

Estas pessoas – físicas e jurídicas – que violam iterativamente a *res publica*, constituem-se em verdadeiros inimigos da sociedade e do Estado, pois, para além da afetação predatória dos bens jurídicos públicos indisponíveis, tais comportamentos defraudam as expectativas normativas instituídas pelo sistema jurídico, que a todos vincula. Por conta disso, há rupturas na confiabilidade deste sistema e de suas instituições representativas, gerando ações e reações de violência, simbólica e física, para com a ordem estabelecida, em detrimento da segurança pública, da estabilidade das relações, da observância dos direitos e garantias fundamentais.³

² Abordamos de modo tópico essas questões de forma mais aprofundada no livro: LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

³ É de relevo lembrarmos que Kant, na *Paz Perpétua*, já acenava para o problema do descumprimento de normas de convivência social e seus efeitos perversos: “*Se acepta comúnmente que uno puede hostilizar a otro sólo si éste me ha lesionado ya de hecho y se considera asimismo correcto cuando ambos viven en estado civil-legal. Pues por el hecho de haber ingresado en este estado uno le proporciona al otro la seguridad necesaria (a través de la autoridad que posee poder sobre ambos). –Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esta seguridad y me está lesionando ya, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado, que es una constante amenaza para mí. Yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado.*” (KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1985. p. 14).

Por isso defendemos que, a partir da perspectiva da Teoria dos Sistemas, os ordenamentos jurídicos como um todo constituem também microssistemas de comunicação; e nomeadamente a legislação administrativa tem o escopo de informar/guiar os cidadãos naquilo que estão obrigados para com o todo a que pertencem (em termos de direitos e deveres), pelo fato de que justamente acordaram isto, integrando-se a outros sistemas normativos (constitucional e infraconstitucional), políticos/econômicos, todos ancorados/legitimados pela premissa do contrato social soberano e instituinte do Estado e da sociedade⁴, e por conta disto são substantivos e procedimentais, ou seja, exigem mecanismos claros e públicos de efetivação dos seus comandos e enunciados, os quais demarcam as possibilidades civilizatórias das relações intersubjetivas e interinstitucionais, só assim viabilizando, a todo tempo, níveis de controles/monitoramentos interlocutivos diversos (controle interno e externo).⁵

Por consequência, as funções dessas legislações são: (i) a de orientar/garantir, de maneira efetiva, que os comportamentos dos sujeitos de direito não violem o sistema jurídico vigente, respondendo quando isto ocorrer; (ii) buscar ampliar/garantir que as normas deste sistema tenham máxima efetividade fatural; (iii) fomentar a constituição permanente de adequada consolidação cognitiva destas normas por parte da Comunidade; (iv) olvidar esforços para que as medidas preventivas/evitação, e de responsabilização, dos comportamentos predadores/desviantes dos interesses, bens e patrimônio públicos tenham como escopo igualmente a ratificação contrafatural das normas cogentes.

Mas então o que quer comunicar, em especial, a LIA ainda vigente no país? No mínimo que a probidade administrativa é espécie do gênero moralidade administrativa – ao menos na percepção mais ampliada (filosófica, política e institucional), a que alude o art. 37, caput, e seu §4º, da Constituição Federal de 1988 e, portanto, configura princípio informativo fundamental à Administração Pública e para todos que com ela interagem. Por certo que, com isso, não se está a afirmar *que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa.*⁶

Significa dizer que qualquer ato de improbidade administrativa implica violação a direito, interesse e bem público indisponível, merecedor de toda a tutela do Estado e seus mecanismos políticos e jurídicos legítimos e válidos, uma vez amoldados nas espécies comportamentais descritas pela norma de regência, as quais, inclusive, apresentam modalidades

⁴ Ver no ponto o conceito luhmanniano de acordo enquanto contingência, no texto: LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Madrid: Trotta, 2013. p. 321 e ss.

⁵ Importa lembrar que para Luhmann, ao contrário do que aconteceria com as leis da natureza, as regras sociais precisam de mecanismo que garanta sua validade caso venham a ser desrespeitadas. Dito com um exemplo, ainda que certo indivíduo tenha a expectativa de não ser lesado em seu direito de não ser agredido, existe sempre a possibilidade de ocorrência de fato que vá contra tal expectativa, frustrando-a, como quando se comete lesão corporal. Diante disso, a tarefa do Direito é a de garantir que tal expectativa se mantenha como legítima, sem que se adapte (ou seja, sem que seja tomada, por seu detentor e por toda a Sociedade, como expectativa equivocada). Ver o texto de LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Barcelona: Anthropos, 1996.

⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 38. Na mesma direção Wallace Paiva, ao dizer que “o direito à moralidade administrativa é direito público subjetivo, cujo titular é a coletividade indivisivelmente considerada, que pode exigir seu cumprimento da Administração Pública. Para efeito de disciplina interna desta, a moralidade administrativa impõe aos seus agentes a sua observância, aparecendo como um dever inerente ao desempenho de qualquer função ou atividade pública.” (MARTINS JR., Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 98).

de atos abrangentes que configuram hipóteses abertas a múltiplas concreções.⁷ Mas isso não autoriza firmar que essa norma, ao criar definições mais abertas à improbidade administrativa, tenha dado “cheque em branco”, ou ato de prepotência aqueles que tem o dever de aplicá-la (como os órgãos de controle externo – Tribunais de Contas, Ministério Público e mesmo o Poder Judiciário; assim como os de controle interno), isso porque a intenção do legislador foi exatamente ampliar o leque de investigação e sancionamento de ilícitos, garantindo a todos o devido processo legal e os direitos de defesa assegurados.

De outro lado, temos que a LIA configura microssistema jurídico autopoiético, porque o que nele se regula e passa – internamente – não é determinado por nenhum componente aleatório dos ambientes em que atua, mas sim por sua própria organização regulativa e função (proteger a probidade administrativa enquanto espécie de moralidade pública); e isso resta claro pela simples avaliação dos seus elementos constitutivos. Essa autonomia que a LIA apresenta tem por condição a circunstância de estar constituída, do ponto de vista de sua organização, focada no escopo que lhe dá existência e sentido – afinal, foi criada especialmente para isto –, e o próprio sistema jurídico lhe reconhece tal especificidade desde a Constituição Federal.

Ou seja, a LIA tem como tarefa precípua reduzir racionalmente – enquanto pretensão pactuada – a complexidade do ambiente administrativo que alcança, absorvendo a contingência do comportamento social ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão se comportar em face dos bens, patrimônio e interesses públicos que tutela, e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de decepcionarem-se por conta, no caso, da depredação da probidade administrativa.⁸

A partir dessa lógica, queremos defender que as normas da LIA, proibitivas e sancionatórias, possuem, *prima facie*, natureza destacada de prevenção geral positiva, pois procuram desestimular, evitar e controlar comportamentos que venham a quebrar as expectativas legítimas constituídas democraticamente pela Sociedade em face dos bens, interesses e patrimônios jurídicos alcançados por seus dispositivos e, por tal razão, tem que operar de modo incisivo e eficaz, levando a máxima potência o intento de tutelar a Comunidade como um todo.⁹

Assim, quando alguém pratica ato improprio previamente definido como tal por lei válida e legítima, evidencia *ação desprovida de adequada consolidação cognitiva*¹⁰, defraudando

⁷ Ver o texto de: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 906.

⁸ Ver também: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 63. Lembra o autor ainda que a complexidade da realidade social, assim, com sua extrema contingência, é reduzida pela construção normativa de uma para-realidade, codificada a partir do esquematismo binário Direito/Não-Direito (lícito/ilícito, penal, civil, administrativo, tributário etc.), probidade/improbidade, que conta com sanções pactuadas legitimamente para operar como: (i) elemento desestimulador (evitação) de comportamentos violadores do acordado; (ii) elemento punitivo de ilícitos consumados; (iii) elemento ratificatório da adequação normativa eleita e do modelo de sociedade constituída.

⁹ Por isso também a LIA em vigor estabeleceu, em seu art. 21, que a aplicação das sanções previstas em seus dispositivos *independe* da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas, o que revela a amplitude do objeto (moralidade/probidade) de proteção da norma.

¹⁰ Ver no ponto: JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. São Paulo: Manole, 2003; (b) JAKOBS, Günther. *Uma teoria da obrigação jurídica*. São Paulo: Manole, 2003.

o papel/função que ocupa/desempenha dentro do sistema administrativo, razão pela qual responderá por sanção que deverá ser proporcional e necessária, seja para reparar o dano material e simbólico causado – e suas consequências –; seja para reafirmar a vigência da norma violada aos olhos dos demais membros da comunidade atingida!

Para os efeitos da densificação material desta equação, ganha força a utilização da ponderação de que fala Robert Alexy:

ponderação em três dimensões sucessivas e complementares, a saber: (a) adequação – ou sub-princípio da idoneidade –, estando a exigir que toda a restrição aos direitos (notadamente aos fundamentais) seja idônea para o atendimento de um *fim constitucionalmente legítimo*, além do que os meios empregados deverem ser instrumentalmente adequados para alcançar o fim almejado; (b) necessidade (ou sub-princípio da indispensabilidade do meio menos restritivo, do direito à menor desvantagem possível), no sentido de que dentre as várias medidas restritivas de direitos igualmente aptas para *atingir o fim perseguido*, a Constituição impõe que o legislador opte por aquela menos lesiva para os direitos envolvidos (certa proibição de excesso); (c) proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de que uma restrição aos direitos é constitucional se pode ser justificada pela *relevância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada por meio da intervenção*.¹¹

Na medida em que as pessoas alcançadas pela LIA operam de forma improba, por déficits cognitivos (geradores de comportamentos culposos), ou por deliberada e consciente opção, elas rompem o que fora pactuado por todos, negando-se a cumprir com o acordado e, com isso, elegem abandonar – explícita ou implicitamente – o Contrato (sistema normativo) firmado. Tais comportamentos representam ameaças, perigos imediatos e iminentes aos demais membros desta Comunidade: (i) porque instabilizam as regras matrizes de convivência recíproca – em especial os princípios e regras informativos do agir administrativo; (ii) assim como as relações intersubjetivas e interinstitucionais forjadas a partir destes dispositivos, provocando imensos prejuízos à ordem estabelecida; (iii) provocando danos diretos e indiretos aos interesses e bens atingidos.

A improbidade administrativa pode ser, repetimos, vista como ato que veicula comunicação violadora da ordem normativa, razão pela qual a sanção surgirá como mecanismo pelo qual se comunicará à sociedade (que criou essa regra) que o infrator, ao afrontar determinada expectativa social regulada, terá *seu ato entendido como comunicação defeituosa* – isto é, como algo que não se admite –; por conta disso é que a LIA lança a seus destinatários em geral, bem como às vítimas (Estado e sociedade), e ao infrator em particular, a mensagem de que não aceita como comunicação válida comportamentos desviantes.¹²

¹¹ ALEXY, Robert. The construction of constitutional rights. *Law & Ethics of Human Rights*, Berkeley: Berkeley Electronic Press, v. 4, Issue 1, 2010. p. 39. Tradução e grifos nossos. Ver nosso trabalho: LEAL, Rogerio Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, v. 1. n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40513/27392>. Acesso em: 24 ago. 2022.

¹² A sanção, nesse modelo, não se justificaria tão somente por sua capacidade de intimidar terceiros, ou por sua capacidade de regenerar o infrator. Pelo contrário, os destinatários da LIA seriam *todas as pessoas*, e não apenas alguns potenciais infratores. Ela teria, primordialmente, efeito positivo sobre toda a Sociedade, servindo para conservar a validade de sua estrutura normativa e preservar os bens indisponíveis que busca tutelar.

Passamos a analisar, a partir de agora e tendo em conta as premissas alocadas, problemas e retrocessos que o Projeto de Lei n. 10.887/2018 traz ao tema da improbidade administrativa.

3 RÉQUIEM A LIA – PERCALÇOS DO PROJETO DE LEI N.10.887/2018

A LIA, após anos de concretização jurisprudencial no Brasil, com avanços e recuos, vinha promovendo, até esta quadra histórica, importante defesa dos interesses, bens e patrimônios públicos indisponíveis, nomeadamente em face de persistentes ataques impostos por setores e pessoas (físicas e jurídicas) desejosas/indiferentes a locupletamentos ilícitos. Todavia, a partir do Projeto de Lei (PL) n. 10.887/2018, aprovado a toque de caixa na Câmara dos Deputados, e ora tramitando no Senado sob o n. 2505/2021, está prestes a sofrer golpes letais em face dos seus escopos primeiros.¹³

Quando estamos ultimando este texto, em setembro de 2021, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado envia ao Plenário parecer sobre este PL, havendo sinalização de que poderia ser votado no dia 29/09/2021. Todavia, parece não haver consenso entre os parlamentares quanto à proposta. Nos diz o site do Senado Federal que:

Um dos senadores que criticam o texto aprovado na Câmara, Álvaro Dias (Podemos-PR), solicitou uma audiência pública na CCJ para discutir o assunto. O debate está marcado para terça-feira (28), um dia antes da votação prevista nessa mesma comissão. Segundo Álvaro Dias, a proposta dificulta a condenação por improbidade administrativa caso não se comprove a intenção, ainda que exista negligência extrema. O senador também avalia que o texto trará insegurança jurídica por prever que a lei não será aplicada se houver diferentes interpretações.¹⁴

Nossa intenção, pois, é verificar, a título exemplificativo, algumas alterações propostas à LIA por este PL n. 10.887/2018 que podem representar retrocessos à tutela daqueles fins a que se destina, sempre a partir das premissas declinadas acima.

3.1 A exclusão da responsabilidade por improbidade em face da interpretação razoável do Direito

O art. 1º, §8º, do PL, cria situação de extrema abertura semântica à configuração da improbidade ao prever que: “Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário”. Ou seja, a proposta passa a desconsiderar os avanços demarcatórios conquistados pela casuística nacional sobre esses temas que foram definindo

¹³ Apenas para lembrarmos que o projeto de lei à reforma da LIA foi originalmente encaminhado pelo deputado Roberto Lucena, em 2018, e alterado de forma abrupta pelo substitutivo do deputado Carlos Zaratini.

¹⁴ CCJ pode votar na quarta projeto que altera a Lei de Improbidade Administrativa. *Agência Senado*, 24 set. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/24/ccj-pode-votar-na-quarta-projeto-que-altera-a-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 24 ago. 2022.

os casos de improbidade na prática quotidiana dos gestores públicos, os quais têm sido responsáveis, inclusive, por inúmeras medidas de evitação de danos aos interesses, bens e patrimônios protegidos pela LIA.

Por outro lado, essa norma cria modo estranho e totalmente inseguro de excluir tipificação formal de ilícito do sistema jurídico protetivo da probidade administrativa, na medida em que universaliza – artificialmente - o que tem particularidades; afinal os órgãos de controle – como tribunais de contas, e mesmo os tribunais jurisdicionais do país – possuem posicionamentos e interpretações os mais distintos em face de casos concretos específicos, e também distintos, envolvendo os mesmos institutos legais, e enquanto inexistir uniformização jurisprudencial vinculante para todos, tais formas e compreensões decisórias diversas continuarão a existir, podendo e devendo demarcar sentenças vinculantes.

3.2 Déficits obrigacionais de reparação ao erário

O PL revoga o artigo 5º, da LIA, o qual reproduz comando constitucional no sentido de que, quem causa danos ao erário, por culpa ou dolo, tem de repará-los, (artigo 37, §5º, da CF). E esta lógica de fragilização de controles e responsabilidades por atos culposos segue em todo o projeto que se apresenta, indo de encontro, frontalmente, à consolidada tradição de que qualquer dano causado a particular deve ser reparado pelo seu causador, seja proveniente de conduta dolosa ou culposa (artigo 927, do CCB).

E aí podemos nos perguntar se o artigo de lei revogado, de modo explícito, tem tal abrangência em termos de sujeitos passivos e elementos subjetivos, justamente para dar maior cobertura aos riscos de danos provocados por atos ímprobos, como sustentar a justificativa de exculpar atos culposos nesta seara, aceitando implicitamente a hipótese de que o desconhecimento da Lei afasta a responsabilidade do agente?

3.3 Do controle da atividade probatória

Quer o presente projeto, em seu art. 17, §13, II, diminuir o controle jurisdicional sobre a atividade probatória, ao determinar que é nula a sentença que “condenar o requerido sem a produção das provas por ele tempestivamente especificadas”, gerando inversão absurda na lógica do feito, vez que está a transferir o controle e manejo da prova para o acusado, impedindo que o juiz exerça a presidência do processo, inclusive para os fins de refutar provas manifestamente protelatórias.¹⁵

¹⁵ Tais disposições colidem frontalmente com o estabelecido no art. 370 (“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”), do Código de Processo Civil e, da mesma forma, no art. 400, do Código de Processo Penal (“Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no artigo 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. §1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”), pois tanto no processo civil quanto no processo penal é possível ao juiz, tendo elementos suficientes para julgar a causa, indeferir provas, até em nome da duração razoável do processo.

3.4 Da decretação de indisponibilidade de bens

O PL pretende revogar disposições importantíssimas do art. 7º (em especial no §1º), da LIA, que visam buscar, com a indisponibilidade de bens, garantias efetivas à eventual ressarcimento de danos – diretos e indiretos – decorrentes dos atos ímprobos.¹⁶ E isso é importante que ocorra em tempo e modo oportunos a fim de assegurar minimamente possível recomposição dos prejuízos sofridos pelo Poder Público, razão pela qual a jurisprudência dos tribunais superiores sinaliza bastar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* a tal intento, pois:

A discordância da parte com a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem a partir da análise do conjunto fático probatório não se confunde com ausência de fundamentação acerca da existência de *fumus boni iuris* para se decretar a indisponibilidade dos bens do agravante. Rememore-se, ainda, que mencionado *fumus boni iuris* consiste em indícios de atos ímprobos e não a perfeita e concreta individualização da conduta imputada ao réu, o que deve ocorrer no momento da prolação de eventual sentença de procedência da ação civil pública de improbidade administrativa. Ademais, revisitar a fundamentação da decisão para concluir que não foi suficientemente comprovada a existência de *fumus boni iuris* apta a autorizar o decreto de indisponibilidade, demanda, necessariamente, o revolvimento do conjunto probatório dos autos.¹⁷

Para além disso, em seu art. 16, o PL pretende exigir prova da ocultação patrimonial para os efeitos de imposição da indisponibilidade de bens, e ao mesmo tempo indica que bens menos líquidos sejam bloqueados preferencialmente, com potencial prejuízo a já pequena efetividade das ações, considerando que menos de 11% das condenações pela LIA conseguiram compor os prejuízos causados.¹⁸ Ainda prevê que a indisponibilidade deixa de garantir o valor da multa civil a ser eventualmente imposta, previsão que constava do texto original do PL, justamente porque coerente com a jurisprudência já consolidada no sentido de preservar o resultado efetivo do processo também à execução da pena pecuniária.¹⁹ Agora

¹⁶ Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

¹⁷ Agravo Interno no AREsp. n. 1826875/RJ. Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 30/08/2021, Dje 02/09/2021. E isso é possível mesmo inexistindo demonstração de dissipação patrimonial do acusado (REsp. n. 1366721/BA).

¹⁸ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 69. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/320/1/Justi%3a%7a%20Pesquisa%20-%20Lei%20de%20Improbidade%20Administrativa.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2022. Ver também a coletânea de artigos em: SANT'ANNA, Danilo Barbosa de; LUNARDELLI, José Marcos; NOLASCO, Rita Dias; TOKANO, Tércio Issami (Coords). *Combate à corrupção na Administração Pública – diálogos interinstitucionais. Publicações da Escola da AGU*, Brasília-DF, v. 12, n. 02, p. 01-464, maio/ago. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/2020_Periodicos/Public-esc-AGU_v.12_n.02.pdf. Acesso em: 23 ago. 2022.

¹⁹ Ver a decisão do STJ no Agravo Interno em Recurso Especial n. 1895887/ MA, relatoria Min. Gurgel de Faria, publicado no DJe de 12/05/2021, assim como a solução do Tema Repetitivo n. 1055, do STJ, julgado em 25/08/2021 e publicado em 03/09/2021, aprovando a tese de que: “É possível a inclusão do valor de eventual multa civil na medida de indisponibilidade de bens decretada na ação de improbidade administrativa, inclusive naquelas demandas ajuizadas com esteio na alegada prática de conduta prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, tipificador da ofensa aos princípios nucleares administrativos”.

pretende o projeto enviado ao Senado somente deferir aquela quando restar demonstrado no caso, *ab initio*, o perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do feito, quase exigindo-se a produção antecipada de prova como preparatória da ação de improbidade que contar também com foco no ressarcimento de danos provocados e de multas que ainda nem se sabe existir.²⁰

Ocorre que o STJ, em sede de Recurso Repetitivo, tem sustentado recentemente que: “é possível a inclusão do valor de eventual multa civil na medida da indisponibilidade de bens decretada em ação de improbidade administrativa, inclusive nas demandas ajuizadas com esteio na prática de conduta prevista no art. 11, da Lei n. 8.429/1992, tipificador de ofensa aos princípios nucleares administrativos.”²¹ Já em 2014 tinha posição similar, no sentido de asseverar que eventual constrição patrimonial nesta sede não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, vez que o *periculum in mora* “encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa.”²²

E isso é tão real que pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra que, aproximadamente, 10% das ações judiciais envolvendo atos de improbidade resultam à efetiva recuperação de ativos pelo Estado.²³

Na versão original do PL todo o patrimônio, inclusive o bem de família, independentemente da época de aquisição dos bens, restava na mira da indisponibilidade, seguindo as orientações solidificadas pelo STJ.²⁴

É tamanha a vontade do legislador em diminuir as possibilidades de ressarcimento dos danos provocados por atos de improbidade administrativa que o §11, deste mesmo art. 16, subverte a ordem processual de preferência à constrição de bens para a indisponibilidade vigente no país desde há muito, estabelecida pelo art. 835, do Código de Processo Civil²⁵, inovando para os fins de indicar que aquela recaia preferencialmente sobre veículos, em-

²⁰ A jurisprudência nacional construiu caminho sólido no sentido de entender que a indisponibilidade não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, vez que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que disciplina o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, reconhecendo-se ao magistrado a autoridade para, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes subsistentes indícios da prática de atos de improbidade administrativa, como disse o STJ, no Recurso Especial Repetitivo n. 1.366.721/BA, Tema 701, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado no Dje 19/09/2014.

²¹ Recurso Especial Repetitivo n. 1.862.792-PR, Relator Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região), Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 25/08/2021 – referente ao Tema 1055. No mesmo sentido o Recurso Especial n. 1.862.797/PR.

²² STJ, REsp. Repetitivo 1.366.721/BA – Tema 701, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Dje 19/09/2014.

²³ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de improbidade administrativa*: Op. cit., p. 76. Alertam os autores ainda que: “Mecanismos como a indisponibilidade adequada de bens (suficientes para o ressarcimento, sem abuso ou de forma a impedir o funcionamento das empresas), a hipoteca judiciária e a execução provisória, na parte condenatória, não são adequadamente utilizados”.

²⁴ Art. 16, [...] §4º A constrição deverá recair sobre bens que sejam suficientes para a garantia do ressarcimento ao erário dos prejuízos patrimoniais alegados e da multa civil, independentemente da época de sua aquisição [...] §6º A constrição patrimonial poderá incidir sobre bem de família, sempre que ausentes outros bens disponíveis em montante suficiente à garantia pretendida, competindo ao requerido a demonstração dessa suficiência.

²⁵ Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira [...] §1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

barcações e outros bens de menor liquidez, e somente em último caso atingindo contas bancárias do acusado, o que cria verdadeiro privilégio para as pessoas processadas por ilícitos de improbidade administrativa, e mesmo para a liquidação do ressarcimento de dados provocados, em detrimento de toda a Comunidade.

3.5 Da debilitação do sistema de responsabilização

O projeto pretende, já em seu art. 1º, §1º, eliminar a modalidade culposa do ato improbo – que na lei em vigor só restava presente nas condutas do art. 10 –, passando a exigir demonstração de dolo específico (§2º e §3º), ao mesmo tempo em que restringe as hipóteses e penas aplicáveis à improbidade por violação de princípios, pois, consoante os termos do art. 11, do PL, o caput substitui a palavra *notadamente* (da atual Lei) pela expressão *por uma das seguintes condutas*, pretendendo demarcar em *numerus clausus* as possibilidades de violação dos princípios da administração pública, o que parecer ir de encontro ao que dispõem a cabeça do art. 1º, referido, no sentido de tutelar a probidade para os fins de assegurar a integridade do patrimônio público.

Não é possível ignorarmos a quantidade de defraudações da probidade administrativa que se dá em todo o mundo – e no Brasil em especial – envolvendo o desrespeito de princípios muito caros à Administração Pública, mesmo que possamos adotar o argumento de Fábio Medina Osório, no sentido de que “os princípios podem ostentar funcionalidade normativa de controle e validade dos atos administrativos, mas jamais uma função autônoma de suporte aos tipos sancionadores da lei 8.429/92.”²⁶

E basta citarmos os casos quotidianos de violação dos princípios do equilíbrio fiscal, positivados nos artigos 4º, 15, 16 e 17; da prudência, positivado nos artigos 9º, 22, 26 e 45; e da transparência, positivado nos artigos 1º, 4º, 7º, §2º, 9º, §4º, 10, 16, 17, 18, 26, 27, 28, 36, 42, 48, 50, §3º, 51, 53, inciso IV, 55, §2º, 59, 67, todos da Lei de Responsabilidade Fiscal (n. 101/2000).

Da mesma forma o art. 5º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (n. 14.133/2021), historicamente estabelece princípios que diuturnamente são desrespeitados também por desídia dos gestores públicos, dentre os quais os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável. O que há de abstrato nesses princípios informativos da boa gestão pública que não possa caracterizar ato marcado por imprudência, imperícia e negligência, nomeadamente quando analisados os casos glosados de má administração por parte dos Tribunais de Contas no país?

O STJ conseguiu construir ao longo do tempo – mesmo que de modo não unânime – jurisprudência muito bem estruturada no sentido de que se deve exigir para configurar o ato improbo descrito no art. 11, da Lei ainda em vigor, tão somente elemento subjetivo que carac-

²⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p.240-241.

terize a voluntariedade da conduta, ainda que não dirigida deliberadamente para o resultado danoso específico.²⁷ Nesse âmbito, teve oportunidade de referir esta Corte que:

Para efeitos de caracterização de improbidade administrativa tanto faz que o administrador tenha incorrido em culpa ou dolo. Com efeito, ou é assim, ou atos de improbidade administrativa podem ser um negócio vantajoso para o gestor público ímprobo, em cujos custos se incluiriam sanções pecuniárias, de acordo com uma equação de mercado, aquele que, antes de qualquer investimento, sopesa custos e benefícios; não é esse perverso fim o que condiz com a ratio legis da Lei de Improbidade Administrativa.²⁸

A par disso, relato feito pelo *Instituto Não Aceito Corrupção*, com base no banco de dados do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI), do CNJ, revelou que, das 11.607 condenações definitivas por improbidade consultadas, proferidas em 6.806 processos judiciais, julgados entre 1995 e julho de 2016, a maior parte das condenações por improbidade está justamente estribada no art. 11 (46,02%), diante de 43,24% amparadas no art. 10, e 10,72% associadas ao artigo 9º, todos da LIA vigente.²⁹

Como bem adverte Pimenta, esse PL provoca vários retrocessos perigosos à tutela de bens jurídicos indisponíveis que conquistamos a duras penas:

A melhor forma de perceber isto é olhar para a pretendida revogação do ilícito hoje contemplado no artigo 11 da LIA, que trata da ofensa aos princípios da Administração como ato de improbidade administrativa. Não há nenhuma avaliação das consequências da medida revogadora (o que viola flagrantemente as diretrizes da festejada e inaplicada LINDB). Busca-se, com todos os meios, restringir a prática da improbidade às situações de corrupção passiva e de prejuízo doloso ao erário (típicas do campo penal). Uma mudança normativa que compromete não só o futuro, mas igualmente o presente, porque, em sendo regra favorável, será aplicada aos casos em julgamento e julgados.

Ignora o Substitutivo que a Constituição refundou nosso dever republicano de atuar contra qualquer violação do valor fundamental da moralidade administrativa (artigo 5º, inciso LXXIII) e da probidade (artigo 37, parágrafo 4º), deixando no passado a

²⁷ Nesse sentido, decisão antiga no AgRg no AREsp n. 73.968-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 2/10/2012. Mais recentemente, em matéria publicada no Conjur (20/05/2019), pesquisa jurídica coordenada pelo Instituto de Direito Público, ao analisar 800 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça publicados entre 2005 e 2018 contra prefeitos, demonstrou que 50% dos casos envolvem ofensa aos princípios da Administração Pública. (COELHO, Gabriela. Pesquisa mostra que sanções por improbidade são muito amplas e geram insegurança. *Consultor Jurídico*, 20 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas>. Acesso em: 14 set. 2021.)

²⁸ Decisão Monocrática em Agravo em Recurso Especial n. 1395249/RJ, Relator Min. Gurgel de Faria, julgado em 19/09/2020. A despeito disto, não esqueçamos outras decisões do mesmo órgão julgador no sentido de exigir à configuração do ato ímprobo conduta dolosa, desde 2008, no mínimo, conforme os julgados: (i) STJ, Rel. Min. Luiz Fux, REsp n. 734984/SP, 1ª T., DJ de 16/06/2008; (ii) STJ, Rel. Min. Luiz Fux, REsp n. 1.130.198/PR, 1ª T., DJ de 15/12/2010. Na mesma linha o AgRg no RESP n. 1.122.474/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 2/2/2011.

²⁹ INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO (INAC). *Radiografia das condenações por improbidade administrativa*. São Paulo: INAC, 2017. Disponível em: https://www.naoaceitocorruptcao.org.br/_files/ugd/b2b717_af196f5ba95c-431c99663a9fc01df625.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

reprimenda apenas ao recebimento de propinas (enriquecimento ilícito) e às condutas danosas ao Erário. No cenário atual, atos de improbidade administrativa são ações e omissões de agentes públicos (conjuntamente com terceiros), que achicalham ou gracejam a organização republicana do Estado. Violam, sob luzes ou sombras, o interesse público anticorrupção que funda a atividade de Direito Administrativo Sancionador da Improbidade.³⁰

Por sua vez, os argumentos na exposição de motivos do PL para a extirpação da modalidade culposa são igualmente deficitários, senão vejamos:

A extirpação da modalidade culposa da improbidade administrativa é extremamente necessária na medida em que ações negligentes, imprudentes ou imperitas, ainda que causem danos materiais ao Estado, não podem ser enquadradas como atos de improbidade, pois lhes falta o elemento de desonestidade.

Nesse contexto, necessário ainda incorporar algumas definições no texto da Lei, como, por exemplo, o conteúdo do elemento subjetivo “dolo”, a fim de excluir a interpretação que o equipara à mera voluntariedade do agente.

Necessário, portanto, ser esclarecido no texto da Lei, para que não se dê margem a interpretações diversas, que não basta a mera voluntariedade do comportamento para que se configure ofensa dolosa da ordem jurídica. Daí a importância de se introduzir orientação normativa de forma a constar a possibilidade de ação de improbidade apenas para os atos ímprobos dolosos, diferenciando-se a prática dolosa da mera voluntariedade.³¹

Poderíamos ainda nos perguntar: (i) quais os parâmetros e critérios seguros de demarcação do conceito de *desonestidade* serão utilizados enquanto elemento configurador do ato de improbidade? (ii) o que significa *mera voluntariedade* em termos de condutas ímprobos para os fins de não caracterização da improbidade? O PL nesse aspecto inova para conferir imunidades indevidas aqueles que, por agirem de forma negligente, imprudente e desidiosa, deprezam o patrimônio, interesses e bens públicos.³²

Interessante, no ponto, a perspectiva do jornalista Josias de Souza, em matéria veiculada pelo UOL recentemente:

Se a proposta for avaliada pelos senadores, como parece provável, a chamada coisa pública, também conhecida como coisa nossa, será definitivamente convertida em coisa nostra. Uma lei que vigora há quase três décadas está suscetível de aperfeiçoamentos. Mas as mudanças tramadas no Congresso estão inseridas na estratégia urdida pela oligarquia política para virar a página do combate à corrupção no Brasil.

³⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Uma reforma na Lei de Improbidade Administrativa, que não atende as exigências da sociedade. *INAC*, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://www.naoaceitocorrupcao.org.br/post/uma-reforma-na-lei-de-improbidade-administrativa-que-n%C3%A3o-atende-%C3%A0s-exig%C3%A2ncias-da-sociedade>. Acesso em: 21 set. 2021.

³¹ PL n. 10.887/2018, p. 08.

³² Como acontece nos casos em que estes agentes adquirem produtos sem necessidade, ou com prazos de validade expirados – pensemos na aquisição de gêneros alimentícios vencidos ou estragados para merenda escolar, alegando tê-lo feito por *mera culpa*.

A página está sendo virada para trás. A nova investida não visa aprimorar a legislação. Ao contrário, constitui uma tocaia contra o interesse público. Uma das principais mudanças prevê que os agentes públicos só poderão ser processados por ações dolosas, quando há a intenção clara de cometer o crime. Significa dizer que ficarão isentos de punição todos os atos classificados tecnicamente como culposos, quando não há a intenção deliberada de produzir dano ao erário.

A principal conquista civilizatória da Lei de Improbidade foi justamente a de permitir a punição dos gestores de orçamentos públicos por todas as suas ações ou omissões ruinosas, sejam elas dolosas ou culposas. Não importa se quem cometeu a ilegalidade foi descaradamente desonesto ou apenas inepto.

Nos casos mais escabrosos de improbidade, o dinheiro sai pelo ladrão porque os ladrões são infiltrados no orçamento. Mas não faz o menor sentido livrar a cara de gestores que jogam verba pública pela janela por incompetência. De resto, seria necessário criar no Ministério Público um quadro de psicólogos para verificar se os delinquentes tiveram ou não a intenção de delinquir.³³

Pelos termos da LIA vigente, os tribunais têm tido oportunidade de aferir, já há algum tempo, condutas ímprobas culposas em situações como: (i) contratação de servidores públicos sem prévia realização de concurso; (ii) uso do aparelho estatal para promoção pessoal de agente público; (iii) uso de procuradores jurídicos do Poder Público à defesa de interesses pessoais.³⁴ Aprovado o PL nestes termos, seguramente teremos dificuldade de configurar alguns destes atos como ímprobos, por mais que a Lei n. 12.376/2010 tenha acrescentado ao Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), o art. 28, determinando que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (caracterizador da culpa grave).

Também no art. 11, do PL, tivemos retrocesso protetivo, eis que houve a retirada de algumas condutas tidas como ímprobas (incisos I, II, IX, X, da LIA em vigor).³⁵ Nos seus parágrafos primeiro e segundo, a reforma do dispositivo ratifica a nova lógica exclusivamente dolosa do microssistema normativo, determinando que somente haverá improbidade configurada quando a conduta funcional do agente público tiver por escopo obter proveito ou benefício indevido para si mesmo ou terceiro; e isto vale para qualquer ato de improbidade regulado por esta norma ou por qualquer outra.

³³ SOUZA, Josias de. Senado está a um passo de premiar atos de improbidade, dificultando a punição. *UOL*, 26 set. 2021. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/josias-de-souza/2021/09/26/senado-esta-a-um-passo-de-premiar-atos-de-improbidade-dificultando-punicao.amp.htm?__twitter_impression=true. Acesso em: 27 set. 2021.

³⁴ Vide os julgados: (i) STJ, Resp 765.212, 2ª Turma, Relator min. Herman Benjamin, Dje 23/06/2010; (ii) STJ, REsp 908790/RN, Rel. ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009, DJe 02/02/2010. Ver ainda a decisão: “[...] Cumpre destacar, ainda, que o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas [...]” (AgRg no REsp n. 1539929/MG, Rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 02/08/2016).

³⁵ Não bastasse isso, há discriminação profunda em face dos incisos I e II, no que tange ao prazo de proibição de contratação com o Poder Público dos condenados por improbidade, pois está previsto o prazo de catorze e doze anos, respectivamente, para aqueles, e somente quatro anos para o inciso III. Ver outras advertências de: (i) CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Op. cit., p.1073, e (ii) MARTINS JR., Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. Op. cit., p. 227.

Temos em tais disposições referidas potencial *contradição em termos* a ser usada para configurar eventual ausência de culpabilidade quando as confrontamos com o estabelecido pelo §5º, do mesmo art. 11, do PL, no sentido de que os atos de improbidade exigem *lesividade relevante* (o que é isso?) ao bem jurídico tutelado, independentemente do reconhecimento de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. Estaríamos aqui sufragando a figura da improbidade administrativa de menor potencial ofensivo ou de bagatela? Então agora teremos bens, interesses e patrimônio públicos de distintas naturezas: os de menor e os de maior relevância? Quem irá definir isto e com base em que critérios?³⁶

Afora isso, as disposições insertas nos parágrafos 4º e 5º, do art. 21, do PL, trazem igualmente complicadores no sancionamento de atos ímprobos, eis que determina: (i) que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos enfrentados, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da improbidade; (ii) que eventuais outras sanções aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as aplicadas por improbidade. A uma, as decisões criminais têm particularidades exclusivamente delas (relacionadas a materialidade, autoria, culpabilidade etc.) que não se enquadram, necessariamente, com decisões de natureza administrativa ou civis; a duas, sanções aplicadas em outras esferas também apresentam fundamentos e justificativas potencialmente distintas das de natureza ímproba, começando aí as dificuldades de se estabelecerem parâmetros de compensação que reclama a norma.

As pessoas jurídicas – protagonistas históricas de escândalos de corrupção, crimes contra a Administração Pública e improbidades no Brasil, basta lembrarmos da Operação Lava a Jato em termos mais recentes de história – estão amplamente beneficiadas no PL:

- (i) A começar pela limitação de indisponibilidade de bens no âmbito da LIA, condicionada a prévia desconsideração da personalidade jurídica (art. 16, §6º), o que por vezes é morosa e oportuniza muitas manobras procrastinatórias, inviabilizando a garantia que se espera em situações desta natureza;
- (ii) Segue pela limitação de responsabilidade nas hipóteses de fusão e incorporação, pois restrita a obrigação de reparação integral do dano causado até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação (exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados) – nos termos do art. 8º-A, do PL. Por certo que expedientes de fusões e incorporações, por vezes, se dão a fim de justamente dificultar a aferição de responsabilidades múltiplas por ilícitos praticados, e agora tudo agravado porque coloca-se o patrimônio transferido – mesmo que ficticiamente - como base de eventual dever de ressarcimento;
- (iii) Ainda, à responsabilização da pessoa jurídica deverão ser considerados os “efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades.” (art. 12, §3º). O que isso significa em termos de densificação material e objetiva para os fins de responsabilidade?

³⁶ Parece que sim, basta vermos a dicção do §5º, do art. 12, do PL, ao referir que, em se tratando de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção se limitará à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso.

(iv) E agora a cereja do bolo: em caráter excepcional e por *motivos relevantes devidamente justificados*, a pena de proibição de contratação com o Poder Público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, “devendo-se sempre observar os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica.” (art. 12, §4º). Novamente, que isso significa em termos de densificação material e objetiva para os fins de responsabilidade?

Como eventualmente equalizar esses comandos em termos de atendimento dos escopos que pretende a LIA tutelar? Que tipo de ponderação deverá ser feita nesses casos, e com base em que razões de justificação e fundamentação?

3.6 Da alteração dos prazos prescricionais

O projeto pretende alterar, em seu art. 23, o prazo prescricional (oito anos da data do fato), o que, considerando o tempo médio de tramitação deste tipo de ação no Brasil e mesmo as particularidades dos envolvidos, pode inviabilizar condenações, a despeito da nova redação do art. 23, da LIA, proposta pelo PL, contemplando diversas causas de interrupção daquele prazo. O PL ainda pretende inserir o §8º, no art. 23, autorizando o magistrado ou tribunal, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente (que se dá durante o curso do processo, acarretando seguramente muitos casos de impunidade até em face da morosidade habitual à edição de decisão judicial).

O mesmo dispositivo – em seu §2º – estabelece o prazo matemático de 180 (cento e oitenta) dias para a conclusão das investigações do inquérito civil que apura a improbidade, deixando de considerar por completo – até em face das experiências que temos hoje – as situações de alguns casos de alta complexidade e sofisticação, que por vezes requerem afastamento de sigilos bancário e fiscal, análise e perícia de documentos, oitiva de testemunhas, inclusive em outros Estados e países, atuação cooperativa de outros órgãos de controle da administração pública, inspeções de obras e serviços, sem contar que inúmeros investigados, por conta da posição política e de poder que ocupam, podem obstar ou dificultar o andamento destas investigações.³⁷

Ou seja, em muitos cenários atuais – e que tendem a se repetir no futuro – a prescrição tornar-se-á, pela proposta em andamento, quase certa, tanto em face dos seus novos prazos fixados, como por conta da contagem pela metade após interrupções, somando-se a isto a complexidade de determinadas investigações necessárias aos fatos ocorridos, levadas a cabo, muitas vezes, por sofisticadas redes criminosas domésticas e internacionais.

3.7 Da limitação da legitimidade ativa na proposição da ação de improbidade administrativa

O art. 17, do PL, estabelece que apenas o Ministério Público poderá ajuizar a ação por improbidade, sob o argumento, desde a exposição de motivos, de que muitas destas ações são ajuizadas com fins políticos, sem nenhum dado concreto provando isso, e desconside-

³⁷ O Senado Federal, no dia 29/09/2021, propõe a ampliação desse prazo para 365 dias, podendo ser prorrogado uma única vez.

rando os vários mecanismos que possibilitam a rejeição liminar, ou mesmo o julgamento antecipado de improcedência, de ações sem causa fundante.

A despeito disso, a limitação da legitimidade ativa nesse tipo de ação promove o enfraquecimento do controle de atos que a LIA visa enfrentar, pois a própria vítima do ato ilegal se vê impedida de buscar a reparação do dano e a punição dos atos ímprobos. Ou seja, na prática, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios ficarão dependentes da atuação do Ministério Público neste particular.

Vai nessa direção o posicionamento da Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, em nota publicada em 16 de junho de 2021, sustentando que:

Causam estranheza e perplexidade o dispositivo do projeto que concede exclusividade ao Ministério Público para propor ações de improbidade administrativa, retirando do ente público lesado, ou seja, da vítima do ato ilegal, o direito de buscar a reparação do dano e a punição dos atos ímprobos.

Caso o texto seja aprovado como está, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ficarão dependentes da atuação do Ministério Público, representando um retrocesso para a sociedade no combate à corrupção.

Melhor para o interesse público que mais instituições trabalhem no combate à corrupção, de modo articulado e transparente, gerando um verdadeiro accountability horizontal, essencial em uma democracia, em que órgãos e instituições de mesmo nível exercem suas atribuições e realizam mútua fiscalização e controle, em busca do bem comum.

Com a mesma estatura constitucional do MP, a advocacia pública deve ter os mesmos meios de combate à corrupção nos espaços públicos.

A advocacia pública defende em juízo os interesses do Estado e, conseqüentemente, os interesses da sociedade. Retirar a sua competência de ingressar com ações de improbidade é retirar do Estado parte essencial desta função conferida pela Constituição Federal.³⁸

A par disso, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça, do Senado Federal, em setembro de 2021, corrobora esse entendimento, apenas enaltecendo que a exclusividade do Ministério Público para propor ação de improbidade administrativa – com base no §4º, do artigo 37, da CF/88 –, não exclui o direito das pessoas jurídicas de direito público interno ajuizarem as competentes ações de ressarcimento, cujo fundamento de validade constitucional é o estabelecido pelo §5º, do artigo 37, da CF/88, e que, nessa qualidade, a respectiva pretensão já foi reconhecida como imprescritível, desde que o comportamento ímprobo esteja fundado no dolo, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de repercussão geral.³⁹

O parecer agora definitivo do Senado Federal sobre o PL propõe a alteração do art. 3º, do PL enviado pela Câmara dos Deputados, no sentido de determinar o prazo de um ano,

³⁸ ASSOCIAÇÃO de procuradores repudia PL da improbidade administrativa. *Migalhas*, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/347176/associacao-de-procuradores-repudia-pl-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 06 set. 2021.

³⁹ Nos autos RE n. 852.475, Red. Min. Edson Fachin, Tema 897, julgado em 08/08/2018.

a partir da publicação da Lei, para que o Ministério Público manifeste interesse no prosseguimento das ações por improbidade administrativa em curso ajuizadas pela Fazenda Pública, inclusive em grau de recurso, sob pena do feito ser extinto sem resolução do mérito. E faz isto sem qualquer preocupação de identificar quantos processos ainda estão tramitando no país com estas feições, e o que eles representam em termos de danos promovidos contra os interesses, patrimônio e bens públicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da improbidade administrativa está extremamente associado ao da corrupção, abuso de autoridade e desvios de finalidade e poder.

Matéria jornalística publicada pelo site G1, do Globo, dá conta de que a Controladoria-Geral da União apontou recentemente desperdícios enormes de recursos públicos do Ministério da Saúde em 2020 envolvendo a destruição de vacinas e remédios e equipamentos extraviados, destacando a notícia que:

Segundo o documento, R\$ 21 milhões foram gastos com a destruição, por exemplo, de mais de 25 toneladas de vacina Pentavalente e quase quatro toneladas de vacina Tríplice. No total, em dez meses, foram jogadas no lixo quase 30 toneladas de medicamentos.

