

José Sérgio da Silva Cristóvam  
Pedro de Menezes Niebuhr  
Thanderson Pereira de Sousa  
(Organizadores)

# DIREITO ADMINISTRATIVO EM TRANSFORMAÇÃO

Amanda Silva Madureira  
Ana Paula Ruiz Silveira Ledo  
Bruno Teixeira Peixoto  
Carlos Araújo Leonetti  
Edith Maria Barbosa Ramos  
Eliza Maria da Silva  
Epaminondas José Messias  
Evaldo José Guerreiro Filho  
Francisco de Jesús Cepeda Rincón  
Gabriel Sell Ribeiro  
Guadalupe Friné Lucho González  
Gustavo Costa Ferreira  
Janaína Rigo Santin  
Jaqueline Prazeres de Sena

Joana Stelzer  
Joice Bontorin  
José Arildo Valadão de Andrade  
José Sérgio da Silva Cristóvam  
Juliana Ribeiro Goulart  
Karen Bissani  
Laura Covatti dos Santos  
Lígia Maria Silva Melo de Casimiro  
Livia Ferruzzi Possari  
Luiz Henrique Urqhart de Cademartori  
Mateus Bertoncini  
Nancy Nelly González Sanmiguel  
Rudá Ryuiti Furukita Baptista  
Thanderson Pereira de Sousa



Copyright© 2020 by José Sérgio da Silva Cristóvam, Pedro de Menezes Niebuhr & Thanderson Pereira de Sousa

Produção Editorial: *Habitus Editora*

Editor Responsável: *Israel Vilela*

Capa e Diagramação: *Carla Botto de Barros*

As ideias e opiniões expressas neste livro são de exclusiva responsabilidade dos Autores, não refletindo, necessariamente, a opinião desta Editora.

## CONSELHO EDITORIAL:

**Alceu de Oliveira Pinto Junior**

UNIVALI

**Antonio Carlos Brasil Pinto** (*in memoriam*)

UFSC

**Cláudio Macedo de Souza**

UFSC

**Dirajaia Esse Pruner**

UNIVALI-AMATRA XII

**Edmundo José de Bastos Júnior**

UFSC- ESMESC

**Eduardo de Carvalho Rêgo**

UFSC

**Elias Rocha Gonçalves**

IPEMED-SPCE Portugal-ADMEE Europa-CREFAL Caribe

**Fernando Luz da Gama Lobo D'Eça**

IES-FASC

**Flaviano Vetter Tauscheck**

CESUSC-ESA-OAB/SC

**Francisco Bissoli Filho**

UFSC

**Geyson Gonçalves**

CESUSC-ESA OAB/SC

**Gililene Passon P. Francischetto**

UC (Portugal)-FDV/ES

**Jorge Luis Villada**

UCASAL-(Argentina)

**José Sérgio da Silva Cristóvam**

CCJ/PPGD/UFSC

**Juan Carlos Vezulla**

IMAP (Portugal)

**Juliano Keller do Valle**

UNIVALI-ESA OAB/SC

**Lauro Ballock**

UNISUL

**Marcelo Gomes Silva**

UFSC-ESMPSC

**Marcelo Buzaglo Dantas**

UNIVALI

**Nazareno Marcineiro**

UFSC-ACADEMIA DA PMSC

**Paulo de Tarso Brandão**

UNIVALI

## DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

C933D

Cristóvam, José Sérgio da Silva,  
Direito Administrativo em Transformação / Amanda Silva Madureira ... [et al.];  
Organizadores: José Sérgio da Silva Cristóvam, Pedro de Menezes Niebuhr &  
Thanderson Pereira de Sousa

1ª ed. – Florianópolis: Habitus, 2020.

recurso digital

Formato: e.book

Modo de acesso: world wide web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-86381-83-2

1. Direito Administrativo 2. Direito Administrativo em Transformação

3 Contemporaneidade – Brasil I. Título

CDU 341.3

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e seus §§ 1º, 2º e 3º, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à **Habitus Editora**  
[www.habituseditora.com.br](http://www.habituseditora.com.br) – [habituseditora@gmail.com](mailto:habituseditora@gmail.com)



Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

**José Sérgio da Silva Cristóvam  
Pedro de Menezes Niebuhr  
Thanderson Pereira de Sousa  
(Organizadores)**

# **DIREITO ADMINISTRATIVO EM TRANSFORMAÇÃO**

Amanda Silva Madureira  
Ana Paula Ruiz Silveira Ledo  
Bruno Teixeira Peixoto  
Carlos Araújo Leonetti  
Edith Maria Barbosa Ramos  
Eliza Maria da Silva  
Epaminondas José Messias  
Evaldo José Guerreiro Filho  
Francisco de Jesús Cepeda Rincón  
Gabriel Sell Ribeiro  
Guadalupe Friné Lucho González  
Gustavo Costa Ferreira  
Janaína Rigo Santin  
Jaqueline Prazeres de Sena

Joana Stelzer  
Joice Bontorin  
José Arildo Valadão de Andrade  
José Sérgio da Silva Cristóvam  
Juliana Ribeiro Goulart  
Karen Bissani  
Laura Covatti dos Santos  
Lígia Maria Silva Melo de Casimiro  
Lívia Ferruzzi Possari  
Luiz Henrique Urqhart de Cademartori  
Mateus Bertoncini  
Nancy Nelly González Sanmiguel  
Rudá Ryuiti Furukita Baptista  
Thanderson Pereira de Sousa

**Obra Financiada pela PROEX/CAPES**



**Florianópolis  
2020**

Este livro contou com análise por meio de avaliação duplo-cego (*double blind review*), a partir da Comissão Científica da obra *Direito Administrativo em Transformação*, composta por professores e pesquisadores de Instituições de Ensino Superior do Brasil e do México, com base em um plano de trabalho composto por quatro etapas: recepção das propostas de capítulos, revisão, julgamento e aprovação ou rejeição, sendo posteriormente os trabalhos aprovados para publicação pela Comissão Científica da Editora Habitus.

A Comissão Científica é composta por:

**Dr. Armando Villanueva Mendoza.** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas, a más de Especialista en Impartición de Justicia por la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial Español, ha estado en el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia Español, para participar, como becario, en cursos realizados en Antigua, Guatemala; Montevideo, Uruguay; Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, Barcelona, en 3 ocasiones, y Cádiz, España. Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Victoria (2019-2022), desempeñándose además como profesor de tiempo completo, impartiendo clases en la licenciatura, diplomados, maestría y doctorado en derecho.

**Dra. Denise Pinheiro.** Bacharel, mestre e doutora em Direito pela UFSC, com período sanduíche pela Université de Strasbourg. Professora de Direito Administrativo do curso de Administração Pública do Centro de Ciências da Administração e Socioeconômicas da Universidade do Estado de Santa Catarina (ESAG/UDESC).

**Dr. Manuel Jiménez Dorantes.** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Chiapas, cuenta con el Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo por la misma Universidad de Madrid. Profesor titular plaza PROMEP/SEP, Universidad Autónoma de Chiapas, enero 2004 a la fecha.

**Dr. Rafael Coello Cetina.** Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciado en Economía por la Universidad Autónoma Metropolitana. Juez de Distrito comisionado como Secretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**Dra. Xóchitl Alicia Ramírez Chávez.** Doctora en Derecho con mención *Summa Cum Laude* por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León de donde es catedrática de tiempo completo de Derecho Constitucional y Derecho Civil y Titular de Difusión Cultural; Asesora de Derecho Urbano en la administración pública; y Profesora de Artes por la Escuela Superior de Música y Danza de Monterrey del Instituto Nacional de Bellas Artes. Miembro del Cuerpo Académico “Administración Pública y Derecho Financiero”.