Os técnicos também registraram que milhões de doses de vacinas perderam o prazo de validade antes de serem usadas, principalmente contra a febre amarela e hepatite, além de medicamentos de alto custo. Ao todo, foram perdidos 750 lotes de medicamentos. Na lista, remédios vencidos desde julho de 2009, um prejuízo de R\$ 172 milhões.

Os técnicos também verificaram que 66 doses de um medicamento de alto custo - vendido a mais de R\$ 12 mil a dose - tinham simplesmente sumido. Saíram do estoque sem destino conhecido, provocando prejuízo de R\$ 840 mil.

A auditoria mostrou também que equipamentos decisivos na luta contra a Covid, como respiradores, também sumiram.

Os técnicos estranharam que o sistema não tinha os comprovantes de entrega de quase 5 mil respiradores, o que obrigou a CGU a rastrear os equipamentos em estados e municípios. No fim, ninguém soube dizer onde foram parar 336 respiradores, que custaram mais de R\$ 18 milhões.⁴⁰

Esse é um bom momento para lembrarmos das disposições do Decreto n. 1.171, de 22 de junho de (Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal), que estabelece, no Capítulo I, Seção I, de seu Anexo, que: a dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos, comportamentos e atitudes serão

⁴⁰ PARREIRA, Marcelo. Relatório da CGU aponta desperdício de dinheiro no Ministério da Saúde em 2020. G1, 25 set. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/25/relatorio-da-cgu-aponta-desperdicio-de-dinheiro-no-ministerio-da-saude-em-2020.ghtml>. Acesso em: 27 set. 2021.

direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos (I); o servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta.

A partir daí, queremos sustentar que, se o agente público sabe que determinado comportamento seu pode configurar irregularidade passível de constituir ilícito civil ou criminal, e mesmo resultado lesivo, e ainda assim age, aceitando-o; se ele assume o risco de produzi-lo, já que, visualizando a possibilidade da ocorrência do ato ilícito, não interrompe a sua ação, admitindo, anuindo, concordando com o resultado, seguramente deve responder por quaisquer configurações típicas vigentes e válidas, inclusive as atinentes à improbidade administrativa.

Claro que é possível haver situações em que o agente público que se conduz daquela forma não tenha desde o início de sua ação a vontade dirigida à obtenção do resultado violador e ilícito; o que ele quer é algo diverso; mas, quando prevendo que o evento possa ocorrer – ou, tendo condições de fazê-lo, não o faz –, inexoravelmente estará assumindo o risco de causá-lo, restando aí configurado o comportamento ímprobo, ainda mais quando o objeto de proteção da LIA guarda a amplitude que defendemos neste trabalho, dizendo com patrimônio moral e institucional que não pode ser depredado por condutas dolosas, negligentes, imperitas ou imprudentes.

E isso porque todos os servidores (agentes políticos e públicos), e mesmos os agentes de mercado e da sociedade civil que com eles interagem, têm a obrigação de conhecer os limites de suas ações sob o manto da legalidade, honestidade, transparência e responsabilidade, não podendo escusar-se de tal sob o argumento de desconhecimento da lei.

É o patrimônio, interesse e bens públicos que estão em jogo neste debate; olvidarmos disso trará implicações ainda mais trágicas a todos, basta atentarmos aos escândalos que as mídias brasileiras reportam todos os dias em termos de improbidades administrativas praticadas no território nacional, ou mesmo conhecermos os casos em tempo real investigados pelos órgãos de controle externo no país.

Algumas iniciativas jurisdicionais de resistência a estas mudanças já podem ser vistas, por exemplo, na recente edição de nova Súmula da Primeira Seção, do STJ, a de n. 651, aprovada em 21/10/2021, asseverando que “compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública.”⁴¹

Por mais que diga o óbvio nessa dicção jurisdicional, simbolicamente reforça a importância de o controle interno efetivamente funcionar contra a improbidade administrativa que tende a se alastrar ainda mais, haja a vista a sanção sem ressalvas do Presidente da República ao projeto sob comento.⁴²

⁴¹ ADMINISTRAÇÃO deve demitir servidor ímprobo mesmo sem condenação judicial. *Consultor Jurídico*, 25 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/mesmo-condenacao-judicial-administracao-de-mitir-servidor>. Acesso em: 26 out. 2021.

⁴² LARA, Rafael; GUIMARÃES, Neila. Bolsonaro sanciona alterações na lei de improbidade administrativa; veja o que muda. *CNN Brasil*, São Paulo; Brasília, 26 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-sanciona-projeto-que-flexibiliza-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 26 out. 2021.

REFERÊNCIAS

- ADMINISTRAÇÃO deve demitir servidor ímprobo mesmo sem condenação judicial. *Consultor Jurídico*, 25 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/mesmo-condenacao-judicial-administracao-demitir-servidor>. Acesso em: 26 out. 2021.
- ALEXY, Robert. *The construction of constitutional rights*. *Law & Ethics of Human Rights*, Berkeley: Berkeley Electronic Press, v. 4, Issue 1, 2010.
- ASSOCIAÇÃO de procuradores repudia PL da improbidade administrativa. *Migalhas*, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/347176/associacao-de-procuradores-repudia-pl-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 06 set. 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CCJ pode votar na quarta projeto que altera a Lei de Improbidade Administrativa. *Agência Senado*, 24 set. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/24/ccj-pode-votar-na-quarta-projeto-que-altera-a-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 24 ago. 2022.
- COELHO, Gabriela. Pesquisa mostra que sanções por improbidade são muito amplas e geram insegurança. *Consultor Jurídico*, 20 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas>. Acesso em: 14 set. 2021.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/320/1/Justi%c3%a7a%20Pesquisa%20-%20Lei%20de%20Improbidade%20Administrativa.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2022.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO (INAC). *Radiografia das condenações por improbidade administrativa*. São Paulo: INAC, 2017. Disponível em: https://www.naoaceitocorruptao.org.br/_files/ugd/b2b717_af196f5ba95c431c99663a9fc01df625.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.
- JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. São Paulo: Manole, 2003.
- JAKOBS, Günther. *Uma teoria da obrigação jurídica*. São Paulo: Manole, 2003.
- KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1985.
- LARA, Rafael; GUIMARÃES, Neila. Bolsonaro sanciona alterações na lei de improbidade administrativa; veja o que muda. *CNN Brasil*, São Paulo; Brasília, 26 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-sanciona-projeto-que-flexibiliza-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 26 out. 2021.
- LEAL, Rogerio Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, v. 1. n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40513/27392>. Acesso em: 24 ago. 2022.
- LEAL, Rogerio Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Barcelona: Anthropos, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Madrid: Trotta, 2013.
- MARTINS JR., Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Uma reforma na Lei de Improbidade Administrativa, que não atende as exigências da sociedade. *INAC*, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://www.naoaceitocorruptao.org.br/post/uma-reforma-na-lei-de-improbidade-administrativa-que-n%C3%A3o-atende-%C3%A0s-exig%C3%AAncias-da-sociedade>. Acesso em: 21 set. 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

PARREIRA, Marcelo. Relatório da CGU aponta desperdício de dinheiro no Ministério da Saúde em 2020. *G1*, 25 set. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/25/relatorio-da-cgu-aponta-desperdicio-de-dinheiro-no-ministerio-da-saude-em-2020.ghtml>. Acesso em: 27 set. 2021.

SANT'ANNA, Danilo Barbosa de; LUNARDELLI, José Marcos; NOLASCO, Rita Dias; TOKANO, Tércio Issami (Coords). Combate à corrupção na Administração Pública – diálogos interinstitucionais. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília-DF, v. 12, n. 02, p. 01-464, maio/ago. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/2020_Periodicos/Publ-Esc-AGU_v.12_n.02.pdf. Acesso em: 23 ago. 2022.

SOUZA, Josias de. Senado está a um passo de premiar atos de improbidade, dificultando a punição. *UOL*, 26 set. 2021. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/josias-de-souza/2021/09/26/senado-esta-a-um-passo-de-premiar-atos-de-improbidade-dificultando-punicao.amp.htm?__twitter_impression=true. Acesso em: 27 set. 2021.



Limites e possibilidades da intervenção estatal na autonomia privada

Sergio de Andréa Ferreira

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Administrativo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador Federal do TRF2 (aposentado). Membro efetivo da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Direitos subjetivos: conteúdo e exercício. 3 A função social da propriedade, do contrato e da empresa. 4 As limitações impostas pela boa-fé, pela probidade e outros valores. 5 A ordem econômica e financeira. 6 A Lei de Liberdade Econômica. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Pontes de Miranda assinala que, mediante as regras e os princípios jurídicos, “consegue o homem diminuir, de muito, o arbitrário na vida social; a desordem dos interesses; o tumulto do movimento do homem à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaz algum apetite”¹.

Nesse cenário, cumpre frisar a *invocação abusiva* do que se considera *liberdade*. Distingamos entre o *livre-arbítrio*, a *liberdade individual* e as *liberdades*.

O *livre-arbítrio* é a mais íntima e absoluta das nossas faculdades. Se arbítrio já corresponde a uma decisão, a uma opção, dependente apenas de nossa vontade, o adjetivo, ‘livre’, reforça o absolutismo da capacidade decisória e de escolha, independentemente de qualquer condicionamento, motivo ou causa determinante. É matéria própria da Religião, da Filosofia, refugindo ao Direito.

Já a *liberdade individual* é um ser ou não ser; um status, garantido pelo Direito. É o ser sujeito e, nunca, objeto de direito. E não ter a sua vida condicionada ao exercício de uma função social.

Com suas raízes pré-estatais, e na linha do Direito Natural, essa liberdade é direito fundamental, absoluto, da pessoa humana; e não admite limites, limitações ou restrições. Ninguém é “meio livre”.

Já as *liberdades* também são, em seu conteúdo, absolutas; mas seu exercício é juridicamente institucionalizável; de modo a evitar os conflitos interpessoais, assim como o sacrifício do interesse coletivo.

Sua exercitação tem de ser regular, e nunca abusiva; sendo, daí, passível de regulação jurídica.

Um dos grandes momentos da evolução jurídica foi o da identificação do abuso do direito, de seu exercício irregular, caracterizado como ato ilícito. Daí, a necessidade de leis que disponham sobre esse exercício; assim como se impõe o desempenho, no campo administrativo, do poder regulatório e do poder de polícia administrativa.

¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Campinas: Borsoi; Bookseller, 1999. p. 13.

Por seu turno, o que se chama de autonomia privada é o espaço intrajurídico, em que o Ordenamento Jurídico nos confere a capacidade de produzir efeitos de direito, em razão da prática de atos jurígenos – uni, bi ou multilaterais. Consiste no poder de autorregramento dos interesses, da vontade, e se submete aos limites desse espaço.

As regras jurídicas estabelecem até onde se pode querer.

Existem as regras cogentes, que prescrevem o atendimento de certos requisitos e limitações, na expressão da vontade; as normas imperativas e proibitivas, além do subsídio daquelas de natureza supletiva; as regras dispositivas, as quais operam, se o manifestante da vontade não disse diferentemente; e aquelas, interpretativas, para os casos de dúvida sobre o que foi dito.

O que se exige à expressão de vontade, geradora do negócio jurídico, é dirigir-se ela à produção de determinado efeito jurídico: ou se constitui, ou se modifica, ou, ainda, se extingue.

Através do negócio jurídico, com seu conteúdo *ex voluntate*, as pessoas escolhem as formas jurídicas que melhor atendem a seus interesses, gerando, com a prática negocial, os efeitos jurídicos queridos; como no caso do contrato.

Mas não podemos esquecer que há manifestações de vontade, que entram no mundo jurídico como atos jurídicos em sentido estrito, chamados, pelo Código Civil, de atos jurídicos lícitos. Ainda podem configurar-se, atos ilícitos.

Nos atos jurídicos stricto sensu, a vontade é dirigida a efeitos *ex lege*, como na quitação.

Ainda existem os denominados atos jurídicos simples, em que o elemento volitivo se traduz na simples voluntariedade, como na fixação do domicílio civil.

Verifica-se, assim, que a *autonomia da vontade* já atua no âmbito jurídico.

Há, contudo, um momento anterior: aquele em que é possível a opção entre querer ou não querer a prática do negócio ou do ato jurídico.

Funciona, então, a autonomia da vontade, que também sofre limitações de Direito, já que este veda a prática de determinados atos, ou a exige, como no caso dos contratos obrigatórios.

O efeito vinculativo da vontade jurígena traduz-se na parêmia, *pacta sunt servanda*. Mas, ressalte-se, que só há autonomia privada plena, se houver equilíbrio entre as partes do negócio jurídico.

2 DIREITOS SUBJETIVOS: CONTEÚDO E EXERCÍCIO

Os *direitos subjetivos*, em seu conteúdo, encerram poderes, como o de alienar, no caso do domínio; o de ceder, no direito obrigacional; e faculdades, que traduzem, faticamente (fato e faculdade são *cognatos*), a *satisfação do interesse, a que, juridicamente, atende o direito subjetivo*.

O conteúdo do direito marca a sua extensão, define seu objeto e compõe-se desses poderes e faculdades. Os atos e fatos praticados por seu titular, de acordo com tal conteúdo, dentro dessa extensão, correspondem ao exercício do direito. O exercício *dá-se, portanto, através de fatos*, quando se trata de faculdades, como na construção de um edifício, pelo proprietário, em imóvel seu; ou por atos e negócios jurídicos, quando se cuida de poderes, como o de dispor, contido no domínio.

Cabe ao ordenamento jurídico institucionalizar os direitos subjetivos, definindo seu conteúdo, regulando seu exercício e estabelecendo os respectivos limites.

Esses direitos têm, portanto, limites, que circunscrevem seu conteúdo, ou seja, seu complexo de poderes e faculdades; e limitações a seu exercício; sendo, por outro lado, balizados com tangencionamentos, incursões, intromissões e ingerências que terceiros podem fazer.

Há, com efeito, um conteúdo positivo, circunscrito pelos chamados limites positivos, que fixam o elenco de poderes e faculdades do titular do direito, e o alcance do respectivo exercício, ou seja, até onde aquele pode ir na realização de tais poderes e faculdades.

Mas há um conteúdo e um alcance ditos negativos, circunscritos pelos limites e limitações negativas, que estabelecem até onde podem ocorrer ingerências, incursões, intromissões e tangencionamentos de terceiros em relação ao direito alheio; assim como quais os poderes e faculdades de que não dispõe seu titular, e aonde não pode ele ir, no exercício do direito.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, DO CONTRATO E DA EMPRESA

O termo, *propriedade*, é constitucionalmente empregado no sentido abrangente de patrimônio, de conjunto de direitos patrimoniais, ou seja, de direitos de valor econômico-financeiro.

As Constituições Brasileiras de 1824 (art. 179, n. 22) e de 1891 (art. 72, §17) garantiam o direito de propriedade em toda a sua plenitude. As Constituições de 1934 (art. 113, n. 17), de 1946 (art. 141, §16) e de 1967 (art. 150, §22; 153, §22, pela Emenda Constitucional n. 1/69) limitaram-se a aludir ao direito de propriedade, sendo que a de 1937 (art. 122, n. 14) ressaltava que “o seu conteúdo e os seus limites” seriam os definidos nas leis que lhe regulassem “o exercício”.

Conteúdo, exercício e limites dos direitos de propriedade são, portanto, estabelecidos pela Constituição e pelas leis e, conseqüentemente, modificáveis, com a mudança da legislação.

O Direito Constitucional Brasileiro, a partir da Constituição Federal (CF) de 1934, tem atribuído uma função social à propriedade, o que traduz o sentido global do seu conteúdo e exercício, e dos respectivos limites. A CF de 1934, em seu art. 113, n. 17, prescrevia não poder o direito de propriedade ser exercido ‘contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar’. O art. 147 da Carta de 1946 estatuiu que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social. A Constituição de 67 (art. 157, III, da redação original; art. 160, III, pela Emenda Constitucional n. 1/69) tinha, na função social da propriedade, princípio básico da Ordem Econômica e Social, que, por seu turno, possuía, por finalidade última, realizar a justiça social.

A função social da propriedade leva, especificamente, a que o titular do direito seja obrigado a fazer; a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum.

Corresponde a uma concepção ativa, comissiva do uso da propriedade.

Desse modo, a noção não alberga, apenas, limitações do exercício de direitos patrimoniais, mas também a imposição de deveres e obrigações, no tocante a esse exercício.

É o que se chama de vocação dos vários segmentos da propriedade; que a CF expressa em diferentes dispositivos: art. 182, §2º (propriedade urbana) e art. 186 (propriedade rural).

O Direito Brasileiro sempre ostentou limitações comissivas, omissivas e passivas da propriedade. Mas há uma grande distância, foi dado um gigantesco passo, entre as limitações em favor de vizinhos, como se vê no Código Civil, e aquelas em benefício da comunidade em geral, em nome do bem comum, do interesse social.

A Carta vigente desenvolveu esse dever individual e coletivo: (a) repetindo (art. 5º; XXIII) que “a propriedade atenderá a sua função social”; (b) erigindo (art. 170, III), como princípio da Ordem Econômica, a ‘função social da propriedade’; (c) prevendo a desapropriação por interesse social (arts. 5º, XXIV, e 184); (d) estabelecendo (art. 182, §1º), que “a propriedade urbana cumpre sua função social, quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor”; (e) facultando ao Poder Público Municipal (art. 182, §4º) “exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento”; sob pena, dentre outros gravames, de ‘parcelamento ou edificação compulsórios’ (inciso I); (f) prescrevendo (art. 186) os requisitos a serem simultaneamente atendidos, para que se reconheça o cumprimento da função social da propriedade rural, dentre os quais o “aproveitamento racional e adequado” (inciso I), sob a cominação da desapropriação por interesse social (art. 184).

Como toda função jurídica, a função social da propriedade envolve a obrigação de consecução de um fim; sendo base para farta instrumentação pela legislação e regulação econômicas.

A exercício da autonomia privada, em sede de direitos patrimoniais, está finalisticamente clausulada pela função social a que devem atender.

O vocábulo função tem esse significado finalístico; aqui, do exercício do conjunto dos poderes e faculdades, que constituem o conteúdo dos direitos.

Isso ocorre com a propriedade e, igualmente, com o contrato; dispondo, sobre este, o art. 421 e o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil.

Dessa maneira se inscrevem como fundamentos da vida privada: a função social da propriedade; a do contrato; e a função social da empresa; quanto a esta, nos termos da Lei 6.404/76².

² “Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fins lucrativos, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes”. “Art. 116. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Por isso, reconhecem-se dois fenômenos: o da constitucionalização do Direito Privado e o da sua socialização.

4 AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELA BOA-FÉ, PELA PROIBIDADE E OUTROS VALORES

Princípio capitaneador da atuação, no campo negocial, é o da *boa-fé*: CC, arts. 113, *caput*, e §1º, III³; 187⁴; 422⁵.

Também delimitam a autonomia privada os valores da ordem pública e os dos bons costumes, como se vê nos arts. 122 e 1.125 do Código Civil⁶.

Afirma Orlando Gomes⁷ que “a ‘liberdade de contratar’ propriamente dita ‘jamais foi ilimitada’”; merecendo destaque, pelo autor, os limites impostos pela ordem pública⁸ e pelos bons costumes⁹. Trata, em seguida, do dirigismo contratual¹⁰.

Firmou-se a diferença entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, para efeito de validação de negócios jurídicos e na apreciação da reprovabilidade da conduta; de modo a assegurar a confiança nas relações inter-humanas.

Na subjetiva, há uma apreciação de valores, uma valoração, de modo que, no conflito de interesses, um deles há de ter maior peso¹¹.

³ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. §1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: [...] III: corresponder à boa-fé;”

⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁵ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁶ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. [...] Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de ordem pública ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto.

⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 27.

⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Op. cit., p. 28: “Particularizando, a noção de ordem pública pode ser dada, como o faz HENRI DE PAGE, embora sem a precisão indispensável a toda definição, através de uma ideia geral. A lei de ordem pública seria ‘aquela que entende com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no direito privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade’.”

⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Op. cit., p. 29: “A noção de bons costumes oferece a mesma dificuldade de conceituação. Não há expressões gerais para defini-la em termos precisos. Parece ser uma projeção de regras morais no terreno jurídico, mas não se confunde com a Moral”.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Op. cit., p. 31: “Em face do uso nocivo da liberdade de contratar, muitos contratos passaram a se formar por adesão de uma das partes às cláusulas impostas pela outra. Por outro lado, o conteúdo de vários contratos passou a ser regulamentado por preceitos legais imperativos, que cortam qualquer discussão entre as partes a respeito de certos efeitos. Tais alterações, tendo afetado a liberdade de formação do vínculo contratual, influíram sobre o próprio conceito de contrato. Falou-se, então, na decadência do contrato, porque as cláusulas contratuais de certos tipos de convenção deixaram de ser livremente determinadas pelas partes. Afirmou-se que a sua noção clássica deixara de corresponder à realidade. Relações jurídicas oriundas tradicionalmente de contrato passaram a ser explicadas como efeito de causa diversa, admitida como foi, por certas correntes doutrinárias, a natureza unilateral do ato de formação. Contudo, reconheceu-se que, apesar da tendência para regulamentar o conteúdo do contrato, seu conceito não se modificou, dado que tem como elemento decisivo o consentimento livre”.

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo III. Campinas: Bookseller, 2000. p. 374.

Aquele que expressa a vontade jurígena acredita que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui do negócio.

Já a boa-fé objetiva “consiste em um dever de conduta”; obrigando “as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação negocial”¹².

E tudo “parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos”¹³. Observe-se que noção de “homem médio” é muito questionada.

Distingue-se a liberdade de contratar, da liberdade de conteúdo, em que vige o princípio do *numerus apertus*, e a que correspondem os contratos atípicos.

No âmbito do dirigismo contratual, surgem os contratos regulados e a conjugação de disposições legais com as contratuais, transformando o contrato em um verdadeiro “regulamento protegido por um contrato”, como no direito do trabalho.

5 A ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

A CF de 88 dedica seu Título VII à Ordem Econômica e Financeira; a qual se coloca ao lado da Ordem Política (Títulos II a V), da Ordem Financeira Pública e Tributária (Título VI) e da Ordem Social (Título VIII).

É certo que a ordem econômica e financeira do nosso País é firmada na liberdade de iniciativa, mas está vinculada à primazia do trabalho e objetiva a realização da justiça e do bem-estar sociais (art. 170).

Destarte, não obstante ser a livre iniciativa um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil, indicado, desde logo, no art. 1º da CF, e repetido no art. 170, já agora como fundamento da Ordem Econômica e Financeira; embora seja a livre concorrência um dos princípios dessa Ordem (inciso IV do mesmo artigo); apesar da garantia, constitucionalmente assegurada, do livre exercício de qualquer atividade econômica (p. único do citado art. 170); e mesmo reconhecida a legitimidade do poder econômico (art. 173, §4º), a Economia Brasileira se submete, juridicamente, a um sistema, principiológico e normativo; que constitui uma Ordem, porque se forma um complexo de diretrizes e preceitos, dispostos “com o fim de fixar as bases da economia”¹⁴.

Havemos de ter cuidado com expressões, como poder econômico e domínio econômico; as quais, se tomadas indevidamente, traduziriam um poderio incontrolável e um reduto inexpugnável, imune à jurisdição estatal.

¹² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado: conforme a Constituição da República*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 16.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2013. p. 395-396.

¹⁴ ORDEM econômico-social. In: SIDOU, José M. Othon. *Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A designação, poder econômico, comporta um sentido sociológico e, outro, jurídico, indissolavelmente interligados.

O primeiro é a “expressão integrada dos meios de toda ordem de que dispõe efetivamente a Nação, numa época considerada”. A potencialidade de produção de bens e serviços dimensiona o referido segmento, condicionando a ação dos outros fatores. Esse poder projeta-se no campo internacional.

Sob o ângulo do Direito, o poder econômico, decomposto em direitos, poderes e faculdades, os tem institucionalizados como quaisquer outros, em termos de limites de conteúdo e de limitações de exercício.

Pontes de Miranda¹⁵ faz pertinente observação: “a liberdade econômica não é um direito ‘a priori’”; pois as Cartas Políticas Brasileiras, desde 1934, só a garantem até onde ela não restrinja a justiça social – justiça distributiva – e não atente contra a existência digna de todos, o interesse nacional, a situação do consumidor, o meio ambiente. E o grande jurista enfatiza que a liberdade econômica *não tem a ver com a liberdade individual, ou seja, a liberdade humana, a liberdade do homem como pessoa.*

Assim sendo, as *liberdades econômicas não são absolutas*, mas, repita-se, institucionalizáveis, e a própria CF, em numerosos de seus dispositivos, dá início a essa institucionalização, prescrevendo, inclusive, a necessidade de autorização de **órgãos públicos**, nos casos previstos em lei, para o exercício de determinadas atividades econômicas (p. único do art. 170). Ademais, fundamentos e princípios dão o sentido profundo da ordem econômica.

Repise-se inexistir o absolutismo do “poder econômico”, cujo exercício exige o atributo da regularidade, da liceidade; preocupando-se a Carta Magna Brasileira com a repressão de seus abusos, como qualquer das liberdades por ela asseguradas.

O próprio texto constitucional (art. 173, §4º) já caracteriza os ilícitos mais graves do abuso do poder econômico: os que visam à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

O direito econômico – matéria objeto de competência concorrente, art. 24, I da CF – é o direito da ordem econômica, abrangendo: (a) a institucionalização do poder econômico; dos direitos de propriedade; (b) a valorização do trabalho humano; (c) a defesa do consumidor.

Imbrica com outros valores, as chamadas externalidades sociais, como a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais; o desenvolvimento nacional equilibrado; o pleno emprego; o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e da propriedade rural; o desenvolvimento do mercado interno, integrante do patrimônio nacional, com o objetivo de assegurar a autonomia tecnológica do País; tudo com vistas à realização da justiça social (CF, arts. 1º, IV; 3º, II a IV; 6º; 170, e seus incisos; 182, 186 e 219), a partir de raízes e contornos inscritos na Carta Política Nacional (Título VII).

Tem por objeto as situações, as relações jurídicas; os poderes, direitos, faculdades, deveres, obrigações, pretensões, ações, de que participam o Estado, como agente normativo-regulador da atividade econômica, seu incentivador, planejador e fiscalizador (CF, art. 174)

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à CF de 67/69*. 2. ed. v. 6. São Paulo: RT, 1970. p. 36.

e explorador dessa atividade (art. 173); ao lado dos demais sujeitos econômicos, do setor público e do setor privado, em um espaço social, que é o mercado.

O mercado *não é, por conseguinte, um espaço impenetrável, a que o Estado seja um estranho, já que a CF Brasileira, em seus arts. 173 e 174 lhe confere atribuições, da mais alta relevância para o setor econômico.*

Identifiquemos três grandes segmentos jurídicos: o direito individualístico, o direito institucional e o direito comunitário.

No âmbito do primeiro, as relações jurídicas, que se formam entre os indivíduos, pressupõem-se, em princípio, o sejam em “pé de igualdade”; como se se tratasse de ‘ilhas isoladas’, entre as quais se forma como que uma ‘ponte’, que as vincula. É o caso típico do contrato empresarial.

Já no campo do segundo, os inter-relacionamentos se dão dentro de uma instituição, em cujo interior se verificam a estruturação de um Poder e a formação de uma coletividade. São relações de supremacia e de membridade, com vistas à realização do bem coletivo, dos fins institucionais. É o que ocorre no Estado.

Enfim, diversamente das antes citadas relações de igualdade, que se identificam, juridicamente, dissociadas de qualquer contexto social específico; e das de supremacia e de membridade, que se formam no interior das instituições sociais, podemos reconhecer a existência das relações comunitárias, que têm, como cenário, um grupo, uma classe, um segmento social, a sociedade inteira, a Nação; contextos não institucionalizados, abertos, a que se pertence por contingências sociais, e nos quais se caracterizam as várias formas de desigualdades sociais e os enfrentamentos entre vários desses segmentos.

As relações comunitárias oferecem duas faces: sob um primeiro ângulo, são grupais, de agregação, de participação, de solidariedade, dos que têm interesses comuns; sob o outro, entre os grupos, classes, segmentos, ou entre os integrantes de uns em face de outros, buscam-se relações de equilíbrio, na medida em que se procura equalizar, ou, pelo menos, minimizar, as desigualdades, compensando as diferenças naturais e sociais entre os que se relacionam.

Assim, enquanto nas relações interindividuais, o pressuposto é a igualdade entre os polos da relação; nas intrainstitucionais, o são a supremacia de um dos polos e a membridade na coletividade; nas comunitárias, a desigualdade, que se busca superar, com base na solidariedade e na participação daqueles que têm os interesses comuns, e no seu enfrentamento com os grupos que têm interesses diversos, e, até mesmo, opostos.

Essa categorização dos ramos jurídicos se mescla com aquela que distingue entre direito privado, público e social.

Com efeito, no *ius privatum*, existem situações institucionais, como na família.

Outrossim, aspectos comunitários, sociais, estão cada vez mais presentes, como as relações de consumo.

O direito econômico é, substancialmente, direito social comunitário, eis que é o ramo jurídico que disciplina o mercado, como espaço social.

Oferece, por outro lado, o seu viés institucional, o que se identifica na empresa, como instituição econômica.

Negritem-se, outrossim, as inafastáveis vinculações com o direito público, já que o organismo estatal é um dos atores presentes.

Finalmente, no campo dos contratos, mostra seu aspecto individualístico, de direito privado.

Nas situações jurídicas de direito social, verifica-se uma participação do Estado no inter-relacionamento entre partes; surgindo, em consequência, mais uma parcela da atividade-fim estatal. Destina-se a equilibrar as relações entre membros da comunidade.

A inovação trazida pela participação social do Estado, como parcela individualizável da atuação governamental, radica-se em que, estando os interesses juridicamente protegidos, titularizados em membros da comunidade, ou em suas parcelas, em relação a outros sujeitos jurídicos desses relacionamentos, é que o Estado participa desses, dispondo normativamente, e, depois, atuando in concreto.

O sentido dessa participação é o de proteção dos mais fracos, vulneráveis, hipossuficientes, daqueles em situação de fragilidade.

Identificam-se, como sub-ramos do Direito Econômico, dentre outros, o direito econômico regulador (regulativo ou regulatório); o direito econômico da empresa e da atividade econômica; o direito do consumidor.

Conforme indica a doutrina, o direito econômico regulativo desenvolveu-se a partir do alargamento da área de abrangência do poder de polícia administrativa, já então sob a forma de poder de polícia econômica¹⁶.

A CF vale-se do conceito de poder de polícia, para eleger seu exercício como fato gerador da incidência de taxas: art. 145, II¹⁷.

Por seu turno, o Código Tributário Nacional, em seu art. 78¹⁸, define esse poder; o que faz de forma bem abrangente; inclusive albergando os aspectos econômicos.

¹⁶ cf.: VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: FGV, 1968. p. 75; DROIT Public Économique. In: CHENOT, Bernard. *Dictionnaire des Sciences Économiques*. Paris: Presses Universitaires, 1958. p. 420. Anote-se que Alberto Venancio Filho, segundo Bernard Chenot, "a regulação se desenvolveu pelo alargamento da noção de poder de polícia; e que, também no Brasil, foi, originariamente, a noção de poder de polícia a justificativa doutrinária para a chamada intervenção do Estado no domínio econômico, considerado tal poder, já pelo grande Rui Barbosa, como poder orgânico elementar, fundamental a que estão ligadas as exigências capitais de conservação da sociedade" (BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição federal brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 315).

¹⁷ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

¹⁸ Art. 78. 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 tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar n. 31, de 1966)

Conceitua-se, destarte, o poder de polícia administrativa, como sendo o conjunto de atribuições concedidas ao Poder Público para, em prol do interesse público ou social adequado, disciplinar e fiscalizar o exercício de poderes e faculdades inerentes aos direitos individuais, políticos e econômico-sociais.

A própria CF, ao enumerar e assegurar direitos públicos subjetivos, esboça limitações desse gênero. Assim, ao garantir a liberdade da manifestação de pensamento, veda o anonimato (art. 5º, IV).

Estamos, então, diante do que podemos chamar de poder de polícia constitucional.

As limitações de polícia ao exercício dos direitos são desenvolvidas pela legislação ordinária (poder de polícia legislativa), expedida pelo Poder Público competente para tutelar determinados interesses públicos.

Entra em cena, a seguir, o administrador público.

Primeiramente, para regulamentar as normas legais limitativas; a que se soma a expedição de atos regulatórios.

Torna-se necessário, porém, que ainda sejam praticados atos e fatos administrativos concretos, através dos quais se verifique a consonância, ou não, do exercício do direito com o quadro normativo vigente. Esses atos e fatos administrativos de polícia traduzem-se em ordens, como a de demolição de prédio em ruína; em exigências, como a de pintura da fachada de edifício; em proibições, como a vedação da instalação de indústria em zona residencial da cidade; em autorizações ou licenças, como para construir ou exercer profissão; e, ainda, em atos materiais (a interdição, p. ex.).

É básico, na matéria, distinguir entre, de um lado, participação social do Estado, abrangendo aquela de natureza econômica; e, de outro, a intervenção do Estado no domínio econômico.

Foi no Estado liberal, no bojo do surgimento do Estado de Direito, que a função administrativa se juridicizou: o arbítrio cedeu lugar à legalidade; e o Estado-administrador submeteu-se ao Estado-legislador e passou a ser julgado pelo Estado-juiz.

Como é próprio do ambiente liberal, o aparelhamento estatal limitava-se a atuar nas áreas próprias do Poder Público: era o Estado absenteísta, o Estado-gendarme.

Os problemas sociais exigiram, no entanto, que a atividade pública albergasse outros setores, inclusive no campo econômico.

Surgiu o Estado bem-estar, o Estado providência; também rotulado de Estado intervencionista. E passou-se a falar em intervenção do Estado no domínio econômico.

Pode compreender-se o uso dos termos intervenção, intervencionista, dado o contraste entre o novo Estado e seu antecessor, liberal; paraíso do *“laissez-faire, laissez-passer”*.

Daí, a noção de domínio econômico, como área própria do setor privado. E a de intervenção, a procurar evidenciar que o Estado seria um terceiro, em relação ao mercado, e não, parte desse espaço social.

Com efeito, seja no processo judicial (onde se identifica a intervenção de terceiros), seja numa briga de rua, intervém-se, quando não se é contendor. Em latim, *intervenire* signifi-

cava “aparecer ou apresentar-se a alguém durante uma ação; interromper (por sua presença, ou ação em algum lugar), impedir, causar embaraço”.

Lembre-mos, nessa mesma linha, da intervenção federal no Estado e da estadual no Município. Também existem as formas de intervenção em entidades privadas.

Surgem as figuras do interventor, do interveniente.

A expressão veio a assumir patamar constitucional. A propósito, citemos a Carta Política de 37, cujo art. 135 admitia a intervenção econômica, quando necessária, ‘para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado’.

E identificava duas modalidades interventivas: “mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

No regime de 46, foi editada a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a qual dispôs “sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo”¹⁹.

A CF 67/69 facultava a intervenção no domínio econômico, prevendo, inclusive, que, para atendê-la, a União poderia “instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer”.

A Carta Nacional vigente deu configuração própria ao regime da presença do Estado na Economia.

Em verdade, contempla duas modalidades: a participação econômica do Estado e a intervenção estatal no domínio econômico.

É que, no art. 174, enumera funções estatais ordinárias, eis que necessárias e permanentes: a função regulatória – a normativa e aquela in concreto –, a controladora, a planejadora, e a incentivadora.

Já a intervenção estatal reveste-se de excepcionalidade; e, como prevê o art. 149, e §2º e 4º, autoriza a instituição de contribuições sociais para custeio das medidas interventivas.

Falamos em intervenção estatal, quando se trata de atuação excepcional; como ocorre na exploração, pelo Poder Público, por meio de suas empresas, da atividade econômica propriamente dita, conforme se constata pelo disposto no art. 173 da CF. A gestão direta dessa atividade, pelo Estado, só é autorizada nos casos previstos na Constituição e ‘quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei’.

A participação social desborda do campo econômico, abrangendo outras áreas, como aquelas em que o Estado atua; tal como na previdência, na saúde, na assistência social,

¹⁹ Enumerava uma série de medidas interventivas, em seu art. 2º, dentre as quais a compra, armazenamento, distribuição e venda de várias espécies de produtos, como gêneros alimentícios e medicamentos; na fixação de preços e no controle do abastecimento; na desapropriação de bens, por interesse social; ou na requisição de serviços; na promoção de estímulos, à produção.

na educação, na cultura, no campo científico, tecnológico e na inovação; no meio ambiente, na proteção das nações indígenas.

É certo que o termo, “intervenção”, pode admitir um sentido menos técnico, como gênero, abrangendo as duas espécies²⁰.

O tema, “regulação econômica”, é, por sua vez, de inquestionável atualidade.

O pêndulo da História tem oscilado entre liberalismo, capitalismo selvagem, domado, socialismo, intervencionismo, dirigismo contratual.

No setor jurídico, repercutem, de modo vital, em época globalizante e neoliberal, especialmente em Países como o Brasil, o debate sobre as disposições normativas e a atuação concreta estatais, entre, de um lado, aqueles que são a favor da desregulação, e creem na autorregulação dos mercados; e, de outro, aqueles que empreendem uma reação à ordem jurídica liberalizante, desacreditando-a como instrumento hábil de prevenção e solução de conflito sociais.

Em verdade, porém, no conjunto das funções estatais, identifica-se parcela específica, rotulada como regulação.

A Constituição Federal, em dois tópicos, contempla a figura do “**órgão regulador**”: no art. 21, XI, quando dispõe sobre os serviços de telecomunicações; e no art. 177, §2º, III, que estabelece que a lei fixará “a estrutura e atribuições de **órgão regulador** do monopólio da União”, em tema de petróleo.

²⁰ “CF de 1937, art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais, o pensamento dos interesses da Nação, representada pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”. Carlos Ari Sundfeld, apresenta, por sua vez, uma noção ampla da regulação “A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as “atividades econômicas em sentido estrito”) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de “serviços públicos”, exploração de “bens públicos” e de “monopólios” estatais)” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (v. 1, Coleção Pareceres). p. 18). Já Antonio Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques procedem à distinção que fizemos: “A regulação pública da economia consiste no conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes econômicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente desejáveis. O conceito de regulação aqui adoptado é, portanto, menos amplo do que o de intervenção pública na economia, visto que exclui a actividade directa do Estado como produtor de bens ou de serviços. Na sua essência, o conceito de regulação pública económica implica a alteração dos comportamentos dos agentes económicos (produtores, distribuidores) em relação ao que seriam se esses comportamentos obedecessem apenas às leis de mercado ou a formas de autorregulação.” (SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 255 e ss).

Por seu turno, o já citado art. 174, no Título, Da Ordem Econômica, é explícito em preceituar que, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Mas o que é regular?

Pode constatar-se, pelo uso do vocábulo, não somente na doutrina, mas na própria legislação brasileira, que, apesar da distinção entre agente normativo e agente regulador, feita pelo art. 174 da CF, o termo, regulação, abrange uma atuação normativa, em tese e em abstrato; e outra, individualizadora, operativa, *in casu e in concreto*.

Nesse segundo sentido, que é aquele empregado pelo dispositivo constitucional citado, compõe-se, a regulação, de atos de execução do direito, podendo-se exemplificar com o controle do câmbio, mediante a venda, de dólares, pelo Banco Central.

No significado normativo, estrito, poder regulador é segmento específico do poder normativo estatal; juntamente com o poder constituinte, o legiferante e o regulamentar.

Esse poder normativo traduz-se por limitações de direito público e social.

As limitações em tela dão sentido expresso à regularidade (daí, “regular” e “órgão regulador”) do exercício de direitos, na defesa de interesses legítimos. Quanto mais espontânea e autêntica for a sensibilidade da comunidade para esses interesses, menor poderá ser o número das normas em foco.

Ainda quando emanam do mesmo legislador, porque competente em ambas as áreas – a da fixação do conteúdo do direito e a da disciplina do seu exercício -, distinguem-se as duas ordens de regras.

Realmente, bem diversa é a posição da União, quando legisla sobre direito civil (art. 22, I, da CF); e quando o faz sobre o exercício do direito de construir, através da normatização legal do chamado Direito Edilício.

O Poder Público competente, ao legislar sobre o direito, estabelecendo o seu estatuto jurídico, forma o respectivo conteúdo, e configura seu exercício, dotando-o de poderes e faculdades, e traçando-lhe os seus limites positivos, com a indicação de até onde pode ir o titular do direito. Estabelece, ainda, limites negativos, ao conferir, a terceiros, direitos de incursão, de ingerência no direito que está sendo configurado. Vê-se tal fenômeno, com clareza, na disciplina do direito de propriedade, como direito real, como domínio. Essa configuração institucional do direito decorre da noção de que, não sendo este absoluto, vigora o princípio de sua relatividade, necessária à própria coexistência e ao próprio coexercício dos direitos iguais ou conexos.

Tais limites não são, todavia, suficientes, porque o exercício dos direitos não deve ir de encontro a interesses públicos e sociais, tais como a tranquilidade, a salubridade, a segurança, públicas, como referido art. 78 do CTN.

O sentido normativo da regulação brasileira está claro na Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, que dispõe sobre o regime de previdência privada, e cujo art. 5º explicita

que a normatização das atividades das entidades de previdência privada será realizada por órgão regulador²¹.

6 A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Em momento de liberalismo econômico, foi editada a Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que instituiu a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

São objetivos do diploma legal a “proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica”, assim como o estabelecimento de “disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador” (art. 1º).

É, portanto, um ato legislativo que fere o cerne da ordem econômica e financeira nacional.

Impõe, ele, sua observância, “na aplicação e na interpretação”; e isso, nos ramos “do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho”, seja “nas relações jurídicas”, seja “na ordenação pública”; abrangendo o “exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente” (art. 1º, §1º).

Na linha liberalizante, institui uma diretriz exegética, “em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade”, no tocante a “todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas” (art. 1º, §2º).

Outrossim, dentre os “direitos de toda pessoa natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômico do País”, o art. 3º, V, elenca a “presunção de boa-fé”, nos atos praticados no exercício da atividade econômica; sendo que as dúvidas interpretativas dos ramos jurídicos, civil, empresarial, econômico e urbanístico, deverão ser solucionadas de modo a preservar a autonomia privada, exceto disposição legal, expressa, em contrário.

Ora, regras cogentes, em sede interpretativa, tolhem a índole da exegese jurídica; o que, *in casu*, se agrava pelo fato de conferir à chamada “liberdade econômica”, um amplíssimo campo de atuação.

Ponto importante é o da já citada presunção de boa-fé.

Comentando o art. 112 do Código Civil de 1916, a que corresponde o art. 164²² do atual, prelecionava Pontes de Miranda²³ que a expressão, “presumem-se”, está empregada “em sentido técnico”: presunção como meio de prova. E, assim, outra prova, “mais forte”, pode elidir a presunção. Jamais poder-se-ia entender que se tratasse de presunção *iuris et de iure*, nem, tampouco, que houvesse “pré-exclusão de anulabilidade”.

No direito administrativo, um dos primeiros princípios arrolados foi o da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

²¹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

²² “Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família”.

²³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 445-446.

Três consequências importantes decorriam dessa presunção: (a) o ato revestia-se, desde logo, de autoexecutoriedade; (b) o vício que porventura o maculasse o faria anulável, e não, nulo; e (c) caberia ao prejudicado pelo ato comprovar as causas invalidativas.

Esses efeitos podem ser transplantados para o atributo da presunção de boa-fé, no campo da liberdade econômica, em favor do particular, na moldura da LLE.

A libertação legal beneficia o privado, inclusive em face de atos administrativos de prática necessária, pois que têm por finalidade a proteção da sociedade, diante dos interesses particulares, especialmente aguçados no campo em que o objetivo dos agentes é a lucratividade.

Dentre esses atos, que sofrem, inclusive, mais do que uma interpretação restritiva – criando-se uma verdadeira interpretação tolhida –, estão os “atos públicos de liberação, a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o registro”; acrescentando, a lei, uma fórmula genérica: ‘os demais atos exigidos, sob qualquer denominação por órgão ou entidade da Administração Pública, na aplicação da legislação, como condição para o exercício de atividade econômica’ (art. 1º, §6º).

Valendo-nos da expressão popular, pode dizer-se que “a lei liberou geral”. É, no entanto, ignorar a realidade dos fatos, o restringir, por exemplo, no campo urbanístico, o espaço da interpretação e da aplicação das normas disciplinadoras do direito edilício; porquanto os abusos são de tal ordem, que, não só incorporações ilegais feitas por milícias em locais de risco, como até outras de edifícios de luxo, têm levado ao desmoronamento de construções, com prejuízo, e até morte, de moradores.

É claro que não se quer a burocracia; não se desejam as exigências descabidas, a demora no andamento dos processos administrativos, mas a liberação ora implantada vai muito além da desejada desburocratização.