Nossa gratidão a todas e todos os colegas coautores pela participação neste trabalho, que procura fornecer uma visão contemporânea do Direito Administrativo em algumas das suas mais expressivas transformações.

**(Os Organizadores)**

## APRESENTAÇÃO

Essa obra, financiada pelo PROEX/CAPES, é resultado de investigações encampadas pelo Grupo de Estudos em Direito Público – GEDIP/CCJ/UFSC, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito UFSC e coordenado pelos Professores doutores José Sérgio da Silva Cristóvam e Pedro de Menezes Niebuhr. Adicionalmente, há colaboração de pesquisadores e professores convidados do PPGD/UFSC e de outras instituições nacionais e estrangeiras. Todos os trabalhos apresentados nesse livro estão conectados pelo complexo desafio de pensar e repensar o Direito Administrativo em seus contornos contemporâneos, o que tem se revelado tarefa árdua para investigadores inseridos num contexto político, social e econômico cada vez mais complexo e, igualmente, marcado, em 2020, pela pandemia de Covid-19.

No primeiro capítulo, José Sérgio da Silva Cristóvam, Lígia Maria Silva Melo de Casimiro e Thanderson Pereira de Sousa tratam da política de governança pública da Administração Federal, instituída pelo Decreto nº 9.203/2017, sua adequação, modelo de gestão e desafios.

Em seguida, Juliana Ribeiro Goulart e Luiz Henrique Urqhart de Cademartori, no segundo capítulo, abordam a consensualidade para solução de controvérsias na Administração Pública democrática e seus impactos no regime jurídico administrativo, na ótica dual entre publicidade e confidencialidade dentro da mediação.

Gabriel Sell Ribeiro, por sua vez, disserta sobre o instituto da mediação na condição de garantia para a sociedade nos casos de contratos administrativos que foram atingidos pela pandemia de Covid-19.

Por ocasião do quarto capítulo, Mateus Bertoncini e Joice Bontorin delinham investigação em inteligência artificial, o princípio da responsabilidade e o compromisso do combate à corrupção.

Sequencialmente, José Arildo Valadão de Andrade ocupa-se, no quinto capítulo, da efetividade da tutela administrativa e seu reflexo no microsistema processual coletivo de defesa do patrimônio público.

No sexto capítulo, José Sérgio da Silva Cristóvam e Eliza Maria da Silva analisam os impactos da revalorização das modalidades de licitação, em especial na questão da dispensa indevida de licitação para fins criminais e de improbidade administrativa.

Adiante, Karen Bissani, no sétimo capítulo, desenvolve texto sobre le-

galidade e juridicidade administrativas no âmbito da flexibilização da legislação urbanística municipal.

A seu turno, Bruno Teixeira Peixoto discorre sobre o *compliance* ambiental nas contratações públicas, de modo a destacá-lo não apenas como ferramenta preventiva de riscos e ilícitos, mas, igualmente, como instrumental para promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

No nono capítulo, Edith Maria Barbosa Ramos, Amanda Silva Madureira e Jaqueline Prazeres de Sena examinam o contrato de programa, licitações e novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil.

Carlos Araújo Leonetti e Epaminondas José Messias, no décimo capítulo, dedicam-se aos desafios enfrentados pelo gestor público no processo de contratação de serviços de saúde do setor privado com base na tabela do Sistema Único de Saúde – SUS.

No décimo primeiro capítulo, Francisco de Jesús Cepeda Rincón, Nancy Nelly González Sanmiguel e Guadalupe Friné Lucho González trazem o importante debate acerca do teletrabalho e da digitalização, no contexto dos desafios da Administração Pública no México, temática que tem assumido destaque ainda maior no contexto da Covid-19.

Em continuidade, Evaldo José Guerreiro Filho explana, no décimo segundo capítulo, acerca das alterações produzidas Lei nº 13.465/2017 e a carência de regulação, no contexto dos loteamentos de acesso controlado e as áreas públicas.

No décimo terceiro capítulo, Nancy Nelly González Sanmiguel traz o debate sobre a regulação das energias limpas no contexto das empresas produtivas do Estado.

No décimo quarto capítulo, Joana Stelzer, Rudá Ryuiti Furukita Baptista e Ana Paula Ruiz Silveira Ledo abordam os limites do controle de mérito administrativo na regulamentação do isolamento social, especificamente a partir da experiência do Poder Judiciário do Estado do Paraná.

Logo após, no décimo quinto capítulo, Livia Ferruzzi Possari explora o panorama do Direito Público no Poder Judiciário de Santa Catarina, com recorte na ótica dos incidentes de criação de precedentes vinculantes.

No décimo sexto capítulo, Gustavo Costa Ferreira discorre acerca do regime de responsabilização sancionadora administrativa das pessoas jurídicas.

Por derradeiro, Laura Covatti dos Santos e Janaína Rigo Santin fecham o livro com o debate em torno do direito urbanístico e o planejamento das cidades inteligentes no Brasil.

É com satisfação que o Grupo de Estudos em Direito Público – GEDIP/CCJ/UFSC, seus coordenadores, pesquisadores e autores convidados disponibilizam obra robusta e relevantíssima para a área do Direito Administrativo brasileiro e seu debate na contemporaneidade. Constitui compromisso íntegro, vívido e valoroso para o GEDIP a contribuição significativa para o avanço da ciência jurídica no Brasil.

Fraternal abraço e muito obrigado!

Ilha de Santa Catarina (Desterro), em tempos de Covid-19, já às portas do verão de 2020.

**Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam**

**Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr**

**Prof. Me. Thanderson Pereira de Sousa**

<b>APRESENTAÇÃO</b> . . . . .	<b>6</b>
Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr Prof. Me. Thanderson Pereira de Sousa	
<b>1. POLÍTICA DE GOVERNANÇA PÚBLICA FEDERAL: ADEQUAÇÃO, MODELO DE GESTÃO E DESAFIOS</b> . . . . .	<b>11</b>
José Sérgio da Silva Cristóvam Lígia Maria Silva Melo de Casimiro Thanderson Pereira de Sousa	
<b>2. A VIRADA CONSENSUAL NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES NO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO: A CONJUGAÇÃO ENTRE PUBLICIDADE E CONFIDENCIALIDADE NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS</b> . . . . .	<b>26</b>
Juliana Ribeiro Goulart Luiz Henrique Urqhart de Cademartori	
<b>3. A MEDIAÇÃO COMO GARANTIA PARA A SOCIEDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS IMPACTADOS PELO COVID-19</b> . . . .	<b>44</b>
Gabriel Sell Ribeiro	
<b>4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE E COMBATE À CORRUPÇÃO</b> . . . . .	<b>58</b>
Mateus Bertoncini Joice Bontorin	
<b>5. A EFETIVIDADE DA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA REPERCUSSÃO NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DAS NORMAS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO</b> . . . . .	<b>80</b>
José Arildo Valadão de Andrade	
<b>6. IMPACTOS DA REVALORAÇÃO DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS NA DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO</b> . . . . .	<b>106</b>
José Sérgio da Silva Cristóvam Eliza Maria da Silva	
<b>7. A LEGALIDADE E JURIDICIDADE ADMINISTRATIVAS NA FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA MUNICIPAL</b> . . . .	<b>121</b>
Karen Bissani	
<b>8. COMPLIANCE AMBIENTAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS</b> . . . .	<b>137</b>
Bruno Teixeira Peixoto	

<b>9. CONTRATO DE PROGRAMA, LICITAÇÃO E O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO BRASILEIRO . . . . .</b>	<b>159</b>
Edith Maria Barbosa Ramos	
Amanda Silva Madureira	
Jaqueline Prazeres de Sena	
<b>10. DILEMAS ENFRENTADOS PELOS GESTORES PÚBLICOS PARA A CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DE SAÚDE COM O SETOR PRIVADO, TENDO POR BASE REMUNERATÓRIA A TABELA DE PREÇOS DO SUS . . . . .</b>	<b>181</b>
Carlos Araújo Leonetti	
Epaminondas José Messias	
<b>11. TELETRABAJO Y DIGITALIZACIÓN: OPERATIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. . . . .</b>	<b>199</b>
Francisco de Jesús Cepeda Rincón	
Nancy Nelly González Sanmiguel	
Guadalupe Friné Lucho González	
<b>12. LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO E AS ÁREAS PÚBLICAS: DAS ALTERAÇÕES DA LEI Nº13.465/2017 À NECESSIDADE DE REGRAMENTOS NA ORDEM LOCAL . . . . .</b>	<b>213</b>
Evaldo José Guerreiro Filho	
<b>13. LA EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO Y LA REGULACIÓN DE LAS ENERGÍAS LIMPIAS. . . . .</b>	<b>231</b>
Nancy Nelly González Sanmiguel	
<b>14. NOVOS LIMITES DE CONTROLE EXTERNO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO NA REGULAMENTAÇÃO DO ISOLAMENTO SOCIAL: O PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE PERANTE OS DECRETOS DE AGENTES POLÍTICOS DO PODER EXECUTIVO NA PANDEMIA DA COVID-19 . . . . .</b>	<b>245</b>
Joana Stelzer	
Rudá Ryuiti Furukita Baptista	
Ana Paula Ruiz Silveira Ledo	
<b>15. IMPACTOS DOS PRECEDENTES VINCULANTES NA ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA REALIDADE? . . . . .</b>	<b>269</b>
Lívia Ferruzzi Possari	
<b>16. REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO SANCIONADORA ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA . . . . .</b>	<b>290</b>
Gustavo Costa Ferreira	
<b>17. O DIREITO URBANÍSTICO E O PLANEJAMENTO DAS CIDADES INTELIGENTES NO BRASIL . . . . .</b>	<b>318</b>
Laura Covatti dos Santos	
Janaína Rigo Santin	

# 1. POLÍTICA DE GOVERNANÇA PÚBLICA FEDERAL: ADEQUAÇÃO, MODELO DE GESTÃO E DESAFIOS

**José Sérgio da Silva Cristóvam**

Professor de Direito Administrativo da UFSC. Subcoordenador do PPGD/UFSC. Mestre e Doutor em Direito (PPGD/UFSC). Advogado e Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da CEDA/OAB. Coordenador do GEDIP/CCJ/UFSC. E-mail: jscristovam@gmail.com – <http://orcid.org/0000-0001-8232-9122>.

**Lígia Maria Silva Melo de Casimiro**

Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUC/PR. Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora do Departamento de Direito Público da UFC. Presidente do ICDA e Coordenadora de Pesquisa e Ensino do IBDU. E-mail: melologia@gmail.com – <http://orcid.org/0000-0001-7987-4381>.

**Thanderson Pereira de Sousa**

Doutorando em Direito Administrativo (PPGD/UFSC). Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito (PPGD/UFSC). Membro do GEDIP/CCJ/UFSC, do GPSPCE/PPGD/UFSC e da REDAS. E-mail: thandersonsousa@hotmail.com – <https://orcid.org/0000-0003-0725-3572>.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Por um acordo semântico não simbólico de governança pública; 3. Governança pública e os desafios da política instituída pelo Decreto nº 9.203/2017; 4. Considerações finais; Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 1980, a ideia de governança passou a ser mais explorada e tornou-se alvo de debates e investigações acerca de suas potencialidades. Inicialmente, mais difundida no ambiente corporativo, estava atrelada à utilização de técnicas para monitoramento e fiscalização da atividade empresarial, com foco na segurança do respectivo negócio. Com o passar do tempo a “onda” invadiu, também, a esfera pública. O Banco Mundial foi relevante difusor da figura da governança – incluída em seu programa institucional.

A governança pública conta com uma variedade de conceitos e elementos, mas destaca-se, entre eles, a participação da Sociedade como forma de democratizar a gestão pública e legitimar decisões/escolhas referentes a políticas públicas e serviços relevantes. No Brasil, o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, instituiu a política de governança para a Administração Pública Federal. Nesse contexto, o presente estudo busca responder os seguintes questionamentos: a concepção de governança pública delineada no Decreto nº 9.203/2017 é satisfatória? É possível, no contexto brasileiro, afirmar a governança pública como modelo preferencial de gestão? Quais os desafios se impõem para a polí-

tica de governança da Administração Pública federal?

O objetivo precípua da investigação é examinar a espécime de governança pública formalizada no Decreto nº 9.203/2017 numa perspectiva democrática. Igualmente, avaliar a possibilidade de definir a governança como modelo constitucional para a gestão pública federal e seus potenciais desafios. Metodologicamente, utiliza-se abordagem dedutiva, com auxílio de técnica de pesquisa bibliográfica e documental. O texto conta com duas seções, que tratam da (1) noção de governança pública e o modelo do Decreto nº 9.203/2017, bem como da (2) viabilidade enquanto parâmetro preferencial de gestão e respectivos desafios.

Apenas para adiantar algumas das conclusões, a concepção de governança pública inculcida no Decreto nº 9.203/2017 diverge, em termos, da construção de governança que prevê a participação enquanto elemento indispensável, o que torna a política de governança federal simbólica e próxima da teoria da *New Public Management*. A política de governança para a Administração Pública federal deve contemplar participação e transparência, sendo que, inclusive na esteira da Constituição de 1988 e de instrumentos internacionais de direitos humanos, a governança pública pode ser considerada modelo preferencial de gestão, se garantida a participação (procedimentalizada) e aperfeiçoados os aspectos de transparência e controle.

## 2. POR UM ACORDO SEMÂNTICO NÃO SIMBÓLICO DE GOVERNANÇA PÚBLICA

Há uma diversidade de significados para governança. Cabe destacar, a princípio, que a expressão “governança” se apresenta como uma espécie de “guarda-chuva”, a abrigar sentido em função do contexto. Isto posto, não se pode afirmar, *a priori*, que tal situação cause equívocos para estudos ou experiências, mas é necessário estabelecer, semanticamente, o significado de governança no cenário estudado.<sup>1</sup>

O termo governança passou a ser objeto de maiores debates a partir de 1980, havendo uma explosão de investigações e práticas relacionadas ao tema, que veio a ser utilizado constantemente no âmbito de instituições privadas e públicas.<sup>2</sup> Nesta esteira, o Banco Mundial atuou como importante difusor da ideia de governança, adotando, inclusive, a “boa governança” em seu programa institucional.<sup>3</sup>

1 PETERS, B. Guy. Governance as political theory. *Jerusalem Papers – Regulation & Governance*, Jerusalem, v. 1, n. 22, p. 1-22, ago. 2010.