Não podemos deixar de notar a diferença de tom entre a Lei ora em comento, e o Programa Nacional de Desburocratização, que se deveu ao então Ministro do Planejamento, Hélio Beltrão: o Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979²⁴.

Em sede exegética, num viés de Direito Social, o Código Civil, já na sua redação original, previu que as cláusulas ambíguas ou contraditórias, de contrato de adesão, serão interpretadas da forma “mais favorável ao aderente” (art. 423 do CC).

²⁴ Art. 3º - O programa terá por objetivo: a) construir para a melhoria do atendimento dos usuários do serviço público; b) reduzir a interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário e abreviar a solução dos casos em que essa interferência é necessária, mediante a descentralização das decisões, a simplificação do trabalho administrativo e a eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco; c) agilizar a execução dos programas federais para assegurar o cumprimento dos objetivos prioritários do Governo; [...] f) fortalecer o sistema de livre empresa, favorecendo a empresa pequena e média, que constituem a matriz do sistema, e consolidando a grande empresa privada nacional, para que ela se capacite, quando for o caso, a receber encargos e atribuições que se encontram hoje sob a responsabilidade de empresas do Estado; g) impedir o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, mediante o estímulo à execução indireta, utilizando-se, sempre que praticável, o contrato com empresas privadas capacitadas e o convênio com órgãos estaduais e municipais; h) velar pelo cumprimento da política de contenção da criação indiscriminada de empresas públicas, promovendo o equacionamento dos casos em que for possível e recomendável a transferência do controle para o setor privado, respeitada a orientação do Governo na matéria.”

O art. 3º da LLE contém o núcleo da chamada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, enunciando, entre vários, a garantia de que os negócios jurídicos serão objeto de livre estipulação das partes. E aduzindo, de forma abrangente, que a aplicação de “todas as regras de direito empresarial”, se dará, “apenas de maneira subsidiária” ao pactuado, “exceto normas de ordem pública”²⁵.

Como princípios que norteiam o regime de liberdade econômica, o art. 2º da Lei reitera o da “boa-fé do particular perante o poder público”²⁶.

A Lei de Liberdade Econômica erige, como princípio condutor de suas disposições, a “vulnerabilidade do particular perante o Estado” (art. 2º, IV).

²⁵ “Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica; II - desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas: a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público; b) as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou de outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança; e c) a legislação trabalhista; III - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda; IV - receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento; V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário; VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos; VII - (VETADO); VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública; IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei; (Vide Decreto n. 10.178, de 2019) Vigência X - arquivar qualquer documento por meio de microfilme ou por meio digital, conforme técnica e requisitos estabelecidos em regulamento, hipótese em que se equiparára a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público; (Regulamento) XI - não ser exigida medida ou prestação compensatória ou mitigatória abusiva, em sede de estudos de impacto ou outras liberações de atividade econômica no direito urbanístico, entendida como aquela que: a) (VETADO); b) requeira medida que já era planejada para execução antes da solicitação pelo particular, sem que a atividade econômica altere a demanda para execução da referida medida; c) utilize-se do particular para realizar execuções que compensem impactos que existiriam independentemente do empreendimento ou da atividade econômica solicitada; d) requeira a execução ou prestação de qualquer tipo para áreas ou situação além daquelas diretamente impactadas pela atividade econômica; ou e) mostre-se sem razoabilidade ou desproporcional, inclusive utilizada como meio de coação ou intimidação; e XII - não ser exigida pela administração pública direta ou indireta certidão sem previsão expressa em lei.”

²⁶ “Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Mas não se pode olvidar a força do poderio econômico frente ao Estado. Como, tampouco, a vulnerabilidade de pessoas em relação a outras; de grupos sociais em face de outros.

O papel do Direito Social é equalizar as diferentes situações.

Não se pode, ademais, deixar de estranhar a inclusão do direito do trabalho, no elenco dos escaninhos jurídicos submetidos ao estatuto em tela.

Dentre as ordens constitucionais, o direito do trabalho se insere na ordem social. E, quando a Constituição Federal, no Título sobre a Ordem Econômica e Financeira, alude ao trabalho, o faz para reforçar os direitos sociais do trabalhador, elencados nos arts. 6º e 7º; estatuidos que a Ordem Econômica tem, como fundamento, a “valorização do trabalho humano”, e “por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social”, com a observância de uma rica principiologia, na qual se inscreve a “busca do pleno emprego”.

A Carta Política Nacional (art. 5º, XIII) assegura a “liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”; mas essa, igualmente, é uma liberdade cujo exercício não pode ser abusivo.

De qualquer modo, é uma garantia do indivíduo, mas não diz respeito ao direito do trabalho, na sua função de integrante do direito social, e, portanto, de caráter protetivo, já que as regras laborais têm, como pressuposto, a vulnerabilidade do trabalhador.

Ainda mais: mesmo no setor do trabalho informal, a legislação deve estabelecer proteções e garantias.

A Lei fez alterações substantivas no Código Civil, em disposições norteadoras da liberdade contratual e da interpretação das avenças. Destaque-se o preceito que determina que, nas relações contratuais privadas, prevaleçam o princípio da intervenção mínima e o da excepcionalidade da revisão contratual²⁷.

Anote-se que muitos veem no julgamento, pelo Judiciário, de um caso que envolve um contrato entre particulares, como uma forma de “intervenção”. Tal não cabe, porquanto o juiz estará, simplesmente, exercendo sua função de “dizer o direito”.

Ainda no campo da exegese, o art. 113, §1º e 2º, do Código Civil, com a redação dada pela LLE, contém diretrizes interpretativas, relacionadas a hipóteses específicas.

Assim, o inciso I do §1º preceitua que “a interpretação do negócio jurídico” deve conferir-lhe o sentido indicado “pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio”.

Por outro lado, haverá de ter, como parâmetro, os “usos, costumes e práticas do mercado relativo ao tipo de negócio”.

Deverá, ademais, prevalecer a interpretação mais benéfica “à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável” (inciso IV).

Ao mister interpretativo impõe-se, ainda, considerar a razoabilidade das negociações entre as partes, e sua racionalidade econômica (inciso V).

²⁷ “Art. 421. [...] Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019).

Enfim, o §2º do art. 113 autoriza a livre pactuação, pelas partes, “de regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”.

Outrossim, volta à baila a distinção entre intervenção e participação do Estado.

A primeira modalidade tem caráter de excepcionalidade. São exemplos a edição da Lei 1.300/50, Lei do Inquilinato, a qual, dentre outros dispositivos de exceção, continha o art. 12, pelo qual foram prorrogadas, por tempo indeterminado, as locações cujo prazo expirasse na sua vigência. Lembrem-se, também, as regras de eficácia específica, no período pandêmico da Covid-19.

Mas, como desenvolvemos na análise da ordem econômica e financeira, diversa é a participação social do Estado, a qual é uma atividade, seja normativa, seja de concretização, inerente ao Estado Democrático Social de Direito.

Pela abrangência lata da eficácia da LLE, devemos entender que o termo, “intervenção”, está tomado em sentido amplo, a abrigar as duas formas.

Há de considerar-se que a vida social se altera continuamente; podendo vir a exigir intervenção *stricto sensu*; e, certamente, a participação social sempre estará presente, em maior ou menor grau.

É mister reiterar que, desde o desenvolvimento do poder de polícia administrativa, o qual desembocou, conforme já salientado, no poder regulatório, identificaram-se limites ao seu exercício, encimados pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; e tendo-se firmado o entendimento de que as limitações de exercício de direito devem ser as menos onerosas possíveis.

No tocante à revisão contratual, a sua pertinência sempre esteve ligada a situações extraordinárias.

Cite-se a onerosidade excessiva prevista nos arts. 478 a 480 do Código Civil vigente²⁸.

A caracterização dos contratos, civis e empresariais, como paritários ou não-paritários, simétricos ou assimétricos, considera a existência, ou não, de equilíbrio, de harmonia, na situação das partes contratantes.

A LLE introduziu, no Código Civil, o art. 421-A, que estabelece a presunção de paridade e simetria, destes contratos, “até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais”.

Não se presume a hipossuficiência jurídica de uma empresa perante a outra; isso, independentemente, do porte econômico²⁹.

²⁸ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

²⁹ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis

O Capítulo III da LLE cuida das “Garantias da Livre Iniciativa”, tratando, no art. 4º, do abuso do poder regulatório.

Como salientamos, ao vetusto poder de polícia, que nos vem do Direito Romano, e que evoluiu para a noção de regulação, foram sendo impostos limites, traduzidos nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; fundamentais, eis que sempre existirá o elemento, valoração, na formação das normas e na prática de atos regulatórios, e de polícia administrativa.

Embora com forte dose de discricionariedade, o exercício do poder de polícia está limitado pela vinculação, que é inerente a todo ato administrativo; e diz respeito, obrigatoriamente, à competência do agente, à finalidade de interesse público ou social e à existência dos motivos do ato.

Com efeito, como estão em jogo a disciplina, a limitação e o controle de direitos individuais, o ato de polícia deve ser o menos restritivo possível.

Excedidos os limites legítimos do poder de polícia, configurar-se-á o abuso de poder, o arbítrio, o que ensejará o acionamento do mecanismo de controle da Administração Pública, inclusive através do emprego de remédios judiciais, como o habeas corpus e o mandado de segurança³⁰.

Cabe salientar, no entanto, que os atos de polícia são autoexecutáveis; e momentos existem em que é legítimo o exacerbamento, como é o caso do estado de sítio e do estado de emergência, as ocasiões de calamidade pública (arts. 155 e ss. da CF).

Mas a LLE é altamente restritiva quanto à atividade estatal, disciplinadora do exercício dos direitos econômicos, dando, à regulação, caráter de excepcionalidade.

Com efeito, conforme já indicado, qualifica, como princípio que a preside, o de que a “intervenção do Estado” deve ser “subsidiária e excepcional”; isso, “sobre o exercício de atividades econômicas” (art. 2º, III).

A LLE é dominada pelo princípio da subsidiariedade, seja da Lei em relação ao contrato; como da participação do Estado no domínio econômico. Olvida-se que a participação do Estado no domínio econômico é constitucionalmente inafastável.

Há de lembrar-se, ademais, que ao poder de polícia sempre foi atribuído o caráter preventivo, independentemente da repressão em face das transgressões a suas disposições.

A sua evolução foi exatamente no sentido de agregar ao seu primitivo raio de ação, representado pela preservação da tranquilidade, da salubridade e da segurança públicas, o campo econômico-financeiro.

Vê-se, destarte, que a LLE trilhou o caminho oposto.

especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019). [...] III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019).

³⁰ Art. 78. [...] Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia 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.

A Lei n. 13.874, de 2019 (art. 3º, II), atribui, a toda pessoa, natural ou jurídica, o direito, que qualifica de essencial, de ‘desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeito a cobranças ou encargos adicionais’; observadas as normas “de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público”, “legislação trabalhista”; e restrições contratuais, condominiais e de direito de vizinhança.

A LLE vale-se, em diferentes tópicos, da noção de risco.

Enquanto o risco é a simples possibilidade lesiva ou prejudicial, já o perigo é a probabilidade de dano.

São, em si mesmos, resultados, eventos, e, como tal, alterações juridicamente relevantes, do mundo externo, conforme a lição, sempre brilhante, de Nelson Hungria³¹; não constituindo, “apenas, representação da mente humana”, como aduz Heleno Cláudio Fragoso³².

Valhamo-nos do conceito técnico: o risco é a “capacidade de uma grandeza com potencial para causar lesões, danos, prejuízos. Os riscos podem ser eliminados ou controlados”.

No mundo dos negócios, o fator, “riscos”, passou a ser considerado de forma muito especial, não só para tomada de medidas preventivas, mas também para sua mensuração e repartição de responsabilidades pelos vários envolvidos no negócio específico.

Desenvolveu-se a gestão ou gerenciamento de riscos, técnica administrativa de avaliação, que pode, inclusive, conduzir à aceitação de alguns deles. Surgiram as figuras do Chief Risk Officer; e a do Risk Management.

Nessa linha, a LLE libera, das exigências de autorização prévia para funcionamento, as atividades classificadas como de baixo risco: art. 3º, I³³ e §1º, I³⁴. Em contrapartida, lança mão, para outros fins, das atividades econômicas de alto e médio risco: arts. 4º, IV, e 4º-A, III e §4º.

O Decreto n. 10.178, de 18 de dezembro de 2019, regulamentou preceitos da LLE, dispondo sobre os critérios e os procedimentos a serem observados pelos órgãos e pelas entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional, para a classificação do nível de risco de atividade econômica e para fixar o prazo para a aprovação tácita do ato público de liberação.

A partir da distinção entre contratos onerosos e gratuitos – nos primeiros, ambas as partes fruem alguma vantagem; enquanto, nos segundos, apenas uma delas o faz –, chega-se a uma subdivisão dos negócios onerosos, em comutativos e aleatórios.

³¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 370.

³² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 622-623.

³³ Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;

³⁴ §1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo: I - ato do Poder Executivo federal disporá sobre a classificação de atividades de baixo risco a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica;

Nos comutativos, há uma forma de equivalência entre as prestações das partes.

Nos contratos aleatórios, está presente uma incerteza para as duas partes, quanto a se a vantagem por elas esperada será proporcional ao sacrifício que o negócio jurídico lhe impõe.

Distinguem-se as seguintes classes de contratos aleatórios: (a) os que envolvem coisas futuras que podem não vir a existir, sendo o risco imputado ao adquirente; (b) aqueles que também têm pertinência com coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade; e (c) os que dizem respeito a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente. Dispõe, sobre a matéria, o Código Civil vigente, em seus arts. 458 a 461.

A Codificação Civil distribui a assunção de risco, em várias situações: arts. 344, 449, 492.

Importantes disposições são aquelas que lidam com o fator risco, em matéria de responsabilidade civil. Nessa linha, o dolo eventual ou indireto, correspondendo à assunção do risco, pelo agente, é elemento de ilicitude, a acarretar a obrigação de ressarcir.

Outrossim, o art. 927, parágrafo único, do CC, estabelece que o agente será responsável por reparar o dano, 'independentemente de culpa', sempre que a atividade ordinariamente por ele desenvolvida importar, por sua natureza, em risco para direitos alheios.

Alude-se à álea negocial. Em latim, *alea* era o jogo de dados, o risco.

Foi na área dos contratos administrativos que se desenvolveu, de modo muito especial, o estudo e a normatização da álea, que abrangia duas espécies: a álea ordinária e a álea extraordinária.

É que correria por conta do contratado aquilo que é o risco normal de qualquer negócio econômico. Com efeito, em qualquer contrato, existe o que se pode denominar de álea ordinária, isto é, o risco do lucro maior ou menor, ou, até mesmo, do prejuízo; risco imputado a quem exerce a atividade comercial ou industrial.

A Exposição de Motivos da Consultoria-Geral da República, referente à minuta do antigo Decreto-lei n. 2.300/86, assinalava, citando Caio Tácito, que a equação econômico-financeira do contrato corresponde à "equivalência razoável entre as obrigações, atendida a álea ordinária do contrato"³⁵.

O contrato administrativo é comutativo e não, aleatório, devendo, em consequência, haver um equilíbrio entre os ônus e as vantagens que dizem respeito aos contratantes.

Quando, por várias razões, há prejuízos que não se podem imputar ao risco ordinário, suportado pelo adjudicatário, para que a comutatividade do contrato administrativo fosse mantida, e a fim de que as empresas particulares não fugissem dos contratos administrativos, tinha lugar a revisão do contrato administrativo, o reajustamento dos preços contratuais, a compensação financeira, de modo que fosse mantido o equilíbrio econômico-financeiro.

³⁵ TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 294.

A álea extraordinária assume duas formas: a) administrativa; b) econômica.

A álea extraordinária administrativa é a que surge em decorrência da ação imperativa do Poder Público, que, praticando atos de sua competência, altera o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ela decorre do exercício do poder que o Estado tem de alterar as cláusulas regulamentares do contrato, modificando a forma de prestação dos serviços. Em virtude disto, o Estado tem de indenizar ou reajustar os preços contratuais. É a hipótese do chamado fato do príncipe.

A álea administrativa tem de ser compensada, tem de ser neutralizada, de modo total, de tal sorte que a equivalência que existia, inicialmente, entre os ônus e as vantagens do contratado seja preservada. Para isso, os preços contratuais pagos pela Administração Pública, em contratos como os de obras públicas, ou as tarifas pagas pelos usuários, nos contratos de concessão de serviços públicos, têm de ser reajustados, mantendo-se, desse modo, o equilíbrio ou equação econômico-financeira do contrato.

É costume representar-se através de uma proporção matemática essa equação. Considerando-se como A, o conjunto das obrigações, dos ônus inicialmente pactuados pelo contratado; e B, o conjunto das respectivas vantagens, teremos, de início, no contrato administrativo, a equação $A = B$. Se, em razão do exercício do *ius variandi*, A passar a A' , B deverá passar a B' , para que se obtenha a equação $A' = B'$. Em termos de proporção podemos dizer que $A/B \therefore A'/B'$. A preservação da equação em referência é fundamental, para que se atenda à natureza comutativa do contrato administrativo.

A álea extraordinária econômica decorre das alterações da conjuntura econômico-financeira, basicamente da inflação, que rompe o equilíbrio financeiro do contrato; equilíbrio esse que precisa ser restabelecido. Essa álea pode decorrer, inclusive, de atos estatais, legislativos ou administrativos, que, indiretamente, atinjam o contrato: aumento de tributos, de encargos trabalhistas etc.

É certo que tribunais eclesiásticos da Idade Média sustentaram, com base em texto de Neratius, a prevalência do que se chamou a cláusula *rebus sic stantibus* no contrato comutativo de execução diferida, segundo a seguinte formulação: “*Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelleguntur.*” Consiste em presumir, nos contratos em apreço, uma cláusula, que não se lê expressa, mas que figuraria implícita, e segundo a qual os contratantes estão subordinados ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração.

O instituto da alocação de riscos foi tratado em duas Leis anteriores à LLE: a Lei das Parcerias Público-Privadas (11.079/04) e a Lei das Empresas Estatais (13.303/16).

A primeira, em seu art. 4º, VI, elenca, dentre as diretrizes da contratação das parcerias, a “repartição objetiva de riscos entre as partes”. Por seu turno, o art. 5º, III, impõe, como cláusula obrigatória dos contratos parciários, “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

Constata-se que a fixação contratual da “repartição de riscos” envolve os vários fatores, que, antes, eram considerados, com seus efeitos econômico-financeiros, a posteriori.

A Lei das Empresas Estatais, ao dispor sobre licitações e contratações de obras e serviços, por empresas públicas e mistas, introduziu a figura da “matriz de riscos”, como cláusula contratual definidora destes, e da repartição, com caracterização do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato; isso, em face de ônus financeiros causados por eventos supervenientes.

Emprega, outrossim, o termo, “alocados”, referente a riscos (art. 42, §3º).

É, em verdade, relevante o instituto da alocação de riscos, que a LLE introduziu, no Código Civil, mercê de alterações, nos arts. 49-A, parágrafo único³⁶, e 421-A, II³⁷.

A execução do negócio jurídico está sujeita a mudanças de várias ordens, em face das eventualidades que podem sobrevir à sua celebração.

A Nova Lei de Licitações, Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, dispõe, em várias de suas passagens, sobre riscos.

E, em seu art. 103, cuida, especificamente, da alocação de riscos, a englobar a identificação dos riscos contratuais, repartindo-os entre contratante e contratado³⁸; e sua quantificação, para o fim de projeção das repercussões dos respectivos custos no valor estimado da contratação (§3º).

O art. 6º, XXVII, define a já referida matriz de riscos³⁹, cláusula definidora dos aspectos englobados; e sobre ela estatuem os §4º e 5º do art. 103⁴⁰. O §1º traça diretrizes para a repartição das responsabilidades pelos riscos⁴¹.

³⁶ Art. 49-A [...] Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

³⁷ Art. 421-A [...] II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

³⁸ Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

³⁹ Art. 6º, XXVII - matriz de riscos: 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, contendo, no mínimo, as seguintes informações: [...]

⁴⁰ Art. 103. [...] §4º *A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.* §5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere: I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei; II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

⁴¹ Art. 103. [...] §1º *A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.*

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição federal brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1934.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- DROIT Public Économique. In: CHENOT, Bernard. *Dictionnaire des Sciences Économiques*. Paris: Presses Universitaires, 1958.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à CF de 67/69*. 2. ed. v. 6. São Paulo: RT, 1970.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Campinas: Borsoi; Bookseller, 1999.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo III. Campinas: Bookseller, 2000.
- ORDEM econômico-social. In: SIDOU, José M. Othon. *Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. Coimbra: Almedina, 1998.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (v. 1, Coleção Pareceres).
- TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado: conforme a Constituição da República*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: FGV, 1968.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2013.



A convergência de oportunidades da nova Lei de Licitações para o setor de saneamento básico

Thaís Marçal

Mestre em Direito das Cidades pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Presidente da Comissão de Estudos em Improbidade Administrativa da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro. Coordenadora Acadêmica da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro. Advogada.

Caio Lopes de Macêdo

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Sumário: 1 Introdução. 2 O novo Marco Legal de Saneamento Básico. 3 A regionalização dos serviços de saneamento básico. 4 A nova lei de licitações e contratos administrativos e o setor de saneamento. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A aprovação do novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei n. 14.026/2020) elenca uma abertura de uma janela de oportunidades para que o país avance nesse setor, cuja prestação é historicamente deficitária. A aposta é que, de maneira integrada, os entes federativos (União, estados, Distrito Federal e municípios), atuando preferencialmente com a iniciativa privada, atinjam as metas de universalização dos serviços de saneamento básico até 2033, garantindo o acesso à água potável à 99% da população brasileira e a coleta e tratamento de esgoto à 90%.

O saneamento básico é um direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros, extraído do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos presentes na Constituição da República (arts. 6º e 225, respectivamente). Em complemento, o acesso à água potável também é reconhecido como um direito humano fundamental, ao ponto de parte da doutrina defender o enquadramento do mesmo como um direito fundamental de sexta dimensão.¹

Ainda no cenário internacional, vale destacar que, em 28 de julho de 2010, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução A/RES/64/292, que declara a água limpa e segura e o saneamento básico como direitos humanos essenciais. Já em 2011, o Conselho dos Direitos Humanos da ONU, por meio da Resolução 16/2, reconheceu esses direitos como fundamentais à vida e à dignidade humana.

Além de um direito humano, o saneamento básico também é um instrumento eficaz de otimização dos investimentos públicos. Estima-se que a cada real aplicado em saneamento, o Poder Público economiza R\$ 4 em saúde, podendo chegar em torno de valores

¹ FACHIN, Zulmar; SILVA, Denise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas, SP: Millennium, 2010.

de R\$ 6 a R\$ 8 quando o investimento ocorre nas periferias das cidades, onde a carência de serviços públicos é maior.²

Apesar de assegurado na Constituição e em documentos internacionais, esses direitos ainda não são garantidos à grande parte da população brasileira. Segundo dados do Instituto Trata Brasil divulgados pelo relatório “Ranking do Saneamento Instituto Trata Brasil 2021”³, levando em consideração somente as 100 maiores cidades do país, existem 5,5 milhões de brasileiros sem água tratada e quase 22 milhões sem esgoto sanitário. É essa realidade que o Novo Marco Legal do Saneamento Básico pretende alterar, atingindo, como se disse, a universalização desses serviços até 31 de dezembro de 2033.

2 O NOVO MARCO LEGAL DE SANEAMENTO BÁSICO

A Lei n. 14.026/2020 atualizou o marco regulatório de saneamento básico do país. O novo diploma alterou diferentes leis que abordam o tema no nosso ordenamento jurídico, sobretudo a Lei n. 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o setor.

Para alcançar as ambiciosas metas nacionais de universalização dos serviços de fornecimento de água e esgoto, o Novo Marco Legal reconfigurou a base normativa do setor. Existe, atualmente, o incentivo à prestação delegada, que ocorrerá necessariamente por contrato de concessão, precedido de licitação, para os prestadores que não integram a administração do titular dos serviços, ao mesmo tempo em que fomenta a prestação regionalizada do saneamento.

Nesse novo cenário, as empresas estatais, que atualmente dominam o setor de saneamento no país, deverão participar das licitações públicas em igualdade de condições com as empresas privadas, para que se selecione a proposta mais vantajosa para a Administração. Nesse contexto, foram proibidas as prestações de serviços públicos de saneamento básico mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária nos casos de o prestador não integrar a administração do titular (art. 10 da Lei n. 11.445/2007).

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão e Rafael Daudt D’Oliveira acrescentam:

Note-se que esta igualdade de condições, em relação às estatais, é uma imposição de via dupla: nem as empresas estatais podem receber vantagens competitivas, como dispensas de licitação, nem podem ser discriminadas negativamente, como vedações a participarem de licitações, linhas de créditos públicos apenas para as empresas privadas etc. Igualdade em ônus e em bônus, de parte a parte. Contudo, o espírito da lei, em princípio, parece ser mais o de atrair empresas privadas para atuar no setor, em substituição às estatais⁴.

² CAPOMACCIO, Sandra. Investimento em saneamento básico retorna em benefícios à saúde. *Jornal da USP*, 08 out. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/investimento-em-saneamento-basico-retorna-em-beneficios-a-saude/>. Acesso em: 27 out. 2021.

³ INSTITUTO TRATA BRASIL. *Ranking do saneamento* (SNIS 2019). São Paulo: Instituto Trata Brasil, 2021. Disponível em: https://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/Ranking_saneamento_2021/Relat%C3%B3rio_-_Ranking_Trata_Brasil_2021_v2.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos; D’OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações iniciais sobre a Lei n. 14.026/2020 – Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 34.

Outra marca importante do Novo Marco Regulatório, como se disse, é a regionalização dos serviços públicos de saneamento básico. O inciso VI, do art. 3º da Lei n. 11.445/2007 (com redação dada pela Lei n. 14.026/2020) define a prestação regionalizada como a “modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município”. Já as alíneas do dispositivo preveem a estruturação da regionalização nas seguintes formas: (i) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; (ii) unidade regional de saneamento básico; e (iii) bloco de referência.

Os benefícios desse sistema são vários e cada modalidade de prestação regionalizada apresenta uma vantagem agregada. No caso das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, por exemplo, a execução dos serviços em bloco envolve o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura entre os municípios limítrofes e o interesse comum no planejamento, execução e operação das estruturas necessárias à prestação dos serviços (art. 3º, inciso XIV, da Lei n. 11.445/2007).

Além disso, o agrupamento de municípios pode viabilizar, do ponto de vista técnico e econômico, a concessão dos serviços de água e esgoto em municípios menos atrativos, que podem não despertar o interesse do mercado se considerados isoladamente. Técnica comumente denominada como subsídio cruzado. É preciso reforçar que pelo novo Marco Regulatório a concessão dos serviços ocorrerá, necessariamente, por licitação pública. Por isso torna-se fundamental que os modelos de concessão que surgirão a partir dessa imposição legal sejam atrativos e viáveis, evitando, desse modo, a ocorrência de licitações desertas que prejudicam o interesse público e, em última análise, os direitos dos cidadãos.

No modelo regionalizado, os ganhos financeiros ocorrem de maneira escalonada. Nesses casos, municípios que são mais rentáveis compensam aqueles que não são (art. 2º, inc. XIV, da Lei n. 11.445/2007).

Acrescenta-se que a regionalização é um processo lógico extraído do próprio desenvolvimento urbano das cidades, especialmente nas regiões conurbadas. Nesse sentido, Rafael Vanzella e Jéssica Borges destacam:

A municipalização do saneamento básico é, por conseguinte, contraditória ao processo de desenvolvimento das cidades. O crescimento da população em determinadas cidades fá-la-á mais dependente dos municípios circunvizinhos que suportarão as infraestruturas necessárias para o atendimento da população regional. E vice-versa: as economias dos municípios mais adensados recomendarão o compartilhamento das eficiências com aqueles menos adensados. As soluções de projeto e de negócio levarão esses dados em consideração. O sucesso de uma cidade fará o interesse local ser afastado pelo interesse comum. Se tudo der certo, a municipalização é etapa histórica que deverá ser em algum momento superada, ao menos no setor de saneamento básico⁵.

⁵ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 232.

As alterações introduzidas pela Lei n. 14.026/2020 vão ao encontro dessa análise. Conforme se verá a seguir, foram previstas diferentes formas de regionalização, compulsórias ou voluntárias, entre municípios limítrofes ou não e com diferentes desenhos interfederativos (instituída pela União, pelos estados ou pelos próprios municípios) como formas de superar as dificuldades geradas pela municipalização do setor.

3 A REGIONALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

A Lei 14.026/2020 cristalizou no art. 8º da Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (Lei n. 11.445/2007) a titularidade dos municípios e do Distrito Federal dos serviços de saneamento. A lei acompanhou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou nesse sentido, em 2013, no julgamento da ADI n. 1.842/RJ.

Sem embargo, no próprio art. 8º existem formas de se estruturar a prestação dos serviços de saneamento básico de forma regionalizada. A primeira delas, mencionada no inciso II, do dispositivo, diz respeito às regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. A previsão funda-se no §3º do art. 25 da Constituição Federal, que condiciona a instituição desses agrupamentos à contiguidade dos municípios e à edição de lei complementar estadual, tendo em vista que nessas áreas existe o interesse comum, ou seja, compartilhado pelos municípios e pelo próprio Estado na gestão e execução dos serviços.

O inciso II do art. 2º do Estatuto da Metrópole (Lei Federal n. 13.089/2015) define a função pública de interesse comum como “política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes”. Por essa razão, quando o estado institui uma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, a participação dos municípios é compulsória.

Nesses casos, a titularidade deixará de ser exclusiva dos municípios para ser compartilhada com o estado, ou seja, trata-se de uma titularidade comum. No caso de delegação da prestação dos serviços, será considerado um único poder concedente para os vários municípios que compõem o agrupamento regional. Importante destacar, além disso, que o §5º do art. 8º determina que será responsabilidade do titular dos serviços de saneamento básico a definição da entidade responsável pela regulação e fiscalização das atividades, independentemente da modalidade de sua prestação.

Já o §3º do mesmo dispositivo estabelece que a estrutura de governança da prestação regionalizada do saneamento básico seguirá o disposto no Estatuto da Metrópole, que, por sua vez, prevê a promoção da governança interfederativa. Sobre esse aspecto, o tema tem suscitado discussões em relação à forma que ocorrerá a governança, uma vez que o Novo Marco Legal não definiu claramente as competências nos órgãos de gestão compartilhada dos entes federativos.

As outras formas de prestação regionalizada dos serviços de saneamento são as unidades regionais de saneamento básico e os blocos de referência (art. 3º, VI, alíneas b e c). A primeira grande diferença desses modelos para os anteriores (regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões) é a ausência do aspecto compulsório em relação à

participação dos municípios. Explica-se: os Estados (no caso das unidades regionais de saneamento) e a União (com os blocos de referência) instituem essas formas de agrupamento para a prestação de serviços de saneamento básico, que serão objeto de adesão voluntária pelos municípios interessados. Nesses casos, não há necessidade de que os municípios sejam limitrofes, bastando que sejam abarcados pelo projeto.

Tais formas de execução dos serviços de saneamento são meios de otimização e ganho em escala para viabilizar que todos os municípios tenham condições técnicas e econômicas de atingir as metas de universalização de água e esgoto.

Vale o destaque de que, em que pese a liberdade dos municípios para optar ou não pela adesão às unidades regionais de saneamento e aos blocos de referência, a Lei n. 14.026/2020 modificou o art. 50 da Lei n. 11.445/2007 para condicionar a alocação de recursos públicos da União e o acesso aos financiamentos com recursos federais à adoção de mecanismos de regionalização pelos titulares dos serviços de saneamento básico, especificados nos incisos VII, VIII e IX. Ou seja, na prática, o Novo Marco Regulatório empurra os municípios para adoção de alguma forma de prestação regionalizada.

Outro instrumento previsto para a execução dos serviços de saneamento básico é a gestão associada, que pode ser feita por: (i) consórcios públicos; ou (ii) convênios de cooperação; espécies de colaboração entre os entes federativos previstas no art. 241 da Constituição da República. Os consórcios públicos, disciplinados pela Lei n. 11.107/2005, são entes personificados, nos termos do §1º do art. 1º da referida lei, que poderão ser instituídos para prestação de saneamento básico exclusivamente pelos municípios, sob a forma de autarquia intermunicipal (art. 8º, §1º, inc. I da Lei n. 11.445/2007).

Os consórcios públicos poderão prestar os serviços de saneamento básico diretamente, mas o inciso II do §1º do art. 8º traz importante regra que proíbe a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública. Trata-se de uma mudança de paradigma, uma vez que esse instrumento foi amplamente utilizado para a contratação dessas companhias, sobretudo estaduais, que realizavam os serviços de abastecimento de água e esgoto. Também está proibida a subdelegação, pela autarquia municipal, sem prévio procedimento licitatório. Reitera-se: o Novo Marco Legal opta pela prestação delegada e pela ampla competição mediante licitação pública.

Já os convênios de cooperação, que são a outra espécie de gestão associada, são acordos firmados pelos municípios e que, na forma do §4º do mencionado art. 8º da Lei n. 11.445/2007, não necessitam de autorização legal. Dessa forma, diferenciam-se dos consórcios porque não há a criação de um ente personalizado que seja parte integrante da administração indireta do ente que o instituiu.

Portanto, é possível extrair que as espécies de gestão associada, que estão relacionadas especialmente aos municípios, são as que o aspecto voluntário está mais presente. Ou seja, a discricionariedade da administração municipal, a partir de um juízo de oportunidade e conveniência, é que será o fator decisivo para a adoção dessas modalidades de prestação dos serviços de saneamento básico. O legislador, apesar de incentivar de maneira mais contundente as outras formas de regionalização, como a adesão compulsória dos municípios

nas hipóteses de existência de interesse comum e a participação de Estados e da própria União em outros modelos de regionalização, previu formas de os municípios preservarem o interesse local e se organizarem conjuntamente.

Finalmente, em qualquer uma das formas de prestação regionalizada, haverá necessidade de individualização das informações contábeis e dos registros financeiros de custos e receitas dos municípios, na forma do art. 18 da Lei n. 11.445/2007 (com redação dada pela Lei n. 14.026/2020). Nesse sentido, Juliano Heinen esclarece que:

Isso permite que se tenha transparência fiscal e orçamentária que possam compensar tarifas oriundas de diferentes titulares, ou mesmo organizar com clareza e transparência os subsídios cruzados (exemplo: a tarifa do tratamento e dispensação de água portátil custearia o esgotamento sanitário que, hipoteticamente, seria deficitário). Além disso, deixaria mais bem especificadas as balizas para o futuro reequilíbrio econômico-financeiro⁶.

Ante o exposto, a opção do Novo Marco Regulatório de Saneamento Básico pela prestação regionalizada resta demonstrada. O legislador incorporou diferentes modelos que vincularão os municípios de forma compulsória ou voluntária, dando, na segunda hipótese, espaço para escolhas administrativas com base no interesse local. Ao mesmo tempo, contudo, criou-se meios de persuadir os municípios a adotarem alguma dessas categorias, como é o caso de restrição ao acesso aos recursos federais aos municípios que não adotem mecanismos de regionalização.

4 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O SETOR DE SANEAMENTO

Além da novidade do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, introduzido pela Lei n. 14.026/2020, o país possui uma nova lei federal de licitações e contratos administrativos, a Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. As novidades dos dois diplomas legais, além de complementares, abrem janelas de oportunidades para a Administração Pública incrementar os ganhos e a forma de contratação e execução dos contratos advindos do setor de saneamento básico nos próximos anos.

Conforme se viu, a opção feita pelo Novo Marco Regulatório é pela delegação dos serviços públicos, com especial enfoque para maior abertura do mercado de saneamento para as empresas privadas. No novo regime, está vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, além de ser obrigatória a realização de procedimento licitatório para a concessão dos serviços de saneamento, nos casos de o prestador não integrar a estrutura administrativa do titular.

É nesse cenário, portanto, que a Nova Lei de Licitações tem muito a agregar. O primeiro aspecto que pode ser destacado são as formas consensuais de resolução de controvérsias que a nova lei adota. O Capítulo XII da Lei n. 14.133/2021 institui, além da conciliação e

⁶ HEINEN, Juliano. Regionalização do saneamento básico e conflitos interfederativos. *Consultor Jurídico*, 26 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-26/heinen-regionalizacao-saneamento-conflitos-interfederativos>. Acesso em: 16 out. 2021.

mediação, o comitê de resolução de disputas (*dispute board*) e a arbitragem nos contratos administrativos.

A opção pelo modelo de regionalização, somado ao estímulo à concessão dos serviços, dão origem a contratos administrativos complexos e longos que, embora sejam firmados com um único poder concedente, envolvem diferentes agentes e localidades. Nesse sentido, o comitê de resolução de disputas, previsto no art. 151 da Lei n. 14.133/2021, pode prestar auxílio fundamental aos contratantes, que terão suas controvérsias analisadas ao longo do contrato. Diante da constatação que a modelagem dos contratos é feita para durar décadas justamente para que o contratante consiga recuperar os investimentos realizados e obter margem de lucro, tal instituto mostra-se realmente útil e capaz de fortalecer a boa execução do contratual.

Além disso, esses contratos são cercados de questões complexas, que envolvem, por exemplo, soluções de engenharia e questões econômico-financeiras e jurídicas de elevadíssimo grau. Para isso, surgidas eventuais divergências, a instauração de uma arbitragem possibilita que as decisões tomadas em cima das disputas sejam dadas por um tribunal técnico que conheça o objeto em discussão. Ganha-se também em relação ao tempo, consideravelmente menor que o praticado no Judiciário, mergulhado em um número cada vez maior de processos. É indiscutível, portanto, os benefícios, tanto para a Administração quanto para o parceiro privado, que uma decisão técnica e célere pode gerar nesses contratos.

O art. 5º da Lei n. 14.133/2021 também condiciona a aplicação das disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) para as licitações e contratos firmados em todo o país. Sobre esse aspecto, o novo diploma incorpora um sistema normativo que preza, além da consensualidade, pela segurança jurídica. Nesse sentido, as decisões administrativas, como aquelas que optam pela realização ou não de uma licitação para delegar o serviço, devem levar em consideração as suas consequências práticas.

Ainda no âmbito da LINDB, considerando também que a Lei n. 14.026/2020 expandiu os poderes de regulação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, é preciso dizer que os arts. 29 e 30 aproximam a Administração dos interessados na edição e aplicação de atos normativos, além de prezar por uma atuação administrativa que aumente a segurança jurídica. Esse cenário cria um ambiente mais propício aos investimentos, tão necessários para a universalização dos serviços de saneamento básico até 2033.

Por fim, vale destacar que o art. 179 da nova lei de licitações e contratos administrativos alterou o inciso II do art. 2º da Lei n. 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, para condicioná-las à realização de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo. A segunda modalidade, novidade introduzida pelo novo diploma, aplica-se aos casos em que a Administração busca junto ao mercado soluções para objetos que envolvam: (i) inovações tecnológicas ou técnicas; (ii) casos em que haja a impossibilidade de a Administração ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; ou (iii) a impossibilidade de se definir especificações técnicas para uma contratação com precisão suficiente (art. 32, I, alíneas *a*, *b* e *c*, da Lei n. 14.133/2021).

Desse modo, é possível que a Administração utilize todas essas novidades na modelagem e execução dos contratos de prestação de saneamento básico no país. Por essa razão, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos vem complementar o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, que, ao primar pela regionalização e delegação, mediante licitação, dos serviços de água e esgoto, gera uma grande janela de oportunidades de investimentos e parcerias entre os setores público e privado. Ter institutos que facilitem a interlocução e relação entre esses dois polos é fundamental para o sucesso da tão aguardada universalização dos serviços de saneamento básico no país, que, como se demonstrou no início desse trabalho, é um direito humano fundamental, inerente à vida e à dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O acesso ao saneamento básico é um direito humano fundamental, extraído da Constituição da República e de documentos internacionais, como as Resoluções A/RES/64/292 e 16/2, da Assembleia Geral das Nações Unidas e do Conselho dos Direitos Humanos da ONU, respectivamente. Esses documentos relacionam a prestação do saneamento básico ao direito à saúde (art. 6º, CF/88), ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF/88) e à dignidade humana (art. 1º, III, CF/88);
2. O Novo Marco Legal do Saneamento Básico (introduzido pela Lei n. 14.026/2020) trouxe metas ambiciosas de universalização dos serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto até 31 de dezembro de 2033. Para tanto, incentivou a prestação delegada, que ocorrerá necessariamente por contrato de concessão, precedido de licitação, para os prestadores que não integram a administração do titular dos serviços;
3. Apesar da titularidade dos serviços ser municipal, no caso do interesse local e estadual, quando há interesse comum, conforme mencionado no inc. II, do art. 8º da Lei n. 11.445/2007, houve a opção pela regionalização dos serviços públicos de saneamento básico no país. O modelo regionalizado gera ganhos financeiros escalonados e agrega municípios rentáveis e não rentáveis, compensando os custos dos investimentos e o retorno econômico dos prestadores, podendo ser configurado das seguintes formas:
 - 3.1. Através de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, que devem ser instituídas por lei complementar estadual, considerando o interesse comum entre o estado e os municípios na prestação dos serviços de água e esgoto. Além disso, devem abarcar municípios contíguos, como dispõe o §3º do art. 25 da Constituição da República;
 - 3.2. Por unidades regionais de saneamento básico, instituídas pelos Estados ou por blocos de referência, criados pela União. Esses modelos podem ser adotados pelos municípios voluntariamente e não há necessidade de que os municípios sejam limitrofes;

- 3.3. Há, ainda, a previsão de criação de consórcios públicos pelos municípios ou de convênios de cooperação, que possuem caráter totalmente voluntário. Os consórcios são entes personalizados, regidos pela Lei n. 11.107/2005, e que poderão prestar o serviço diretamente ou de maneira delegada, mediante realização de licitação pública, sendo vedada a formalização de contratado de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, que deverão participar das licitações em condições semelhantes às das empresas privadas;
4. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) complementa as novidades introduzidas pelo Novo Marco Legal do Saneamento, aumentando a eficiência dos contratos advindos da nova fase do setor. Dentre as novidades, pode-se destacar o comitê de resolução de disputas e a arbitragem, capazes de decidir eventuais controvérsias que surjam no decorrer do contrato de maneira mais técnica e célere;
5. As disposições da LINDB, incorporadas no art. 5º da Lei n. 14.133/2021, primam pela consensualidade, segurança jurídica e análise dos impactos das decisões administrativas na realidade fática pela Administração Pública. Esse cenário cria um ambiente mais propício aos investimentos, tão necessários para a universalização dos serviços de saneamento básico até 31 de dezembro de 2033;
5. As licitações para concessão dos serviços públicos de saneamento básico são obrigatórias, como dispõe o art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995;
7. Resta evidente, portanto, que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos complementa as previsões do Novo Marco Legal de Saneamento Básico. Os novos institutos incorporados ao sistema de contratações públicas do país têm potencial para facilitar as relações jurídicas dos contratos longos e complexos que surgirão nos próximos anos no setor de saneamento. A busca por mais diálogo e segurança jurídica pela Administração servem para despertar a confiança dos investidores e garantir a disponibilidade de recursos que possibilitem a universalização dos direitos à água e saneamento básico no país.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos; D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações iniciais sobre a Lei n. 14.026/2020 – Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

CAPOMACCIO, Sandra. Investimento em saneamento básico retorna em benefícios à saúde. *Jornal da USP*, 08 out. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/investimento-em-saneamento-basico-retorna-em-beneficios-a-saude/>. Acesso em: 27 out. 2021.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Denise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas, SP: Millennium, 2010.

INSTITUTO TRATA BRASIL. *Ranking do saneamento* (SNIS 2019). São Paulo: Instituto Trata Brasil, 2021. Disponível em: https://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/Ranking_saneamento_2021/Relat%C3%B3rio_-_Ranking_Trata_Brasil_2021_v2.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

HEINEN, Juliano. Regionalização do saneamento básico e conflitos interfederativos. *Consultor Jurídico*, 26 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-26/heinen-regionalizacao-saneamento-conflitos-interfederativos>. Acesso em: 16 out. 2021.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.



Inovação e tecnologia para a Administração Pública Municipal: entre valor, competências e desafios

Thanderson Pereira de Sousa

Doutorando em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogada.

Isabelly Cysne Augusto Maia

Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora do Curso de Direito da Unichristus. Advogada.

Sumário: 1 Introdução. 2 Inovação e tecnologia para a Administração Pública: por uma qualificação constitucional de agregamento. 3 Competências municipais e possibilidades para inovação tecnológica no marco constitucional. 4 Desafios para a inovação tecnológica no âmbito municipal: considerações em torno da sustentabilidade dos ciclos inovativos. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

É notório que a evolução tecnológica marca novo tempo para a constituição da sociedade humana. A partir da década de 1970, um arquétipo de organização baseado na tecnologia é constituído e redefine as relações, em termos de economia e geopolítica – “um novo estilo de produção, comunicação, gerenciamento e vida”¹.