2 Sobre o tema da governança corporativa nas Lei das Estatais, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. Governança corporativa na Lei das Estatais: aspectos destacados sobre transparência, gestão de riscos e compliance. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 179-210, mai./ago. 2019.

3 PETERS, B. Guy. Governance as political theory. *Jerusalem Papers – Regulation & Governance*, Jerusalem, v. 1, n. 22, p. 1-22, ago. 2010.

No âmbito privado, a governança fora concebida como instrumento de fiscalização e monitoramento de decisões e resultados empresariais, de forma a conduzir acionistas – efetivamente – ao controle dos rumos da empresa, num contexto de reconfiguração da propriedade, a evitar condutas corruptivas, fenômeno conhecido como governança corporativa.

Na esfera pública, a seu turno, a governança está relacionada às formas que orientam a gestão para ações e políticas públicas que propiciem a inteireza de atendimento ao cidadão e salvaguardem o interesse público.<sup>4</sup> A governança, na persecução da plena eficácia de políticas públicas, apoia-se na ideia de compartilhamento de responsabilidades e interação para os interessados, com coordenação estatal.

Importante destacar que o planejamento da atuação estatal deve estar presente na organização, gestão, uso e avaliação do papel dos bens e recursos públicos. É um instrumento determinante para uma atuação exitosa, devendo ser empreendida de forma integrada, incluindo o desenho da estrutura organizacional, os agentes públicos envolvidos e a população destinatárias das ações, compondo, portanto, a noção e valor do conceito de governança pública.<sup>5</sup>

Leo Kissler e Francisco Heidemann informam que “não existe um conceito único de governança pública, mas antes uma série de diferentes pontos de partida [...]”.<sup>6</sup> Para Leonardo Secchi, a governança pública é entendida enquanto um arranjo horizontalizado nas ligações entre os setores público e privado, especificamente na sistemática de delineamento de ações públicas.<sup>7</sup> Por outro lado, Maria Meza, Nelson Moratta e Silmara Groschupf ponderam que a governança pública abarca “[...] o conjunto de instituições, normas e regras que determinam a atuação dos atores políticos e a gestão do aparelho do Estado”.<sup>8</sup>

No Brasil, no plano normativo, o Decreto nº 9.203/2017 regulamentou

---

4 Ultrapassam os limites desse estudo o debate mais aprofundado sobre o conceito de interesse público e sua centralidade para o regime jurídico-administrativo. Apenas em breves considerações, pode-se dizer que o “conceito de interesse público confunde-se com os valores indisponíveis assegurados pela Constituição, sob o signo inafastável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional)”. Sobre a noção de interesse público, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 98-117.

5 CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de.; MORAES, Filomeno. Planejamento social na administração pública: um instrumento essencial na promoção dos direitos fundamentais sociais. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 443-461, maio/ago. 2017.

6 KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 479-502, jan. 200. p. 480. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6826>. Acesso em: 17 ago. 2020.

7 SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-369, jan. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6691/5274>. Acesso em: 17 ago. 2020.

8 MEZA, Maria L. F. G. de; MORATTA, Nelson G.; GROSCHUPF, Silmara L. B. Governança pública. In: OLIVEIRA, Antonio; PISA, Beatriz; AUGUSTINHO, Sonia (org.). **Governança pública**: aspectos essenciais. Curitiba: Editora UTFPR, 2016. p. 144.

a governança pública na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Pelo referido instrumento legal a governança, na seara publicística, consiste no complexo de instrumentais de liderança, estratégia e controle disponíveis para avaliação, direcionamento e monitoramento de gestão, almejando a orientação de políticas públicas e oferecimento de serviços de interesse social.

Em que pese a impossibilidade de negar avanço com a definição da política de governança para a Administração Pública federal, é necessário indicar que a formulação realizada pelo art. 2º do Decreto nº 9.203/2017 finda por parametrizar e restringir seu alcance, pois em seguida, no art. 5º, estão definidos os mecanismos para a prática da governança: (i) liderança (integrada por condutas de integridade; competência; responsabilidade e motivação), (ii) estratégia (alinhando organizações e interessados) e (iii) atividade de controle (a mitigar riscos e garantir execução das atividades organizacionais).

Do ponto de vista conceitual, o decreto faz uma confusão entre nova gestão pública e governança pública, institutos distintos. Sobre o tema, Rodolfo Santos e Suliani Rover sustentam que a nova gestão pública (*new public management*) está ligada a um modelo de administração gerencial, preocupada em utilizar princípios do setor privado, tratando o cidadão como cliente.<sup>9</sup>

Por outro lado, a governança pública como modelo de gestão busca estabelecer uma relação democrática entre Administração Pública, Sociedade e mercado, a estimular o compartilhamento de responsabilidades na persecução do interesse público. Tem essencialmente o fito de introduzir – de modo participativo – a sociedade na dimensão administradora e, pois, gerar decisões públicas mais responsivas e concretas, constituindo, inclusive, um dever da boa administração.

Nessa linha, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz indica o direito à boa administração enquanto dever de conexão com as diversas realidades enfrentadas pela comunidade, dado que “nelas se funda a disposição permanente de corrigir e retificar o que a experiência apresente como desvios dos objetivos propostos ou, mais a fundo, das finalidades que atribuímos à ação política”.<sup>10</sup>

Dessarte, a política de governança pública federal constrói uma definição conceitual e indicação dos mecanismos a serem utilizados de forma que tal fixação esteja mais afinada com o estilo *new public management*, contrariando a racionalidade de democratização e dinamicidade que deveria perpetrar-se na ideia central da governança para a Administração Pública.

9 SANTOS, R. R.; ROVER, S. Influência da governança pública na eficiência da alocação dos recursos públicos. *Revista de Administração Pública FGV*, v. 53, n. 4, p. 732-752, 2019.

10 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Tradução de Daniel Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 29.

Por óbvio, ao nascer a governança como forma de gestão para enfrentar desafios policêntricos no século XXI, num contexto de relações complexas entre Estado, mercado e cidadãos, não é proveitosa uma modelagem inclinada à restrição instrumental, abandonando uma miríade de possibilidades que a governança efetivamente pública tem. É negar, decerto, flexibilidade e abertura social na gestão pública, uma vez que a noção de governança estará sempre atrelada às ferramentas definidas e imodificáveis. Importa destacar, nesse ponto, que a maleabilidade para a governança não implica em violação ao princípio da legalidade, mas sim antes deve considerar a legalidade na dimensão da juridicidade, “não sendo possível a inteira programação legal da Administração Pública contemporânea”.<sup>11</sup>

Há, pois, uma insuficiência na política de governança instituída. A colocação feita termina por alcançar um caráter fechado e concentrado, de modo particular, nos órgãos da “alta administração”, conforme indicado no art. 2º do decreto. Potencialmente, esse arranjo poderá privilegiar um diálogo mais intenso entre Poder Público e mercado, distanciando – por questões de captura do político pelo econômico – os cidadãos da esfera substantiva da governança pública.

Sobre o tema, Karin Pedersen e Lars Johannsen sustentam que a governança pública está ligada ao processo de aplicação flexível e responsável de regras que permitam respostas efetivas para as preocupações e preferências dos cidadãos, sobretudo no tocante aos problemas sociais.<sup>12</sup> Todavia, ao analisar a política de governança adotada em 2017, no âmbito da Administração Pública federal, nota-se que a participação social está disposta na condição de diretriz da referida política (art. 4º), tendo, portanto, caráter fluído, a ser implementada “mais ou menos”, dependendo das condições e interesses institucionais.

Nesse quadrante, pode-se perceber que há uma simbolização<sup>13</sup> da governança pública no âmbito federal, visto que a política consolidada não proporciona efetivamente as condições adequadas para a prática, no cenário real, de articulação entre Estado, mercado e Sociedade – articulação de poderes e interesses. É impensável tratar de governança pública sem que os meca-

---

11 BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108.

12 PEDERSEN, Karin Hilmer; JOHANNSEN, Lars. New Public Governance in the Baltic States: flexible administration and rule bending. **Public Performance & Management Review**, [s.l.], v. 41, n. 3, p. 648-667, 2018. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15309576.2018.1465828>. Acesso em: 17 ago. 2020.

13 Para Marcelo Neves, “considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistema político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cujas referências manifesta à realidade é normativa jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”. Em outros termos: há a criação de norma sem as providências necessárias para sua eficácia, em que pese a existência de condições para tanto. Sobre o tema, ver: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30.

nismos a serem utilizados estejam abertos à dinâmica relacional dos atores envolvidos e, especialmente, à participação social de forma concreta e imprescindível – condições estratégicas para a construção do interesse público numa sociedade cada vez mais heterogênea.

Por certo, cabível contra essa formulação o argumento de que a política corporificada pelo Decreto nº 9.203/2017 estabelece práticas necessárias na implementação de ações e serviços públicos que devem ser exercidas pela Administração Pública, assegurando o interesse social. Ainda, que as instituições federais fazem da referida política uma estratégia de gestão e alinhamento de seus objetivos aos interesses sociais. Entretanto, essa concepção não parece de todo correta, uma vez que pelo decreto não há uma preocupação propriamente dita com arranjos e ferramentas que permitam um diálogo forte com a Sociedade, mas tão somente a previsão de diretrizes – que poderão ser consolidadas/efetivadas ou não.

A crítica aqui enfatizada está, em termos objetivos, relacionada ao arquétipo da pretensa “política de governança pública” que não define mecanismos e configurações necessários para a participação dos cidadãos no aossamento do interesse coletivo, focando visível e largamente mais na “alta administração” e no Comitê Interministerial de Governança – CIG, de forma a, inclusive, contrariar orientação do Banco Mundial que exige a sociedade civil organicamente participativa nos assuntos públicos.<sup>14</sup>

Em continuidade, a política de governança toma rumo oposto ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16, da Organização das Nações Unidas – ONU, que diligencia “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”<sup>15</sup>, tendo como indicador de verificação a parcela populacional que considera as decisões institucionais inclusivas e adequadas.<sup>16</sup> Aqui, cabe indicar que segundo o Índice de Confiança Social (ICS), medido em 2019 pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE<sup>17</sup>, o Governo Federal está na décima terceira colocação no *ranking* de confiança, indício da percepção negativa a respeito das decisões públicas – nos quesitos inclusão e adequação.

Dessa maneira, apresenta-se congruente – do ponto de vista semântico

---

14 SANTOS, R. R.; ROVER, S. Influência da governança pública na eficiência da alocação dos recursos públicos. *Revista de Administração Pública FGV*, v. 53, n. 4, p. 732-752, 2019.

15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de desenvolvimento sustentável*: 16 – paz, justiça e instituições eficazes. 2015, p. 01. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

16 IPEA. **16. Paz, justiça e instituições eficazes**. 2016. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html>. Acesso: 17 ago. 2020.

17 IBOPE. **Índice de confiança social – 2019**. Disponível em: <http://177.47.5.246/noticias-e-pesquisas/brasileiro-esta-mais-confiante-nas-instituicoes/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

– uma interpretação a compreender governança pública como prática que almeja implementação adequada de políticas públicas e serviços de interesse social, empregando mecanismos de liderança, estratégia, transparência<sup>18</sup>, participação e controle, delineando serviços e respostas que atendam demandas sociais. Ademais, tal conceito impõe, no esteio da governança, a ação não simbólica e responsiva.

Por atuação responsiva entende-se, objetivamente, as ações públicas que se baseiam – de forma predominante – na participação social. Nesse espectro, o gestor poderá escolher quais mecanismos de liderança, estratégia ou controle são mais adequados do ponto de vista da eficiência. Inclusive, por essa conjuntura, nos casos em que houver escolha lastreada na participação social haverá maior legitimidade. Doutro extremo, quando a participação não puder ser aproveitada, o gestor terá ônus argumentativo ampliado, de forma a indicar porque os mecanismos adotados são mais eficientes em relação aos aventados na fase dialógica.<sup>19</sup>

### 3. GOVERNANÇA PÚBLICA E OS DESAFIOS DA POLÍTICA INSTITUÍDA PELO DECRETO Nº 9.203/2017

A governança surge, notoriamente, na condição de corrente e prática a inovar a gestão pública no Brasil e, portanto, como nova perspectiva para o Direito Administrativo, na busca pelo estabelecimento de relações horizontalizadas entre Estado, mercado e sociedade civil, perseguindo o alinhamento entre ações e demandas desses atores. Por essa senda, Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka asseveram:

A finalidade precípua da Governança Pública é a de alcançar a estabilidade das instituições políticas e sociais por meio do fortalecimento do Estado de Direito e do fortalecimento da sociedade civil, mediante o fomento de uma participação e de um pluralismo de dimensões múltiplas.<sup>20</sup>

Portanto, a governança – tal como modelo de gestão – deve abrir a Administração Pública à participação social, investindo, pois, no compartilhamento da gestão e construção do interesse público<sup>21</sup>, valorizando não somente a atua-

18 É imprescindível destacar que a transparência não deve, decerto, estar disposta apenas como um princípio da governança pública, conforme o art. 3º do Decreto nº 9.203/2017. É urgente reconhecer o caráter instrumental inserido na transparência, pois somente pela atuação transparente poderá ser viabilizado um controle social efetivo.

19 Essa observação é aplicável para garantir decisões baseadas em evidências, em consonância com o art. 6º, parágrafo único, III do Decreto nº 9.203/2017, não podendo a participação social ser tomada absolutamente, inclusive quando puder afastar escolhas racionais e fundamentadas.

20 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 8, n. 32, p. 31-50, abr. 2008. p. 36. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/504>. Acesso em: 17 ago. 2020.

21 Nessa circunstância, pelos ensinamentos de Emerson Gabardo e Maurício Rezende, insta salientar que a noção de interesse público está ligada à uma dimensão pública dos interesses dos cidadãos,

ção do administrador, mas igualmente a experiência da comunidade.

A formação heterogênea do país – em termos político, econômico e social – impõe exigência modificativa do paradigma nos meios de atuação da Administração Pública brasileira. Há indubitavelmente, no espectro estatal, tensão entre interesses públicos e privados, tornando impreterível a persecução de instrumentais criativos na harmonização das relações que, direta ou indiretamente, o Estado influencia.