A tecnologia redimensionou, então, as esferas de vínculos e produção de poder uma vez que “se propagaram e foram apropriadas por diferentes países”², desaguando em muitas possibilidades de uso e aplicação. A difusão massiva de tecnologias de informação e comunicação (TICs) conduziu, posteriormente, ao processo de inovação tecnológica constante e significativamente rápido. É notório que as novas tecnologias repercutiram, sem dúvidas, no âmbito público e redimensionaram a atuação administrativa – já que o Estado é um dos *stakeholders*³ principais. Assim, da Administração Pública foi exigida, além da existência física, sua existência virtualizada.⁴

Nesse sentido, o texto tem como problemática a ideia de inovação e tecnologia para a Administração Pública e sua configuração para os Municípios brasileiros, bem como os desafios impostos às municipalidades para a implementação de uma gestão inovadora e

¹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. (v. 1, A era da informação: economia, sociedade e cultura). p. 43.

² CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Op. cit., p. 43.

³ Klaus Schwab emprega o termo *stakeholders* para designar os interessados em atuar na compreensão da tendência emergente de inovação. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16.

⁴ ALBUQUERQUE, Bruno Marques; SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da; SOUSA, Thanderson Pereira de. A era eletrônica da Administração Pública federal. *Revista Vianna Sapiens*, Juiz de Fora, v. 8, n. 2, p. 340-358, 13 dez. 2017. p. 345. Disponível em: <https://viannasapiens.com.br/revista/article/view/245>. Acesso em: 18 jun. 2022.

tecnológica. Possui como objetivo precípua a definição de inovação e inovação tecnológica, a identificação das competências municipais para tanto e os respectivos reverses envolvidos na transformação tecnológica das prefeituras.

Metodologicamente o estudo possui abordagem dedutiva, apoiada em investigação indireta com apoio nas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Divide-se em três seções que tratam da inovação e tecnologia para a Administração Pública, competências municipais para inovar e os desafios para inovação tecnológica nos Municípios, respectivamente.

A título de conclusão, identificou-se que a inovação se refere a novas combinações e novas qualidades para a gestão pública, com foco nos cidadãos e cidadãs, a fim de agregar valor aos processos administrativos e serviços públicos, satisfazendo o interesse coletivo. Os Municípios têm, dentro de suas competências, possibilidades de inovar tecnologicamente, mas enfrentam a falta de cultura pró-inovação e a limitação financeira.

2 INOVAÇÃO E TECNOLOGIA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POR UMA QUALIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DE AGREGAMENTO

Abordar o tema da inovação e sua relação com tecnologia, sobretudo para o âmbito da Administração Pública no Brasil, demanda, antes, um acordo semântico e o estabelecimento de relação entre as variáveis “inovação” e “tecnologia”. Não raro, a ideia de inovar é ligada diretamente à questão tecnológica, o que de todo não se mostra incorreto, mas é preciso distinguir figuras diferentes para o bom desenvolvimento teórico.

A inovação passou a ser teorizada por Joseph Schumpeter no cenário de distinção entre sistemas econômicos estáticos e sistemas econômicos em desenvolvimento.⁵ Assim, investigações acerca da inovação nascem particularmente na Economia e buscam colocar o ato de inovar enquanto um divisor de águas dos sistemas econômicos.

Para Schumpeter, a inovação é o âmago do modelo econômico dinâmico e traduz-se na “realização de novas combinações”⁶: novos bens ou novas qualidades do bem; novos métodos produtivos; novos mercados; novas fontes de matéria-prima ou bens semimanufaturados; novas formas de organização industrial. A tarefa de inovar é imputada, pelo autor, à figura do empreendedor.

Ainda, Schumpeter assevera que os processos de modificação contínua das estruturas econômicas, no capitalismo, ocorrem a partir de circunstâncias internas, o antigo é destruído em detrimento do novo – a denominada destruição criadora.⁷ Esse movimento, por certo, baseia-se na retroalimentação, a permanente destruição do velho e apresentação de valor do novo. É valorizada, então, a concorrência com fulcro nas novas mutualidades econômicas entre os indivíduos.⁸

⁵ SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico*: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁶ SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico*: Op. cit., p. 76.

⁷ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism, and democracy*. New York: Harper and Brothers, 1961. p. 110.

⁸ PAIVA, Matheus Silva de *et al.* Inovação e os efeitos sobre a dinâmica de mercado: uma síntese teórica de Smith e Schumpeter. *Interações*, Campo Grande, v. 19, n. 01, p. 155-170, jan./mar, 2018. p. 163. Disponível em: <https://www.scielo.br/ij/inter/a/DVkwShDFG99PSxN3tjrndcq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 maio 2022.

Nota-se, à vista do exposto, que a essência primeira da inovação envolve diversas possibilidades de produção e combinação capazes de agregarem valor e gerar competitividade econômica. Na escola neoschumpeteriana, além do reforço às ideias de Schumpeter, firmou-se o entendimento de que a inovação apresenta variadas dimensões: inovação incremental, inovação radical ou disruptiva, mudanças de sistema tecnológico e mutação no paradigma tecno-econômico.⁹

É premente destacar que reflexionar acerca da inovação para a Administração Pública no Brasil, no marco da Constituição de 1988, exige o delineamento da ação inovadora a partir dos princípios jurídico administrativos insculpidos no texto constitucional e, sobretudo, no interesse público. A inovação, ainda que tenha a inegável essência de “novas combinações” no contexto econômico, tem de ser pensada para a satisfação do interesse público, realização das funções administrativas e proteção da dignidade humana.

É nessa orientação que se concebe a inovação, no âmbito jurídico para a Administração Pública, enquanto o processo de novas combinações ou implementação de novas qualidades aos bens, processos e serviços prestados pelo Estado, a partir de influências externas e com foco nos cidadãos e cidadãs, de modo a agregar valor e eficiência para as tarefas públicas.

Nessa esteira, há de se fazer dois comentários significativos: (1) os bens, processos e serviços prestados pela Administração Pública, de modo geral, devem ser analisados caso a caso para verificação de cabimento da inovação, é inexorável que o gestor público ou aquele que lhe faça as vezes indique de que forma as novas combinações ou qualidades contemplam as demandas dos cidadãos e cidadãs, qual o valor agregado em relação ao padrão anterior e como tal inovação pode maximizar a eficiência da ação administrativa; (2) ao contrário do que ocorre no contexto econômico, a inovação na gestão pública não pode implicar em uma destruição total de padrões anteriores, seja porque nem sempre será possível inovar, seja porque o novo padrão não poderá desfazer o regime jurídico administrativo estabelecido no art. 37 da Constituição de 1988 e outras regras pertinentes.

A inovação, sem dúvidas, está restrita e limitada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Imaginar uma atuação inovadora ampla em demasia e sem definições claras de critérios objetivos para análise, motivação e controle do ato administrativo não está para a realidade jurídico constitucional brasileira. A inovação deve ser empregada de forma responsiva na Administração Pública, restando registrados seu foco no cidadão e cidadã, o valor agregado na busca pela concretização das disposições constitucionais e a viabilidade de aumento da eficiência.

Além, urge pontuar que inovação não está ligada apenas à tecnologia e sua dinâmica evolutiva, mas sim, decerto, às novas combinações de padrões existentes em bens, serviços e processos variados. É imprescindível que um novo bem, processo ou serviço ou, ainda, novas qualidades de bens, processos e serviços sejam observáveis para que se possa falar em inovação.

⁹ FREEMAN, Christoph. *Technology policy and economic performance*. Londres: Pinter Publishers London and New York, 1987.

A tratar da inovação tecnológica especificamente, importa assinalar que tal fenômeno tem alcançado significativamente a Administração Pública brasileira, de modo que União, Estados e Municípios caminham no sentido de adequarem-se ao Governo Digital, que “representa um novo paradigma para os serviços públicos brasileiros, a ser aplicado considerando uma dimensão experimental da ação administrativa”.¹⁰

Inovação tecnológica pode ser desenhada a partir do Manual de Oslo, elaborado pela *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), no sentido de que tal evento implica no manejo de produtos e ou processos tecnologicamente novos e melhorias expressivas tecnológicas em produtos e processos.¹¹

Aqui, insta revelar que haverá de se fazer uma apreciação mais cautelosa sobre a inovação tecnológica, seja por conta da natureza dos procedimentos e serviços disponibilizados pela Administração Pública, seja pela capacidade potencial que a nova tecnologia ou melhoria tem em termos de valor agregado e eficiência. Assim, esclarece-se:

A inovação tecnológica que permitir a prestação direta dos serviços públicos no ambiente digital deve respeitar os princípios constitucionais e infraconstitucionais que orientam sua prestação. Ao se pensar nas perspectivas para a implementação das TICs como funcionalidades de e-Serviços Públicos, cumpre levar em consideração a necessidade de prestar o serviço, dentre outras características, de forma eficiente, universal e atual.¹²

Isso feito, é indispensável consolidar entendimento de que, ao contrário do que ocorre no setor privado, a inovação tecnológica para o setor público deve manifestar características que demonstrem relevância tecnológica e relevância pública. Em outros termos, deve-se indicar (a) capacidade de inovação ou aperfeiçoamento tecnológico e (b) aptidão para a persecução do interesse público.

Por derradeiro, anota-se que a inovação tecnológica para a gestão pública tem de viabilizar a difusão dos produtos e processos criados entre os potenciais utilizadores: União, Estados e Municípios. A replicação de ferramentas oriundos da inovação tecnológica é preceito decorrente do federalismo cooperativo, alinhado no art. 23 da Constituição Federal que, ao estabelecer a competência comum, permitiu que União, estados, Distrito Federal e municípios compartilhem a gestão sobre defesa da Constituição, zelo pelo patrimônio público, cuidados de saúde e assistência, promoção do acesso à cultura, educação, ciência, tecnologia, inovação e no art. 219-B, que dispõe sobre a organização colaborativa do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação entre entes públicos e privados.

¹⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva Cristóvam; SAIKALI, Lucas B.; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Sequência*, Florianópolis, v. 41, n. 84, p. 209-242, 2020. p. 217. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209>. Acesso em: 11 maio 2022.

¹¹ OECD. *The measurement of scientific and technological activities*. Proposed guidelines for collecting and interpreting technological innovation data. S.I.: OECD; European Commission, 1997. p. 31. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264192263-en.pdf?expires=1661546424&id=id&accname=guest&checksum=AADC74DD5DE18D206885FB8E598E0BE>. Acesso em: 19 maio 2022.

¹² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva Cristóvam; SAIKALI, Lucas B.; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. Op. cit., p. 224-225.

3 COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS E POSSIBILIDADES PARA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO MARCO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 18, a estruturação político-administrativa brasileira compreendendo União, estados, Distrito Federal e municípios, autônomos de acordo com as disposições constitucionalizadas.¹³ José Afonso da Silva observa que “no Brasil, o sistema constitucional eleva o Município à categoria de entidade autônoma, isto é, entidade dotada de organização e governo próprios e competências exclusivas”¹⁴.

Nessa toada, é possível constatar no ordenamento jurídico constitucional vigente a autonomia das municipalidades fundada nas capacidades de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração – identificando as autonomias política, normativa, administrativa e financeira.

Assim é que os municípios são inseridos, dentro da matriz constitucional, na possibilidade de atuarem normativa e administrativamente. Sobre este último aspecto, importa destacar que a Constituição, em seu art. 23, assevera que “é competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios” a ação em diversas questões materiais/administrativas relevantes como, por exemplo, preservação do patrimônio público, promoção do acesso à educação, cultura, ciência, tecnologia, inovação etc. Além, indica que é comum a competência para proteção do meio ambiente, enfrentamento da pobreza e causas da marginalização. José dos Santos Carvalho Filho prescreve “a competência comum, como a denomina a Constituição no art. 23, é aquela na qual se atribui a todos os entes federativos a execução de uma relação de atividades ou serviços, e, por essa razão, o dispositivo cuida da competência material, ou administrativa”¹⁵.

Isso posto, é notório que aos Municípios é possibilitada, constitucionalmente, uma atuação que alcance a utilização de inovações tecnológicas de forma a perseguir os objetivos que lhe competem. Especificamente, denota-se, aqui, que a competência concorrente enseja a cooperação entre União, Estados e Municípios. Gilberto Bercovici pontua que “na cooperação, nem a União nem qualquer outro ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais”¹⁶.

Compreende-se, então, que a atuação dos Municípios, no esteio constitucional, demanda a cooperatividade e alinhamento em matéria de inovação tecnológica, pois a aplicação de novas combinações às funções administrativas depende, conseqüentemente, do engajamento com Estados e União.

¹³ SILVA, José Afonso da. O regime constitucional dos municípios. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 13-26, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/283>. Acesso em: 31 maio 2022.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. O regime constitucional dos municípios. Op. cit., p. 14.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O município e o enigma da competência comum constitucional. *Revista da ESMESC*, Florianópolis, v. 20, n. 26, p. 9-28, 2013. p. 15. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/download/70/64>. Acesso em: 31 maio 2022.

¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 01, p. 13-28, mar. 2002. p. 16. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81291/84931>. Acesso em: 1º jun. 2022.

Ao tratar especificamente de competências municipais, a Constituição Federal desenhou em seu artigo 30 um paradigma misto de responsabilidades imbuídas às municipalidades, que pode ser racionalizado nos aspectos legislativo e material. Tais dimensões conjugam-se para dar aos municípios a maior capacidade de atuação possível na busca pelo interesse público e contemplação das demandas dos cidadãos e cidadãs.

No inciso I, o constituinte estabeleceu a competência legislativa privativa referindo-se ao interesse local, ou seja, os municípios têm a capacidade de legislar em matérias afetas ao interesse específico. Hely Lopes Meirelles¹⁷, ao tratar do interesse local, o define enquanto aquele em que há predominância de temas relativos ao município e não exclusividade propriamente dita, tendo como referência os Estados e a União, “porque não há interesse municipal que o não seja, reflexamente, do Estado-membro e da União”¹⁸.

Em continuidade, o inciso II delinea a competência municipal para suplementar a legislação estadual e federal no que lhe for cabível. Sempre que for possível, os municípios poderão “aditivar” legislações estaduais/federais de modo a atender, sobretudo, características próprias que exijam um regramento mais detalhado. A prescrição do art. 30, II, reforça o reconhecimento do município na condição de ente federativo autônomo.

Materialmente, a Constituição preocupou-se em definir “determinados serviços de interesse local em dever expresso do Município”¹⁹. Elencou, portanto, aqueles serviços públicos que competem às municipalidades e o faz em diversas áreas. É possível identificar competências para área tributária, de organização de distritos e territorial, serviços públicos, caráter social (saúde e educação) e proteção do patrimônio histórico-cultural. Hely Lopes Meirelles assenta:

É o que ocorre com o transporte coletivo, com caráter de essencialidade (art. 30, V); com a obrigação de manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (inc. VI); com os serviços de atendimento à saúde da população (inc. VII); com o ordenamento territorial e o controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (inc. VIII); e com a proteção ao patrimônio histórico-cultural local (inc. IX).²⁰

A partir do exposto, nota-se que a matriz constitucional de competências municipais abre uma frente ampla de possibilidades para que se busque a aplicação da inovação tecnológica nos serviços e atividades administrativas municipais, seja a partir da atividade legiferante dos municípios e suplementação da normatividade estadual/federal, seja em termos materiais. Além, em termos materiais, é inequívoco o âmbito de manejo de inovações em tecnologia para os serviços públicos municipalizados.

Pertinente, ainda, indicar que o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), fixado no art. 219-B da Constituição Federal de 1988, deve observar, em sua organização, a colaboração entre entes, públicos ou privados, na busca pelo desenvolvimento nas

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 434-435.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 435.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 435.

áreas de ciência, tecnologia e inovação. Ademais, os municípios deverão legislar, no que couber e observadas as suas características próprias, para cumprimento do SNCTI (art. 219-b, §2º).

O que se mostra premente é, sobretudo, interesse e protagonismo municipal para lançar mão de iniciativas voltadas para a concretização da inovação tecnológica e aproveitamento dessa ferramenta como maximizador de eficiência e promotor do interesse público. A título de exemplo, cita-se o município de Florianópolis (SC) que conta, desde 2012, com a Lei Municipal de Inovação de Florianópolis, Lei complementar n. 432/2012, regulada pelo Decreto n. 17.097/2017. Ainda, alusão ao município de Blumenau (SC), que instituiu o Conselho Municipal de Inovação, Lei complementar n. 1.164/2017, como espaço de participação social na administração municipal e instância consultiva, propositiva e fiscalizadora para políticas públicas de desenvolvimento tecnológico e de inovação.

4 DESAFIOS PARA A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO ÂMBITO MUNICIPAL: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA SUSTENTABILIDADE DOS CICLOS INOVATIVOS

A inovação tecnológica tem, de fato, capacidade em potencial para contribuir positivamente na tarefa de persecução do interesse público. Jaime Rodríguez-Araña Muñoz²¹ informa que é indispensável refletir sobre a finalidade e uso das novas tecnologias para que se possa melhorar a qualidade de vida dos cidadãos e cidadãs, objetivo primeiro da Administração Pública. É o conhecimento dessas questões que conduzirão, segundo o autor, à nova compreensão de trabalho na gestão pública.

Se a finalidade mais próxima e sinérgica para com o projeto constitucional de 1988 diz respeito à eficiência e atendimento das demandas da sociedade, o uso, por outro lado, das tecnologias é – ainda, e talvez por algum tempo – aspecto problemático no contexto de uma cultura administrativa extremamente engessada, pouco incentivada à inovação e atormentada pelo medo do controle.²²

Pesquisa realizada pelo Instituto Arapyau, instrumentalizada por entrevistas e questionários aplicados na 74ª Reunião Geral da Frente Nacional de Prefeitos, constatou que apesar do consenso acerca da necessidade de inovação para a gestão municipal, há “aversão ao risco: insegurança jurídica e cultura burocrática”²³ travando o processo de transformação das gestões em municipalidades do Brasil.

Ainda que se possa falar de inovação para a Administração Pública municipal, indicar incentivos jurídicos à inovação²⁴ e detectar a competência das municipalidades para tanto,

²¹ RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, Jaime. Nuevas tecnologías y buena administración pública (especial referencia a la ley brasileña 14.129 de 29 de marzo de 2021 del gobierno abierto). In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 33-34.

²² Sobre a temática do medo na Administração Pública brasileira, indica-se a obra: VALGAS, Rodrigo. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: RT, 2020.

²³ INSTITUTO ARAPYAU. *Desafios para inovação na gestão municipal*. São Paulo: Plano CDE, 2019. p. 24. Disponível em: <https://www.planocde.com.br/pesquisa-inovacao-municipal/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁴ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; SOUSA, Thanderson Pereira de Sousa. Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, 2022. (No prelo).

é infrutífera a expectativa de sucesso de iniciativas tech num quadro estático provocado pela insegurança jurídica e pela ausência de abertura institucional.

Em outro prisma, as condições financeiras dos Municípios influenciam diretamente o processo de avanço e maturação em inovação tecnológica. Segundo levantamento realizado pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN), a partir dos dados fornecidos pelas prefeituras à Secretaria de Tesouro Nacional, 66,7% das municipalidades brasileiras estão com gestão crítica (56,3%) ou em dificuldades (10,4%).²⁵ Ainda de acordo com a perquirição, 1.704 prefeituras não têm receitas suficientes para a manutenção da máquina administrativa.

Ainda, a União reduziu em mais de 90% os valores médios de transferências para Estados e Municípios em função da pandemia provocada pela Covid-19.²⁶ Sem dúvidas, a retração considerável das transferências afetou amplamente os municípios e a possibilidade de investimento em inovação tecnológica, paradoxalmente quando mais tornou-se imprescindível a mediação online nas relações entre os entes federados e a sociedade.²⁷

A Confederação Nacional dos Municípios (CNM) estima que 60% das prefeituras têm como principal fonte de renda o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) – diminuído a partir de 2019 e com estimativas de redução em 2022 por conta da redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Adicionalmente, reporta-se as retenções²⁸ no FPM pela Receita Federal em 2021: 27,74% dos municípios foram afetados pela retenção total ou parcialmente.²⁹

Os dados trazidos anteriormente reforçam a constatação feita pelo Instituto Arapyaú em 2019: a incapacidade financeira constitui fator significativo quando se trata do impedimento da inovação nas realidades municipais do Brasil. 37% dos participantes da pesquisa informaram que há uma verdadeira limitação de receitas a serem destinadas aos projetos de inovação.³⁰

Compreende-se que os Municípios têm o desafio de pensar políticas públicas para a promoção do acesso aos recursos instrumentais e conectivos disponíveis a partir da inovação tecnológica, tanto no cenário de emergência da Covid-19 quanto para o futuro sob pena de desidratação constitucional, o que vai de encontro às dificuldades orçamentárias que confrontam as municipalidades. Pois “é justamente no hiato da ambivalência que políticas públicas constituem caminho para superação de átomos de crise: mecanismos constitucionais já

²⁵ FIRJAN. *IFGF 2021: Índice Firjan de gestão fiscal*. Rio de Janeiro: Firjan, 2021. p. 06. Disponível em: <https://www.firjan.com.br/data/files/2E/D2/DD/93/82E9C7109125A9C7A8A809C2/firjan-IFGF-edicao-2021.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁶ ACCIOLY, Dante. União corta 90,5% de repasses para estados e municípios durante pandemia. *Agência Senado*, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/02/uniao-corta-90-5-de-repasses-para-estados-e-municipios-durante-pandemia>. Acesso em: 02 jun. 2022.

²⁷ Não se questiona, nesse ponto, a redução de transferências por conta do combate à pandemia. O que se pretende esclarecer é o quão importante são os investimentos e avanços em inovação tecnológica que, se anteriormente realizados, poderiam ter contribuído para o enfrentamento minimamente racional da Covid-19 no Brasil.

²⁸ Retenções legítimas, mas que, de certa forma, comprometem o orçamento das municipalidades para a prática de projetos de inovação.

²⁹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. O comportamento das retenções no Fundo de Participação dos Municípios (FPM). *Estudos Técnicos*, maio 2022. p. 13. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Retencoes%20do%20FPM%20de%202021_Final%20Revisada.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

³⁰ INSTITUTO ARAPYAU. *Desafios para inovação na gestão municipal*. Op. cit., p. 24.

estabelecidos e destinados exatamente para o progresso, mas também para a proibição do retrocesso social.”³¹ Para além, Lígia Casimiro e Harley Carvalho³² ponderam que a Administração Pública deve empenhar-se em planejar e direcionar o orçamento público de modo a fazer com que as tecnologias sirvam como instrumental da cidadania, mas como planejar e direcionar orçamentos já em muito comprometidos?

Os ciclos de inovação para o setor público – considerados como os ecossistemas favoráveis à novas ideias, potencialmente maximizadoras da eficiência administrativa e conformadoras do interesse público – têm sua sustentabilidade perturbada pelas questões cultural e orçamentária anteriormente explicitadas. A inovação, enquanto processo permanente e provocador de novos desafios e perspectivas, terá de enfrentar velhos problemas já conhecidos no âmbito dos Municípios do país. É inextinguível a exigência de criatividade para a viabilização de ciclos inovativos em sinergia com a Constituição Federal de 1988 e capazes de suplantar questões estruturais não positivas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Urge assentar que há, inequivocamente, a necessidade de se pensar no conceito de inovação para a gestão pública brasileira. Mostra-se inadequada a transposição acrítica e integral da noção de inovação como colocada na teoria econômica – pois nesse caso a inovação busca a geração de competitividade e está sob responsabilidade do empreendedor.

Para a Administração Pública a inovação tem de implicar em um processo de novas combinações ou novas qualidades que busquem a satisfação das demandas dos cidadãos e cidadãs, com valor agregado constitucionalmente e capacidade concreta de dar eficiência às tarefas públicas elencadas no texto constitucional de 1988.

Os municípios, como entes federados autônomos, são dotados de competência – pela matriz constitucional – e podem/devem atuar para a inovação em seu contexto e baseados no interesse local, sempre em referência e cooperação com os Estados e União.

Ainda que se possa contemplar uma adequação conceitual da inovação para a gestão pública, existência de incentivos jurídicos que justificam a atividade inovadora e competência dos Municípios para tanto, há que se registrar os desafios que permeiam essa tarefa permanente, ainda mais em matéria de tecnologia.

Prefeituras brasileiras são acometidas pela ausência de uma cultura pró-inovação. De modo amplo, tal ausência repercute negativamente sobre as possibilidades de inovação tecnológica e melhoria dos processos e serviços incumbidos aos municípios. Além, a inse-

³¹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Políticas públicas e responsividade: um caminho civilizatório em âtomos de crise. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (Coords.). *O direito administrativo do pós-crise*. Curitiba: Íthala; IBDA, 2021. p. 314.

³² CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; CARVALHO, Harley. Para cidades justas, em rede e inteligentes: uma agenda pública pelo direito à cidade sustentável. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 199-215, jan./abr. 2021. p. 210. Disponível em: https://www.academia.edu/47755850/Para_cidades_justas_em_rede_e_inteligentes_uma_agenda_p%C3%BAblica_pelo_direito_%C3%A0_cidade_sustent%C3%A1vel. Acesso em: 02 jun. 2022.

gurança jurídica e a apreensão em relação aos controles obstaculizam o upgrade da gestão pública municipal. Inclusive, há de se considerar as discrepâncias entre cidades em termos de inovação: a Administração Pública municipal 4.0 ainda é uma provocação para inúmeras prefeituras, sobretudo as menores.

Além disso, a saúde financeira dos municípios constitui uma outra vicissitude para a modernização da gestão pública local. Parte significativa das prefeituras não geram receitas suficientes e o Fundo de Participação dos Municípios finda por ser a principal fonte de recursos. Adicionalmente, o FPM tem sofrido retenções consideráveis em parte das municipalidades. Essa conjuntura orçamentária institui óbice para realização de transformações inovadoras e tecnológicas.

Assim, demonstra-se que o processo de transformação e inovação tecnológica nos municípios do Brasil exige, decerto, o debate primeiro sobre questões estruturais já conhecidas pelos gestores públicos. Uma modificação adequada para a Gestão Pública 4.0 não dispensa a reformulação do ânimo/protagonismo administrativo e a equivalência financeira para tanto. Tem de se ter criatividade para conciliar a inovação tecnológica dos Municípios com os problemas enfrentados na gerência rotineira.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Dante. União corta 90,5% de repasses para estados e municípios durante pandemia. *Agência Senado*, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/02/uniao-corta-90-5-de-repasses-para-estados-e-municipios-durante-pandemia>. Acesso em: 02 jun. 2022.
- ALBUQUERQUE, Bruno Marques; SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da; SOUSA, Thanderson Pereira de. A era eletrônica da Administração Pública federal. *Revista Vianna Sapiens*, Juiz de Fora, v. 8, n. 2, p. 340-358, 13 dez. 2017. Disponível em: <https://viannasapiens.com.br/revista/article/view/245>. Acesso em: 18 jun. 2022.
- BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 01, p. 13-28, mar. 200. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81291/84931>. Acesso em: 1º jun. 2022.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. O município e o enigma da competência comum constitucional. *Revista da ESMESC*, Florianópolis, v. 20, n. 26, p. 9-28, 2013. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/download/70/64>. Acesso em: 31 maio 2022.
- CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; CARVALHO, Harley. Para cidades justas, em rede e inteligentes: uma agenda pública pelo direito à cidade sustentável. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 199-215, jan./abr. 2021. Disponível em: https://www.academia.edu/47755850/Para_cidades_justas_em_rede_e_inteligentes_uma_agenda_p%C3%BAblica_pelo_direito_%C3%A0_cidade_sustent%C3%A1vel. Acesso em: 02 jun. 2022.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. (v. 1, A era da informação: economia, sociedade e cultura).
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. O comportamento das retenções no Fundo de Participação dos Municípios (FPM). *Estudos Técnicos*, maio 2022. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Retencoes%20do%20FPM%20de%202021_Final%20Revisada.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva Cristóvam; SAIKALI, Lucas B.; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Sequência*, Florianópolis, vol. 41, n. 84, p. 209-242, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209>. Acesso em: 11 maio 2022.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; SOUSA, Thanderson Pereira de Sousa. Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, 2022. (No prelo).

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Políticas públicas e responsividade: um caminho civilizatório em âtomos de crise. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (Coords.). *O direito administrativo do pós-crise*. Curitiba: Íthala; IBDA, 2021.

FIRJAN. *IFGF 2021: Índice Firjan de gestão fiscal*. Rio de Janeiro: Firjan, 2021. Disponível em: <https://www.firjan.com.br/data/files/2E/D2/DD/93/82E9C7109125A9C7A8A809C2/firjanIFGFedicao-2021.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

FREEMAN, Christoph. *Technology policy and economic performance*. Londres: Pinter Publishers London and New York, 1987.

INSTITUTO ARAPYAUÍ. *Desafios para inovação na gestão municipal*. São Paulo: Plano CDE, 2019. Disponível em: <https://www.planocde.com.br/pesquisa-inovacao-municipal/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OECD. *The measurement of scientific and technological activities*. Proposed guidelines for collecting and interpreting technological innovation data. S.l.: OECD; European Commission, 1997. p. 31. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264192263-en.pdf?expires=1661546424&id=id&accname=guest&checksum=AADC74DD5DE18D206885FB8E598E0BE>. Acesso em: 19 maio 2022.

PAIVA, Matheus Silva de *et al.* Inovação e os efeitos sobre a dinâmica de mercado: uma síntese teórica de Smith e Schumpeter. *Interações*, Campo Grande, v. 19, n. 01, p. 155-170, jan./mar, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/inter/a/DVkwShDFG99PSxN3tjrndcq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 maio 2022.

RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, Jaime. Nuevas tecnologías y buena administración pública (especial referencia a la ley brasileña 14.129 de 29 de marzo de 2021 del gobierno abierto). In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.


SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism, and democracy*. New York: Harper and Brothers, 1961.

SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, José Afonso da. O regime constitucional dos municípios. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 13-26, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/283>. Acesso em: 31 maio 2022.

VALGAS, Rodrigo. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: RT, 2020.



Administração Pública, viés algorítmico e desvio de finalidade: existe conciliação possível?

Vanice Regina Lírio do Valle

Professora Colaboradora do PPGDP da Universidade Federal de Goiás. Pós-doutorado em Administração pela EBAPE/FGV. Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho.

Sumário: 1 Introdução. 2 Viés algorítmico: conceito e manifestações possíveis. 3 Vieses algorítmicos e desvio de finalidade: uma associação que não se pode empreender em abstrato. 3.1 Viés algorítmico como meio de assegurar a finalidade pretendida pela norma de competência. 3.2 Mapeando a identificação em concreto de desvio de finalidade decorrente de viés algorítmico. 4 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Iniciada a terceira década do século XXI, tem-se como indiscutível a ubiquidade do uso de novas tecnologias, especialmente aquelas associadas ao digital e ao ciberespaço¹. Natural se tenha a irradiação dessa verdadeira revolução também para o terreno das relações com a Administração Pública, destacando-se a recente edição da Lei 14,129 de 29 de março de 2021 como indicativo legislativo da valorização do modelo de governo digital². No curso desse movimento, desponta ainda a internalização da inteligência artificial nas estruturas de Estado *lato sensu*, como meio em si para a formulação de escolhas administrativas, ou ainda como suporte a essa mesma atividade decisional.

O encontro entre inteligência artificial – doravante identificada como IA – e a pretensão prescritiva do Direito não tem sido fácil. A pouca familiaridade dos reguladores de conduta com ferramentas tecnológicas é inequivocamente uma barreira, eis que compromete o exercício de prospectiva que é inerente ao Direito, que tem no binômio previsibilidade e estabilidade uma ideia central. Como prospectar os efeitos de uma ferramenta originária de outra área de conhecimento, que opera a partir de matrizes distintas daquelas próprias ao raciocínio jurídico? Some-se a isso o temor ainda presente dos riscos existenciais supos-

¹ “[...] podemos entender o ciberespaço como um universo virtual proporcionado pelas redes de telecomunicações, mormente a Internet. O ciberespaço pode ser concebido, também, como um novo mundo, um novo espaço de significações, um novo meio de interação, comunicação e de vida em sociedade. Esse universo não é irreal ou imaginário, existe de fato, e o faz em um plano essencialmente diferente dos espaços conhecidos.” (MONTEIRO, Silvana Drumond; PICKLER, Maria Elisa Valentim. O ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. *DataGramaZero Revista de Ciência da Informação*, v. 8, n. 3, p. 1-21, jun. 2007. p. 6. Disponível em: <https://brapci.inf.br/index.php/res/download/45007>. Acesso em: 26 ago. 2022).

² Destaque-se a opção legislativa por um conceito ampliado de governo digital que compreende “um leque de ações governamentais que hão de se ver reconformadas não só quanto ao veículo propriamente dito (do meio papel àquele digital), mas quanto a um modo de interação com os destinatários da ação da Administração Pública.” (VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública: a Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 43-62. p. 47.

tamente associados à singularidade – aquele momento em que a tecnologia deixe de estar sob controle humano³ –; e com isso se tem campo fértil para resistência e incompreensão.

Este artigo tem por objeto o conceito de viés algorítmico – atributo das operações resultantes de aplicação de mecanismos de IA que tem sido apontado como problemático. O objetivo é avaliar, a partir deste mesmo conceito, se a existência em si de vieses algorítmicos implica em bloqueio, ou mesmo na limitação do uso de mecanismos de IA por parte da Administração Pública, especialmente por seu caráter indiciário da ocorrência de possíveis vícios na decisão que dela se vale.

A temática merece enfrentamento, eis que a existência de viés algorítmico sugere ao profissional do Direito – em especial, do direito administrativo – a aplicação de uma matriz de análise de problema que é extensamente estudado, a saber, aquele do desvio de finalidade. Afinal, uma das compreensões possíveis do fenômeno do viés é aquele que procede à sua identificação com uma inclinação orientada a um resultado específico que pode não se revelar alinhado com os valores ou objetivos postos à Administração Pública – e nisso se teria a caracterização da hipótese clássica deste específico vício do ato administrativo. Essa associação quase intuitiva entre vieses algorítmicos e desvio de finalidade tem levado à proposição de que a busca da total eliminação dos primeiros seja um imperativo para que a Administração possa validamente se beneficiar da aplicação de mecanismos de IA.

A proposta central das presentes considerações, é empreender a uma análise do potencial explicativo dessa equiparação da existência em si do viés algorítmico à caracterização dessa particular modalidade de desvio de poder. A hipótese é de que essa analogia parte de uma visão simplificada das possíveis manifestações de vieses algorítmicos, levando a um enquadramento jurídico inadequado do fenômeno, dificultando a internalização de soluções de IA em seu potencial útil à Administração Pública.

Compreender o que seja o viés algorítmico e como ele influa na formação da ação administrativa é esforço relevante não só para a adequada recepção futura de mecanismos de IA na Administração Pública, mas também para corretamente classificar os efeitos jurídicos do reconhecimento (futuro) de enviesamento relevante no *output* oferecido pela ferramenta de IA. O esforço de construção de uma matriz adequada de aferição da validade do ato administrativo construído por pura aplicação de IA, ou com base em padrões e previsões por ela construídas urge, eis que o uso da ferramenta se tem irradiado pela Administração Pública⁴,

³ ALVES, Artur. Notas sobre el concepto de singularidad tecnológica. *Argumentos de Razón Técnica*, n. 11, p. 57-70, 2008. p. 58. Disponível em: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/21754/file_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 abr. 2022.

⁴ A página do Governo Digital no plano federal anuncia a já migração de mais de 1.700 serviços para este meio desde 2019 (BRASIL. Ministério da Economia. Governo Digital. *Serviços digitais*. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/lista-servicos-digitais>. Acesso em: 26 ago. 2022). Embora seja certo que nem todo serviço público digital seja construído com base em mecanismos de IA, é certo que eles proporcionam bases de dados que serão terreno fértil para o desenvolvimento de aplicações dessa natureza. Apontando ainda outras iniciativas compreendendo a utilização de mecanismos de IA, consulte-se: ARAUJO, Valter Shuenquener de; ZULLO, Bruno Almeida; TORRES, Maurílio. Big data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 80, p. 241-261, 2020. p. 249-250. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1219>. Acesso em: 26 ago. 2022.

tornando previsível o debate em algum momento em relação à validade dos atos para os quais esta nova tecnologia concorra.

Constitui convicção da autora, aquela segundo a qual é de se buscar o justo meio entre o chamado pensamento computacional⁵ – a crença de que qualquer problema se resolve quando se aplica a computação – e a desconfiança irracional em relação a estas mesmas novas tecnologias. Nestes termos, é preciso examinar com cuidado se a associação imediata entre viés algorítmico e desvio de finalidade é real, eis que se positiva a resposta, o espectro de utilização possível de IA pela Administração Pública pode estar bastante limitado. De outro lado, se a associação não for inevitável, e/ou se o viés algorítmico se apresente tão-somente como um possível componente de risco nas decisões administrativas, a solução não estará na negação da sua utilidade, mas no direcionamento adequado de providências de prevenção.

Fato é que em tempos de sociedade interconectada, a pressão pela incorporação desse ferramental ao desenvolvimento da função administrativa é inegável, e se relaciona à preservação da própria capacidade de governar⁶. O desafio está em saber quais sejam os efetivos riscos que a incorporação de IA possa determinar tendo em conta a possível existência de vieses em suas aplicações, e como isso possa se refletir na aferição da validade das decisões administrativas materializadas com base em dados ou padrões identificados por algoritmos. Esse é o exercício que o presente texto se propõe desenvolver.

2 VIÉS ALGORÍTMICO: CONCEITO E MANIFESTAÇÕES POSSÍVEIS

Se o viés é apresentado por alguns como atributo possível de algoritmos, o ponto de partida para a análise pretendida é a delimitação do que sejam estes últimos. No seu nível mais elementar, algoritmo traduz “uma sequência de instruções a serem cumpridas em uma determinada ordem”⁷ para a produção de um resultado. Estas instruções se dão através de uma representação matemática, especificada em uma determinada linguagem, e tem por objetivo a produção de um *output* que resolve ou auxilia na solução de um determinado problema⁸.

Tomemos agora o viés – palavra que tem por significado vulgar, trajetória ou direção oblíqua. De há muito, esse atributo tem sido associado à cognição, denunciado que “os seres humanos possuem uma infinidade de vieses, ou propensões a adotar uma crença com base em evidências mais escassas do que seria necessário para acreditar em uma alternativa”⁹. A conjugação entre vieses e heurísticas permite a simplificação de escolhas humanas – aquelas

⁵ BRIDLE, James. *A nova idade das trevas*. A tecnologia e o fim do futuro. Tradução de Érico Assis. São Paulo: Todavia, 2019. p. 12.

⁶ GOVERNO e tecnologia: como promover a transformação digital do serviço público: materiais de referência. *Gov-Tech Brasil*, 03 ago. 2018. Disponível em: <https://2018.govtechbrasil.org.br/governo-e-tecnologia-como-promover-a-transformacao-digital-do-servico-publico/>. Acesso em: 07 ago. 2021.

⁷ SIMÕES-GOMES, Leticia; ROBERTO, Enrico; MENDONÇA, Jônatas. Viés algorítmico—um balanço provisório. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 25, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2020. p. 141. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2020/08/13402-42914-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2022.

⁸ REIS, Paulo Victor Alfeo. *Algoritmos e o Direito*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 107; p. 120.

⁹ HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian R. The evolution of cognitive bias. In: BUSS, David M. (Ed.). *The handbook of evolutionary psychology*. 2. ed. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2016. p. 968-987.

milhares que se dão todos os dias – reduzindo o esforço mental envolvido no permanente decidir. Nesses termos, quando se tem em conta que mecanismos de inteligência artificial buscam emular, ou quando menos refletem experiências humanas já havidas, é natural que o problema do viés igualmente se apresente. O ponto sensível está em saber se a existência de vieses em mecanismos de IA é ocorrência sempre negativa, ou se em alguma circunstância ela possa se revelar justificável ou mesmo necessária.

Duas aproximações distintas podem se empreender a essa relação entre viés e algoritmo. A primeira delas é valorativamente neutra, quase naturalística; e considera que, sendo o algoritmo ordinariamente desenvolvido para o alcance de um determinado resultado, sempre haverá orientação específica à trajetória da operação algorítmica – logo, sempre haverá viés, e isso não se constituiria em si um problema.

Outra aproximação possível é aquela que identifica o oblíquo do direcionamento determinado pelo viés com um afastamento dos objetivos originalmente traçados para o resultado da aplicação do mecanismo de IA. Nesse sentido, o viés se manifesta como disfuncionalidade, gerando *outputs* distintos daqueles pretendidos. Tem-se aí o viés como a “inclinação ou preconceito manifesto por uma decisão materializada por um sistema de IA que se apresenta como favorável ou contrária a uma pessoa ou grupo, especialmente de modo a traduzir uma injustiça”¹⁰. Esse efeito indesejado pode se manifestar de distintas formas, sendo mais frequentes o viés estatístico, aquele de cariz moral ou valorativo, e ainda o originário das próprias práticas sociais.

Inicialmente, uma advertência: importante desconstruir uma versão equivocada, segundo a qual o viés algorítmico decorra de um agente obscuro e mal-intencionado, que distorce a enunciação da sequência de comandos que oriente a operação da IA distanciando-se com isso dos efeitos que a ação (administrativa, na hipótese sob exame) deveria gerar. Essa é uma perspectiva que ignora a complexidade dos componentes envolvidos na concepção e operação de mecanismos de IA, e ainda do processo em si de desenvolvimento destes mesmos mecanismos.

Retomemos as três manifestações mais frequentes de vieses algorítmicos.

No plano do viés estatístico, tem-se as falhas associadas aos dados ou informações a partir dos quais o mecanismo de IA opera, ou mesmo foi desenvolvido – quando se tenha em conta aplicações com aprendizado supervisionado ou de máquina¹¹. A manifestação mais comum de viés estatístico compreende a insuficiência (pouca representatividade) ou incorreção da amostra de dados trabalhada. No plano do desacerto, este pode se creditar a causas mais simples, como a coleta inadequada; mas também a fenômenos mais complexos

¹⁰ NTOUSI, Eirini *et al.* Bias in data-driven artificial intelligence systems – an introductory survey. *WIREs Data Mining and Knowledge Discovery*, v. 10, n. 3, e1356, p. 1-14, 2020. Disponível em: <https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/widm.1356>. Acesso em: 26 ago. 2022. Não perca o leitor de perspectiva que o conceito indicado não é originário de pesquisadores em direito, de modo que a referência a “justiça” é de ser entendida em seu sentido vulgar.

¹¹ VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1346/863>. Acesso em: 26 ago. 2022.

como a utilização, à míngua de dados reais, de *proxies* imprecisos¹². Por uma razão ou por outra, o viés estatístico culmina por oferecer ao aparato de IA uma representação de quadro fático que não corresponde de maneira significativa à realidade que lhe serviria de fonte de aprendizado, ou sobre a qual uma eventual predição virá a incidir.

No campo do viés valorativo ou moral, tem-se a geração de um tratamento diferenciado, desfavorecido, em relação a uma determinada população ou grupo direta ou indiretamente considerados pelo algoritmo, por razões ilegítimas ou arbitrárias¹³. Evidentemente, para que se reconheça nesse afastamento entre resultado real e os valores (ao menos retoricamente) pretendidos proteger, é mister que o *output* que importa em desfavorecimento de um grupo em relação ao outro não seja episódico, mas sim sistemático.

Já o viés associado às próprias práticas sociais é mero reflexo de um comportamento desviante que se tem na coletividade. Assim, se a não recepção do segmento social “x” no mercado de trabalho formal é uma realidade da vida, é natural que bases de dados sobre esse mesmo componente (mercado de trabalho) ofertadas ao aprendizado de máquina não contemplem representantes do referido segmento “x” – o que pode induzir conclusões errôneas sobre a sua aptidão ou interesse (por exemplo) em integrar o mercado de trabalho formal.

Observe-se que os vieses valorativos ou sociais frequentemente estarão associados também ao viés estatístico – pode ser a erronia da base que gere o resultado moralmente indesejado, ou ainda as práticas sociais desviantes naturalmente contaminarão estas mesmas bases, e com isso, afetarão adversamente o resultado da operação do mecanismo de IA.

O recurso à tipologia construída por Freidman e Nissenbaum¹⁴ tendo em conta sistemas computacionais em geral, acrescenta nuances à trilogia já apresentada. Segundos estes autores, importa distinguir vieses preexistentes, técnicos e emergentes.

No primeiro grupo, tem-se a transposição para o sistema computacional – ou na abordagem que aqui se propõe, para o mecanismo de IA – de visões oblíquas que já existem nas práticas sociais e nas instituições, sejam elas explícitas, sejam ocultas ou inconscientes. O mecanismo algorítmico nessa primeira categoria está puramente empreendendo ao reflexo do que já se tem no plano das relações não digitais, abdicando da ideia (*naive*) de alguns de que IA possa existir para “passar a limpo” o humano. Inequivoca a aproximação com os vieses sociais anteriormente referidos.

A subcategoria de vieses técnicos, por sua vez, é identificada com constrições introduzidos no sistema computacional que se revelam capazes de interferir no resultado. Estas

¹² *Proxy*, no contexto de que se cuida, é um elemento utilizado por aproximação, para permitir o desenvolvimento de aplicações de IA. No terreno, por exemplo, de ocorrências criminosas, não é incomum utilizar-se como *proxy* os registros de ocorrência – que decerto, traduzem o que se busca, mas como meras aproximações que são, não contemplam incidentes que, embora criminosos, não tenham sido informados às forças policiais, ou ainda que tenham, não tenham sido objeto de registro de ocorrência.

¹³ DANAHER, John. How can algorithms be biased? *Philosophical Disquisitions*, 08 abr. 2022. Disponível em: <https://philosophicaldisquisitions.blogspot.com/2022/04/how-can-algorithms-be-biased.html>. Acesso em: 19 abr. 2022.

¹⁴ FRIEDMAN, Batya; NISSENBAUM, Helen. Bias in computer systems. *ACM Transactions on Information Systems (TOIS)*, v. 14, n. 3, p. 330-347, 1996.

limitações podem incidir no *hardware* ou no *software*. Aqui tem-se uma ampliação da categoria do viés estatístico, eis que mais do que as possíveis falhas da base de dados objeto da incidência da IA, tem-se em conta todo o ciclo de cibertecnologia envolvido no seu desenvolvimento, implantação e operação. Os vieses técnicos compreenderão, portanto, falhas de desenho do mecanismo, e mesmo as dificuldades que possam se apresentar a mecanismos de IA que exijam interoperabilidade entre sistemas corporativos originalmente construídos isoladamente.

A terceira subcategoria – dos vieses emergentes – revela aqueles relacionados à superveniência de mudanças no que toca ao conhecimento do problema, ou ainda ao contexto de uso da IA. É de se ter em conta que os algoritmos que compõe a solução de IA tem, como se sabe, um objetivo estabelecido, e este normalmente é favorecido pela capacidade de exploração dos efeitos das ações possíveis, naquilo que se denomina “busca *lookahead*”¹⁵. Essa matriz de operação, embora permita cogitar em curto espaço de tempo, incontáveis opções de ação e suas eventuais consequências; de outro lado são pouco flexíveis. Disso decorre que a superveniência de alternativas de ação postas à Administração Pública, decorrentes – por exemplo – de mudanças normativas, ou mesmo do câmbio de valores sociais, pode reduzir drasticamente o acerto das indicações algorítmicas¹⁶.

Completando o quadro de compreensão das possíveis manifestações de vieses algorítmicos, tem-se a classificação proposta por Fazelpour e Danks¹⁷, que tem em conta principalmente o ponto na trajetória de desenvolvimento, implantação e execução da solução de IA em que o enviesamento pode se insinuar. Apontam os autores como segmentos onde se pode localizar o desvio: 1) na especificação do problema a ser objeto de tratamento algorítmico; 2) nos dados utilizados como base para o desenvolvimento e operação do mecanismo de IA; 3) na modelagem e validação da solução de base algorítmica, e 4) no aprimoramento do sistema sugerido pela sua aplicação. O ponto mais relevante da classificação agora apresentada está em que ela captura a necessária conexão entre um quadro de fato problemático proposto solucionar com apoio de IA, e os efeitos concretos que o mecanismo desenvolvido possa apresentar no contexto em que ele venha a operar inclusive e especialmente no futuro. A questão da similaridade do ambiente em que o problema se apresentou, e aquele onde venha a operar a solução de IA é destacada como especialmente relevante – no que se tem uma aproximação com a categoria anteriormente indicada dos vieses emergentes.

Dessa breve indicação de possíveis manifestações de viés, se tem já por evidenciado o equívoco na pretensão de um tratamento uniforme a todas elas – e por via de consequência,

¹⁵ RUSSEL, Stuart. *A inteligência artificial a nosso favor*. Como manter o controle sobre a tecnologia. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2021. p. 54-55.

¹⁶ Interessante, mais uma vez, a interconexão que o viés emergente apresenta com aquele estatístico – desta feita, não porque se tivesse uma disfuncionalidade originária na amostra trabalhada, mas porque mudanças na realidade social, ou no tratamento normativo da matéria passam a exigir detalhamento dos dados que antes não se revelava necessário, ou mesmo existente. Exemplo que ilustra os problemas associados ao viés emergente se tem em aplicações de IA que envolvam o tema do gênero – que podem se deparar com períodos pretéritos em que as alternativas de identificação de gênero se limitavam ao código binário.

¹⁷ FAZELPOUR, Sina; DANKS, David. Algorithmic bias: senses, sources, solutions. *Philosophy Compass*, v. 16, Issue 8, p. 1-16, 2021. Disponível em: <https://compass.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/phc3.12760>. Acesso em: 19 abr. 2022.

da imputação homogênea de um mesmo vício na perspectiva do Direito Administrativo. Cabe agora aferir se esta realidade multifacetada que é o vies, pode se apresentar como elemento de contaminação à ação administrativa subsidiada por IA – e que tipo de reação ou providência acauteladora ela possa ou deva determinar quando se esteja a cogitar de operação no âmbito da Administração Pública.

3.1 Vieses algorítmicos e desvio de finalidade: uma associação que não se pode empreender em abstrato

Mapeadas as manifestações possíveis de vies algorítmico, cabe agora a análise sobre como esse fenômeno ubíquo pode interferir no potencial de utilização da IA pela Administração Pública – especialmente na já antecipada associação, presente no imaginário de alguns, com o desvio de finalidade.

A perspectiva de que o vies algorítmico possa se apresentar como variável neutra, eis que toda operação humana tende a um objetivo¹⁸ é argumento que se pode apresentar em desfavor do da ideia de que a presença, ou mesmo a latência do vies algorítmico no mecanismo de IA utilizado pela Administração Pública resulte inexoravelmente em inquirar o resultado de sua aplicação de desvio de finalidade. Isso porque especialmente em relação à Administração, “a ideia de finalidade e de dever de atuação no interesse de outrem é que é vincadamente predominante, ficando – por antinomia – a ideia de vontade e a de poder, em plano subalterno, meramente ancilar”¹⁹. Assim, afirmar que aplicações de IA no âmbito da Administração Pública podem apresentar vieses algorítmicos que conduzam a uma determinada direção nada diz sobre o (des)acerto deste resultado.

A exploração, todavia, de algumas das possíveis manifestações do vies algorítmico empreendida no subitem 2 acima, sugere que a concepção segundo a qual eles possam se revestir de caráter neutro seja uma simplificação. Afinal, ali se viu que a inclinação do resultado da operação de IA numa direção ou n’outra pode decorrer de causas diversas, que podem se situar puramente no plano dos fatos (o que se alinharia com a hipótese da neutralidade); mas podem igualmente envolver um juízo de valor, implícito ou explícito, que conduza a um resultado na aplicação de IA que expresse uma diferenciação de tratamento de um grupo em desfavor de outro indesejada, injusta ou arbitrária.

Importante destacar ainda que não será na investigação quanto elemento subjetivo dos eventuais agentes envolvidos no desenvolvimento, validação, aplicação da IA ou deliberação formulada a partir de seus *outputs* que se terá resposta em relação à existência ou não de desvio de finalidade. Afinal, o desvio de poder se manifesta quando o autor do ato persegue fim estranho ao interesse geral; mas também quando esse elemento anímico não se põe, mas o fim tutelado não é aquele preciso que a lei assinava a tal ato. Uma vez mais útil

¹⁸ Se isso é verdade para a ação humana, também o será em relação à aplicação de IA que ordinariamente busca emular e/ou potencializar a atuação do agente humano.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 172, p. 1-19, abr./jun. 1988. p. 4-5. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45835/44095>. Acesso em: 26 ago. 2022.

a lição de Bandeira de Mello²⁰, esclarecendo “ser errônea a inteligência dominante de que o desvio de poder é um vício de intenção, subjetivo. Não é. É um vício objetivo, pois resulta do descompasso entre a competência utilizada e o fim categorial dela”.

Resulta dessa compreensão do fenômeno do desvio de finalidade, que a sua identificação não pode se dar no plano do abstrato, pela simples constatação de que as aplicações de IA – a exemplo do que se passa com os humanos a quem estes sistemas emulam – podem manifestar viés algorítmico. A chave de identificação do desvio de poder envolverá, segundo a teoria já firmada em relação a esse vício do ato administrativo, a avaliação do alinhamento entre a finalidade posta à Administração Pública pela regra de competência, e aquela efetivamente desenhada ou servida (ainda que hipoteticamente) pela aplicação de IA.

3.1 Viés algorítmico como meio de asseguarção da finalidade pretendida pela norma de competência

Fixada a premissa acima, parece claro que o direcionamento algorítmico pode se apresentar como verdadeiro caminho de garantia do alcance pela Administração, do resultado pretendido pela norma de competência. Essa hipótese se porá especialmente no campo das soluções de IA de natureza preditiva, onde a partir de um acervo de conhecimento pretérito oferecido pela amostra de dados e informações disponibilizadas como *input*, dar-se-á a construção de resultados hipotéticos a partir de cenários diversos desenhados pelo operador do sistema²¹.

Na construção pelo modelo preditivo dos efeitos potenciais das diversas possibilidades de ação cogitadas pela Administração Pública, não é incomum que a exploração de alternativas envolva a alteração de componentes fáticos reais, existentes nas bases de dados, que subsidiarão o resultado a ser apresentado pela IA. Essa é prática que tangencia o viés estatístico, eis que oferece, ainda que para fins de simples predição, um quadro de fatos que não corresponde à realidade. Neste particular campo de atuação da IA, todavia, o afastamento da realidade não distancia a aplicação do mecanismo computacional da finalidade posta à Administração; ao contrário – municia o poder público de uma projeção dos efeitos possíveis de diversas linhas de conduta, tudo de molde a que se empreenda à devida avaliação quanto aos eventuais *trade off* envolvidos.

Nem se diga que esta hipótese não traduziria, a rigor, viés – eis que a inclinação oblíqua se deu voluntariamente, como verdadeiro *input* ao modelo preditivo. Esse argumento não se põe, porque não se exige para fins de caracterização do enviesamento, que este se verifique de maneira oculta, sub-reptícia.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder. Op. cit., p. 13-14.

²¹ Exemplo clássico de mecanismos de IA preditiva – recentemente experimentado de forma aguda por todo o mundo – é aquele que oferece cenários possíveis de evolução de doenças, epidemias ou pandemias. A partir dos dados disponíveis de população, distribuição, faixa etária, movimentação geográfica, e tudo o mais que se considere relevante, desenvolve-se modelos preditivos em que se pode alterar as variáveis, e com isso projetar quais os possíveis efeitos na variável investigada. Na pandemia da Covid 19, modelos preditivos da OMS e diversas outras organizações buscavam desenhar os efeitos sobre a curva de contaminação, de diversas políticas públicas que envolviam o uso isolado ou combinado de isolamento social, uso mandatório de máscaras, até o *lockdown*.

Mas não é só em contextos como os de IA preditiva que não se poderá afirmar de partida, que a presença de viés algorítmico determine inexoravelmente o desvio de finalidade – e, portanto, a contaminação da decisão administrativa. A aferição do vício é de se dar à vista das especificidades do uso da solução computacional, como se passará a demonstrar.

3.2 Mapeando a identificação em concreto de desvio de finalidade decorrente de viés algorítmico

Ponto de partida para o mapeamento de eventual desvio de poder associado ao uso de mecanismos de IA será a adequada delimitação da finalidade posta à Administração pela regra de competência; e ainda aquela definida e informada àquela mesma ferramenta computacional. Isso porque, como já verificado, o conceito de desvio de finalidade é relacional – e, portanto, não admite identificação sem que se tenha previamente gizados os elementos que devem se relacionar.

Destaque-se que como é comum aos sistemas computacionais, tem-se no campo da IA pelo menos três momentos distintos em que essa aferição de alinhamento de finalidades é de se dar: 1) por ocasião do desenvolvimento em si da aplicação de IA; 2) por ocasião de validação desta mesma solução, quando o sistema “roda” em condições ainda experimentais e/ou artificiais; e 3) em momentos futuros, posteriores à implantação plena da solução.

Inicialmente, a dessintonia entre a finalidade posta à Administração Pública pela regra de competência e aquela assinalada à aplicação de IA pode se dar ainda no campo do desenvolvimento da solução. Isso porque a incorporação de mecanismos de IA como caminho para incremento da qualidade da ação administrativa pressupõe de início, uma compreensão profunda da tarefa antes desenvolvida pelo agente humano²². A par disso, esse conhecimento é de ser transmitido de seu detentor (normalmente, um ou mais servidores administrativos afetos àquela atividade) para os desenvolvedores da aplicação de IA. Essa transmissão de conhecimento muitas vezes se revela penosa, pela ausência de um acervo de experiências e/ou um vocabulário comum a estes dois segmentos profissionais. A própria apresentação em si do problema à máquina (supondo-se a superação das duas dificuldades anteriormente apresentadas) pode ser um desafio, eis que essa representação do conhecimento é de se dar de maneira compreensível para a IA²³. Vê-se que a tradução equivocada, dos fatos ou do problema, pode se apresentar como relevante fonte de enviesamento.

Segundo momento em que pode se dar a dissociação entre a finalidade posta pela normatividade à Administração é aquele de validação da solução de IA. Também aqui as razões podem ser múltiplas. A primeira delas já se veio de apontar – é no momento da validação que se pode eventualmente verificar as falhas indicadas como possíveis no desenvolvimento.

²² TAULLI, Tom. *Introdução à inteligência artificial*. Uma abordagem não técnica. São Paulo: Apress-Novatec, 2020. p. 50-52. É ainda do autor a importante observação de que este momento inicial de documentação da atividade para sua ulterior decodificação em algoritmos pode se apresentar como ocasião para empreender-se à revisão das práticas anteriores.

²³ BODEN, Margaret A. *Inteligência artificial*. Uma brevíssima introdução. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora Unesp, 2020. p. 47.

A solução não traduz adequadamente as etapas necessárias ao desenvolvimento da tarefa (*déficit* no conhecimento da atividade); ou ela limitou-se a transpor operações antes materializadas pelo agente humano, sem a necessária adaptação ao novo veículo.

A validação pode ainda permitir a identificação da dissociação entre finalidade posta pela lei e aquela (efetivamente) perseguida pela solução de IA, porque será o momento em que se experimenta o resultado real da sua aplicação. Testes no curso do desenvolvimento dificilmente tem a extensão e complexidade do período de validação; é neste último momento que o alinhamento de finalidades pode ser aferido em condições bastantes próximas do real²⁴.

Finalmente, mas não menos importante, é possível que o distanciamento entre o *output* da aplicação de IA e aquele previsto na norma de competência só se verifique a futuro, próximo ou remoto. Afinal, como visto na conceituação dos chamados vieses emergentes, a inclinação oblíqua pode passar a se manifestar a partir não de problemas originários da construção da solução de IA, mas porque as condições sob as quais ela opera, ou mesmo a percepção social em relação a componentes com os quais ela opera pode se alterar. Alterados os pressupostos que orientaram o desenvolvimento e implantação dos sistemas de IA, se este novo cenário não se transmitir como *input* ao mecanismo de IA, o resultado de sua aplicação tende a efetivamente se desviar da finalidade redefinida nos seus contornos e nestes termos agora albergada pela Administração. Não é ocioso destacar que em especial no âmbito da Administração Pública, o risco associado ao viés emergente é alto, não só à conta da mutabilidade do ambiente com o qual ela opera, mas também porque o investimento de dinheiro e energia na implantação desse tipo de solução é muito alto – o que tende a tornar menos provável a atualização das soluções tecnológicas com a velocidade que seria de se desejar.

Disso tudo decorre que o viés algorítmico, embora provável, não é inexorável. A par disso, suas manifestações podem se relacionar a outros planos do agir da Administração (como por exemplo, a seara dos motivos). Fato é que o enviesamento, como já afirmado, não determinará sempre e sempre, o desvio de finalidade na decisão materializada através de mecanismos de IA (decisória) ou fundada em seus *outputs* preditivos. O mundo da vida é mais complexo do que as respostas binárias – e isso certamente é assim na infoesfera²⁵. Importante superar essa simplificação pacificadora, para reconhecer que a interseção de vieses algorítmicos pode gerar efeitos diversos sobre a atuação da Administração Pública, indo desde a sua especial qualificação, até a efetiva caracterização do desvio de finalidade. A aferição do que verdadeiramente se passa haverá de se dar em concreto, nas diversas etapas de concepção e implementação da solução computacional, ante o caráter dinâmico da realidade e das relações sobre as quais ela incide, ou que ela pretende influenciar.

²⁴ É de se ter em conta que por vezes, mesmo por ocasião da validação dos mecanismos de IA, só o que se possa utilizar são *proxies* da realidade sobre a qual ela vai efetivamente incidir – essas são hipóteses em que os padrões de validação devem ser ainda mais elevados, eis que subsiste um distanciamento entre as condições de validação e aquelas sob as quais a IA efetivamente irá funcionar.

²⁵ É de Floridi o conceito de infoesfera, que identifica o contexto constituído por todo o sistema de objetos de informação, incluindo todos os agentes e pacientes, mensagens, seus atributos e relações mútuas (FLORIDI, Luciano. On the intrinsic value of information objects and the infosphere. *Ethics and information technology*, v. 4, n. 4, p. 287-304, 2002).

A melhor estratégia de conciliação entre o viés algorítmico como elemento quase que inafastável de qualquer sistema operando com IA, e a prevenção ao desvio de finalidade que é dever da Administração Pública, está na construção de uma adequada matriz de risco, considerada a área de incidência da solução computacional em questão, e os valores constitucionalmente tutelados envolvidos especificamente naquela particular atividade. Assim, parece evidente que aplicações de IA, ainda que decisórias, no campo, por exemplo, da análise de requerimentos administrativos simples, podem estar sujeitas a uma matriz de risco menos rigorosa quanto ao eventual desvio de finalidade. Isso não se pode dizer, ainda que se cuide de soluções de IA de caráter meramente preditivo, quando se esteja no campo de interseção com direitos fundamentais, como é o caso dos conhecidos (maus) exemplos das chamadas ferramentas de avaliação de risco que subsidiam decisões relacionadas à dosimetria e execução da pena no sistema americano²⁶.

Igualmente relevante para o monitoramento do tipo de resultado que a aplicação de IA esteja trazendo, é a institucionalização de mecanismos de *feedback* de erro²⁷ – que não só quantifiquem as falhas dos mecanismos, mas subsidiem uma análise acerca da origem destas disfuncionalidades, orientando ainda o tipo de ação corretiva que a Administração deva desenvolver.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internalização de novas tecnologias de informação e comunicação (NTIC's) à Administração Pública é fenômeno já caracterizado e irreversível. A incorporação da IA ao ferramental utilizado para a concretização dos compromissos valorativos postos ao Estado é simples desdobramento natural da irradiação destes mecanismos em todos os setores da vida. Diferentemente do que se deu até aqui, o uso de IA não se traduz na simples adição de uma ferramenta disponível à Administração – mas pode compreender a transferência de agência (quando se cuide de IA decisória), ou ainda um forte incentivo à conformidade, associado ao já referido pensamento computacional²⁸.

Inequívoco, portanto, que o ingresso desse novo instrumental é de se dar com a devida prudência, e em especial, com a identificação dos efeitos que eles possam trazer à ação pública. Esses efeitos hão de ser por sua vez, compreendidos na sua tradução para o código do Direito – afinal, determina a Constituição que a Administração se rege pelo princípio da legalidade. Como todo exercício de tradução, ela é de se dar com cautela para que não se transforme numa traição ao verdadeiro sentido do original.

²⁶ É conhecida a afirmação de que estas ferramentas contemplam vieses de várias ordens, e com isso tendem a desfavorecer a população afrodescendente, e ainda os residentes em determinadas áreas das cidades (HARCOURT, Bernard E. Risk as a Proxy for Race. *Criminology and Public Policy*, Forthcoming, University of Chicago Law & Economics Olin Working Paper n. 535, University of Chicago Public Law Working Paper n. 323, 18 set. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1677654>. Acesso em: 22 abr. 2022).

²⁷ O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa*. Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução de Rafael Abraham. Santo André, São Paulo: Rua do Sabão, 2020. p. 207.

²⁸ BRIDLE, James. *A nova idade das trevas*. Op. cit.

Efeito deletério que se objetiva combater ainda com a desconstrução da equivocada associação entre desvio de finalidade e viés algorítmico, é a ocultação da presença e do verdadeiro papel que soluções de IA estejam desenvolvendo em relação ao agir administrativo. Afinal, se do uso da ferramenta decorre (supostamente) um conhecido vício, melhor negar a sua utilização, numa prática que mais serve à opacidade que à publicidade requerida pela Constituição.

O conhecido estranhamento que profissionais do Direito tem em relação ao mundo da tecnologia pode induzir uma inadequada aproximação à qualificação jurídica que se venha a empreender em relação a operações e fenômenos envolvendo a interação entre Administração Pública e tecnologia. O problema é real e urgente, eis que os mecanismos de IA pervadem também as estruturas públicas, e em breve estarão a tematizar qual seja a resposta que o Direito Administrativo tenha a oferecer em relação às más escolhas públicas veiculadas por, ou com fundamento em aplicações de IA.

A identificação pura e simples entre viés algorítmico e desvio de finalidade, mais do que uma simplificação que não se sustenta, pode representar no fundo, uma negação do potencial de contribuição das soluções de IA. A superioridade humana se teria por reafirmada com a proclamação de que é inerente ao algoritmo errar. O problema aí parece estar em não reconhecer que o erro é peculiar à ação humana – e que isso não se modificará com a adição de um componente cujo propósito inicial é emular o humano.

A conclusão é de que na infoesfera, como no mundo físico, o único caminho real de combate ao desvio de finalidade é reconhecer que ele se apresente sempre como possibilidade – e vigiar para que essa possibilidade não se transforme em realidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Artur. Notas sobre el concepto de singularidad tecnológica. *Argumentos de Razón Técnica*, n. 11, p. 57-70, 2008. p. 58. Disponível em: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/21754/file_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 abr. 2022.

ARAUJO, Valter Shuenquener de; ZULLO, Bruno Almeida; TORRES, Maurílio. Big data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 80, p. 241-261, 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1219>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BODEN, Margaret A. *Inteligência artificial*. Uma brevíssima introdução. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Governo Digital. *Serviços digitais*. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/lista-servicos-digitais>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRIDLE, James. *A nova idade das trevas*. A tecnologia e o fim do futuro. Tradução de Érico Assis. São Paulo: Todavia, 2019.


DANAHER, John. How can algorithms be biased? *Philosophical Disquisitions*, 08 abr. 2022. Disponível em: <https://philosophicaldisquisitions.blogspot.com/2022/04/how-can-algorithms-be-biased.html>. Acesso em: 19 abr. 2022.

- FAZELPOUR, Sina; DANKS, David. Algorithmic bias: senses, sources, solutions. *Philosophy Compass*, v. 16, Issue 8, p. 1-16, 2021. Disponível em: <https://compass.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/phc3.12760>. Acesso em: 19 abr. 2022.
- FLORIDI, Luciano. On the intrinsic value of information objects and the infosphere. *Ethics and information technology*, v. 4, n. 4, p. 287-304, 2002.
- FRIEDMAN, Batya; NISSENBAUM, Helen. Bias in computer systems. *ACM Transactions on Information Systems (TOIS)*, v. 14, n. 3, p. 330-347, 1996.
- GOVERNO e tecnologia: como promover a transformação digital do serviço público: materiais de referência. *Gov-Tech Brasil*, 03 ago. 2018. Disponível em: <https://2018.govtechbrasil.org.br/governo-e-tecnologia-como-promover-a-transformacao-digital-do-servico-publico/>. Acesso em: 07 ago. 2021.
- HARCOURT, Bernard E. Risk as a Proxy for Race. *Criminology and Public Policy*, Forthcoming, University of Chicago Law & Economics Olin Working Paper n. 535, University of Chicago Public Law Working Paper n. 323, 18 set. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1677654>. Acesso em: 22 abr. 2022.
- HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian R. The evolution of cognitive bias. In: BUSS, David M. (Ed.). *The handbook of evolutionary psychology*. 2. ed. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2016. p. 968-987.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 172, p. 1-19, abr./jun. 1988. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45835/44095>. Acesso em: 26 ago. 2022.
- MONTEIRO, Silvana Drumond; PICKLER, Maria Elisa Valentim. O ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. *DataGramaZero Revista de Ciência da Informação*, v. 8, n. 3, p. 1-21, jun. 2007. Disponível em: <https://brapci.inf.br/index.php/res/download/45007>. Acesso em: 26 ago. 2022.
- NTOUSI, Eirini *et al.* Bias in data-driven artificial intelligence systems – an introductory survey. *WIRES Data Mining and Knowledge Discovery*, v. 10, n. 3, e1356, p. 1-14, 2020. Disponível em: <https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/widm.1356>. Acesso em: 26 ago. 2022.
- O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa*. Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução de Rafael Abraham. Santo André, São Paulo: Rua do Sabão, 2020.
- REIS, Paulo Victor Alfeo. *Algoritmos e o Direito*. São Paulo: Almedina, 2020.
- RUSSEL, Stuart. *A inteligência artificial a nosso favor*. Como manter o controle sobre a tecnologia. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.
- SIMÕES-GOMES, Leticia; ROBERTO, Enrico; MENDONÇA, Jônatas. Viés algorítmico – um balanço provisório. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 25, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2020/08/13402-42914-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2022.
- TAULLI, Tom. *Introdução à inteligência artificial*. Uma abordagem não técnica. São Paulo: Apress-Novatec, 2020.
- VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1346/863>. Acesso em: 26 ago. 2022.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública*: a Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 43-62.



PARTE II

**Textos vencedores do
concurso de artigos jurídicos**



Entre *in dubios e re ipsas*, será o “eterno retorno” à legalidade a solução inovadora da improbidade administrativa?

Joana Stlezer

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Estágio pós-doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora associada II da Universidade Federal de Santa Catarina. Líder do Núcleo de Estudos em Fair Trade.

Leandro Caletti

Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Faculdade IMED. Coordenador da Escola de Direito (graduação) da Faculdade IMED. Professor do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Faculdade IMED.

Sumário: 1 Introdução. 2 A inexistência de densidade normativa no adágio *in dubio pro societate*. 3 O *in dubio pro societate*, o juízo de admissibilidade e a quebra da justa causa. 4 O “eterno retorno” à legalidade estrita. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

É notória a circunstância de a improbidade administrativa se constituir em um dos mais expressivos temas do direito administrativo sancionador¹, desfrutando, inclusive, nos últimos anos, de certa notoriedade, tanto nos círculos da metalinguagem jurídica, como em presença de mídia. Isso se deu porque o tema da improbidade administrativa foi erroneamente associado ao do combate à corrupção, dando azo à equivocada ilação de que o direito administrativo, por meio da Lei de Improbidade Administrativa (LIA)², é capaz e se preocupa, primariamente, em sancionar o ato corruptivo, não a improbidade do agente público.

Associada a esse cenário, teve início a utilização, pelo Ministério Público e pelos legitimados circunstanciais da ação de improbidade administrativa, de uma interpretação aberta e discricionária fundamentada no alegado ‘princípio’ *in dubio pro societate*, capaz de derruir, no juízo de admissibilidade³ das ações de improbidade administrativa, por meio de presunções, a legalidade e a justa causa⁴, corolário do devido processo legal.

¹ Compreendido como a existência de sanções de direito administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário, mormente quando a norma invocada possui em um dos polos a figura da Administração Pública, direta, indireta ou descentralizada, como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares, desafinando o direito punitivo. MEDINA, Fábio Osório. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015. p. 95.

² BRASIL. *Lei 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

³ Não se descarta que a aplicação do *in dubio pro societate* também ocasiona outras presunções, além da que esvazia o juízo de admissibilidade, que se constitui no objeto delimitado desta pesquisa. Assim também ocorre, portanto, com a que relativiza a prova do dano, nos atos ímprobos do artigo 10 da LIA (dano *in re ipsa*), e com a que enfraquece a comprovação do elemento subjetivo dolo (dolo *in re ipsa*).

⁴ Desde já se pontua que “justa causa”, para este estudo, consubstancia-se em corolário do devido processo legal, ostentando o seguinte conceito: o conjunto de elementos concretos aptos a desencadear um juízo de ve-

Assim, de forma paradoxal, o ramo do direito público historicamente amalgamado com a legalidade estrita⁵ se vê às voltas, em um de seus temas sancionadores mais caros – a improbidade administrativa –, com presunções desprovidas de densidade normativa e desapegadas da racionalidade probatória, oriundas – ambas – da inconsiderada aplicação judicial do adágio *in dubio pro societate*.

Um comportamento que tal, pela perniciosa aproximação com a discricionariedade, encaminha a garantia da justa causa das ações de improbidade administrativa e a sua indelével importância – porquanto filha do devido processo legal – a uma dependência insensata do moralismo político⁶ e do populismo judicial⁷.

Essa é a temática delimitada do presente estudo, que se justifica não apenas na atualidade absoluta do tema – para o direito público e, em especial, para o administrativo –, mas, principalmente, no esclarecimento quanto ao adágio *in dubio pro societate*, sua aproximação com o direito administrativo sancionador e sua ilegal aplicação no âmbito das ações de improbidade administrativa.

Nesse cenário, o problema central gira em torno da seguinte indagação: a legalidade estrita se desvela em fundamento de proteção à justa causa, no juízo de admissibilidade das ações de improbidade administrativa, contra a presunção decorrente da aplicação do *in dubio pro societate*? A hipótese básica deste estudo responde afirmativamente ao problema de pesquisa, direcionando o estado da arte do direito administrativo sancionador, na espécie, a um retorno à legalidade estrita.

O objetivo geral consistiu em examinar o contexto irrefletido de aplicação do *in dubio pro societate* nas ações de improbidade administrativa, sendo que, em paralelo, foram eleitos os seguintes objetivos específicos: 1) sustentar a inexistência de densidade normativa do adágio *in dubio pro societate*; 2) apontar a presunção decorrente da aplicação do adágio *in dubio pro*

rossimilhança em relação à pretensão punitiva estatal. MEDINA, Fábio Osório. Conceito de *in dubio pro societate* deve ser repensado à luz da justa causa. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-27/medina-osorio-in-dubio-pro-societate-repensado>. Acesso em: 15 ago. 2022.

⁵ Não obstante a consabida mutação do estado de legalidade estrita para o de juridicidade plena na composição do conceito de legalidade, esta pesquisa utiliza propositalmente o termo “legalidade estrita” para, retoricamente, enfatizar a ligação lógica ao subprincípio “reserva legal”, não se reportando ao subprincípio da “primazia da lei” (correspondência da atuação administrativa de acordo com a lei e com a Constituição). Essa opção interpretativa decorre da defesa do argumento de que, na aplicação do direito, nas ações de improbidade administrativa, prevalece a subsunção das regras de regência (LIA), sem espaço para a composição com princípios gerais desprovidos de densidade normativa.

⁶ O conceito operacional desta categoria é extraído de Gabardo, que o define como um incremento da intolerância que prestigia em demasia o princípio democrático a partir da opinião popular, retratado como uma “desordem” na esfera do ser. GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. p. 68. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/847>. Acesso em: 15 ago. 2022.

⁷ Recorre-se a Salgado para conceituar operacionalmente esta categoria: inimigo íntimo da democracia, o populismo judicial passa a ser protagonizado pelos magistrados, que ignoram as normas jurídicas para decidir sobre o que é justo (moralidade e linguagem populista). SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018. p. 193. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/594/496>. Acesso em: 15 ago. 2022.

societate que acarreta, no juízo de admissibilidade das ações de improbidade administrativa, a quebra da justa causa; e, 3) demonstrar a legalidade estrita como o fundamento de proteção à justa causa, no juízo de admissibilidade das ações de improbidade administrativa.

Quanto aos aspectos metodológicos, a natureza da investigação retratou pesquisa pura, iniciada na compreensão de categorias fundamentais ao direito administrativo e, especialmente, do sentido teórico acerca da improbidade administrativa e da justa causa, no juízo de admissibilidade. Relativamente à abordagem do problema, a pesquisa refletiu estudo qualitativo e, no que se refere aos fins, foi descritiva. O método de abordagem foi o indutivo, com enfoque crítico, por meio da observação sistemática da presunção que a aplicação do *in dubio pro societate* inflige à justa causa, no juízo de admissibilidade das ações de improbidade administrativa. Os procedimentos técnicos utilizaram doutrina, legislação e jurisprudência e os resultados foram expostos exclusivamente em forma de textos.

2 A INEXISTÊNCIA DE DENSIDADE NORMATIVA NO ADÁGIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

Não é incomum que alguns princípios basilares do direito administrativo não encontrem assento constitucional expresso ou tácito. É o caso, por exemplo, do princípio do interesse público⁸, que, entre nós, tem assento infraconstitucional⁹ pela expressa menção do artigo 2º da Lei 9.784/99¹⁰. Outros, se apresentam implícitos na Constituição, como o princípio do estado de necessidade administrativo, intuído analogicamente das previsões constitucionais de defesa do Estado e das instituições democráticas (Título V da Constituição Federal)¹¹.

Não é o que se dá, no entanto, com o adágio *in dubio pro societate*, recorrentemente citado como “princípio”¹².

Primeiro, porque, efetiva e conceitualmente, princípio não é. Se, como supõe Müller, a norma é sempre produto da inter-relação entre texto normativo e realidade, ela não se constitui simploriamente em um dado orientador apriorístico no quadro da teoria da aplicação

⁸ “[...] 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” (CALETTI, Leandro; STELZER, Joana. O direito administrativo brasileiro na pandemia: estado de necessidade, poder de polícia e (um redutivo) interesse público. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva *et al.* (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: diálogos Brasil e México*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 342-359. p. 353).

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ Ainda que assim não fosse, valeria a advertência 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. 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*, n. 73, Madrid: Civitas, p. 17-28, 1992.

¹² Ver, por todos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no recurso especial 1.874.419/MG*. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relator: min. Francisco Falcão, 16 de novembro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001132716. Acesso em: 17 nov. 2020.

do direito, mas adquire sua estrutura em meio ao processamento analítico de experiências concretas no quadro de uma teoria da geração do direito. Nessa condição, diferentes âmbitos normativos vão sendo incorporados pela jurisprudência aos programas normativos das cláusulas gerais, de modo que, por meio da tipologia, reúnem-se inúmeras normas debaixo de um único texto normativo. É por esse motivo que o princípio não pode ser definido como cláusula geral; antes, a justifica e serve de causa ou critério – raciocínio inverso conduziria ao aumento da discricionariedade da decisão judicial.¹³

Igual modo, a teoria de direitos fundamentais mais difundida, no Brasil, proposta por Alexy¹⁴ – que, justamente, fundamenta-se na distinção entre regras e princípios –, define esses últimos como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, na teoria alexyana, mandamentos de otimização caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas¹⁵. “Possibilidades jurídicas” são, enfaticamente, as características não encontradas no conteúdo do brocardo *in dubio pro societate*.

De fato, os princípios se constituem em normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Logo, a noção de princípios enquanto normas finalísticas exige a consecução de um estado ideal de coisas que só pode ser atingido se determinados comportamentos forem implementados. Portanto, a noção conceitual de princípios ultrapassa a ideia de que se consubstanciariam em meros valores dependentes de preferências pessoais para a realização.¹⁶

A propósito, nesses tempos de banalização da utilização dos princípios na motivação das decisões judiciais, ou, mesmo, na fundamentação para a obtenção de proteção jurídica (exigência de direitos), são absolutamente oportunas as “diretrizes para a análise dos princípios”, mecanismo para a identificação “do que é princípio”, dentro do conceito cunhado por Ávila¹⁷.

Não é, aliás, por outra razão a admoestação de Alexy no sentido da deturpação do conceito de sua máxima da proporcionalidade, um dos “princípios” mais invocados na própria jurisprudência constitucional: comumente, a máxima da proporcionalidade tem sido tratada como ‘princípio’ da proporcionalidade. Sucede, todavia, que ela não cabe no conceito

¹³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 270.

¹⁴ A Teoria dos Direitos Fundamentais defendida por Alexy desenvolve uma dogmática dos direitos fundamentais que se baseia em três dimensões, a saber, analítica, empírica e normativa. A dimensão analítica aponta para um rigor conceitual da teoria, nominalismo esse responsável pela definição das observações verificadas na dimensão empírica (por exemplo: a proteção jurisprudencial dada ao casamento homoafetivo [constatação empírica] se baseia nos conceitos de casamento, homoafetividade etc.). A dimensão empírica, por sua vez, corresponde a um observatório da conjuntura social, cotejada com o conhecimento do regramento jurídico válido, da jurisprudência, da doutrina etc. A dimensão normativa, por último, designa a aplicação da legislação de regência. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 90. Grifos do autor.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Op. cit.*, p. 72-75.

de princípio colmatado por sua teoria, visto que as três máximas parciais funcionam como regras, que aferem a satisfação ou não de suas premissas, considerando a não consecução como consectário de uma ilegalidade. Logo, a máxima da proporcionalidade deve ser considerada como regra, não como princípio.¹⁸

Por fim, ainda no atinente à aplicação irrefletida de “princípios”, são dignos de exame os resultados da pesquisa de Morais, que compilou 189 decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidos em uma década e que mencionavam a proporcionalidade nos argumentos de pesquisa ou na indexação. Uma das conclusões do estudo foi a de que, mesmo havendo referência expressa à proporcionalidade, pelos ministros, a sua aplicação não guardou qualquer relação ou congruência com a genuína teoria alexyana. Isso indica, segundo o autor, que a Corte de interpretação aplica uma proporcionalidade irrefletida, que não observa um caríssimo pressuposto da teoria: a racionalidade argumentativa.¹⁹

Essa equivocada forma de aplicação – que sói ocorrer também com o *in dubio pro societate* – dá ensejo à utilização do argumento de autoridade do “princípio” como camuflagem de fundamentação precária, inexistente ou, especificamente na improbidade administrativa, contrária à justa causa. Em suma, o adágio *in dubio pro societate* princípio não é, decorrendo a negativa não apenas da imprecisão conceitual sobre “princípio”, mas, também, com a inexistência, a duas, de conteúdo normativo.

De fato, o adágio não encontra, em nosso ordenamento jurídico, assento constitucional, nem infraconstitucional. É bem verdade que, decorrendo a aplicação do *in dubio pro societate* no direito administrativo sancionador da proximidade de ritos e do regime jurídico do sistema punitivo penal²⁰, há quem defenda²¹ que o adágio se constituiria na contraposição teórica do *in dubio pro reo*, sendo o primeiro aplicável em hipóteses específicas e para as quais não se exige um juízo de certeza para a prolação do ato decisório (no processo penal, o recebimento da peça acusatória e a pronúncia). Ainda assim – e tanto mais depois de examinadas três teorias de escolha acerca dos princípios –, não há se conjecturar de que um adágio sem envergadura constitucional ou normativa (*in dubio pro societate*) possa recolher esses predicados unicamente pela justaposição teórica a um outro adágio (*in dubio pro reo*), este, sim, corolário da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). Aliás, seria imensurável o paradoxo de se utilizar de um filho do princípio da presunção da ino-

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 117, nota de rodapé 84.

¹⁹ MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

²⁰ As ações penais e de improbidade em muito se assemelham pelo rito aplicável, e pelo regime jurídico do sistema punitivo. Aos processos de improbidade se aplica o regime jurídico do direito administrativo sancionador, e aos processos criminais o regime de direito penal. Os dois tipos de ações estão submersos no devido processo legal punitivo constitucional e ao crescente tratamento unitário do jus puniendi estatal no ciclo punitivo (acordos de leniência, delações premiadas, persecução judicial integrada, investigação interinstitucional etc.). Não por outra razão, determinados atos ilícitos necessitam de atuação coordenada entre as diferentes instituições investigativas, de modo a ensejar respostas coerentes e harmônicas, para reprimir crimes, atos de improbidade administrativa ou infrações à ordem econômica, ao mercado de capitais, ao sistema financeiro nacional, e assim por diante. São muitas as autoridades e instituições envolvidas nessas investigações e operações que culminam em processos punitivos. MEDINA, Fábio Osório. Conceito de *in dubio pro societate* deve ser repensado à luz da justa causa. Op. cit.

²¹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 97.

cência para “emprestar” densidade normativa a uma máxima que, por meio de presunções, relativiza esse mesmo princípio.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, por meio de recentes julgados da 2ª Turma, tem reconhecido a ausência de envergadura normativa – constitucional ou legal – ao *in dubio pro societate*. Foi o que ocorreu no julgamento do recurso extraordinário com agravo n. 1.067.392/CE²², no qual se assentou que, afora não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o *standard* probatório necessário para a pronúncia. Esse entendimento também norteou o julgamento do *habeas corpus* n. 180.144/GO²³, cuja *ratio decidendi* apontou que a decisão de pronúncia não pode se basear em elementos de informação obtidos, exclusiva e unilateralmente, durante a fase de investigação preliminar, não conferindo o adágio *in dubio pro societate* legitimidade ao referido ato decisório, já que frontalmente desprovido de envergadura constitucional ou legal.

A bem da verdade, o *in dubio pro societate* não se presta a fundamentar ato decisório que intente ser legitimado no texto da Constituição e na ciência jurídica²⁴, chegando Moraes da Rosa²⁵ a afirmar que o adágio, dada a economia argumentativa de fundamentação, não passa de uma ‘pedalada’ motivacional’, vale dizer, um ‘significante vazio e manipulador da devida análise dos requisitos legais’. Noutras palavras, o brocardo pode ser visto como “camuflagem”, por meio da qual se almeja ocultar a falta de fundamentos fáticos, teóricos, normativos e racionais do ato decisório²⁶.

Evidenciada a carência de envergadura normativa do *in dubio pro societate*, importa perquirir pelo efeito de sua aplicação errada e irrefletida no âmbito das ações de improbidade administrativa.

3 O IN DUBIO PRO SOCIETATE, O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E A QUEBRA DA JUSTA CAUSA

Se já é consabida a gênese de transposição do *in dubio pro societate* para o direito administrativo sancionador da improbidade administrativa (similitude com o processo penal), é tarefa ainda aberta dissecar como ocorre a aplicação do adágio sobre o juízo de admissibilidade e quais as consequências dessa irrefletida conduta processual.

No Superior Tribunal de Justiça, Corte de interpretação incumbida de adscrever sentido à legislação infraconstitucional e, por conta disso, destinatária da maioria das teses acerca

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo 1.067.392/CE*. Recorrente: José Reginaldo da Silva Cordeiro. Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: min. Gilmar Mendes, 26 de março de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5242573>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 180.144/GO*. Paciente: Milton Felix Moraes Parreira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: min. Celso de Mello, 10 de outubro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5839192>. Acesso em: 11 out. 2020.

²⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 838.

²⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Apresentação à 1ª ed. In: DIAS, Paulo Thiago Fernandes. *A decisão de pronúncia baseada no in dubio pro societate: um estudo crítico sobre a valoração da prova no processo penal constitucional*. Florianópolis: EMais, 2018. p. 17.

²⁶ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

da LIA, o julgamento do agravo de instrumento n. 842.768/PR, realizado em 2009, foi o primeiro a associar o *in dubio pro societate* à improbidade, ainda que para o fim de rechaçar honorários sucumbenciais em desfavor do Ministério Público. Ainda naquele ano, aplicou-se o adágio para fins de justificativa de recebimento da inicial – relativização do juízo de admissibilidade –, no julgamento do recurso especial n. 1.108.010/SC. Desde então e até o final de 2019, podem ser encontrados 149 acórdãos abordando o tema do recebimento da ação de improbidade à luz do *in dubio pro societate*. Desses julgados, 30 acórdãos (20,13%) reformaram decisões que deixavam de receber a petição inicial, 2 acórdãos (1,35%) reformaram decisões para determinar a extinção da ação por ausência de justa causa e 13 casos (8,72%) mantiveram decisões de rejeição — o saldo presumidamente diria respeito a acórdãos que se limitaram a pressupostos de admissibilidade recursal.²⁷

Descendo à casuística, tome-se o exemplo do recurso especial n. 1.816.809/RS²⁸, em que, em sede de juízo de admissibilidade, foi determinado o prosseguimento da ação de improbidade administrativa. Esse julgado carrega alta dose de peculiaridade, visto que a *ratio decidendi* do voto, de forma curiosa e equivocada, ‘encontra’ no artigo 17, parágrafo 8º, da LIA, o fundamento legal do ‘princípio’ *in dubio pro societate*. O raciocínio do relator se constituiu em um silogismo cuja dedução é incoerente: (1) o artigo 17, parágrafo 6º, da LIA, autoriza o recebimento da petição inicial em que presentes meros indícios de cometimento de atos previstos na LIA; (2) o parágrafo 8º do mesmo dispositivo ressalva que a petição inicial somente será rejeitada quando constatada a inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita; (3) logo, é esta norma mesma – a do artigo 17, §8º, da LIA – o próprio *in dubio pro societate*, visto que completa, logicamente, o leque de facilidades e presunções postos à disposição do ente ministerial ou da pessoa jurídica interessada.

Ora, na verdade, a decisão, sem perceber, confunde o adágio com o seu efeito. Não é que o parágrafo 8º do artigo 17 da LIA seja ou contenha o *in dubio pro societate* – uma afirmação que tal, aliás, soaria quase esquizofrênica, na medida em que se buscaria na própria LIA (legalidade) o fundamento para a sua própria mitigação –; é a utilização desconexa e sem fundamento constitucional ou legal do adágio que determina a aniquilação da norma do parágrafo 6º do mesmo artigo, que abriga a justa causa.