Apesar do advento de um ajuste social pós-moderno, onde o Estado não constitui elemento central, não há como negar a presença da autoridade administrativa, não podendo furtar-se do dever de equalizar interesses emergentes. Numa perspectiva democrática da Administração Pública, verticalidade e autoridade administrativas cedem ao procedimento de formação participativa das decisões.<sup>22</sup>

É relevante destacar que a política de governança da Administração Pública federal, malgrado trazer diretrizes de estímulo à participação social, esquiva-se do empreendimento desafiador de determinar arranjos efetivadores de horizontalização relacional, indispensáveis na lógica da democratização administrativa, identicamente não informa a possibilidade de o gestor manipular canais de participação existentes – na lógica da juridicidade. Em seguimento, os mecanismos elencados no Decreto nº 9.203/2017 não se apresentam abertos aos ideais de coparticipação e compartilhamento de gestão da coisa pública.

Contraria-se, então, a essência participativa que a governança tem para a formulação e implementação de políticas públicas.<sup>23</sup> O esforço da governança é ponderar técnica/conhecimento e participação para construir escolhas que atendam às demandas da comunidade e, ao mesmo tempo, as tornem legítimas.<sup>24</sup> Destarte, participação é elemento encontrado nas mais diversas definições de governança pública.<sup>25</sup>

---

não podendo ser confundida com as conveniências circunstanciais do Estado. Ainda para os referidos autores “[...] o interesse público que se está a tratar é titularizado inegavelmente não pelo Estado, mas sim pela sociedade, e aquele só possui o dever de cumpri-lo”. Sobre o tema, ver: GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 1, n. 115, p. 267-318, dez. 2017. p. 295. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/516>. Acesso em: 17 ago. 2020.

- 22 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público*: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015, p. 328.
- 23 MAYNTZ, Renate. El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna. *Revista del CLAD: Reforma y Democracia*, [s. l.], n. 21, vol. 01, out., 2001. Disponível em: <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/021-octubre-2001/el-estado-y-la-sociedad-civil-en-la-gobernanza-moderna>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- 24 ROSE-ACKERMAN, Susan. What Does “Governance” Mean? *Governance*, [S.L.], v. 30, n. 1, p. 23-27, mai. 2016. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/gove.12212>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- 25 BUTA, Bernardo Oliveira; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. Governança pública em três dimen-

Com efeito, no contexto de uma Administração Pública democrática, a governança pública deve ser concebida para além de engrenagens descentralizadoras de liderança, estratégia e controle. É a governança instrumento de abertura da gestão, a buscar ciclos de *feedbacks* comunitários que dirijam a descentralização com liderança, estratégia, transparência, participação e controle, almejando a promoção do desenvolvimento.

Assim, passa-se a abordar desafios impostos à implementação da governança pública, com vistas a lançar luz sobre pontos que exigem tratamento teórico a conduzir um processo de amadurecimento da governança e seus vetores para orientação do modelo de gestão brasileiro, especificamente no âmbito da Administração Pública federal.

É premente o reconhecimento da governança pública como molde de gestão preferencial na luz da Constituição de 1988. O constituinte, ao trazer a cidadania na condição de fundamento da República brasileira, explicita o desafio de compartilhamento das decisões estatais, inclusive em sede de políticas e ações públicas. Nessa senda, Vicente Barreto pondera que a cidadania exige participação – pressuposto implícito do próprio Estado Democrático de Direito.<sup>26</sup>

Na definição de objetivos, a Constituição de 1988 indica a construção de uma Sociedade livre, justa, igualitária; o desenvolvimento; erradicação da pobreza e redução das desigualdades; o bem de todos, indistintamente. E não pode contemplar a implementação de tais objetivos ante a inexistência de participação da Sociedade, impondo-se reconhecer a governança enquanto modelo primacial de gestão pública, já que um de seus elementos deve ser a participação concreta da Sociedade, a contribuir para o fortalecimento da cidadania como fundamento do Estado. Para além, a participação – via governança pública – potencialmente maximizará o diálogo entre Administração, mercado e sociedade, gerando circuitos de verificação de qualidade na promoção de políticas e ações públicas e, de modo sincrônico, orientando decisões em matéria de escolhas públicas.

A gestão pública, pela ótica da Constituição de 1988, deve gerar na prática condições que favoreçam a cidadania e todo o conjunto de práxis dela decorrente. Por mais que exista, na lógica brasileira, a possibilidade de escolha direta de representantes do Executivo e Legislativo, bem como a participação por plebiscito, referendo e iniciativa popular, a atividade administrativa não

---

sões: conceitual, mensural e democrática. **Revista Organizações e Sociedade**, Salvador, n. 94, v. 27, p. 370-395, 2020. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaoes/article/view/26419>. Acesso em: 17 ago. 2020.

26 BARRETO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 192, p. 29-37, abr. 1993. p. 35. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45733>. Acesso em: 17 ago. 2020.

poderá estar distante dos cidadãos, tampouco se pode negar o caráter político da atividade de gestão, que é caminho para a implementação dos mandamentos constitucionais.

No plano internacional, destacam-se instrumentos de proteção dos direitos humanos que asseguram, direta e indiretamente, a participação social na atividade administrativa. É o reconhecimento de que, objetivamente, a consolidação dos direitos humanos depende da gestão pública e de sua permeabilidade em relação aos indivíduos e seus anseios.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 assegura, no art. XXI, que a pessoa possui direito de estar inserida no governo de seu país, vez que a autoridade governamental advém do povo. No art. XXII, determina que as pessoas têm direito à segurança social e realização por meio de direitos. A seu turno, a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento de 1986 prevê que os Estados devem focar no desenvolvimento da população (art. 2º), formulando políticas adequadas, “[...] com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.” Adicionalmente, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 há o reforço da ideia sobre a participação no governo do país por parte das pessoas, sendo esta um direito – a ser exercido direta ou indiretamente.

Com efeito, é notório que a participação da Sociedade é uma exigência das Declarações de Direitos Humanos citadas – todas aprovadas pelo Brasil. Entretanto, com a dinamização de forças política, econômicas e sociais associada ao processo de reconfiguração da Administração Pública brasileira (do patrimonial ao gerencial), é latente a implementação da governança como um padrão prioritário do administrar.

Dessarte, torna-se pressuroso reconhecer, não apenas formalmente, a governança pública enquanto padrão de gestão, mas além, determinar como a abertura da atividade administrativa pode ocorrer por meio da governança, indicando ferramentas e mecanismos que podem ser utilizados na captação da percepção social sobre a Administração e seus rumos. Do contrário, a governança transforma-se em fábula, suplantando meritória mudança de paradigma na atividade administrativa. Portanto, além de superar restrição conceitual imposta pelo Decreto nº 9.203/2017, a política de governança pública na Administração Pública federal deve indicar a operacionalização da participação social e ser reconhecida enquanto paradigma de gestão.

Em outro rumo, há de ser constatado que o emprego não simbólico da governança pública exige – para além de liderança, estratégia, controle e participação – a transparência, que é mecanismo adequado na condução das condições de verificação de legalidade e adequação das políticas e ações

administrativas. É importante realçar que a transparência tem sido reconhecida, no plano estatal, como instrumento de fortalecimento das instituições, passando a exigir, por sua natureza, bem mais que a publicidade dos atos administrativos, mas uma demanda pelo esclarecimento dos cidadãos, seguido de participação.

Sobre o tema, Luiz Alberto Blanchet e Viviane Azoia indicam a necessidade de desenvolvimento de padrões eficientes para a transparência, induzindo a consolidação das instituições.<sup>27</sup> Entende-se, por conseguinte, que a composição de canais de transparência corresponde à democratização das informações públicas, não bastando apenas contraposição ao sigilo, mas a busca pelo engajamento da comunidade organizada na gestão.