Se é bem verdade que, na LIA, o “conjunto de elementos concretos” que compõe a justa causa admite representação indiciária, isso não quer dizer que o texto normativo do artigo 17, parágrafo 6º, admita interpretação cuja norma confunda “indiciária” com inexistente ou temerária. Afinal, em ação de improbidade, a petição inicial deve ser proporcionalmente mais substancial do que a de outras ações que não têm esta fase preliminar de admissibilidade da inicial em contraditório tão aguda. Nestas condições, a delimitação dos fatos, da causa

²⁷ PASSOS, Pedro Paulo Alves Corrêa dos. *In dubio pro societate nas ações de improbidade administrativa segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2019.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial 1.816.809/RS*. Recorrente: Consórcio SBS/Pelotense e Outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: min. Herman Benjamin, 11 de outubro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=-tipoPesquisaGenerica&num_registro=201901200613. Acesso em: 15 out. 2019.

de pedir, e a produção da correspondente prova (quando disponível de imediato) devem ser impecáveis, sob pena de comprometer, já de início, o seguimento da ação e, até mesmo, sua rejeição com apreciação de mérito²⁹.

É precisamente esse o busillis: quem aplica, de forma irrefletida, o *in dubio pro societate* não reconhece uma dubiedade processual clara da LIA, que não contém incongruência: os parágrafos 6º e 8º do artigo 17 da LIA não são antitéticos – de modo a ser impossível, portanto, que o parágrafo 8º contenha o adágio e anule o parágrafo 6º, que abriga a justa causa. Eles têm funções diferentes e elas são, rigorosamente, processuais.

A norma do parágrafo 6º recrudescer os pressupostos já requeridos nos artigos 319, incisos III e IV, e 320, do Código de Processo Civil, e se destina à aferição mínima da petição inicial, incluindo a justa causa como verdadeira componente do interesse de agir (juízos pré-autuação e pré-recebimento). A inexecução do mister de instruir-se a petição inicial da ação de improbidade “com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas” acarreta o juízo negativo de admissibilidade. O que permite a ilação, em resumo, de que a norma do parágrafo 6º do artigo 17 da LIA se dirige à proteção da justa causa, redundando em juízo negativo ou positivo de admissibilidade (cognição sumária).

Já a norma do parágrafo 8º do artigo 17 da LIA enfeixa outra função processual, de mérito, conectada com o fundo do direito; em suas três situações pontuais – convencimento quanto à inexistência do ato de improbidade, quanto à improcedência da ação ou referente à inadequação da via eleita –, aprioristicamente lançadas pelo legislador, haverá rejeição com apreciação do mérito. Em síntese, a norma do parágrafo 8º não se dirige ao juízo de admissibilidade protetivo da justa causa e que redunde em rejeição ou admissão da petição inicial, mas, sim, em resolução negativa do mérito, porque ocorrentes uma ou mais das gravosas previsões normativas lá previstas.

Essa é a confusão que sustenta a aplicação indiscriminada do *in dubio pro societate* nas ações de improbidade administrativa, mais especificamente, na relativização da justa causa e na aniquilação do juízo de admissibilidade. Aceitá-la sem “constrangimento epistêmico”³⁰ equivale a treslar por completo o próprio instituto do juízo de admissibilidade, cujo objetivo é o de filtrar as ações que não tenham base sólida e segura, obrigando o juiz a examinar efetivamente, desde logo, com atenção e cuidado, as alegações e os docu-

²⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 145.

³⁰ Para Streck, o “constrangimento epistêmico se constitui em uma forma de se colocar em xeque decisões que se mostram equivocadas — no fundo, é um modo de dizer que a doutrina deve (voltar a) doutrinar, não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária e meramente reprodutora das decisões dos tribunais. O constrangimento epistêmico ou epistemológico se coloca, assim, como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno. Isso porque o problema central desse sujeito ‘assujeitador [...] reside na indiferença radical por ele manifestada em relação a qualquer forma de exterioridade, quer seja divina, mundana, quer social. O sujeito torna-se estranho a tudo que não é ele, como se os olhos se tivessem virado nas órbitas para olharem apenas para suas próprias cavidades” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2020).

mentos da inicial. O instituto da defesa preliminar funciona como uma proteção moral para o agente público acusado, para quem o simples fato de ser réu pode implicar mancha na reputação.³¹

Nada obstante, mesmo a doutrina administrativista associa o brocardo e a sua aplicação à preservação de um ‘interesse público’ vinculado à defesa do erário³², em clara intelecção que desafia o estado constitucional de direito e os próprios direitos fundamentais, esses muito mais caros ao interesse público do que o próprio erário ou a moralidade. O atual e redutivo interesse público a ser perseguido – por todos: Administração, Ministério Público, Poder Judiciário, controle social etc. – não pode ser outro que não aquele alicerçado no Estado Constitucional de Direito, que, por conta disso, fundamenta uma nova Administração, eficiente, plural, dialógica e consensual, tanto quanto possível. A velha ‘supremacia do interesse público’, cujo caráter é até especulado como autoritário, dentre outros, por Paulo Otero³³ e Vasco Pereira da Silva³⁴, não serve mais a instituições fundadas no Estado Constitucional de Direito de 1988 e, tanto menos, para ressoar ações de improbidade administrativa que, a despeito de desprovidas de justa causa, seguem normalmente sendo aceitas a pretexto de se resguardar um adágio cujo conteúdo normativo é inexistente.

Seja como for, a aplicação incorreta do adágio *in dubio pro societate* nas ações de improbidade administrativa ocasiona, quanto ao juízo de admissibilidade, presunção que beira o absolutismo, em favor do Ministério Público; e, essa presunção fere de morte a justa causa, que é filha do devido processo legal.

4 O “ETERNO RETORNO”³⁵ À LEGALIDADE ESTRITA

Não é raro o direito administrativo se ver às voltas com eternos retornos. Contemporaneamente, ele se direcionava a padrões emergentes de governança global e a um crescente corpo de direito administrativo global quando, em 30 de janeiro de 2020, sobreveio o reconhecimento, pela Organização Mundial de Saúde, 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 decreto legislativo n. 6008, 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 administra-

³¹ DALLARI, Adilson de Abreu. Limitação à atuação do Ministério Público na ação civil pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa*: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

³² GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³³ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

³⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. 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 (Coords.). *Direito administrativo e interesse público*: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

³⁵ O excerto faz analogia ao axioma do ‘eterno retorno’ em Nietzsche, primariamente, mencionado em: NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. Tradução de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.

tivo, em face do inequívoco estabelecimento de um “estado de necessidade administrativo”, mormente no campo do direito administrativo ordenador (poder de polícia).³⁶

É exatamente essa inversão que o campo da aplicação do *in dubio pro societate* às ações de improbidade administrativa e a seu juízo de admissibilidade demanda. Com a diferença de que, aqui, o retorno não é ao interesse público e a outros institutos basilares do direito administrativo, como o estado de necessidade ou o poder de polícia, mas, sim, à legalidade estrita, compreendida como aplicação da norma prevista na Constituição ou em lei.

Mais regras, menos princípios³⁷; ao que se poderia acrescentar: e adágios nem pensar! É o que Cristóvam³⁸ chama de crise de legalidade constitucional/infracostitucional, oriunda da iletrada difusão do neoconstitucionalismo.

Já Gabardo³⁹, alcunha de “metapositivismo” essa questão da interferência do moralismo político na esfera pública institucional brasileira, na qual o senso de justiça passa a ser o critério de validade do direito e de interpretação constitucional (os direitos, nesta conjuntura, tornam-se ontologicamente relativos). Poder-se-ia, aqui, inclusive, ventilar o panprincipiológico que Streck⁴⁰ tanto denuncia.

De tudo, resulta que o problema da aplicação arraigada e equivocada do *in dubio pro societate* no âmbito da improbidade administrativa tem raiz na antitética relação entre positivismo e constitucionalismo? Talvez. Na dúvida, vale passar os olhos pelo ‘positivismo constitucionalista’ de Sanchís⁴¹, que advoga a compatibilidade entre o constitucionalismo como opção político-jurídica e o positivismo como identificação do direito. Esse constitucionalismo positivista poderia ser a base de possibilidade de um direito administrativo conectado ao estado constitucional de direito, sem, contudo, esquecer o regramento infracostitucional de regência.

Mas, infelizmente, o estado da arte, aqui, é diverso. Entre nós, “a moralidade tomou o lugar da Constituição e da legalidade”⁴². E quando se trata do tema direito administrativo sancionador e, mais especificamente, do seu braço improbidade administrativa, essa substituição é ainda mais perversa, porquanto a devassa da vida pessoal e o constrangimento social de se figurar no polo passivo de uma demanda sancionadora ganham o acréscimo, na improbidade, da possibilidade de bloqueios e, até, de afastamento cautelar das funções, o que, em última análise, e inexistindo ato ímprobo, reverte em desfavor do próprio interesse público.⁴³

³⁶ CALETTI, Leandro; STELZER, Joana. O direito administrativo brasileiro na pandemia: Op. cit., p. 342.

³⁷ A expressão é de José Sérgio da Silva Cristóvam em: 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.

³⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: Op. cit.

³⁹ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. Op. cit., p. 68.

⁴⁰ O termo panprincipiológico, cunhado por Lenio Streck, faz referência ao “abuso principiológico que vivenciamos em *terrae brasiliis*” ou “um álbi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴¹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. 2. ed. México: Fontamara, 1999.

⁴² SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: Op. cit., p. 193.

⁴³ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Justa causa e in dubio pro societate* nas ações de improbidade. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1º maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com>.

Ora, o sistema sancionador do qual a improbidade administrativa faz parte é composto por um regime jurídico próprio (LIA), cujas infrações, necessariamente, devem estar especificamente previstas no âmbito de uma legalidade estrita.

A cada situação em que o juízo de admissibilidade previsto no artigo 17, parágrafos 6º e 7º, da LIA é subvertido pela aplicação do adágio *in dubio pro societate* – inclusive quando se categoriza como “relativa”, a demandar alegação e comprovação de prejuízo, a nulidade decorrente da ausência de notificação do requerido para apresentação de defesa prévia⁴⁴ –, ignora-se a legalidade estrita, que manda exigir comprovação, ainda que indiciária, da existência do ato ímprobo, em detrimento de uma leitura moral do juiz.

Portanto, o que tem ocorrido na aplicação irrefletida do adágio *in dubio pro societate* nas ações de improbidade administrativa, não apenas na relativização ou no aniquilamento do juízo de admissibilidade, mas também em um sem-número de presunções decorrentes, é o afastamento da aplicação da lei em nome de um alegado princípio, cujo conteúdo normativo é inexistente, circunstância que permite, ao fim e ao cabo, uma leitura moral privada do julgador.

Aqui, na temática delimitada deste estudo, a legalidade subtraída é a do parágrafo 6º da LIA. Noutros casos, o brocardo é utilizado para preencher um elemento subjetivo deficiente ou inexistente, gerando o dolo *in re ipsa* e violando a legalidade do artigo 10 da LIA. Nas hipóteses em que o adágio é manejado para compor o elemento objetivo prejuízo, no ato ímprobo de dano ao erário, dando ensejo ao famigerado *dano in re ipsa*, o mesmo artigo 10 da LIA é o destinatário da ofensa à legalidade.

Não é sem razão, ao fim, que o direito administrativo tem ligações umbilicais com a legalidade estrita, por meio da “dupla componente integral” a que se refere Eisenmann⁴⁵: (1) conformidade de sua forma ou procedimento; e, (2) conformidade de seu fundamento, suas normas.

De efeito, em direito administrativo – e no sancionador em especial – não há espaço para que princípios gerais substituam regras (legalidade estrita). Aqui, como em nenhum outro ramo do direito, a legalidade estrita diz respeito, de um lado, ao fundamento dos atos administrativos (primazia da lei), e, de outro, à reserva de matérias à lei (reserva legal).

A questão, portanto, é de cumprir a lei e “cumprir a letra fria da lei” significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável.

[...] O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade ‘criadora’ de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juris-

br/2020-mai-01/improbidade-debate-justa-causa-in-dubio-pro-societate-aco-es-improbidade#_ftnref1. Acesso em: 1º maio 2020.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no recurso especial 1.008.632*. Recorrente: Luiz Carlos Vergara Pereira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: min. Mauro Campbell Marques, 3 de setembro de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201403071042. Acesso em: 15 ago. 2022.

⁴⁵ EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, abr./jun. 1959. p. 66.

tas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um ‘mundo jurídico’ em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém⁴⁶.

E em se tratando de improbidade administrativa, juízo de admissibilidade, *in dubio pro societate* e presunções (*dano in re ipsa*, *dolo in re ipsa* etc.), a reserva é de lei, não de princípios e muito menos de adágios desprovidos de quaisquer conteúdos normativos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perda de espaço da lei em detrimento de um adágio, alardeado como ‘princípio’, mas, em verdade, desprovido de envergadura normativa – constitucional expressa, implícita ou legal –, é, no direito administrativo e, particularmente, na área sancionadora, uma excêntrica tão intrigante quanto pernicioso. Perquirir, portanto, pelas causas e efeitos dessa excepcionalidade, denunciando sua absoluta ilegalidade e apontando uma singela solução foi o mote deste artigo.

No ponto, embora o desprestígio da interpretação literal da lei na aplicação do direito se consubstancie em chaga não circunscrita ao direito administrativo, mas diluída na teoria do direito e da interpretação, os efeitos projetados nas ações de improbidade administrativa são especialmente nefastos, visto se tratar de demanda que, a par de sancionar caríssimos direitos fundamentais, sujeita o requerido a bloqueio patrimonial e a um constrangimento social equiparável ou superior ao experimentado no processo penal.

Ausente ou ferida de morte, assim, a justa causa das ações de improbidade administrativa, responder-lhe ilegalmente como requerido ou como réu já constitui sanção gravíssima e de reparação impossível, dada a separação da temática com a lei e com a racionalidade probatória e a sua aproximação insensata com o moralismo político e com o populismo judicial.

Quando se trata, portanto, de examinar a aplicação do adágio *in dubio pro societate* ao juízo de admissibilidade das ações de improbidade administrativa, sobrevêm como inexoráveis e lógicas três constatações: (1) a de que a substituição da legalidade estrita da legislação de regência (artigo 17, parágrafo 6º, da LIA) por uma presunção discricionária quase absoluta tem origem em um adágio tão famoso (a ponto de ser utilizado, em si, como argumento de autoridade) quanto normativamente vazio; (2) a de que o efeito dessa substituição, no juízo de admissibilidade da ação de improbidade administrativa, fere de morte a justa causa, erigida pelo próprio parágrafo 6º como garantia do implicado, posto que consequência do devido processo legal; e, (3) a de que esse comportamento processual – a par da flagrante ilegalidade – repousa na deficiência de interpretação acerca das duas funções processuais afetadas, respectivamente aos parágrafos 6º e 8º do artigo 17 da LIA, que, ao contrário de manterem relação antitética, se complementam, a saber: (a) a norma do parágrafo 6º do artigo 17 da LIA se dirige à proteção da justa causa, redundando em juízo negativo ou positivo de admissibilidade, ao passo que (2) a norma do parágrafo 8º se constitui em oportunidade

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010. p. 170. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 15 ago. 2022.

de resolução negativa do mérito, porque ocorrentes uma ou mais das gravosas previsões normativas lá previstas.

É em razão disso e tendo em linha de consideração que a transposição do *in dubio pro societate* ao direito administrativo teve origem no processo penal, que se saúdam os recentes julgados da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal – citados na seção 2 – que reconhecem a absoluta inexistência de conteúdo normativo ao brocardo.

Nada obstante e a despeito dos movimentos de abertura do direito administrativo, é inelutável reafirmar a proximidade desse último e, particularmente, do seu ramo sancionador, com a legalidade estrita, vinculada à reserva legal e concretizada, na temática delimitada desta pesquisa – juízo de admissibilidade das ações de improbidade administrativa –, pela aplicação cerrada do artigo 17, parágrafo 6º, da LIA; sem espaços de manobra moralista ou de populismo judicial.

A doutrina administrativista, nesse contexto, não pode cerrar os olhos à realidade de que, a cada situação em que o juízo de admissibilidade previsto no artigo 17, parágrafos 6º e 7º, da LIA é subvertido pela aplicação do *in dubio pro societate*, mata-se um pouco a legalidade estrita e a racionalidade do *standard* probatório, tudo em detrimento de uma leitura moral.

Aliás, a remissão à moral – e a homenagem ao próprio título da seção 4 – direcionam este estudo a uma finalização com Nietzsche⁴⁷: se te apetecer resistir, resista!

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Lei 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.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. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no recurso especial 1.874.419/MG*. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relator: min. Francisco Falcão, 16 de novembro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001132716. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no recurso especial 1.008.632*. Recorrente: Luiz Carlos Vergara Pereira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: min. Mauro Campbell Marques, 3 de setembro de 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/>

⁴⁷ NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*: um livro para todos e para ninguém. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2018.

pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201403071042. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial 1.816.809/RS*. Recorrente: Consórcio SBS/Pelotense e Outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: min. Herman Benjamin, 11 de outubro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201901200613. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 180.144/GO*. Paciente: Milton Felix Moraes Parreira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: min. Celso de Mello, 10 de outubro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5839192>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo 1.067.392/CE*. Recorrente: José Reginaldo da Silva Cordeiro. Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: min. Gilmar Mendes, 26 de março de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5242573>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALETTI, Leandro; STELZER, Joana. O direito administrativo brasileiro na pandemia: estado de necessidade, poder de polícia e (um redivivo) interesse público. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva *et al.* (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: diálogos Brasil e México*. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 342-359.

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*, n. 73, Madrid: Civitas, p. 17-28, 1992

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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.

DALLARI, Adilson de Abreu. Limitação à atuação do Ministério Público na ação civil pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.


EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, abr./jun. 1959.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/847>. Acesso em: 15 ago. 2022.

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 (Coords.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

- MEDINA, Fábio Osório. Conceito de *in dubio pro societate* deve ser repensado à luz da justa causa. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-27/medina-osorio-in-dubio-pro-societate-repensado>. Acesso em: 15 ago. 2022.
- MEDINA, Fábio Osório. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.
- MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. Apresentação à 1ª ed. In: DIAS, Paulo Thiago Fernandes. *A decisão de pronúncia baseada no in dubio pro societate: um estudo crítico sobre a valoração da prova no processo penal constitucional*. Florianópolis: EMais, 2018.
- MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Justa causa e *in dubio pro societate* nas ações de improbidade. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1º maio 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/improbidade-debate-justa-causa-in-dubio-pro-societate-acoes-improbidade#_ftnref1. Acesso em: 1º maio 2020.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. Tradução de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2018.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PASSOS, Pedro Paulo Alves Corrêa dos. *In dubio pro societate nas ações de improbidade administrativa segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2019.
- SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/594/496>. Acesso em: 15 ago. 2022.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. 2. ed. México: Fontamara, 1999.
- SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010. p. 170. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 15 ago. 2022.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: h Letramento, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



Administração Pública e transparência de gestão na Lei n. 13.979/2020: Inovação regulatória para a solução de crises?

João Paulo Machado Piratelli

Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União. Assessor jurídico no Ministério Público Federal.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Lei n. 13.979/2020 e as contratações públicas emergenciais. 3 O princípio da transparência e as contratações públicas emergenciais. 4 Casos de ilícitos no âmbito das contratações públicas relacionadas à pandemia. 5 Perspectivas para as contratações públicas no pós-pandemia. 6 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia decorrente do novo coronavírus (Covid-19) é, sem dúvidas, um dos principais eventos históricos do século 21. Somente no Brasil, em pouco mais de um ano, a Covid-19 causou a morte de mais de 525 mil pessoas.¹ No mundo, esse número salta para quase 4 milhões de pessoas no mesmo período. Além disso, entre o início de 2020 e o primeiro semestre de 2021 (entre março/2020 e junho/2021), a União já direcionou mais de R\$ 570 bilhões para o combate à pandemia, somados os gastos com saúde pública e com programas de combate à miséria,² dentre outros.

A agilidade necessária ao enfrentamento da crise pandêmica exigiu do Estado brasileiro a criação de um aparato jurídico excepcional para as contratações públicas emergenciais. Do mesmo modo, foi necessária a criação de mecanismos de transparência e de controle capazes de fiscalizar os recursos públicos com agilidade. Afinal, é inegável que, nos últimos anos, tem havido um crescimento significativo da cultura de transparência e eficiência no âmbito da Administração Pública brasileira. Em que pese isso, não foi possível tornar as contratações excepcionais da Covid-19 íntegras a ilícitos, uma vez que não foram poucas as notícias de desvios. Por outro lado, a experiência proporcionada por essa situação permitiu que a Administração Pública, os órgãos de controle e a própria sociedade civil organizada repensassem suas estratégias anticorrupção, inclusive, com o aprimoramento de ferramentas tecnológicas.

É com base nessa linha de raciocínio que serão apresentados, no decorrer deste artigo, o panorama jurídico criado a partir da pandemia e as medidas de transparência que

¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel Coronavírus*. Brasília, DF, S.d. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

² COVID map: Coronavirus cases, deaths, vaccinations by country. *BBC News*, 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-51235105>. Acesso em: 15 ago. 2022; BRASIL. Tesouro Nacional Transparente. *Monitoramento dos gastos da União com combate à covid-19*. 2021. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>. Acesso em: 15 ago. 2022.

foram adotadas no âmbito das contratações emergenciais a ela relacionadas, com foco na Administração Pública Federal. Além disso, serão apresentados alguns exemplos de ilícitos e desvios ocorridos no bojo dessas contratações entre o início da pandemia até o primeiro semestre de 2021, bem como perspectivas de aprimoramento das medidas anticorrupção para o período pós-pandemia.

2 A LEI N. 13.979/2020 E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EMERGENCIAIS

O Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n. 6/2020, reconheceu a ocorrência do Estado de Calamidade Pública no Brasil³ em razão da pandemia decorrente do novo coronavírus. Com isso, a Administração Pública Federal foi autorizada a adotar medidas excepcionais para o combate à pandemia, inclusive, no âmbito das licitações⁴. A excepcionalidade dessas medidas decorre da obrigatoriedade da licitação para as contratações públicas, conforme dispõem o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal⁵ (CF) e a Lei n. 8.666/1993. Vale lembrar que referido diploma legal também prevê a inexigibilidade e a dispensa de licitação como formas de contratação direta. A inexigibilidade de licitação decorre ou da inviabilidade da competição ou da natureza das coisas⁶. Já a dispensa de licitação decorre da vontade do legislador e refere-se aos casos em que, embora possível, a competição seria demasiadamente onerosa ao interesse público.⁷

Contudo, a peculiaridade da pandemia transcende às hipóteses de contratação direta anteriormente previstas⁸. Desse modo, tornou-se necessário o advento de novo texto legislativo apto a resolver essa situação sem que se perdesse o aspecto procedimental da atividade administrativa⁹. Surgiu, então, a Lei n. 13.979/2020 que trata das medidas¹⁰

³ BRASIL. Congresso Nacional. *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, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁴ RIBEIRO PINTO, João I.; FERREIRA PINTO, Raissa N. Regimes jurídicos excepcionais nas contratações públicas e compliance em tempos de pandemia. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 19, n. 1, p. 296-333, 14 jan. 2021. DOI: <https://doi.org/10.32586/rcda.v19i1.641>. p. 296. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/641>. Acesso em: 24 jun. 2021.

⁵ 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: 15 ago. 2022; BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8666cons.htm. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 8.666/1993. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 6 Mb. e-PUB. RL-1.8.

⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Regime emergencial de contratação pública para o enfrentamento à pandemia de Covid-19*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 36. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4057>. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁸ RIBEIRO PINTO, João I.; FERREIRA PINTO, Raissa N. Regimes jurídicos excepcionais nas contratações públicas e compliance em tempos de pandemia. Op. cit., p. 300-301.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 6 Mb. ePUB. p. 15.

¹⁰ 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,

para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia com vistas à proteção da coletividade (art. 1º, §1º). Dentre os diversos objetivos dessa lei, está o de dar eficiência às contratações públicas, tornando-as mais ágeis e simplificadas¹¹. Por outro lado, o surgimento de uma lei destinada a acelerar contratações públicas evidencia os empecilhos burocráticos que circundam a Lei n. 8.666/1993. Mencione-se, ainda, que vários estados brasileiros também criaram normas próprias para acelerar as compras públicas e evitar a paralisia dos serviços de saúde. Essa circunstância também decorre da preocupação dos gestores públicos locais em evitar responsabilizações indevidas e, ao mesmo tempo, garantir um procedimento licitatório rigoroso e eficiente¹².

O regime excepcional de contratações públicas possui caráter temporário¹³ e está disciplinado entre o art. 4º e o art. 4º-K e no art. 6º-A, todos da referida Lei n. 13.979/2020, devendo ser aplicado somente enquanto perdurar a emergência pandêmica. Saliente-se, quanto a isso, que os contratos públicos celebrados segundo tal legislação durarão até 6 (seis) meses e poderão ser sucessivamente prorrogados enquanto estiver em vigor o já citado Decreto Legislativo n. 6/2020 (art. 4º-H). Além do mais, reduziram-se pela metade os prazos dos procedimentos licitatórios na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência pandêmica (art. 4º-G). O art. 4º, *caput*, da novel legislação diz que é dispensável a licitação para aquisição ou contratação de insumos, bens, serviços, até mesmo de engenharia. Inclusive, a permissão de compra não se restringe a equipamentos novos, desde que se observe a responsabilização do fornecedor pelo seu pleno funcionamento (art. 4º-A). Tal hipótese constitui uma inovação ao permitir o consumo sustentável por parte da Administração Pública Federal¹⁴.

A dispensa de licitação limita-se à contratação da parcela necessária ao atendimento da emergência que, por sua vez, é presumidamente comprovada, assim como a necessidade do seu pronto atendimento. Do mesmo modo, é presumida a existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares (art. 4º-B). Entretanto, essas presunções não são absolutas e não afastam

DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

¹¹ RIBEIRO PINTO, João I.; FERREIRA PINTO, Raissa N. Regimes jurídicos excepcionais nas contratações públicas e compliance em tempos de pandemia. *Op. cit.*, p. 305.

¹² SOLON MARQUINHO NOBRE, Emily; COELHO AGUIAR, Simone. Lei n. 13.979/2020 e o regime emergencial da dispensa de licitação do coronavírus. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 18, n. 2, p. 77-108, 1 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.32586/rcda.v18i2.631>. p. 101. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/issue/view/32>. Acesso em: 24 jun. 2021; MENEZES, Beatriz Guimaraes; RANGEL, Isa Mota; VARGAS, Daniel Barcelos. Dispensas de licitação durante a Covid-19: como os estados brasileiros motivam suas decisões? *Revista Estudos Institucionais*, v. 7, n. 1, p. 126-181, jan./abr. 2021. p. 131. Disponível em: <https://www.estudo-sinstitucionais.com/REI/article/view/607>. Acesso em: 30 jun. 2021.

¹³ SOLON MARQUINHO NOBRE, Emily; COELHO AGUIAR, Simone. Lei n. 13.979/2020 e o regime emergencial da dispensa de licitação do coronavírus. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁴ VILLAC, Teresa. Atuação do direito administrativo em momentos de crise (Covid-19) (2): alterações na Lei 13.979/20 e recomendações oficiais aos contratos de serviços terceirizados. *Observatório da Nova Lei de Licitações*, São Paulo, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/31j5Cg0>. Acesso em: 1º abr. 2020. Apud SOLON MARQUINHO NOBRE, Emily; COELHO AGUIAR, Simone. Lei n. 13.979/2020 e o regime emergencial da dispensa de licitação do coronavírus. *Op. cit.*, p. 92.

o dever do administrador público de fundamentar cada uma das suas decisões, bem como não elimina a responsabilidade dos órgãos de controle interno e externo de aferir os critérios de execução dos recursos públicos em momento posterior¹⁵. Desse modo, a emergência é sempre concreta e deve levar em conta os riscos de perecimento do interesse público que o lapso temporal dos trâmites ordinários pode ensejar¹⁶.

Também é dispensada a elaboração de estudos preliminares para a contratação de bens e serviços comuns (art. 4º-C), sendo admitida a apresentação apenas do termo de referência simplificado ou do projeto básico simplificado (art. 4º-E, *caput*). Por sua vez, tais documentos deverão conter, necessariamente, a adequação orçamentária, a declaração do objeto, a descrição resumida da solução apresentada, a fundamentação simplificada e os requisitos da contratação, bem como os critérios de medição e de pagamento. Além disso, a gestão de riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato (art. 4º-D). Por outro lado, foi dispensada, outrossim, a realização de audiência pública prévia aos procedimentos licitatórios (art. 4º-G, §3º). Nos casos em que a contratação pública envolve mais de um órgão ou entidade, a dispensa de licitação poderá ocorrer mediante sistema de registro de preços, o qual deverá seguir o disposto no art. 4º, §4º a §8º, da lei em comento. Também é possível que o ente federativo adote o regulamento federal sobre registro de preços no caso de não houver regulamento que lhe seja especificamente aplicável.

Em que pese isso, é necessário que a estimativa de preços seja obtida por meio de, no mínimo, 1 (um) dos parâmetros previstos nas alíneas do inciso VI do art. 4º-E, §1º, tal como o Portal de Compras do Governo Federal. Excepcionalmente, poderá ser dispensada a estimativa de preços, desde que a autoridade competente apresente justificativa para tanto (art. 4º-E, §2º). Por outro lado, também foram permitidas contratações públicas por valores superiores aos decorrentes das oscilações decorrentes das variações de preços, desde que haja efetiva fundamentação dessa circunstância. Contudo, para isso, também é necessário que se façam negociações com os demais fornecedores, observada a ordem de classificação, de modo que se busquem sempre as condições mais vantajosas para a Administração Pública (art. 4º-E, §3º).

No que tange à habilitação, houve a flexibilização dos seus requisitos nos casos em que o número dos pretendidos fornecedores ou prestadores de serviços for limitado (art. 4º-F). Nessas situações, a Administração Pública, de modo excepcional e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou, ainda, o cumprimento de 1 (um) ou mais requisitos de habilitação. Em que pese isso, permaneceu a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista, bem como a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos, conforme dispõe o art. 7º, inciso XXXIII, da CF.

Ademais, os órgãos de controle interno e externo priorizarão a análise e a manifestação quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade das despesas decorrentes dos

¹⁵ MENEZES, Beatriz Guimarães; RANGEL, Isa Mota; VARGAS, Daniel Barcelos. Dispensas de licitação durante a Covid-19: Op. cit., p. 132.

¹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Regime emergencial de contratação pública para o enfrentamento à pandemia de Covid-19*. Op. cit., p. 49.

contratos celebrados com base na lei em comento. Nesse sentido, os tribunais de contas devem atuar, inclusive por meio de respostas a consultas, para aumentar a segurança jurídica na aplicação da Lei n. 13.979/2020 (art. 4º-K). Considera-se, portanto, que a lei em comento se preocupou em propiciar mecanismos jurídicos para que o Poder Público pudesse combater a pandemia de modo célere e eficiente. Todavia, as facilitações criadas para a contratação pública emergencial também aumentaram os riscos de corrupção, o que torna a transparência na gestão de crise um pressuposto ainda mais forte em relação aos gastos públicos. Em razão disso, passa-se a tratar do princípio da transparência na Administração Pública e a sua relação com a pandemia.

3 O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EMERGENCIAIS

O estado de emergência de calamidade pública decorrente da pandemia, embora permita uma contratação pública mais simples e ágil, ainda exige que Administração Pública fundamente seus atos¹⁷ e respeite os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF). É necessário, outrossim, que as contratações públicas emergenciais observem a transparência. Afinal, o exercício da atividade administrativa pressupõe a publicidade de todos os atos praticados pelos agentes públicos. A concepção pós-moderna de Administração Pública exige que as funções públicas sejam exercidas de modo sustentável e com a máxima eficiência, ponderando-se gastos, investimentos e qualidade dos serviços prestados.¹⁸ Nesse sentido, surge, de forma independente, o que alguns autores denominam de princípio da transparência. Em que pese seja possível certa confusão entre os princípios da transparência e da publicidade, eles não se confundem, pois nem sempre todas as informações publicizadas pela Administração Pública são feitas de forma transparente. A importância do princípio da transparência tem ganhado força nos últimos anos em razão do advento de novos instrumentos normativos que permitem o acesso à informação por parte dos cidadãos. Com isso, a população passa a ter maior participação na vida política do Estado.¹⁹

Entretanto, deve-se priorizar a qualidade da informação que é divulgada, pois ela deve ser clara e acessível a qualquer pessoa²⁰ e não algo restrito a linguagens técnicas e especializadas.²¹ Ademais, deve se ter em mente que o Estado não é obrigado a fornecer informações

¹⁷ SAMPAIO, Alexandre Santos. A pandemia de contratações públicas em razão do Covid-19. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/38K7nXr>. Acesso em: 6 nov. 2020. Apud RIBEIRO PINTO, João I.; FERREIRA PINTO, Raissa N. Regimes jurídicos excepcionais nas contratações públicas e compliance em tempos de pandemia. Op. cit., p. 308.

¹⁸ MILESKI, Helio Saul. A transparência da Administração Pública pós-moderna e o novo regime de responsabilidade fiscal. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 0, p. 115-149, set. 2010. p. 149.

¹⁹ MERLONI, Francesco *et al.* *La trasparenza amministrativa*. Milão: Giuffrè, 2008. p. 102. Apud CARVALHO, Mariana Oliveira de. Princípio da transparência no novo direito administrativo. *Revista Controle – RTCE*, ano 16, n. 13.1, p. 108-124, jan./jun. 2015. p. 110. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/161/21061/37980>. Acesso em: 29 jun. 2021.

²⁰ BARCELLOS MALIN, Ana Maria *et al.* Covid-19: acesso à informação pública no Brasil – Relatório de Pesquisa. *Liinc em Revista*, v. 16, n. 2, p. e5370, 2020. DOI: 10.18617/liinc.v16i2.5370. p. 18. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5370>. Acesso em: 30 jun. 2021.

²¹ CARVALHO, Mariana Oliveira de. Princípio da transparência no novo direito administrativo. Op. cit., p. 112.

que não possui.²² É com base nisso que surgiu, no Brasil, a Lei n. 12.527/2011, mais conhecida como Lei de Acesso à Informação. A Lei n. 12.527/2011 tornou regra geral a observância da publicidade, sendo o sigilo uma exceção. Também se preocupou com o fomento da cultura de transparência na Administração Pública e com o desenvolvimento do seu controle social por parte dos cidadãos. Assim, foi incentivada a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação para a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, o que culminou nos *sites* denominados “Portais da Transparência”²³. Com isso, visa-se a uma transparência adequada e capaz de potencializar o combate à corrupção, a boa governança e o *accountability*²⁴. Seguindo tal tendência, o art. 4º, §2º, da Lei n. 13.979/2020 determina que todos os dados de contratações públicas durante a pandemia sejam disponibilizados no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, em sítio eletrônico oficial, observando, no que couber, os requisitos da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011). Dentre as informações de divulgação obrigatória, destacam-se o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo e o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista.

Além disso, a Administração Pública deve divulgar o processo de aquisição ou contratação direta, o ato que a autoriza ou o extrato decorrente do contrato, a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação. Também é indispensável a divulgação de informações acerca de eventuais aditivos contratuais, a quantidade do objeto entregue em cada unidade da Federação e as atas de registros de preços das quais a contratação se origina. O sítio eletrônico para tal finalidade foi criado pela Controladoria-Geral da União (CGU) e recebeu o nome de “Painel – Contratações Relacionadas à Covid-19”. De acordo com o site, o objetivo do painel é viabilizar o controle social das medidas governamentais de enfrentamento à pandemia, bem como fornecer dados gerenciais e indicar um referencial de preços que auxiliem os gestores públicos na obtenção das contratações mais vantajosas à Administração Pública²⁵.

Segundo a CGU, os dados que compõem o Painel são resultado das informações divulgadas a partir do mês de abril de 2020 pelos entes federativos na imprensa oficial e nos respectivos Portais da Transparência, sendo que cada ente é responsável pela veracidade dessas informações. O Painel organiza as informações com base em filtros que levam em conta a região, a esfera e a área e atuação de cada ente federativo. Além disso, os dados são

²² MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014, p. 135. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/96>. Acesso em: 04 ago. 2021.

²³ SMANIO, Gianpaolo Poggio; NUNES, Andréia Regina Schneider; KIBRIT, Orly. Transparência pública: construção da cidadania na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 1022, dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/39178>. Acesso em: 25 jun. 2021.

²⁴ INTOSAI. *Principles of transparency and accountability*. 2019. Disponível em: <https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/INTOSAI-P-20-Principles-of-Transparency-and-Accountability.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015, p. 4. Apud CARVALHO, Mariana Oliveira de. Princípio da transparência no novo direito administrativo. *Op. cit.*, p. 113.

²⁵ BRASIL. Controladoria-Geral Da União. Contratações relacionadas à Covid-19 – Painel gerencial contendo levantamento de informações de despesas relacionadas ao enfrentamento da pandemia causada pelo Covid-19. S.d. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieTYEONzc4NDctMTI0OC00OWVjLTJhMmQzM2U3MTFkY2U2MTU2IiwidCI6IjY2NzhkOWZlTA5MjEiNDExNDExLTVmMWMwOGRI2mJiYiJ9>. Acesso em: 27 jun. 2021.

compilados nas seguintes páginas: Aquisição de Bens, Aquisição de Insumos, Contratação de Serviços, Comparativos e Análises. Consoante informado pela CGU, o Painel apresenta algumas limitações porque leva em conta apenas os dados e valores das aquisições e contratações realizadas em entes federativos de grande porte. Além disso, os dados não permitem a avaliação da necessidade da contratação ou da qualidade dos serviços ou produtos comprados. Também não é possível conferir o respeito a prazos contratuais ou mesmo a efetivação da entrega dos produtos e serviços contratados. Outrossim, são inacessíveis informações sobre contratos e despesas eventualmente canceladas após a contratação e valores pagos ou isentos de tributos²⁶.

Saliente-se, ainda, que, com o intuito de servir de referência para a prevenção e o combate à corrupção nas contratações públicas firmadas durante a crise pandêmica, o Tribunal de Contas da União (TCU)²⁷ e a Organização não Governamental (ONG) Transparência Internacional Brasil lançaram um guia de recomendações para contratações emergenciais em razão da Covid-19. Tal documento oferece informações práticas para que gestores públicos federais, estaduais e municipais possam conduzir de forma adequada a administração dos recursos públicos durante a crise²⁸.

A cartilha apresenta os elementos mínimos que devem ser observados pela Administração Pública para que os riscos de corrupção em contratações emergenciais sejam reduzidos. O guia leva em conta, também, as peculiaridades dos entes federativos com estrutura e recursos mais precários, recomendando-se adaptações segundo as necessidade e condições específicas de cara ente. De acordo com o TCU e a Transparência Internacional, para que a transparência pública seja efetiva, os dados e informações fornecidos pelos entes públicos devem permitir a prevenção de desperdícios, conflitos de interesse e outros desvios. Do mesmo modo, deve ser possível o acompanhamento dos esforços governamentais de combate à pandemia, bem como a comparabilidade entre os preços cobrados da Administração Pública em diferentes níveis e localidades. Além disso, foi sugerida criação de uma comissão de transparência e controle social para monitorar e avaliar ações relacionadas ao enfrentamento da pandemia e para propor novas linhas de atuação. Tais iniciativas visam à efetividade do princípio da transparência e, por conseguinte, o combate à corrupção.²⁹

Verifica-se, diante disso, que a cultura de transparência incentivada pela Lei de Acesso à Informação desde o ano de 2011 tem trazido resultados importantes. A Lei n. 13.979/2020

²⁶ BRASIL. Controladoria-Geral Da União. Contratações relacionadas à Covid-19 – Op. cit.

²⁷ Acerca do papel do Tribunal de Contas na fiscalização democrática de recursos públicos ver artigo memória para história do direito administrativo. Cf.: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Tribunais de contas – natureza, alcance e efeitos de suas funções. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* – RDAI, Thomson Reuters – RT, São Paulo, v. 5, n. 16, p. 391–407, 2021. DOI: 10.48143/rdai/16.bandeirademello. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/278>. Acesso em: 02 ago. 2021.

²⁸ SECOM TCU. TCU e Transparência Internacional lançam guia de recomendações para contratações emergenciais em razão da Covid-19. *Tribunal de Contas da União*: Imprensa, 12 maio 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-e-transparencia-internacional-lancam-guia-de-recomendacoes-para-contratacoes-emergenciais-em-razao-da-covid-19.htm#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Contas%20da,em%20Resposta%20C3%A0%20Covid%2D19>. Acesso em: 27 jun. 2021.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Transparência Internacional – Brasil. Recomendações para transparência de contratações emergenciais em resposta à Covid-19. Brasília, DF; São Paulo, SP: Tribunal de Contas da União, Transparência Internacional – Brasil, s.d. p. 39. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/86:tibr-recomendacoes-de-contratacoes-emergenciais-COVID19?stream=1>. Acesso em: 27 jun. 2021.

ênfatiou a necessidade de transparência na gestão da crise pandêmica de modo a propiciar aos cidadãos e aos órgãos de controle informações aptas à análise das ações tomadas pela Administração Pública. Do mesmo modo, a sociedade civil organizada, a exemplo da ONG Transparência Internacional, uniu forças com órgãos de controle, no caso o TCU, para propagar critérios mínimos a serem adotados na aplicação de recursos públicos destinados ao combate da Covid-19. Tudo por meio de uma linguagem clara e acessível a cidadãos e gestores públicos. Nesse sentido, também merece destaque as ações tomadas pela CGU para a criação do site “Painel – Contratações Relacionadas à Covid-19”, o qual, embora apresente algumas limitações, constitui um significativo avanço na efetivação do princípio da transparência da Administração Pública contemporânea.

4 CASOS DE ILÍCITOS NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS RELACIONADAS À PANDEMIA

Como visto, a pandemia multiplicou os casos de dispensa de licitação entre os entes federativos. Entretanto, isso colocou em xeque a natureza excepcional das contratações diretas. Por um lado, houve o aumento de casos de desvios de recursos públicos. Por outro, essa situação fez com que alguns gestores públicos ficassem inertes diante da crise de saúde pública por receio de serem os próximos alvos dos órgãos de controle³⁰. Vale lembrar, portanto, que a dispensa de licitação deve ter pertinência com a realidade fática que a enseja³¹. Não é suficiente que se justifique a dispensa com termos abstratos e genéricos ou com meras remissões normativas. O administrador público deve expor de modo detalhado e objetivo os fatos que demandam a aquisição ou a contratação de determinado produto ou serviço. Após, ele deve demonstrar o nexo causal entre os fatos e as normas jurídicas que respaldam a dispensa de licitação³². Assim, evita-se a banalização dos regimes excepcionais de contratação pública e prioriza-se a efetivação integral do princípio da transparência. Contudo, em que pesem os esforços para resguardar o interesse público durante a crise pandêmica, ainda assim foram inúmeros os escândalos de desvios de recursos públicos que deveriam ter sido destinados para o combate ao novo coronavírus. Em razão disso, passa-se a descrever alguns dos ilícitos combatidos pelos órgãos federais de controle, fiscalização e investigação, no período compreendido entre o início da pandemia (março de 2020) e o primeiro semestre de 2021.

Segundo a Polícia Federal, somente até março de 2021, haviam sido realizadas 76 operações, com 1.160 mandados de busca e apreensão, 12 prisões preventivas e 135 prisões temporárias em todo o Brasil, com a suspeita de que mais de R\$ 2 bilhões de reais poderiam ter sido desviados³³. Dentre os escândalos de corrupção envolvendo a pandemia,

³⁰ MENEZES, Beatriz Guimarães; RANGEL, Isa Mota; VARGAS, Daniel Barcelos. Dispensas de licitação durante a Covid-19: Op. cit., p. 128.

³¹ LIMA, Edcarlos Alves. Aquisição de bens e insumos e contratação de serviços para o enfrentamento da emergência gerada pela pandemia do novo coronavírus. In: FLORIANO, Eduardo de Souza; CUNHA, Bruno Santos; TAVARES, Gustavo Machado (Coords.). *Direito municipal em debate*: v. 5. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 61-82. p. 81. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4188/4377/30179>. Acesso em: 28 jun. 2021.

³² MENEZES, Beatriz Guimarães; RANGEL, Isa Mota; VARGAS, Daniel Barcelos. Dispensas de licitação durante a Covid-19: Op. cit., p. 134.

³³ CROQUER, Gabriel. Em 1 ano, PF investiga mais de R\$ 2 bi em supostos desvios da Covid. *R7*, 21 abr. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/em-1-ano-pf-investiga-mais-de-r-2-bi-em-supostos-desvios-da-covid-29062022>. Acesso em: 29 jun. 2021.

merece destaque a Operação Placebo da Polícia Federal, cujas investigações foram decisivas para o *impeachment* do ex-governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, ocorrido em 30 de abril de 2021. Na ocasião, apurou-se a existência de um esquema de corrupção envolvendo servidores da cúpula da gestão do sistema de saúde do Estado do Rio de Janeiro e uma organização social contratada para a instalação de hospitais de campanha idealizados para atender pacientes com Covid-19.³⁴ No Estado do Amazonas, a Polícia Federal deflagrou a Operação Sangria que apurou a compra de respiradores por intermédio de uma loja de vinhos e irregularidades na contratação de um estabelecimento de saúde para servir como hospital de campanha³⁵. O Estado de Santa Catarina também apresentou irregularidades na compra emergencial, com dispensa de licitação, de 200 respiradores para pacientes com Covid-19, ao custo de R\$ 33 milhões que foram pagos antecipadamente à empresa que não tinha histórico de atuação nessa área³⁶.