Como visto, não é suficiente que a política de governança pública traga a transparência exclusivamente como um princípio. Deve-se admitir, pelo próprio conceito de governança, a transparência na qualidade de mecanismo a ser utilizado, concorrendo para a descentralização da gestão.

A previsão da transparência enquanto princípio da política de governança leva à possibilidade de graduação em sua aplicação. Determinadas ações públicas poderão ser mais transparentes e outras menos, situação manifestamente contraditória, posto que interfere na consolidação contínua da participação social – não há participação sem transparência.

É relevante anuir com a condição de mecanismo que a transparência possui no âmbito da governança pública. Nessa ferramenta reside a manutenção constante do maior fornecimento possível de informações para a sociedade, acesso à atividade administrativa, compreensão e participação nos processos decisórios públicos e, por derradeiro, a abertura e democratização da Administração Pública.

A transparência, por esta altura, reveste-se definitivamente de caráter político e conduz a Sociedade a exercer função imprescindível na condução do Estado, especialmente na seara da implementação adequada de direitos fundamentais. Validar a transparência enquanto dever administrativo, procedimentalizá-la, é favorecer a concretude da governança pública. Deste modo, resta a necessidade de aperfeiçoamento da transparência pela política instituída no Decreto nº 9.203/2017, qualificando-a tal como mecanismo que deve ser.

Em dimensão distinta, não se pode confundir controle com governança. O controle nem sempre desaguará na concretização de políticas públicas e serviços de interesse social, de modo a proteger a dignidade dos cidadãos

---

27 BLANCHET, Luiz Alberto; AZOIA, Viviane Taís. A transparência na administração pública, o combate à corrupção e os impactos no desenvolvimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 157-175, jan. 2017. p. 159. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8897/6161>. Acesso em: 17 ago. 2020.

e incentivar a cidadania. Basta olhar para as alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), realizadas pela Lei nº 13.655/2018, que passou a valorizar o controle mais consensual e, portanto, dialógico, da Administração Pública, marcando uma reconfiguração paradigmática e, pelo menos em tese, afastando uma cada vez mais difundida e mesmo preocupante situação de “Administração Pública do medo”.

Na política de governança o controle deve ser pensado a partir da interação social e, similarmente, pela possibilidade de adequação e flexibilidade da ação controladora para privilegiar os fins que a governança pública persegue, a partir do *feedback* comunitário em relação às ações públicas. Dado isso, não é razoável, do ponto de vista de um modelo democrático de gestão, desenhar o controle apenas no âmbito interno, na forma prevista no art. 4º, IV, do Decreto nº 9.203/2017. É indispensável a abertura da gestão ao controle social. Não se propaga, aqui, descrédito aos meios de controle internos. Pelo contrário, aponta-se a necessidade que o controle interno tem de absorver as percepções e reivindicações da sociedade civil, em seu espectro, na medida do possível, estando, pois, mais horizontalizado e legitimado.

Sobre controle social, Caroline Müller Bitencourt e Janriê Rodrigues Reck sustentam que não poderá haver confusão, pois controle e participação sociais, em que pese o vínculo inseparável, não são idênticos. Neste sentido, “a participação popular ocorre no momento da tomada de decisão pela Administração Pública, que interage com a esfera pública; já o controle social ocorre após esse processo”.<sup>28</sup>

Por essa linha, a governança requer a prática do controle de forma inclusiva, a alcançar a inserção da Sociedade na verificação das ações e políticas públicas a partir dos critérios da legalidade e da adequação, este ajuste tende a privilegiar, de fato, o compartilhamento da gestão e a construção do interesse público de modo compartilhado e responsivo, revigorando a legitimidade da atividade administrativa e maximizando o potencial constitucional em matéria de direitos fundamentais.

Insta evidenciar, nesse quadrante, que o controle social no âmbito da governança pública deve funcionar como uma garantia de respeito à participação popular, assegurando que a cooperação da sociedade na gestão pública alinhe atuação estatal e Constituição de 1988. Destarte, torna-se fundamental repensar o controle no cenário da governança na Administração Federal, de forma a absorver anseios sociais e promover o desenvolvimento.

---

28 BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da Administração Pública. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, set. 2016. p. 98. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7892/5125>. Acesso em: 17 ago. 2020.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A governança pública é entendida, no lastro da doutrina aqui apresentada, enquanto forma de gestão descentralizada da coisa pública, dando espaço para a interação entre Estado, mercado e Sociedade, visando a construção de ações e políticas públicas legítimas e eficientes – verdadeira sistemática para a gestão pública, alcançando dinâmicas institucionais e normativas. Tem vínculo direto com o atendimento aos cidadãos e proteção do interesse público, constituindo a participação um elemento essencial da governança pública.

No marco do Decreto nº 9.203/2017, a Administração Pública passa a contar com política institucional própria de governança. Um instrumento normativo que define a governança pública como o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle com desígnios de avaliar, monitorar e direcionar a gestão para construção de políticas públicas e implementações de serviços de interesse coletivo.

Por conseguinte, considera-se que a concepção de governança pública consolidada no âmbito da Administração Pública federal não se mostra satisfatória, uma vez que não prevê a participação como mecanismo de governança, tão somente na condição de diretriz. De modo contínuo, não indica os instrumentos participativos a serem utilizados na governança e aponta a alta administração dos órgãos ou entidades como responsáveis pela consolidação da política de governança. Ademais, trata especificamente do Comitê Interministerial de Governança (CIG) no assessoramento da governança junto à presidência da República. A inexistência de referência a ferramentas de participação torna simbólica a governança que se quer dizer pública.

Em síntese, uma política adequada e, pois, não simbólica, deve considerar a governança pública enquanto prática que visa implementação regular de políticas públicas e serviços de caráter coletivo, utilizando-se de mecanismos de liderança, estratégia, transparência, participação e controle, construindo prestações e respostas que verdadeiramente atendam demandas da comunidade como um todo. É imprescindível que a governança pública seja, igualmente, uma prática responsiva e compromissada com a efetividade.

A participação não pode ser tomada na qualidade de diretriz. Impõe-se o reconhecimento da participação na condição de direito político, configurando, ainda, pressuposto do modelo de gestão pública inspirado na governança – que pode ser classificado como parâmetro preferencial de administração à luz da Constituição de 1988 e de instrumentos internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento e Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

A política de governança pública federal tem, de forma pressurosa, os desafios de romper com a simbologia (conformando instrumentos de participação), reconhecer a transparência como mecanismo, mantendo o maior fluxo possível de informações para a sociedade – viabilizando compreensão e participação no funcionamento administrativo, e, da mesma maneira, repensar o mecanismo de controle, alinhando-o à interação social e valorizando ciclos de *feedback* comunitários em relação às ações da gestão pública.

## REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARRETO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 192, p. 29-37, abr. 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45733>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da Administração Pública. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, set. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7892/5125>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- BLANCHET, Luiz Alberto; AZOIA, Viviane Taís. A transparência na administração pública, o combate à corrupção e os impactos no desenvolvimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 157-175, jan. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8897/6161>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. **Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm). Acesso em: 17 ago. 2020.
- BUTA, Bernardo Oliveira; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. Governança pública em três dimensões: conceitual, mensural e democrática. **Revista Organizações e Sociedade**, Salvador, n. 94, vol. 27, p. 370-395, 2020. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaoes/article/view/26419>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de; MORAES, Filomeno. Planejamento social na administração pública: um instrumento essencial na promoção dos direitos fundamentais sociais. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 443-461, maio/ago. 2017. Disponível em <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/20947/21349>. Acesso em 21 ago. 2020.
- CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. Governança corporativa na Lei das Estatais: aspectos destacados sobre transparência, gestão de riscos e compliance. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 179-210, mai./ago. 2019.
- GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 1, n. 115, p. 267-318, dez. 2017. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/516>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- IBOPE. **Índice de confiança social – 2019**. Disponível em: <http://177.47.5.246/noticias-e-pesquisas/>

brasileiro-esta-mais-confiante-nas-instituicoes/. Acesso em: 17 ago. 2020.