Já em São Paulo, a Polícia Federal, por meio da Operação Nudus, investigou fraudes na compra de aventais descartáveis realizadas pela Autarquia Hospitalar Municipal da Prefeitura de São Paulo. A suspeita é que as compras realizadas com dispensa de licitação somam mais de R\$ 11 milhões, com valores acima dos praticados no mercado³⁷. Por sua vez, no âmbito político, instalou-se a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar possíveis irregularidades na atuação do Governo Federal na condução das políticas públicas destinadas ao combate à pandemia. Importante salientar que até a finalização deste artigo científico, a CPI ainda não tinha encerrado seus trabalhos. Entretanto, em que pese isso, serão feitos comentários acerca do que foi feito até o momento.

As investigações parlamentares indicaram que o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, tem se valido de um gabinete de aconselhamento paralelo ao Ministério da Saúde para ditar a atuação do Governo Federal no combate à pandemia. Além disso, há indícios de que o Presidente tentou mudar a bula para incentivar o uso do medicamento clo-roquina, cuja eficácia contra a Covid-19 é refutada cientificamente. Dentre outras polêmicas, a compra de vacinas pelo Governo Federal também passou a ser alvo de apurações, com destaque para possível desídia do Ministério da Saúde perante as ofertas de vacina apresentadas pela farmacêutica Pfizer. Além disso, críticas feitas à China pelos familiares do Presidente da República prejudicaram a compra da vacina chinesa Coronavac³⁸.

³⁴ BRASIL, Cristina Índio do. Operação Placebo aprofunda investigações sobre corrupção na saúde. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 26 maio 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2020-05/operacao-placebo-afprofunda-investigacoes-sobre-corrupcao-na-saude>. Acesso em: 29 jun. 2021.

³⁵ OPERAÇÃO Sangria: entenda a operação da PF que investiga desvios na saúde no Amazonas. *G1 Amazonas*. Manaus, 6 jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/06/02/operacao-sangria-entenda-a-operacao-da-pf-que-investiga-desvios-na-saude-no-amazonas.ghtml>. Acesso em: 29 jun. 2021.

³⁶ SC perde 2º secretário por suspeita de fraude em compra de respiradores. *UOL*, São Paulo, 11 maio 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/11/sc-perde-2-secretario-por-suspeita-de-fraude-em-compra-de-respiradores.htm>. Acesso em: 30 jun. 2021.

³⁷ OPERAÇÃO Nudus investiga fraudes em contratações emergenciais para compra de insumos hospitalares em São Paulo. *Comunicação Social da Polícia Federal em São Paulo*, São Paulo, 6 ago. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2020/08-noticias-de-agosto-de-2020/operacao-nudus-investiga-fraudes-em-contratacoes-emergenciais-para-compra-de-insumos-hospitalares-em-sao-paulo>. Acesso em: 30 jun. 2021.

³⁸ NÃO ACOMPANHOU a CPI da Covid? Veja o que rolou até aqui. *G1: Política*, 15 maio 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/15/cpi-da-covid-principais-pontos.ghtml>. Acesso em: 30 jun. 2021.

Entretanto, a polêmica que mais se destaca neste momento diz respeito à vacina denominada Covaxin, da farmacêutica indiana Bharat Biotech. Segundo o apurado pela CPI, há suspeitas de irregularidades no processo de compra de 20 milhões de doses da Covaxin ao preço total de R\$ 1,6 bilhão. Os indícios apontam que, embora o preço inicialmente previsto pela empresa Bharat Biotech fosse de US\$ 1,34 por dose, o valor do contrato negociado pelo governo brasileiro teria sido de US\$ 15 por vacina (R\$ 80,70). Isso fez com que a Covaxin fosse a vacina mais cara negociada pelo Brasil até então³⁹. Ocorre que as irregularidades no combate à pandemia não se restringiram a desvios de recursos públicos que deveriam ter sido aplicados diretamente na saúde pública. Nesse sentido, merece destaque o auxílio emergencial, que consiste num benefício financeiro custeado pela União para garantir uma renda mínima aos brasileiros em situação mais vulnerável durante a pandemia, haja vista que muitas atividades econômicas foram gravemente afetadas pela crise⁴⁰. Consoante informações prestadas pela Polícia Federal, até junho de 2021, foram realizadas 98 operações para o combate às fraudes nos benefícios emergenciais, tendo sido expedidos mais de 380 mandados de busca e apreensão e 50 mandados de prisão⁴¹, e mais de R\$ 1 milhão em bens apreendidos⁴².

O sucesso na apuração desses ilícitos se deve ao trabalho de inteligência da Estratégia Integrada de Atuação contra as Fraudes ao Auxílio Emergencial, a qual consiste num grupo de trabalho que conta com a Polícia Federal, o Ministério da Cidadania, a Caixa Econômica Federal (CEF), o Ministério Público Federal (MPF), a Receita Federal, a Controladoria Geral da União (CGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU)⁴³. Além desses grupos de trabalho, o uso de ferramentas tecnológicas permitiu à CGU constatar o pagamento indevido de R\$ 10,1 bilhões a título de auxílio emergencial⁴⁴, bem como evitar que R\$ 7,1 bilhões também fossem pagos indevidamente⁴⁵.

Diante disso, verifica-se que, se por um lado o regime de contratação pública emergencial potencializou o risco de corrupção, por outro os órgãos de controle e investigação passaram a adotar técnicas e mecanismos de integração mais eficientes. Quanto a isso, destaca-se, por exemplo, que, muito embora mais de R\$ 10 bilhões tenham sido implicados

³⁹ COVAXIN: Entenda as suspeitas sobre compra da vacina pelo governo Bolsonaro. *BBC News*: Brasil, 28 jun. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57639980>. Acesso em: 1º jul. 2021.

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Cidadania. *Auxílio Emergencial 2021*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/servicos/auxilio-emergencial>. Acesso em: 1º jul. 2021.

⁴¹ OPERAÇÃO da PF combate fraudes contra benefícios emergenciais: As ações estão sendo realizadas em oito estados. *Agência Brasil*, Brasília, 17 jun. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-06/operacao-da-pf-combate-fraudes-contra-beneficios-emergenciais>. Acesso em: 02 jul. 2021.

⁴² VINHAS, Ana. Em um ano, PF abre 931 inquéritos sobre fraude do auxílio. *R7: Economia*, 15 maio 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/em-um-ano-pf-abre-931-inqueritos-sobre-fraude-do-auxilio-15052021>. Acesso em: 02 jul. 2021.

⁴³ ESTRATÉGIA integrada do Governo Federal resulta em 70 operações policiais contra fraudes no Auxílio Emergencial. Ministério da Cidadania, 29 abr. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/estrategia-integrada-do-governo-federal-resultado-em-70-operacoes-policiais-contra-fraudes-no-auxilio-emergencial>. Acesso em: 02 jul. 2021.

⁴⁴ NEVES, Eliane. Governo pagou R\$ 10 bilhões indevidamente de auxílio emergencial, diz CGU. *UOL*: Economia, Alagoas, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/06/21/governo-pagou-r-10-bilhoes-indevidamente-de-auxilio-emergencial-diz-cgu.htm>. Acesso em: 02 jul. 2021.

⁴⁵ CGU recuperou R\$ 7,1 bi de fraudes no auxílio emergencial. *Agência Brasil*, Brasília, 28 jun. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-06/cgu-recuperou-r-7-1-bi-de-fraudes-no-auxilio-emergencial#>. Acesso em: 02 jul. 2021.

em fraudes no auxílio emergencial, tal montante é inferior a 5% do dos mais de R\$ 320 bilhões que já foram destinados pela União, exclusivamente, para o pagamento desse auxílio financeiro⁴⁶. Entretanto, infelizmente, até o momento não é possível aferir se essa eficiência se repetiu em outras frentes de gastos públicos, especialmente, em razão dos caminhos tortuosos pelos quais os recursos de repasse passam até chegar ao cidadão. Ademais, essa eficiência é pautada em dados parciais e em ferramentas ainda em aprimoramento, o que pode se mostrar bem diferente num momento futuro quando se poderá avaliar tudo que foi feito pelo Estado desde o início até o fim da pandemia.

5 PERSPECTIVAS PARA AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO PÓS- PANDEMIA

Conforme demonstrado anteriormente, o regime excepcional de contratação trazido pela Lei n. 13.979/2020 surgiu dos empecilhos burocráticos que rodeiam a legislação atual, bem como das peculiaridades da própria emergência pandêmica. Ademais, as normas atuais são insuficientes para atender com eficiência a dinâmica da sociedade atual, inclusive, em razão do avanço tecnológico⁴⁷. Tanto é assim que, em abril de 2021, foi publicada a nova⁴⁸ Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de n. 14.133/2021, a qual será obrigatória para toda a Administração Pública após o prazo de dois anos. Durante esse período, o Poder Público poderá optar entre a utilização da legislação antiga ou da nova⁴⁹. A intenção do legislador foi tornar as normas de contratação pública mais avançadas, modernas e pautadas pela transparência e eficiência⁵⁰.

O art. 174 da Lei n. 14.133/2021 criou o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), que serve para a divulgação centralizada e obrigatória de todos os atos de contratação pública que sejam praticados pela Administração Pública, em todos os seus níveis. Nenhum ente federativo poderá deixar de alimentar o PNCP. Entretanto, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem, se assim quiserem, descartar as informações contidas no Portal Nacional de Contratações Públicas no momento de realizar as suas próprias contratações públicas⁵¹.

Dentre os objetivos do Portal Nacional de Contratações Públicas, está o oferecimento dos seguintes recursos, conforme consta nos incisos do art. 174, §3º, da lei em comento: (i) sistema de registro cadastral unificado; (ii) painel para consulta de preços, banco de preços

⁴⁶ BRASIL. Tesouro Nacional Transparente. *Monitoramento dos gastos da União com combate à covid-19*. Op. cit.

⁴⁷ NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. Processo administrativo e requisições: contratações públicas em tempos de pandemia e as lições para o desenvolvimento de um e-marketplace no Brasil. In: FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby (Coords.). *Direito provisório: espin – Covid-19: soluções para temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 137-160. p. 160. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4177/4363/29875>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º 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 jun. 2021.

⁴⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Centro de Apoio ao Direito Público. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei n. 14.133/2021. 3. ed. São Paulo: Cadip, 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Esp-CADIP-Nova-Lei-Licitacoes.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁵⁰ PRESIDENTE Bolsonaro sanciona nova Lei de Licitações. *R7*, 1º abr. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/presidente-bolsonaro-sanciona-nova-lei-de-licitacoes-29062022>. Acesso em: 16 ago. 2022.

⁵¹ MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 515. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4192>. Acesso em: 30 jun. 2021.

em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas; (iii) sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações; (iv) sistema eletrônico para a realização de sessões públicas; e (v) acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

Além disso, o PNCP pretende oferecer um sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato (art. 174, §3º, inciso VI), que possibilite (i) o envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado; (ii) o acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras; (iii) a comunicação entre a população e representantes da Administração Pública e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes; e (iv) a divulgação de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração Pública. Nota-se, portanto, que o PNCP é semelhante ao “Painel – Contratações Relacionadas à Covid-19” criado pela CGU.

Ademais, a criação do PNCP formará uma base de dados sólida ao longo do tempo, o que permitirá aos órgãos de controle e investigação uma atuação eficiente e com estratégias de inteligência, assim como tem ocorrido positivamente com a Estratégia Integrada de Atuação contra as Fraudes ao Auxílio Emergencial. Aliás, tanto o TCU quanto a CGU já estão implementando ferramentas de inteligência artificial (IA) para atividades de controle externo⁵². Inclusive, o uso de IA já tem ocorrido no âmbito das contratações relacionadas à Covid-19, o que permitiu ao TCU atuar processos para apuração de irregularidades que, até agosto de 2020, já somavam mais de R\$ 125 milhões⁵³. Contudo, deve se ter o cuidado para que os bancos de dados sejam alimentados adequadamente e para que a programação dos algoritmos de IA não viole os princípios da Administração Pública⁵⁴.

O amadurecimento das atuações dos órgãos de controle, tanto internos quanto externos, permitirá o desenvolvimento de novos métodos e técnicas de fiscalização de políticas públicas com foco na qualidade dos resultados e no desenvolvimento sustentável⁵⁵. Nesse sentido, será possível, outrossim, potencializar o *compliance* público (ou programa de integridade público) que nada mais é do que a adoção de medidas aptas a prevenir à

⁵² VALENTE, Jonas. Órgãos públicos usam inteligência artificial para combater corrupção. *Agência Brasil*, Brasília, 03 ago. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-08/orgaos-publicos-usam-inteligencia-artificial-para-combater-corrupcao>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁵³ SECOM TCU. Inteligência Artificial auxilia fiscalização do TCU sobre compras relacionadas à Covid-19. *Tribunal de Contas da União*: Imprensa, 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: 02 jul. 2021.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019. p. 25 apud DESORDI, Danubia; BONA, Carla. D. A inteligência artificial e a eficiência na administração pública. *Revista de Direito*, v. 12, n. 02, p. 01-22, 2020. DOI: 10.32361/202012029112. Disponível em: <https://periodicos.ufr.br/revistadir/article/view/9112>. Acesso em: 30 jun. 2021. p. 16.

⁵⁵ LIMA, Luiz Henrique. Direito público de emergência e controle externo na pandemia da Covid-19: lições para o futuro? In: LIMA, Luiz Henrique; GODINHO, Heloísa Helena Antonacio M.; SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo (Coords.). *Os desafios do controle externo diante da pandemia da Covid-19*: estudos de ministros e conselheiros substitutos dos tribunais de contas. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 17-101. p. 92. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4109/4290/28264>. Acesso em: 30 jun. 2021.

corrupção dentro da Administração Pública com a detecção de qualquer tipo de desvios, fraudes, irregularidades ou atos ilícitos⁵⁶. Entretanto, é fundamental que os programas públicos de integridades sejam, de fato, efetivos e não, simplesmente, de fachada. Desse modo, é imprescindível que haja a propagação de uma cultura de conformidade dentro da própria Administração Pública⁵⁷.

Os avanços trazidos pela IA podem aperfeiçoar o *compliance* público e transformá-lo num *compliance* inteligente. Para isso, é ideal que a tecnologia atue prioritariamente na prevenção de ilícitos, o que pode ocorrer a partir da constatação de padrões no cometimento de fraudes que possam servir de parâmetro para as análises feitas com IA. Assim, otimiza-se a atuação dos órgãos de controle, aumentando seu horizonte de atuação em menos tempo e com menos dispêndio de recursos, sejam humanos ou materiais⁵⁸. Como um prelúdio dessa nova forma de se combater a corrupção, destaca-se, mais uma vez, o trabalho desenvolvido pela Estratégia Integrada de Atuação contra as Fraudes ao Auxílio Emergencial, que demonstrou que o cruzamento de informações propiciado pelas ferramentas tecnológicas resulta em eficiência e agilidade no combate a fraudes dentro do setor público.

Destarte, a modernização e o dinamismo decorrentes do advento de regimes jurídicos excepcionais de contratação pública não afastam a necessidade de fortalecimento e implementação de medidas anticorrupção⁵⁹. Quanto mais complexos e céleres os problemas que exigem a atuação da Administração Pública, maior deve ser o trabalho estratégico e em conjunto dos órgãos de controle e de investigação, pois somente assim será possível se prevenir a tempo eventuais ilícitos na destinação de recursos direcionados a contratações públicas. Ademais, o avanço tecnológico aliado à transparência facilitará o controle social de políticas públicas e reduzirá os gastos de recursos públicos, tornando o Estado mais eficiente⁶⁰, além dar concretude ao direito fundamental à boa administração pública⁶¹.

⁵⁶ NASCIMENTO, Juliana Oliveira. Panorama internacional e brasileiro da governança, riscos, controles internos e compliance no setor público. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de (Coords.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 358 apud FORIGO, Camila Rodrigues. Controle da corrupção na Administração Pública: uma perspectiva através do compliance. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 153, p. 17-40, mar. 2019. p. 27.

⁵⁷ SCHRAMM, Fernanda Santos. *Compliance nas contratações públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 361-362. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3890>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁵⁸ ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. *Compliance inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 83-98, jan./mar. 2020. p. 89-93. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p83. Acesso em: 1º jul. 2021.

⁵⁹ RIBEIRO PINTO, João I.; FERREIRA PINTO, Raissa N. Regimes jurídicos excepcionais nas contratações públicas e compliance em tempos de pandemia. Op. cit., p. 296.

⁶⁰ FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; VOLPI NETO, Angelo. Inteligência artificial e governo eletrônico. *Information Management*, São Paulo, p. 56-57, 1º mar. 2017. Disponível em: <https://docmanagement.com.br/revista-information-management-58/>. Acesso em: 11 jul. 2021.

⁶¹ O direito fundamental à boa administração pública está implícito no texto da Constituição Federal de 1988, conforme: RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1194/842>. Acesso em: 16 ago. 2022.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento da Lei n. 13.979/2020 trouxe mudanças importantes no regime as contratações públicas emergenciais. Tais circunstâncias evidenciam que o regime atual da Lei n. 8.666/1993 não é mais suficiente para atender às necessidades da Administração Pública numa sociedade pós-moderna, cujo dinamismo é cada vez mais marcante. A pandemia somente catalisou esse cenário. Entretanto a agilidade demandada nas contratações públicas contemporâneas não dispensa a transparência e a eficiência administrativa. Tanto é assim que a própria Lei n. 13.979/2020 destacou essa necessidade, mesmo tendo surgido com a função precipua de instituir exceções às contratações diretas. No mesmo sentido, a Administração Pública Federal brasileira, a exemplo da Controladoria-Geral da União, criou importantes mecanismos de controle e transparência na gestão dos recursos públicos, inclusive, com o significativo auxílio da tecnologia.

Além disso, a crescente e contínua propagação da cultura de eficiência e transparência demonstra que essa tem sido a mentalidade predominante no âmbito da Administração Pública brasileira, com destaque para o âmbito federal. A atuação integrada dos órgãos federais de investigação e de controle são exemplos concretos disso, pois apresentam resultados potencializados da eficácia das medidas anticorrupção. Com isso, conclui-se que a experiência trazida pela pandemia, pelo uso da tecnologia e pela integração do trabalho desenvolvido pelos órgãos de controle e de investigação resultarão em significativo aprimoramento do combate a ilícitos cometidos contra a Administração Pública em todos os seus níveis, não sendo algo restrito ao âmbito federal.

Por fim, cumpre salientar que, embora também não seja possível, por ora, mensurar o impacto causado pela Lei n. 13.979/2020 na transparência da Administração Pública brasileira, bem como ainda seja forte o desinteresse político na adoção de medidas nesse sentido, é certo que o horizonte a frente sinaliza que o atual Governo Federal baterá recordes como aquele que mais sofreu ações de controle, fiscalização e investigação relacionadas a ilícitos envolvendo recursos públicos. Afinal, não só as cifras astronômicas assustam, como também o curto período em que esses ilícitos ocorreram, uma vez que se passou pouco mais de um ano entre o início da pandemia (em março de 2020) e o primeiro semestre de 2021.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS MALIN, Ana Maria *et al.* Covid-19: acesso à informação pública no Brasil – Relatório de Pesquisa. *Iiinc em Revista*, v. 16, n. 2, p. e5370, 2020. DOI: 10.18617/iinc.v16i2.5370. Disponível em: <http://revista.ibict.br/iinc/article/view/5370>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- BRASIL, Cristina Indio do. Operação Placebo aprofunda investigações sobre corrupção na saúde. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 26 maio 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/operacao-placebo-aprofunda-investigacoes-sobre-corrupcao-na-saude>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- 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: 15 ago. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. *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, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral Da União. *Contratações relacionadas à Covid-19 – Painel gerencial contendo levantamento de informações de despesas relacionadas ao enfrentamento da pandemia causada pelo Covid-19*. S.d. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiYTE0Nzc4NDctMTI0OC00OWV-jLTjMmQmM2U3MTFKY2U2MTU2IiwidC16jY2NzhkOWZILTA5MjEtNDE3ZC04NDExLTVmMWMxOGRlZm-JiYiJ9>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 23 jun. 2021.

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/l13979.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1º 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 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Cidadania. *Auxílio Emergencial 2021*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/servicos/auxilio-emergencial>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel Coronavírus*. Brasília, DF, S.d. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Tesouro Nacional Transparente. *Monitoramento dos gastos da União com combate à covid-19*. 2021. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Transparência Internacional – Brasil. *Recomendações para transparência de contratações emergenciais em resposta à Covid-19*. Brasília, DF; São Paulo, SP: Tribunal de Contas da União, Transparência Internacional – Brasil, s.d. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/86:tibr-recomendacoes-de-contratacoes-emergenciais-COVID19?stream=1>. Acesso em: 27 jun. 2021.

CARVALHO, Mariana Oliveira de. Princípio da transparência no novo direito administrativo. *Revista Controle – RTCE*, ano 16, n. 13.1, p. 108-124, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/161/21061/37980>. Acesso em: 29 jun. 2021.

CGU recuperou R\$ 7,1 bi de fraudes no auxílio emergencial. *Agência Brasil*, Brasília, 28 jun. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-06/cgu-recuperou-r-71-bi-de-fraudes-no-auxilio-emergencial#>. Acesso em: 02 jul. 2021.

COVAXIN: Entenda as suspeitas sobre compra da vacina pelo governo Bolsonaro. *BBC News: Brasil*, 28 jun. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57639980>. Acesso em: 1º jul. 2021.

COVID map: Coronavirus cases, deaths, vaccinations by country. *BBC News*, 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-51235105>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CROQUER, Gabriel. Em 1 ano, PF investiga mais de R\$ 2 bi em supostos desvios da Covid. *R7*, 21 abr. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/em-1-ano-pf-investiga-mais-de-r-2-bi-em-supostos-desvios-da-covid-29062022>. Acesso em: 29 jun. 2021.

DESORDI, Danubia; BONA, Carla. D. A inteligência artificial e a eficiência na administração pública. *Revista de Direito*, v. 12, n. 02, p. 01-22, 2020. DOI: 10.32361/202012029112. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9112>. Acesso em: 30 jun. 2021.

ESTRATÉGIA integrada do Governo Federal resulta em 70 operações policiais contra fraudes no Auxílio Emergencial. *Ministério da Cidadania*, 29 abr. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-contudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/estrategia-integrada-do-governo-federal-resulta-em-70-operacoes-policiais-contras-fraudes-no-auxilio-emergencial>. Acesso em: 02 jul. 2021.

FORIGO, Camila Rodrigues. Controle da corrupção na Administração Pública: uma perspectiva através do compliance. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 153, p. 17-40, mar. 2019.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; VOLPI NETO, Angelo. Inteligência artificial e governo eletrônico. *Information Management*, São Paulo, p. 56-57, 1º mar. 2017. Disponível em: <https://docmanagement.com.br/revista-information-management-58/>. Acesso em: 11 jul. 2021.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

INTOSAI. *Principles of transparency and accountability*. 2019. Disponível em: <https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/INTOSAI-P-20-Principles-of-Transparency-and-Accountability.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015.

ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. *Compliance* inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 83-98, jan./mar. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p83. Acesso em: 1º jul. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 8.666/1993. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 6 Mb. e-PUB.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 6 Mb. ePUB.

LIMA, Edcarlos Alves. Aquisição de bens e insumos e contratação de serviços para o enfrentamento da emergência gerada pela pandemia do novo coronavírus. In: FLORIANO, Eduardo de Souza; CUNHA, Bruno Santos; TAVARES, Gustavo Machado (Coords.). *Direito municipal em debate*: v. 5. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 61-82. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4188/4377/30179>. Acesso em: 28 jun. 2021.

LIMA, Luiz Henrique. Direito público de emergência e controle externo na pandemia da Covid-19: lições para o futuro? In: LIMA, Luiz Henrique; GODINHO, Heloísa Helena Antonacio M.; SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo (Coords.). *Os desafios do controle externo diante da pandemia da Covid-19*: estudos de ministros e conselheiros substitutos dos tribunais de contas. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 17-101. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4109/4290/28264>. Acesso em: 30 jun. 2021.

MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4192>. Acesso em: 30 jun. 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/96>. Acesso em: 04 ago. 2021.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Tribunais de contas – natureza, alcance e efeitos de suas funções. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* – RDAI, Thomson Reuters – RT, São Paulo, v. 5, n. 16, p. 391–407, 2021. DOI: 10.48143/rdai/16.bandeirademello. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/278>. Acesso em: 02 ago. 2021.

MENEZES, Beatriz Guimarães; VARGAS, Daniel Barcelos; RANGEL, Isa Mota. Dispensas de licitação durante a Covid-19: como os estados brasileiros motivam suas decisões? *Revista Estudos Institucionais*, v. 7, n. 1, p. 126-181, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/607>. Acesso em: 30 jun. 2021.

MERLONI, Francesco *et al.* *La trasparenza amministrativa*. Milão: Giuffrè, 2008.

MILESKI, Helio Saul. A transparência da Administração Pública pós-moderna e o novo regime de responsabilidade fiscal. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 0, p. 115-149, set. 2010.

NÃO ACOMPANHOU a CPI da Covid? Veja o que rolou até aqui. *G1: Política*, 15 maio 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/15/cpi-da-COVID-principais-pontos.ghtml>. Acesso em: 30 jun. 2021.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira. Panorama internacional e brasileiro da governança, riscos, controles internos e compliance no setor público. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NEVES, Eliane. Governo pagou R\$ 10 bilhões indevidamente de auxílio emergencial, diz CGU. *UOL: Economia*, Alagoas, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/06/21/governo-pagou-r-10-bilhoes-indevidamente-de-auxilio-emergencial-diz-cgu.htm>. Acesso em: 02 jul. 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Regime emergencial de contratação pública para o enfrentamento à pandemia de Covid-19*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4057>. Acesso em: 28 jun. 2021.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. Processo administrativo e requisições: contratações públicas em tempos de pandemia e as lições para o desenvolvimento de um e-marketplace no Brasil. In: FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby (Coords.). *Direito provisório: espin – Covid-19: soluções para temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 137-160. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4177/4363/29875>. Acesso em: 30 jun. 2021.

OPERAÇÃO da PF combate fraudes contra benefícios emergenciais: As ações estão sendo realizadas em oito estados. *Agência Brasil*, Brasília, 17 jun. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-06/operacao-da-pf-combate-fraudes-contr-beneficios-emergenciais>. Acesso em: 02 jul. 2021.

OPERAÇÃO Nudus investiga fraudes em contratações emergenciais para compra de insumos hospitalares em São Paulo. *Comunicação Social da Polícia Federal em São Paulo*, São Paulo, 6 ago. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2020/08-noticias-de-agosto-de-2020/operacao-nudus-investiga-fraudes-em-contratacoes-emergenciais-para-compra-de-insumos-hospitalares-em-sao-paulo>. Acesso em: 30 jun. 2021.

OPERAÇÃO Sangria: entenda a operação da PF que investiga desvios na saúde no Amazonas. *G1 Amazonas*. Manaus, 6 jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/06/02/operacao-sangria-entenda-a-operacao-da-pf-que-investiga-desvios-na-saude-no-amazonas.ghtml>. Acesso em: 29 jun. 2021.

PRESIDENTE Bolsonaro sanciona nova Lei de Licitações. *R7*, 1º abr. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/presidente-bolsonaro-sanciona-nova-lei-de-licitacoes-29062022>. Acesso em: 16 ago. 2022.

RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1194/842>. Acesso em: 16 ago. 2022.

RIBEIRO PINTO, João I.; FERREIRA PINTO, Raissa N. Regimes jurídicos excepcionais nas contratações públicas e compliance em tempos de pandemia. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 19, n. 1, p. 296-333, 14 jan. 2021. DOI: <https://doi.org/10.32586/rcda.v19i1.641>. Disponível em: <https://revista-controle.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/641>. Acesso em: 24 jun. 2021.

SAMPAIO, Alexandre Santos. A pandemia de contratações públicas em razão do Covid-19. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/38K7nXr>. Acesso em: 6 nov. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Centro de Apoio ao Direito Público. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei n. 14.133/2021. 3. ed. São Paulo: Cadip, 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Esp-CADIP-Nova-Lei-Licitacoes.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SC perde 2º secretário por suspeita de fraude em compra de respiradores. *UOL*, São Paulo, 11 maio 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/11/sc-perde-2-secretario-por-suspeita-de-fraude-em-compra-de-respiradores.htm>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SCHRAMM, Fernanda Santos. *Compliance nas contratações públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3890>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SECOM TCU. TCU e Transparência Internacional lançam guia de recomendações para contratações emergenciais em razão da Covid-19. *Tribunal de Contas da União*: Imprensa, 12 maio 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-e-transparencia-internacional-lancam-guia-de-recomendacoes-para-contratacoes-emergenciais-em-razao-da-covid-19.htm#:~:text=0%20Tribunal%20de%20Contas%20da,em%20Resposta%20%C3%A0%20Covid%2D19>. Acesso em: 27 jun. 2021.

SECOM TCU. Inteligência Artificial auxilia fiscalização do TCU sobre compras relacionadas à Covid-19. *Tribunal de Contas da União*: Imprensa, 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: 02 jul. 2021.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; NUNES, Andréia Regina Schneider; KIBRIT, Orly. Transparência pública: construção da cidadania na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 1022, dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/39178>. Acesso em: 25 jun. 2021.

SOLON MARQUINHO NOBRE, Emily; COELHO AGUIAR, Simone. Lei n. 13.979/2020 e o regime emergencial da dispensa de licitação do coronavírus. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 18, n. 2, p. 77-108, 1 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.32586/rcda.v18i2.631>. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/issue/view/32>. Acesso em: 24 jun. 2021.

VALENTE, Jonas. Órgãos públicos usam inteligência artificial para combater corrupção. *Agência Brasil*, Brasília, 03 ago. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-08/orgaos-publicos-usam-inteligencia-artificial-para-combater-corrupcao>. Acesso em: 30 jun. 2021.

VILLAC, Teresa. Atuação do direito administrativo em momentos de crise (Covid-19) (2): alterações na Lei 13.979/20 e recomendações oficiais aos contratos de serviços terceirizados. *Observatório da Nova Lei de Licitações*, São Paulo, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/31j5Cg0>. Acesso em: 1º abr. 2020.

VINHAS, Ana. Em um ano, PF abre 931 inquéritos sobre fraude do auxílio. *R7: Economia*, 15 maio 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/em-um-ano-pf-abre-931-inqueritos-sobre-fraude-do-auxilio-15052021>. Acesso em: 02 jul. 2021.



Serviços públicos digitais, inteligentes e sustentáveis e os desafios do neoliberalismo predatório

Cristina Borges Ribas Maksym

Mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professora no curso de Direito da Faculdade de Pinhais. Pesquisadora no Centro Universitário Autônomo do Brasil.

Sumário: 1 Introdução. 2 Serviços públicos digitais, a desburocratização e a fuga do direito administrativo. 3 Serviços públicos inteligentes e a perigosa vigilância digital. 4 Serviços públicos sustentáveis: a meta de desenvolvimento a ser seguida pela Administração Pública. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a economia digital tem se desenvolvido bastante no Brasil, sendo que o uso da internet passou de 34% da população total em 2008 para quase 60% em 2015. Os serviços públicos também cada vez mais são acessados pela via on-line, o que demonstra um dinamismo e agilidade do setor público.¹

Estas transformações digitais foram intensificadas a partir de 2020 pressionadas pela pandemia da Covid-19 que impôs o distanciamento social, o que gerou um impacto na tutela jurídica dos serviços públicos e a necessidade de uma análise crítica da doutrina dogmática tradicional.

Nesse ínterim, se por um lado os cidadãos brasileiros acostumados a acessar inúmeros serviços privados de forma on-line esperam a mesma praticidade e simplicidade nos serviços públicos, por outro há milhões de brasileiros que além de não terem acesso à internet², sequer possuem acesso aos serviços públicos básicos como telefone, energia ou saneamento.

Em 2019, 97,6% dos domicílios brasileiros possuíam água canalizada e 88,2% tinham acesso à rede geral de abastecimento de água, mas há profunda diferença regional, uma vez que na região Nordeste a cobertura é de apenas 69%. Quanto ao acesso ao esgoto, a distribuição é ainda pior, com cobertura de apenas 68,3% no total, mas de apenas 27,4% no Norte e 47,2% no Nordeste. O acesso à energia elétrica nos domicílios, por sua vez, atingia cobertura praticamente universal, com 99,8%. Quanto à telefonia, a ausência desta era de

¹ OCDE. Peer Review OCDE Skills. *Revisão do governo digital do Brasil: rumo à transformação digital do setor público*. Principais conclusões. Brasília, DF: Enap, 2018. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3627>. Acesso em: 22 set. 2021.

² “Em 2019, nos 12,6 milhões de domicílios do País em que não havia utilização da Internet, os três motivos que mais se destacaram representavam, em conjunto 84,8%. Esses três motivos foram: falta de interesse em acessar a Internet (32,9%), serviço de acesso à Internet era caro (26,2%) e nenhum morador sabia usar a Internet (25,7%).” (IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD) contínua. *Acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019*. Brasília, DF: IBGE, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 22 set. 2021).

9,0% nos domicílios das regiões Nordeste e 8,8% no Norte, enquanto nas demais regiões a ausência não ultrapassou 3,0%.³

Nesse contexto, impõe-se uma releitura dos serviços públicos sob uma nova racionalidade não mais analógica, com a reconstrução de seu regime jurídico para que se considere que um serviço público adequado, além de digital e inteligente, precisa proporcionar o desenvolvimento sustentável multidimensional, o que engloba também a universalidade e a inclusão digital.

A presente pesquisa insere-se nesta problemática dos serviços públicos prestados pelas vias digitais e por vezes com aplicação de inteligência artificial, especificamente quanto à perspectiva político-teórica desta transformação e a delimitação de seu regime jurídico. A investigação segue a linha do estudo dos direitos fundamentais coletivos e a concretização destes pela Administração Pública a partir do modelo do Estado Social.

2 SERVIÇOS PÚBLICOS DIGITAIS, A DESBUROCRATIZAÇÃO E A FUGA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O art. 175 da Constituição Federal incumbe ao Estado prestar os serviços públicos, na forma da lei, diretamente ou sob delegação. Porém, como não há um conceito constitucional engessado, a doutrina e a jurisprudência sempre debateram sobre o que é serviço público e o que o diferencia das atividades econômicas em sentido amplo ou de outras atividades públicas.

O código do usuário do serviço público (Lei n. 13.460/2017) trouxe um conceito legal que não auxiliou neste debate por se fundamentar na clássica definição do início do século XX consolidada na escola francesa de Bordeaux, uma definição muito ampla e pouco útil na atualidade. O conceito legal ainda confunde serviço público com qualquer outra atividade do Estado como a criação de políticas públicas, as atividades interventivas e o poder de polícia.⁴

Neste artigo, adota-se o conceito de Thiago Marrara⁵, o qual delimita os elementos que a doutrina de forma majoritária tem considerado como necessários para que uma atividade seja considerada como serviço público: (i) o elemento subjetivo correspondente a necessidade de que o serviço seja de titularidade do Estado, ainda que este seja prestado direta ou indiretamente por este; (ii) o elemento material, composto pelo fato de que o serviço público é necessariamente de natureza prestacional e atende uma necessidade básica conexa a dignidade da pessoa humana ou a direito fundamental e (iii) o elemento formal, que dispõe que referidas atividades são regidas por um regime jurídico predominantemente de Direito Público.

³ IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD) contínua. *Características gerais dos domicílios 2019*. Brasília, DF: IBGE, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

⁴ MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Kindle Direct Publishing (KDP), 2018. (v. II: funções administrativas e bens estatais). *E-book*. Posição 435.

⁵ “Uma atividade atribuída ao Estado por opção do legislador, sob monopólio ou não, executada direta ou indiretamente, sempre de natureza prestativa, que desempenha a função de satisfazer as necessidades básicas da população e que se submete a um regime jurídico de Direito Público.” (MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo*. Op. cit., posição 446).

Nesse contexto, a soma do elemento formal (a aplicação de um regime jurídico de direito público) com o elemento material (a necessidade de que este concretize os direitos fundamentais e preserve a dignidade humana) impõe aos serviços públicos uma lógica solidarista e publicista, ao invés de uma lógica individualista e privatista, essa própria do mercado e de atividades privativas.⁶

Por essa razão, o art. 175, IV, da Constituição Federal prevê que o Poder Público sempre atue (de forma direta ou por concessão) numa prestação que necessariamente deve ser contínua e adequada e não poderá ser subsidiária ao mercado.⁷

Dessa lógica publicista e da necessidade de que o serviço público seja adequado decorre a aplicação de inúmeros princípios jurídicos, os quais são elencados não de maneira taxativa, mas exemplificativa no art. 6º, §1º da Lei de Concessões (Lei n. 8987/1995) e no art. 4º do Código do Usuário do Serviço Público (Lei n. 13.460/2017), são eles: universalidade, continuidade, atualidade, modicidade das tarifas, eficiência, cortesia, transparência, regularidade, dentre outros.⁸

Para o recorte da presente pesquisa, é necessário analisar o princípio da atualidade e o da eficiência. O princípio da atualidade impõe que os serviços públicos evoluam conforme as transformações das necessidades humanas e os avanços sociais, culturais, econômicos e técnicos, sendo prestados, quando não por uma tecnologia de ponta, no mínimo, por uma tecnologia que seja razoável para uma boa prestação da atividade.⁹

Do princípio da eficiência, por sua vez, resulta o dever de se evitar o desperdício de recursos públicos (economicidade), mas buscando atingir os melhores resultados na concretização dos direitos fundamentais.¹⁰

Na atual sociedade que é informacional, para que um serviço público seja considerado eficiente e atualizado é imprescindível que seja também prestado pela via digital, ou seja, com o uso destas tecnologias de informação e comunicação que façam uso integrado de dados e informações.

Como salienta Manuel Castells, na sociedade informacional, as tecnologias de informação e comunicação (TICs) exercem preponderância e se ramificam em todos os aspectos da vida, o que deve englobar necessariamente os serviços públicos. Nesta sociedade impera a lógica de rede, onde os indivíduos se relacionam principalmente de forma virtual, com tecnologias integradas e alta circulação de dados e informações.¹¹

Nessa toada, os serviços públicos digitalizados englobam desde uma prestação pela internet, como o atendimento médico por teleconsulta até o “uso sensato e ecologicamente

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 35-71.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Op. cit., p. 35-71.

⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material**. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

⁹ MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo*. Op. cit., posição 1058.

¹⁰ MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo*. Op. cit., posição 1108.

¹¹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2013. p. 96-113.

sustentável dos recursos da cidade”, proporcionando cidades mais limpas, seguras e funcionais com “a instalação de dispositivos inteligentes e interativos que prometem uma experiência urbana livre de inconveniências”.¹²

Por exemplo, o serviço público de saneamento poderia contar com bueiros que detectassem níveis de chuva e capacidade de escoamento; o serviço de iluminação pública poderia ser mais econômico ao ser acionado apenas na presença humana; a segurança pública poderia aumentar a vigilância e identificar posse de arma por pedestres, a mobilidade urbana e até prédios subutilizados poderiam ser identificados; tudo isso com aplicação de tecnologia de informação e comunicação.¹³

É nessa linha que foi decretada a Lei n. 14.129/2021 trazendo princípios, regras e instrumentos para um “Governo Digital” com a disponibilização de serviços digitais, acessíveis inclusive por plataforma única, sem necessidade de solicitação presencial (art. 3º, II). A legislação determina a simplificação dos procedimentos de solicitação, oferta e acompanhamento dos serviços públicos digitais, com foco na universalização e com acesso realizado, preferencialmente, por meio do autosserviço (art. 2º, X).

Para realização desses objetivos, a “Lei do Governo Digital” indica a necessidade da promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação no setor público (art. 3º, XXVI), além do estímulo a ações educativas para qualificação dos servidores públicos para o uso das tecnologias digitais e para a inclusão digital da população (art. 3º, XX).

Há também determinação da criação de um painel de monitoramento do desempenho dos serviços públicos, o qual deverá conter, no mínimo, a quantidade de solicitações em andamento e concluídas anualmente, o tempo médio de atendimento e o grau de satisfação dos usuários (art. 22). E com base nos resultados desta avaliação de satisfação, a Administração Pública deverá programar ações de melhoria dos serviços públicos prestados (art. 24, II).

Em resumo, a “Lei do Governo Digital” determina a implantação e adoção de estratégias que visem à transformação digital da Administração Pública com foco principalmente na desburocratização, na eficiência, na transparência e na participação social, o que impacta diretamente nos serviços públicos.

Contudo, é importante salientar que referidos paradigmas (desburocratização e eficiência) já são velhos conhecidos, pois embasaram a reforma administrativa gerencial e neoliberal da década de 90, no governo de Fernando Henrique Cardoso.¹⁴

Nesse ponto, é importante ter em vista que a implantação do Governo digital além da promessa de cidades mais limpas, seguras e funcionais, até inclusão e universalização dos serviços públicos digitais, atende também uma agenda neoliberal que impõe desburocratização e eficiência nocivas.¹⁵

¹² BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – tecnologias urbanas e democracia. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu, 2019. p. 9.

¹³ BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – Op. cit., p. 4.

¹⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Ithala, 2016. p. 111-139.

¹⁵ BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – Op. cit., p. 4.

O tema do neoliberalismo – em curso há cerca de 40 anos – é focado no individualismo, na exaltação da propriedade privada e na elevação do “mercado à condição de organizador último da vida social”, como se este fosse produtor natural do desenvolvimento, da inovação e da justiça social, objetivos os quais seriam brecados somente por burocracias fiscalistas e incapacitantes. O indivíduo, por sua vez, não é visto como cidadão, mas como consumidor, ou produtor ou contribuinte. O neoliberalismo, portanto, rechaça o dirigismo econômico do Estado, ao contrário do liberalismo democrático que aceita ao menos formas moderadas de intervenção estatal. O neoliberalismo brasileiro tende também a se opor ao nacionalismo industrial e promover o modelo de agronegócio exportador, este visto como um caso de sucesso natural.¹⁶

Nessa toada, os grandes inimigos do neoliberalismo são o socialismo, especialmente pela sua visão coletiva que, supostamente, asfixia o ideal individual de sucesso; e a burocracia, vista como fonte de ineficiência e incapacitação dos serviços públicos que deveriam ser promovidos pelo livre mercado, em razão deste ser supostamente mais propenso a satisfazer o consumidor.¹⁷

Por conseguinte, a primeira questão a se destacar na presente pesquisa é que a transformação digital da Administração Pública não deve atender esta agenda neoliberal. A desburocratização prometida, por sua vez, não pode significar o “desmonte burocrático”, assim como o enfoque na eficiência não pode resultar “na fuga do Direito Administrativo”. Isso porque já se sabe que a transformação do cidadão-usuário de serviço público em mero consumidor satisfeito com a prestação não é suficiente para alcançar a universalidade e a inclusão, muito menos o desenvolvimento social.

Isso já vem sendo explicado pela doutrina desde a reforma administrativa neoliberal da década de 90, doutrina esta que já destacou a profunda diferença entre consumidores de bens de mercado e os usuários de serviços públicos. Embora seja necessária a proteção de ambos, no caso do consumidor, a proteção se foca no indivíduo, enquanto no caso do usuário do serviço público, a proteção em razão da visão publicista deve se focar nos cidadãos individual e coletivamente.¹⁸

Isso quer dizer que o foco da prestação de serviços públicos é a equidade e a justiça social, além da viabilização de direitos sociais. Por conseguinte, o Estado deverá buscar não apenas melhor satisfazer usuários ou consumidores digitais individualmente considerados, mas também induzir e fomentar alterações para transformação das estruturas econômico-sociais do país, reduzindo, inclusive, as desigualdades regionais.¹⁹

É preciso ter cautela, portanto, pois a digitalização e a desburocratização por si só não culminarão necessariamente em desenvolvimento social ou na universalidade do serviço,

¹⁶ LYNCH, Christian. “Nada de NOVO sob o Sol”: teoria e prática do neoliberalismo brasileiro. *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, edição 91, p. 17-34, out./nov. 2020. Disponível em: <https://inteligencia.insightnet.com.br/nada-de-novo-sob-o-sol-teoria-e-pratica-do-neoliberalismo-brasileiro/>. Acesso em: 20 set. 2021.

¹⁷ LYNCH, Christian. “Nada de NOVO sob o Sol”: Op. cit.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Op. cit., p. 380.

¹⁹ NOHARA, Irene. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 145-224.

ainda que os cidadãos, agora visualizados como consumidores, estejam individualmente satisfeitos.²⁰

Exemplo prático de que a satisfação do usuário por si só não indica o sucesso da prestação do serviço público é o caso da cobrança de tarifas diferenciadas para favorecer usuários mais pobres, o que pode gerar insatisfação dos usuários que precisem pagar mais, mesmo que apesar desta insatisfação esteja se alcançando o objetivo social almejado que é a universalização do acesso.²¹ Referida questão de diferença das tarifas, inclusive, já foi reconhecida como possível pelo Superior Tribunal de Justiça em razão da necessidade de universalização do serviço.²²

Outro exemplo é o caso da privatização de penitenciária que em geral leva a uma satisfação maior dos detentos, porém, culmina concomitantemente no encarceramento em massa, ou seja, não alcançando o objetivo social de redução da criminalização e ressocialização.²³

Nesse ínterim, e especificamente quanto aos serviços digitais (mesmo que privados), é possível ainda exemplificar os casos do Uber ou do Airbnb como atividades em que a satisfação dos consumidores digitais não corresponde à geração de mais desenvolvimento social. O preço dos serviços de transporte ou de aluguel é o que importa aos consumidores destes serviços, e não todos os demais aspectos negativos destas prestações como a desorganização dos setores econômicos locais que resultam em desemprego e precarização do trabalho, especialmente para os mais jovens. Tem-se ainda a “financeirização” dos serviços que resulta também em mais desemprego. Logo, ainda que estes serviços digitais tenham boa aceitação dos consumidores por serem mais rápidos e baratos; estes serviços aumentam as desigualdades sociais e de concentração de poder daqueles que monopolizam os dados.²⁴

Enfim, a prestação de serviços de forma digital pode contribuir para melhorar a satisfação dos consumidores e a eficiência ao privilegiar os interesses dos usuários individualmente, mas também pode ser fator de desequilíbrio, descontinuidade e desigualdade se realizada com excessiva mercantilização ou sem o olhar coletivista e publicista inerentes ao serviço público.²⁵

Por conseguinte, é necessária cautela para que a prestação de serviços de forma digitalizada invoque conceitos privatistas como o da avaliação de satisfação do consumidor individualmente considerado, mas sem desnaturar os objetivos maiores de solidariedade social.²⁶

²⁰ NOHARA, Irene. *Reforma administrativa e burocracia*: Op. cit., p. 145-224.

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Op. cit., p. 399.

²² “A política de tarifação dos serviços públicos concedidos, prevista na CF (art. 175), foi estabelecida pela Lei 8.987/95, com escalonamento na tarifação, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta Corte).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 485.842/RS*. Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/04/2004, DJ 24/05/2004. p. 237).

²³ PRIVATIZAÇÃO de presídios. A polêmica sobre a administração das unidades penais. *Em Discussão*, ano 7, n. 29, set. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios>. Acesso em: 22 set. 2021.

²⁴ BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – Op. cit., p. 30-35, p. 97.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Op. cit., p. 385.

²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Op. cit., p. 398.

Outro ponto nocivo da agenda neoliberal é a busca da privatização dos serviços públicos por grandes empresas de tecnologia numa resposta a austeridade financeira do Estado e também pela compreensão de que os entes privados são mais propensos a satisfazer o consumidor individualmente considerado.²⁷ Quanto a esse ponto, é relevante destacar que as privatizações não podem ser realizadas com único fito de fazer frente às exigências de credores internacionais ou de buscar equilíbrio fiscal como ocorreu na década de 90. A privatização pode ser uma alternativa apenas se efetivamente melhorar a prestação destes serviços de forma a atender bem toda a coletividade, e não apenas certos indivíduos.²⁸

Nesse contexto, os pesquisadores Morozov e Bria alertam que a maior parte das cidades que se adaptaram aos serviços tecnológicos foram capturadas por instrumentos neoliberais. Os autores destacam também a dificuldade de se criar e principalmente de se implementar projetos para uma *smart city* que não seja neoliberal.²⁹

Esses autores ainda salientam que a prestação de serviços públicos digitais não pode se limitar a mais conectividade e satisfação do consumidor, devendo adotar metas mais amplas que enfrentem os desafios urbanos “como a concentração de renda, o custo das moradias, a mobilidade sustentável e a corrupção”.³⁰

Para tanto é fundamental que as iniciativas de digitalização dos serviços públicos sejam acompanhadas de normas regulamentadoras que busquem proteger os direitos individuais e sociais, como os direitos trabalhistas e ambientais; sejam estes serviços prestados diretamente pelo Estado ou por delegação em razão de privatizações.

Pode-se dizer que no Brasil há algumas iniciativas de produção normativa reguladora e protetiva em razão do impacto da digitalização como o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n. 13.709/2018)³¹ –, mas, por outro lado, há normas que atendem a agenda neoliberal e degradam os direitos sociais como a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) que teve impacto também na Administração Pública e a Emenda Constitucional n. 95 que limitou os gastos públicos por 20 anos, além da perigosa ausência de regulamentação em diversos setores como o da aplicação da inteligência artificial (IA) e das *fake news* que também impactam no serviço público.

Ademais, sobre IA e as *fake news*, para que esse novo modelo com a oitiva sobre a satisfação do cidadão usuário prospere, é importante que, concomitantemente a essa oitiva on-line, seja promovida também a conscientização dos usuários através da informação destes sobre seus direitos; além de mais transparência pública.³² E esse processo de educação dos cidadãos precisa considerar que os mesmos estão mal informados, influenciados ou sugestionados, uma vez que atualmente o debate público é modelado pelas grandes em-

²⁷ BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – Op. cit., p. 4.

²⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público*: Op. cit., p. 111-139.

²⁹ BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – Op. cit., p. 30-35.

³⁰ BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – Op. cit., p. 65.

³¹ 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.

³² BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – Op. cit., p. 103.

presas de tecnologia (Google, Facebook, Twitter etc.) que operam através de algoritmos na lógica da lucratividade e de forma opaca e sem regulação. Há ainda o impacto das *fake news* que também prosperam nesse mesmo ambiente e controlam o conhecimento por meio da disseminação de mentiras.³³

Enfim, a participação política é fundamental numa democracia constitucional pelo que a satisfação do cidadão informado e consciente de seus direitos é importante e deve ser considerada, mas é preciso estar atento também que não é somente essa opinião que deve conduzir os rumos de prestação do serviço público, sendo imprescindível que essa prestação seja dirigida pelo Estado com foco nos objetivos constitucionais que por vezes divergem da pesquisa de aquiescência.

No caso brasileiro, é necessário, portanto, que a prestação de serviços públicos digitais tenha como fim atingir o interesse público e concretizar os direitos fundamentais, inclusive daqueles sem acesso ou capacitação digital, algo que vai muito além da mera prestação eletrônica por autosserviço ou da satisfação do usuário-consumidor. Enfim, o foco não pode ser a satisfação pelo produto, e sim o desenvolvimento sustentável.

E para que o desenvolvimento sustentável seja alcançado, é fundamental que a iniciativa de digitalização dos serviços públicos seja devidamente planejada pelo Estado para que não colabore com a fuga do Direito Administrativo ao privado e termine por aprofundar ainda mais a exclusão e a desigualdade social no país.

Neste íterim, é importante lembrar que, apesar da agenda neoliberal, o Estado não se encontra desonerado de prestar serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal), os quais mesmo digitalizados não podem ser dissociados das previsões constitucionais e da sua função de garantir os direitos fundamentais.³⁴

3 SERVIÇOS PÚBLICOS INTELIGENTES E A PERIGOSA VIGILÂNCIA DIGITAL

Quando se trata de serviços públicos digitais é imperioso abordar ainda os impactos que a conectividade das infraestruturas pode trazer, principalmente em razão da possibilidade de vigilância digital.

Essa grande conectividade das infraestruturas pelo uso das tecnologias de informação e comunicação resulta na geração de muitos dados sobre os serviços públicos (transporte, energia, saúde, educação etc.) e sobre os cidadãos. Se, por um lado, é essa geração de dados e sua respectiva análise e mineração por uma inteligência artificial que podem impulsionar modelos preditivos e uma prestação mais eficiente e racionalizada dos serviços públicos, por outro, esse mesmo banco de dados pode também contribuir para a criação de mecanismos perigosos de vigilância digital.³⁵

Nesse contexto, diz-se que na atual sociedade informacional, os poderes disciplinares *foucaultianos* estariam dando lugar ao controle digital realizado através dos dados compar-

³³ SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Democracia e os códigos invisíveis*: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas. São Paulo: Edição Sesc, 2019. p. 56-76.

³⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público*: Op. cit., p. 111-139.

³⁵ BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. *A cidade inteligente* – Op. cit., p. 110.

tilhados. As antigas instituições de confinamento (prisão, a escola, os hospitais, a fábrica e a família) sofrem uma crise, pois seus muros vão sendo superados por espaços abertos e digitais típicos de uma sociedade informacional, porém não menos controladores e vigilantes. Nesse tipo de sociedade, as fronteiras entre governo, comércio e vida privada entram em colapso, e novos poderes controladores e vigilantes se fazem presentes.³⁶

É nesse modelo informacional que o amplo acesso do Estado aos dados e informações dos cidadãos promete benefícios sociais e maior eficiência estatal com a aplicação de inteligência artificial, mas também possibilita em contrapartida justamente esta inoportuna vigilância digital.³⁷

No ambiente privado já é conhecido o capitalismo de vigilância das grandes empresas (Google, Amazon, Facebook, Apple) que transformam dados em uma *commodity* mercantilizável com algoritmos pouco transparentes.³⁸ Essas grandes corporações exercem o que é denominado de um psicopoder, pois atuam no inconsciente-coletivo ao conseguir prever e controlar o “comportamento social futuro das massas”³⁹.

No ambiente público, os riscos de um grande banco de dados vão desde a influência nas eleições, o controle da opinião pública até a vigilância de opositores ou vulneráveis, inclusive com o aprofundamento do racismo. Internacionalmente, por exemplo, é possível lembrar-se dos casos “Snowden” e “Cambridge Analytica”⁴⁰.

No Brasil, um exemplo de controle de opinião pública ocorreu no governo de Michel Temer quando este em reunião com o Google controlou o que seria acessível como busca quando de pesquisas sobre a reforma da previdência, violando o direito à informação na busca de aprovação de uma reforma impopular.⁴¹

Outro exemplo no Brasil, mas agora de vigilância e racismo, refere-se às prisões realizadas por reconhecimento facial de pessoas através do uso de tecnologias de inteligência artificial. No Brasil, 184 pessoas já foram presas com esse recurso, das quais 90% são negras, sendo que algumas prisões foram indevidas em razão das pessoas serem inocentes.⁴²

Ainda com o uso da tecnologia de reconhecimento facial, cita-se o caso da concessionária do transporte público de metrô em São Paulo que, sem o consentimento dos

³⁶ SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e; VIEIRA, Laísa Fernanda Alves. A sociedade de vigilância digital: o controle da informação e o princípio da autodeterminação informativa. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*. Curitiba: Gedai; UFPR, 2020. p. 186-208.

³⁷ SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e; VIEIRA, Laísa Fernanda Alves. A sociedade de vigilância digital: Op. cit.

³⁸ BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – Op. cit., p. 69.

³⁹ SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e; VIEIRA, Laísa Fernanda Alves. A sociedade de vigilância digital: Op. cit., p. 194.

⁴⁰ Em 2013, Snowden revelou a existência de um sistema de vigilância global desenvolvido pela agência norte-americana National Security Agency (NSA), em que autoridades dos Estados Unidos da América tinham acesso a dados pessoais sem mandados judiciais. O caso Cambridge Analytica, Ltd., por sua vez, refere-se ao tratamento de dados de diversas pessoas com a finalidade de influenciar o resultado das eleições. Para mais detalhes, consultar: CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. Novas guerras em novos campos de batalha: o RGPD europeu e as gigantes tecnológicas norte-americanas In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*. Curitiba: Gedai; UFPR, 2020. p. 104-125.

⁴¹ SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Democracia e os códigos invisíveis*: Op. cit., p. 40.

⁴² SOUSA, Bruno. Panóptico: reconhecimento facial renova velhas táticas racistas de encarceramento. Rede de Observatório de Segurança, 22 abr. 2021. Disponível em: <http://observatorioseguranca.com.br/panoptico-reconhecimento-facial-renova-velhas-taticas-racistas-de-encarceramento/>. Acesso em: 16 set. 2021.

usuários, implantou portas de plataforma interativas em algumas das estações, as quais pelo uso de inteligência artificial reconheciam o gênero, a faixa etária e as emoções dos usuários expostos à publicidade veiculada, inclusive comercial.⁴³

Quanto aos serviços públicos digitais, que é o recorte desta pesquisa, a transformação digital da Administração Pública brasileira tem como componentes essenciais: (i) a Base Nacional de Serviços Públicos que reunirá informações necessárias sobre a oferta destes serviços em cada ente federado (arts. 18, I e 19 da Lei do Governo Digital); e (ii) as Plataformas de Governo Digital que ofertarão estes serviços e colherão dados através do uso de mecanismos de inteligência artificial para serem utilizados na realização e na gestão das políticas públicas (arts. 18, III e 24, VII da Lei do Governo Digital).

Referidos instrumentos implicarão no amplo compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e os demais Poderes da União.

E para concretizar essa base nacional, o Decreto n. 10.046/2019 prevê a criação do Cadastro Base do Cidadão, o qual consiste em um meio unificado de identificação do cidadão para a prestação de serviços públicos.

O problema do Cadastro Base do Cidadão é que resulta num amplo compartilhamento de dados entre entes públicos, violando o direito à privacidade, à autodeterminação informativa e propiciando justamente essa vigilância digital.

Apesar disso, o Cadastro Base do Cidadão já foi acessado por pelo menos 28 órgãos do governo, entre eles estão a Agência Brasileira de Inteligência, o Comando do Exército e o Ministério da Justiça e Segurança Pública.⁴⁴

Essas violações já são objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.649 no Supremo Tribunal Federal interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual figura como amigo da corte a Associação *Data Privacy* Brasil de Pesquisa, uma entidade de pesquisa focada na proteção de dados pessoais. A referida entidade civil destaca que este grande cadastro não possui salvaguardas que impeçam usos secundários e abusivos dos dados e ainda permite o acesso para além da extensão mínima necessária a realização do interesse público.⁴⁵

Disso resulta que ainda que a hipótese de tratamento de dados desta base nacional esteja prevista em lei (uso de dados para fins de criação de políticas públicas e prestação de serviços públicos, vide art. 7º, III da LGPD), o procedimento do respectivo cadastro viola os princípios bases descritos no artigo 6º na LGPD, por não garantir transparência, segurança e

⁴³ OBSERVATÓRIO DO MARCO CIVIL DA INTERNET. *Estações de metrô e dados biométricos*. 2018. Disponível em: <http://www.omci.org.br/jurisprudencia/263/estacoes-de-metro-e-dados-biometricos/>. Acesso em: 22 SET. 2021.

⁴⁴ Vide pesquisa realizada em dezembro de 2020 pela Coding Rights: ANASTÁCIO, Kimberly; SANTOS, Bruna; VARRON, Joana. *Cadastro Base do Cidadão: a megabase de dados*. Rio de Janeiro: Coding Rights, 2020. Disponível em: <https://www.codingrights.org/docs/megabase.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

⁴⁵ ASSOCIAÇÃO DATA PRIVACY BRASIL DE PESQUISA. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.649*. São Paulo, 08 abr. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755538665&prclID=6079238>. Acesso em: 22 set. 2021.

prestação de contas. Em outras palavras, o cadastro não garante o direito ao devido processo informacional.⁴⁶

O direito ao devido processo informacional⁴⁷ assegura ao cidadão o controle sobre seus dados e informações pessoais, e, por consequência, o desenvolvimento da sua personalidade, sua liberdade e autonomia, impedindo justamente tratamento e vigilâncias estatais abusivas. No aspecto coletivo, portanto, o referido processo informacional de uma base desta magnitude assegura inclusive os valores democráticos.

Tratando de democracia, Rubens Casara fundamenta que o Estado democrático de direito vem sendo substituído por um Estado pós-democrático, pois a subsistência das eleições e as feições democráticas resistem, mas como meros simulacros. Nesse Estado pós-democrático já capturado pelo neoliberalismo, algumas importantes decisões políticas são tomadas por grandes corporações e pelo mercado, logo há pouca preocupação com a manutenção dos valores democráticos liberais, como a tripartição de poderes e os direitos fundamentais, especialmente os sociais. O que prevalece nesse Estado, além da arbitrariedade, é principalmente a função penal que recai sobre os “inimigos do mercado”, os indesejáveis e excluídos.⁴⁸

A soma de uma sociedade informacional com um Estado pós-democrático e penal capturado pelo neoliberalismo predatório dificulta que os dados conseguidos pela prestação de serviços públicos digitais sejam utilizados de forma cooperativa e para fins de inovação, universalização e bem-estar social. Será um desafio para a Administração Pública do Brasil no século XXI.

E essa somatória de fatores atualmente é ainda mais desafiadora, pois após a crise econômica de 2008 seguida por escândalos de corrupção que resultaram na Operação Lava-Jato, em 2014, conservadores autoritários se aliaram aos neoliberais e se apresentaram como uma resposta à degeneração patrimonialista e econômica do país. Referida coalizão fez nascer o governo Bolsonaro, em 2018, no qual a “erosão democrática”, o “constitucionalismo autoritário” e o neoliberalismo se aprofundaram.⁴⁹

Esse governo com “ideal civilizatório de inspiração medievalista” facilita a inserção de um Estado restrito à função penal que lide com os indesejáveis do mercado e da “república-cristã” e por outro lado abriga a velha oligarquia patrimonialista brasileira.⁵⁰ Mesmo após

⁴⁶ ASSOCIAÇÃO DATA PRIVACY BRASIL DE PESQUISA. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.649*. Op. cit.

⁴⁷ “A partir da tradição norte-americana, também é possível identificar como corolário da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais, a preservação de verdadeiro “devido processo informacional” (informational due process privacy right), voltado a conferir ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle, sobretudo em relação a práticas de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamentos preditivos e peremptórios.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.387 MC/DF*. Voto do Min. Gilmar Mendes. Plenário. Relator: Min. Rosa Weber, julgado em 07/05/2020. p. 114).

⁴⁸ CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. *E-book*, posição 186.

⁴⁹ LYNCH, Christian. A utopia reacionária do governo Bolsonaro (2018-2020). *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, edição 89, p. 21-40, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://inteligencia.insightnet.com.br/a-utopia-reacionaria-do-governo-bolsonaro-2018-2020/>. Acesso em: 20 set. 2021.

⁵⁰ Expressões entre aspas utilizadas in: LYNCH, Christian. A utopia reacionária do governo Bolsonaro (2018-2020). Op. cit.

o final deste governo de exceção, é possível que o conservadorismo autoritário e o neoliberalismo prevaleçam, conciliando o ideal de autoridade com os ideais do mercado através da utilização das tecnologias digitais.

Percebe-se, portanto, como é imperioso que o procedimento de digitalização dos serviços públicos seja aderente, desde o seu início, às boas práticas do Estado de direito e da democracia liberal. Referida transformação digital com uso de inteligência artificial deve respeitar, portanto, a proteção de dados e o devido processo informacional, sob pena de aprofundamento dos mecanismos de vigilância digital, e, por consequência, de agravamento do autoritarismo, do racismo e da exclusão social no país.

4 SERVIÇOS PÚBLICOS SUSTENTÁVEIS: A META DE DESENVOLVIMENTO A SER SEGUIDA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pela exposição dos itens anteriores é possível constatar que apesar do estágio de digitalização dos serviços públicos ser bem inicial, já são oportunas as análises e debates jurídicos, como por exemplo, sobre a proteção de dados e o devido processo informacional, sobre o compartilhamento de informações entre órgãos públicos e suas implicações para a liberdade e a democracia, sobre a necessidade de universalização do acesso com a inclusão digital e até acerca do procedimento administrativo digital com decisões robóticas.

O que se busca demonstrar neste estudo, contudo, é algo bem mais modesto. Busca-se demonstrar que a noção de serviços públicos digitais e inteligentes, assim como a noção de Governo eletrônico na década de 90, traz ferramentas do setor privado para o setor público e com isso promete eficiência e desburocratização. Porém, referida transformação do serviço analógico para o serviço eletrônico e agora para o serviço público digital não necessariamente resultará em desenvolvimento ou modernização se estas transformações estiverem aliadas a uma ideologia neoliberal individualista e excludente, além de não estar comprometida com a concretização dos direitos fundamentais.

Não se pode, enfim, trocar o governo eletrônico do final do século XX por um governo digital no século XXI, mantendo-se as bases do neoliberalismo predatório e ainda somá-las a novas possibilidades agora ainda mais autoritárias, racistas e excludentes e esperar que o resultado seja diverso daquele que já se teve anteriormente.

Uma perspectiva neoliberal, como salienta Eros Grau, é incompatível com os fundamentos da República Federativa do Brasil, uma vez que referida concepção ultraliberal da economia não foi capaz na década de 90 de revitalizar o capitalismo e apenas reforçou a desigualdade social.⁵¹

A presente pesquisa buscar demonstrar, portanto, que o procedimento de digitalização e aplicação de inteligência artificial nos serviços públicos pode agravar referido abismo de desigualdade social e regional se não realizado com cautela e à luz de uma concepção jurídica de desenvolvimento não neoliberal, mas sim sustentável.

⁵¹ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 46-47.

Nesse contexto, o desenvolvimento como um dos objetivos fundamentais da República está previsto no art. 3º, II, da Constituição Federal, e detém uma concepção jurídica que não pode se limitar a uma perspectiva econômica, sob pena de violar os direitos fundamentais.⁵²

Como bem salienta Juarez Freitas, o desenvolvimento precisa ser encarado sob o prisma da sustentabilidade, o qual compreende inúmeras dimensões para fins de progresso: (i) dimensão social, segundo a qual o Estado deve se focar no fim da miserabilidade; (ii) dimensão ética referente à necessidade de que se garanta um bem estar social; (iii) ambiental, que busque a manutenção de um equilíbrio ecológico para as presentes e as futuras gerações, (iv) econômica, segundo a qual o progresso não se refere somente à eficiência e ao desenvolvimento financeiro, mas também equidade e por fim (v) jurídico-política, no qual o foco é a concretização dos direitos fundamentais.⁵³

E todas essas dimensões de desenvolvimento devem ser consideradas desde o planejamento, até a execução e a regulação dos serviços públicos quando de sua transformação digital.

É importante destacar ainda que, com essa crítica ao neoliberalismo, não se está defendendo uma ampliação do Estado até completa eliminação do mercado, nem dizendo que o Estado não possa realizar parcerias público-privadas ou concessões comuns na prestação dos serviços públicos. Está se afirmando que os serviços públicos são de titularidade do Estado e, portanto, a sua transformação digital deve contar com um planejamento e regulação estatais, pois é o Estado – por obrigação constitucional, vide arts. 174 e 175 – que deve ser o principal promotor desse desenvolvimento sustentável.⁵⁴

E nesse contexto de planejamento e operacionalização da digitalização dos serviços públicos, é importante salientar que a Administração Pública já possui muitos dados públicos digitalizados, mas essa informação em geral não está organizada, nem é interoperável, ou seja, não é possível de ser acessada pelos diferentes sistemas ou entidades públicas.⁵⁵

Para organização desses dados e respectiva criação de um banco que possa ser operacionalizado, Bria e Morozov sugerem aos Estados que desejem implantar tais serviços digitais busquem justamente uma cooperação com a iniciativa privada representada pelas startups, micro e pequenas empresas, organizações da sociedade civil e cooperativas que operem necessariamente baseadas nos princípios da sustentabilidade multidimensional.⁵⁶

No Brasil, a Lei Complementar n. 182/2021 instituiu o marco legal das startups e priorizou essas empresas na contratação para fins de digitalização dos serviços públicos.

Por outro lado, a digitalização dos serviços públicos não conta até o presente momento com um planejamento ou projeto centralizado que dirija a Administração Pública das três esferas federativas a esta transformação de forma desenvolvimentista e sustentável.

⁵² HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

⁵³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 53-70.

⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto. O Estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. *Boletim de Ciência Econômicas*, Coimbra, v. XLVII, p. 149-180, 2004.

⁵⁵ BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – Op. cit., p. 109.

⁵⁶ BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. A cidade inteligente – Op. cit., p. 69.

Isso porque existem tantas leis, decretos e estratégias que tratam do tema digitalização do setor público que o excesso acaba por dificultar e quiçá impedir a realização dos objetivos de desenvolvimento sustentável, uma vez que eles, em razão da confusão de normativas, não são claros, diretos e transparentes.

Essa confusão ocorre porque além da “Lei do Governo digital”, que traz princípios, regras e instrumentos importantes, têm-se a Estratégia de Governança Digital do Brasil (Decreto n. 10332/2020), a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital de 2018⁵⁷ e a Estratégia de Inteligência Artificial⁵⁸, para citar apenas algumas. Tem-se, ainda, diversos órgãos que são responsáveis por essas estratégias como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Conselhão), o Conselho Nacional para a Desburocratização, o Comitê Interministerial para a Transformação Digital (CITDigital), o Comitê Interministerial Governo Aberto e o Departamento de Segurança da Informação e Comunicações do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República. Referidos órgãos envolvem reuniões com o Ministro da Casa Civil da Presidência; o Ministro do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; o Ministro da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações; o Ministro de Transparência e Controladoria-Geral da União e o Ministro da Secretaria de Governo. Tem-se ainda a Secretaria de Tecnologias da Informação e Comunicação (SETIC), a Secretaria de Gestão (SEGES) e o Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (SISP).⁵⁹

Como expõe a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou Econômico (OCDE) ao analisar a transformação digital no Brasil, essa superposição de normas, estratégias e órgãos faz com que esteja ausente uma “governança institucional simplificada, coerente e focada” numa “visão clara”, numa “orientação única” de ações que as entidades públicas, privadas e a sociedade civil possam seguir.⁶⁰

Referida confusão limita “a alocação eficiente de recursos para apoiar a implementação de políticas públicas eficazes”, já que sequer as prioridades estão definidas. Com a confusão em termos de objetivos, metas e liderança no Brasil, a transformação digital e inteligente do setor público segue desorganizada, razão pela qual dificilmente alcançará um desenvolvimento, que dirá um desenvolvimento que seja sustentável.⁶¹

Nesse contexto, como expõe a OCDE, o desafio não será propriamente inserir a tecnologia no setor público, algo que já vem ocorrendo naturalmente, mas fazer com que estas tecnologias desde o início de sua inserção sejam integradas (e não apenas remetam a outros links ou órgãos governamentais) e se foquem de forma clara e objetiva nas metas consti-

⁵⁷ A versão final da estratégia foi publicada na página do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações: BRASIL. *Estratégia brasileira para a transformação digital*. E-digital. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/centrais-de-conteudo/comunicados-mcti/estrategia-digital-brasileira/estrategiadigital.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁵⁸ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Estratégia brasileira de inteligência artificial* – EBIA. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁵⁹ OCDE. Peer Review OCDE Skills. *Revisão do governo digital do Brasil*: Op. cit.

⁶⁰ OCDE. Peer Review OCDE Skills. *Revisão do governo digital do Brasil*: Op. cit.

⁶¹ OCDE. Peer Review OCDE Skills. *Revisão do governo digital do Brasil*: Op. cit.

tucionais e de desenvolvimento sustentável⁶², respeitando ainda os direitos fundamentais individuais e coletivos como o direito à proteção de dados e também respeitando os valores democráticos, inibindo, portanto, uma vigilância estatal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública no Brasil enfrentará conjuntamente o desafio de universalizar os serviços públicos básicos como de telefonia, energia, saúde e saneamento ainda não oferecidos a toda coletividade, juntamente com o desafio de sua transformação digital. Em paralelo, outra provocação será não atender uma agenda neoliberal que não é compatível com a universalização, a eficiência e a atualização dos serviços públicos, justamente por ser individualista e excludente.

Em razão desses desafios, a pesquisa que ora se propõe, parte das seguintes premissas: (i) um serviço público oferecido de forma digital não é necessariamente um serviço mais eficiente; (ii) um serviço público digital eficiente precisa ser oferecido de forma inteligente e sustentável para além dos parâmetros de satisfação do consumidor e da economicidade e deve observar aspectos éticos e democráticos; (iii) um serviço público atual e universalizado precisa aliar a sua prestação digital com políticas públicas de inclusão e capacitação digital à luz da igualdade material; (iv) a digitalização e aplicação de inteligência artificial nos serviços públicos precisam ser reguladas à luz do princípio da precaução e com respectiva análise de impactos, considerando, inclusive, os riscos de vigilância estatal.

Para tanto, os princípios inerentes ao desenvolvimento sustentável devem nortear a Administração Pública desde o planejamento, até a prestação e a regulação dos serviços públicos quando de sua transformação digital, devendo o foco ser sempre a concretização dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

REFERÊNCIAS

ANASTÁCIO, Kimberly; SANTOS, Bruna; VARON, Joana. *Cadastro Base do Cidadão: a megabases de dados*. Rio de Janeiro: Coding Rights, 2020. Disponível em: <https://www.codingrights.org/docs/mega-base.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ASSOCIAÇÃO DATA PRIVACY BRASIL DE PESQUISA. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.649*. São Paulo, 08 abr. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755538665&prclID=6079238>. Acesso em: 22 set. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. O Estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. *Boletim de Ciência Econômicas*, Coimbra, v. XLVII, p. 149-180, 2004.

BRASIL. *Estratégia brasileira para a transformação digital*. E-digital. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/centrais-de-conteudo/comunicados-mcti/estrategia-digital-brasileira/estrategiadigital.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁶² OCDE. Peer Review OCDE Skills. *Revisão do governo digital do Brasil: Op. cit.*

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Estratégia brasileira de inteligência artificial – EBIA*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial>. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 485.842/RS*. Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/04/2004, DJ 24/05/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.387 MC/DF*. Voto do Min. Gilmar Mendes. Plenário. Relator: Min. Rosa Weber, julgado em 07/05/2020.

BRIA, Francesca; MOROZOV, Evgeny. *A cidade inteligente – tecnologias urbanas e democracia*. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu, 2019.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. *E-book*.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. Novas guerras em novos campos de batalha: o RGPD europeu e as gigantes tecnológicas norte-americanas. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*. Curitiba: Gedai; UFPR, 2020. p. 104-125.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

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

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD) contínua. *Acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019*. Brasília, DF: IBGE, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD) contínua. *Características gerais dos domicílios 2019*. Brasília, DF: IBGE, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

LYNCH, Christian. “Nada de NOVO sob o Sol”: teoria e prática do neoliberalismo brasileiro. *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, edição 91, p. 17-34, out./nov. 2020. Disponível em: <https://inteligencia.insightnet.com.br/nada-de-novo-sob-o-sol-teoria-e-pratica-do-neoliberalismo-brasileiro/>. Acesso em: 20 set. 2021.

LYNCH, Christian. A utopia reacionária do governo Bolsonaro (2018-2020). *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, edição 89, p. 21-40, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://inteligencia.insightnet.com.br/a-utopia-reacionaria-do-governo-bolsonaro-2018-2020/>. Acesso em: 20 set. 2021.

MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Kindle Direct Publishing (KDP), 2018. (v. II: funções administrativas e bens estatais). *E-book*.

NOHARA, Irene. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

OBSERVATÓRIO DO MARCO CIVIL DA INTERNET. *Estações de metrô e dados biométricos*. 2018. Disponível em: <http://www.omci.org.br/jurisprudencia/263/estacoes-de-metro-e-dados-biometricos/>. Acesso em: 22 SET. 2021.

OCDE. Peer Review OCDE Skills. Revisão do governo digital do Brasil: rumo à transformação digital do setor público. Principais conclusões. Brasília, DF: Enap, 2018. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3627>. Acesso em: 22 set. 2021.

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.

PRIVATIZAÇÃO de presídios. A polêmica sobre a administração das unidades penais. *Em Discussão*, ano 7, n. 29, set. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios>. Acesso em: 22 set. 2021.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e; VIEIRA, Laisa Fernanda Alves. A sociedade de vigilância digital: o controle da informação e o princípio da autodeterminação informativa. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*. Curitiba: Gedai; UFPR, 2020. p. 186-208.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Democracia e os códigos invisíveis: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas*. São Paulo: Edição Sesc, 2019.

SOUSA, Bruno. Panóptico: reconhecimento facial renova velhas táticas racistas de encarceramento. *Rede de Observatório de Segurança*, 22 abr. 2021. Disponível em: <http://observatorioseguranca.com.br/panoptico-reconhecimento-facial-renova-velhas-taticas-racistas-de-encarceramento/>. Acesso em: 16 set. 2021.



PARTE III

Programação do evento



Coordenação do XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo

COMISSÃO DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

- Janriê Rodrigues Reck (RS)
- Ricardo Marcondes Martins (SP)
- Tarso Cabral Violin (PR)
- Rafael Vieira (CE)

DIRETORIA DO IBDA

- Presidente: Maurício Zockun (SP)
- Primeira Vice-Presidenta: Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (MG)
- Segundo Vice-Presidente: Rodrigo Valgas dos Santos (SC)
- Diretor Executivo: Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (PR)
- Diretora Adjunta: Lígia Melo de Casimiro (CE)

COMISSÃO DE ORGANIZAÇÃO DO CONGRESSO

- Presidência do Congresso: Maurício Zockun (SP)
- Coordenação Científica: Emerson Gabardo (PR)
- Secretaria Geral: Lucas Bossoni Saikali (PR)

XXXV Congresso Brasileiro De Direito Administrativo

IBDA | AASP - 2022

DIREITO ADMINISTRATIVO E INOVAÇÃO: CRISE E SOLUÇÕES

Homenageada: Profa. Weida Zancaner

DIA 1: 27/10 - QUARTA-FEIRA

MANHÃ

MESA DE ABERTURA:

8h15 às 9h00 – ABERTURA E HOMENAGEM

- SALA 01**
- **Maurício Zockun (SP)**
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo
 - **Viviane Girardi (SP)**
Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo
 - **Celso Antônio Bandeira de Mello (SP)**
Pedro Paulo de Almeida Dutra (MG)
 - **Romeu Felipe Bacellar Filho (PR)**
Apresentação da Homenageada
 - **Weida Zancaner (SP)**
Oração da professora homenageada

9h00 às 10h30

SALA 01 REGIME DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS E OS NOVOS MODELOS

- **Adriana Schier (PR)**
- **Caroline Müller Bitencourt (RS)**
- **Marcos Perez (SP)**

Mediação: **João Paulo Lacerda (MS)**

SALA 02 LIBERDADE ECONÔMICA E INTERVENÇÃO ESTATAL NA NOVA ECONOMIA DO SÉCULO XXI

- **Maurício Zockun (SP)**
- **Maria Sylvia Zanella Di Pietro (SP)**
- **Juliano Heinen (RS)**

Mediação: **Thaís Marçal (RJ)**

10h40 às 12h10

SALA 01 LIMITES E POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA AUTONOMIA PRIVADA

- **Ariane Sherman Morais Vieira (MG)**
- **Manoel Messias Peixinho (RJ)**
- **Sérgio de Andrea Ferreira (RJ)**

Mediação: **Fernanda Fritoli (SP)**

SALA 02 AVALIAÇÃO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE IMPACTO SOCIAL

- **Fabricio Motta (GO)**
- **Luísa Cristina Pinto e Netto (MG)**
- **Silvio Luis Ferreira da Rocha (SP)**

Mediação: **Juscimar Ribeiro (GO)**

TARDE

14h00 às 18h00

SALA 01 COMUNICADOS CIENTÍFICOS

- **Bruno Lacerda (RN)**
- **Juliana Criscuolo (SP)**
- **Murilo Melo Valle (MG)**

Monitora: **Giulia de Rossi Andrade (PR)**

SALA 02 COMUNICADOS CIENTÍFICOS

- **Luzardo Faria (PR)**
- **Mateus Camillo (SP)**
- **Paola Ferrari (PR)**

Monitor: **Gustavo Martinelli**

NOITE

19h00 às 20h30

SALA 01 REFORMA ADMINISTRATIVA E O NOVO REGIME DOS SERVIDORES PÚBLICOS

- **Florivaldo Araújo (MG)**
- **Raquel Melo Urbano de Carvalho (MG)**
- **Valmir Pontes Filho (CE)**

Mediação: **Renata Carvalho Kobus (PR)**

SALA 2 USO EFICIENTE DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA E ACESSO À INFORMAÇÃO

- Eneida Desiree Salgado (PR)
- Clóvis Beznos (SP)
- Thiago Marrara (SP)

Mediador: Michelle Marry (DF)

20h40 às 22h10

SALA 01 FISCALIZAÇÃO DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS E OS PROBLEMAS DO TERCEIRO SETOR

- Fernando Mânica (PR)
- Heloisa Helena Monteiro (GO)
- José Anacleto Abduch Santos (PR)

Mediação: Flávia Cammarosano (SP)

SALA 2 REFORMA ADMINISTRATIVA, REORGANIZAÇÃO ESTATAL E PRIVATIZAÇÃO

- Edilson Pereira Nobre Jr. (PE)
- Cynara Monteiro Mariano (CE)
- Paulo Modesto (BA)

Mediação: Aline Sueli de Salles Santos (TO)

DIA 2: 28/10 – QUINTA-FEIRA

MANHÃ

9h00 às 10h30

SALA 01 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, INOVAÇÃO E PLANEJAMENTO

- Cristiana Fortini (MG)
- Daniel Ferreira (PR)
- Irene Patrícia Nohara (SP)

Mediação: Mirela Ziliotto (PR)

SALA 02 CIDADES INTELIGENTES E INFRAESTRUTURA PARA O SÉCULO XXI

- José dos Santos Carvalho Filho (RJ)
- Maria Fernanda Pires (MG)
- Lígia Melo de Casimiro (CE)

Mediação: Clarissa Sampaio Silva (CE)

10h40 às 12h10

SALA 01 LINDB: ANÁLISE DE RISCO E CONSEQUÊNCIAS NA ATUAÇÃO INOVADORA

- **Carlos Ari Sundfeld (SP)**
- **Eurico Bitencourt Neto (MG)**
- **Alexandre Santos de Aragão (RJ)**

Mediação: **Alexandra Berto (AL)**

SALA 02 FLEXIBILIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E NOVOS MODELOS DE PARCERIA

- **Augusto Dal Pozzo (SP)**
- **Júlio Esteves (MG)**
- **Vivian Lima López Valle (PR)**

Mediação: **Bruno Barbirato (AM)**

TARDE

14h00 às 18h00

SALA 01 COMUNICADOS CIENTÍFICOS

- **Daniel Castanha de Freitas (PR)**
- **Felipe Braga Albuquerque (CE)**
- **Theresa Nóbrega (PE)**

Monitora: **Giulia de Rossi Andrade**

SALA 02 COMUNICADOS CIENTÍFICOS

- **Bruno Belém (GO)**
- **Diogo Albaneze (SP)**
- **Felipe Klein Gussoli (PR)**

Monitor: **Gustavo Martinelli**

NOITE

19h00 às 20h30

SALA 01 INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI 14.133/21) PARTE I

- **Christianne Stroppa (SP)**
- **Edgar Guimarães (PR)**
- **Joel M. Niebuhr (SC)**

Mediação: **Daiesse Jaala Bomfim (SP)**

SALA 02 ESTADO DE DIREITO E O DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO

- **Rodrigo Valgas dos Santos (SC)**
- **Benjamin Zymler (DF)**
- **João Batista Gomes Moreira (DF)**

Mediação: **Antônio Rodrigo Machado (DF)**

20h40 às 22h10

SALA 01 TRANSAÇÕES PÚBLICAS, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO SETOR PÚBLICO

- **Rafael Maffini (RS)**
- **Cesar Guimarães Pereira (PR)**
- **Eugênia Marolla (DF)**

Mediação: **Silvia Rodrigues Pereira Pachikoski (SP)**

SALA 02 INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI 14.133/21) PARTE II

- **Carolina Zancaner (SP)**
- **Marilene Carneiro Matos (DF)**
- **Marçal Justen Filho (DF)**

Mediação: **Mônica Antinarelli (MG)**

DIA 3: 29/10 – SEXTA-FEIRA

MANHÃ

9h00 às 10h30

SALA 01 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ELEMENTO CONCEITUAL DE DEMOCRACIA E SUAS FERRAMENTAS INOVADORAS

- **Carlos Ayres Britto (SE)**
- **Élida Graziane (SP)**
- **Luciano Ferraz (MG)**

Mediação: **Flávio Cabral (MS)**

SALA 02 LIMITES DE COMPETÊNCIA PARA INOVAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS

- **Dinorá A. Musseti Grotti (SP)**
- **Fernando Menezes de Almeida (SP)**
- **Regina Ferrari (PR)**

Mediador: **Thanderson P. Souza (MA)**

10h40 às 12h10

SALA 01 DESAFIOS DE IMPLEMENTAÇÃO DA LGPD E COMPLIANCE NAS EMPRESAS ESTATAIS

- **Luiz Alberto Blanchet (PR)**
- **Rodrigo Pironti (PR)**
- **Flávio Unes (DF)**

Mediação: **Karina Harb (SP)**

SALA 02 CONTROLE JUDICIAL DA INOVAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- **Fernanda Marinela (AL)**
- **Daniel Wunder Hachem (PR)**
- **Marcelo Harger (SC)**

Mediação: **Jader Guimarães (ES)**

TARDE

14h00 às 18h00

SALA 01 COMUNICADOS CIENTÍFICOS

- **Ana Cristina Viana (PR)**
- **Juliana Abreu (CE)**
- **Rodrigo Santos Neves (ES)**

Monitora: **Giulia de Rossi Andrade**

SALA 02 COMUNICADOS CIENTÍFICOS

- **Barbara Mendonça Bertotti (PR)**
- **Philippe Magalhães Bezerra (CE)**
- **Virginia Kirchmeyer Vieira (MG)**

Monitor: **Gustavo Martinelli**

NOITE

19h00 às 20h30

SALA 01 CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SEUS NOVOS MODELOS

- **André Freire (SP)**
- **André Saddy (RJ)**
- **Bruno Aurélio (SP)**

Mediação: **Maria Virgínia Mesquita (SP)**

SALA 02 A NOVA LEI BRASILEIRA DE GOVERNO DIGITAL (LEI 14.129/21)

- **Fabio Lins de Lessa Carvalho (AL)**
- **Emerson Moura (RJ)**
- **José Sérgio da Silva Cristóvam (SC)**

Mediação: **Renata Fabris (RO)**

20h40 às 22h10

SALA 01 ATOS ADMINISTRATIVOS PRATICADOS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

- **Fábio Sousa Santos (RO)**
- **Juarez Freitas (RS)**
- **Vanice Lírio do Valle (RJ)**

Mediação: **Raquel Ramos Machado (CE)**

SALA 02 PROJETO DE NOVA LEI DE IMPROBIDADE, MECANISMOS DE CONTROLE E OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO

- **Rogério Gesta Leal (RS)**
- **José Roberto Pimenta (SP)**
- **Márcio Cammarosano (SP)**

Mediação: **José Osório do Nascimento Neto (PR)**

DIA 4: 30/10 – SÁBADO

MANHÃ

08h30 às 12h30

SALA 01 COMUNICADOS CIENTÍFICOS

- **Joana Paula Batista (SP)**
- **Lucas Bossoni Saikali (PR)**
- **Renata Carvalho Kobus (PR)**

Monitor: **Giulia de Rossi Andrade**

SALA 02 COMUNICADOS CIENTÍFICOS

- **Letícia Kreuz (PR-MG)**
- **Denise Bittencourt Friedrich (RS)**
- **Mariana Avelar (MG)**

Monitor: **Gustavo Martinelli**

TARDE

14h00 às 14h

- SALA 01**
- **Maurício Zockun (SP)**
 - **Emerson Gabardo (PR)**

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)



ibda

INSTITUTO BRASILEIRO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

**XXXV CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO ADMINISTRATIVO**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E
INOVAÇÃO: CRISES E SOLUÇÕES**

Adriana da Costa Ricardo Schier
Alexandre Santos de Aragão
André Saddy
Antonio Rodrigo Machado
Benjamin Zymler
Caio Lopes de Macêdo
Carlos Ari Sundfeld
Carolina Zancaner Zockun
Caroline Müller Bitencourt
Christianne de Carvalho Stroppa
Cristina Borges Ribas Maksym
Daiesse Quênia Jaala Santos Bomfim
Daniel Ferreira
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Edilson Pereira Nobre Júnior
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Fabrício Motta
Fernando Menezes de Almeida
Flávio Garcia Cabral
Florivaldo Dutra de Araújo
Giulia De Rossi Andrade
Irene Patrícia Nohara
Isabelly Cysne Augusto Maia
Janriê Rodrigues Reck

Joana Stlezer
João Gabriel Rache Gebran
João Paulo Machado Piratelli
José dos Santos Carvalho Filho
José Osório do Nascimento Neto
José Roberto Pimenta Oliveira
José Sérgio da Silva Cristóvam
Leandro Caletti
Luciano Elias Reis
Luiz Alberto Blanchet
Manoel Messias Peixinho
Maria Virginia N. do A. Mesquita Nasser
Marilene Carneiro Matos
Maurício Zockun
Mirela Miró Ziliotto
Odilon dos Santos Silva
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rodrigo Pironti
Rogério Gesta Leal
Sergio de Andréa Ferreira
Thaís Marçal
Thanderson Pereira de Sousa
Vanice Regina Lírio do Valle
Vitor Galvão Fraga