IPEA. **Paz, justiça e instituições eficazes**. 2016. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html>. Acesso em: 17 ago. 2020.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 479-502, jan. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6826>. Acesso em: 17 ago. 2020.

MEZA, Maria L. F. G. de; MORATTA, Nelson G; GROSCHUPF, Silmara L. B. Governança pública. In: OLIVEIRA, Antonio; PISA, Beatriz; AUGUSTINHO, Sonia (org.). **Governança pública: aspectos essenciais**. Curitiba: Editora UTFPR, 2016.

MAYNTZ, Renate. El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna. **Revista del CLAD: Reforma y Democracia**, [s. l.], n. 21, vol. 01, out. 2001. Disponível em: <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/021-octubre-2001/el-estado-y-la-sociedad-civil-en-la-gobernanza-moderna>. Acesso em: 17 ago. 2020.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 8, n. 32, p. 31-50, abr. 2008. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/504>. Acesso em: 17 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. 1986.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável: 16 – paz, justiça e instituições eficazes**. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PEDERSEN, Karin Hilmer; JOHANNSEN, Lars. New Public Governance in the Baltic States: flexible administration and rule bending. **Public Performance & Management Review**, [s.l.], v. 41, n. 3, p. 648-667, 2018. Disponível em : <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15309576.2018.1465828>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PETERS, B. Guy. Governance as political theory. **Jerusalem Papers In Regulation & Governance**, Jerusalem, v. 1, n. 22, p. 1-22, ago. 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROSE-ACKERMAN, Susan. What Does “Governance” Mean? **Governance**, [S.L.], v. 30, n. 1, p. 23-27, mai. 2016. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/gove.12212>. Acesso em: 17 ago. 2020.

SANTOS, R. R.; ROVER, S. Influência da governança pública na eficiência da alocação dos recursos públicos. **Revista de Administração Pública FGV**, v. 53, n. 4, p. 732-752, 2019.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-369, jan. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6691/5274>. Acesso em: 17 ago. 2020.

## 2. A VIRADA CONSENSUAL NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES NO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO: A CONJUGAÇÃO ENTRE PUBLICIDADE E CONFIDENCIALIDADE NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

**Juliana Ribeiro Goulart**

Mestra em Direito pela UFSC. Doutoranda em Direito pela UFSC. Membro-consultora da Comissão Especial de Mediação e Conciliação do Conselho Federal da OAB. Professora da UNISOCIESC.

**Luiz Henrique Urqhart de Cademartori**

Mestre e Doutor pela UFSC. Pós-Doutorado pela Universidade de Granada (Espanha). professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. A virada consensual na solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública; 3. A mediação de conflitos na Administração Pública; 4. O regime jurídico administrativo e a conjugação entre confidencialidade e publicidade; 5. Considerações Finais; Referências.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado é um dos maiores litigantes no Brasil segundo tem apontado o Relatório Justiça em Números<sup>1</sup>, principal fonte estatística sobre dados oficiais do Poder Judiciário. Além de trazer transparência e publicidade, o documento expõe a realidade dos tribunais brasileiros, com detalhamentos acerca de sua estrutura e nível de litigiosidade, além de indicadores para subsidiar a gestão dos processos no Brasil.

Com a finalidade de reduzir os índices de litigiosidade e de incentivar uma cultura de pacificação, elaborou-se a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que “Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”. Após anos de espera legislativa, editou-se a Lei nº 13.140/2015, que “Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” e, por último, editou-se o novo Código de Processo Civil, que passou a privilegiar os meios consensuais para a solução dos conflitos. Tais documentos objetivaram a reformulação

1 Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. 2019. Disponível em. <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf> Acesso em 26 jun. 2020.

da cultura jurídica de tratamento de controvérsias no Brasil, inclusive no âmbito da Administração Pública. Contudo, entraves ainda dificultam a efetiva adoção dos meios consensuais para resolver conflitos quando o Estado esteja envolvido.

Lembre-se que o Estado durante anos utilizou o Poder Judiciário como administrador de suas dívidas. Seja por inexistência de um plano de gestão, seja em razão de uma gestão voltada à litigância, o Estado como Administração Pública fez maior uso da jurisdição estatal (Poder Judiciário) de modelo adjudicatório do que dos meios extrajudiciais para solucionar os conflitos.

Com base nas ideias de consensualismo e de autocomposição, além das recentes mudanças econômicas, sociais e estatais, têm sido gestadas novas concepções acerca da Administração Pública, contribuindo para eliminar os resquícios de medo acerca da suposta e falaciosa violação da impessoalidade administrativa e consequente responsabilização pessoal dos gestores. Um dos entraves para a adoção dos meios consensuais em âmbito administrativo tem sido atribuído ao assim chamado Regime Jurídico Administrativo do qual decorre o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público que, por vezes, dificulta a adoção de meios consensuais, ainda que já exista diversos dispositivos legais prevendo expressamente tal possibilidade.

Com o marco legal da mediação no Brasil, surge a autocomposição como reafirmação da promessa constitucional de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa<sup>2</sup>, tendência há muito tempo apontada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>3</sup>. Lembre-se que o acesso à justiça também compreende o acesso à informação e à orientação jurídicas quanto a todos os meios alternativos de composição de conflitos.<sup>4</sup> Ou seja, a possibilidade de resolução de conflitos de forma pacífica e em tempo razoável, vale também para Administração Pública, levando-se em consideração a eficiência no setor público. Assim, o Estado tem não só o dever de incentivar os meios consensuais, mas de dar o exemplo, envolvendo-se em práticas consensuais de solução para os seus conflitos e resgatando sua autorresponsabilidade pela solução das eventuais controvérsias que ocorram em razão da sua atividade.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo apresentar os meios autocompositivos aplicáveis à Administração Pública, especialmente a mediação, no que diz respeito à conjugação do princípio administrativo da publicidade com princípio do Direito Privado da confidencialidade previsto na Lei nº 13.140/2015, de forma a compatibilizá-los com os parâmetros do novo regime jurídico administrativo informado pelo paradigma da Administração

- 
- 2 WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.) et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135, p. 128.
  - 3 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
  - 4 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 28.

Pública Democrática.

Para isso, o artigo será desenvolvido em três seções: a primeira seção tem como objetivo explicar a virada consensual na solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública; a segunda seção visa enquadrar a mediação como uma forma não adversarial de resolução de conflitos cujo objetivo é incentivar uma nova cultura no âmbito da resolução dos conflitos administrativos; a terceira seção busca conjugar o novo regime jurídico administrativo com os meios consensuais de resolução dos conflitos, explicando a conjugação do princípio da publicidade com a confidencialidade no contexto da solução desses embates na Administração Pública.

Diante da reafirmação da política pública de incentivo aos meios consensuais, ratificada em diversos dispositivos no ordenamento pátrio, justifica-se o trabalho como possibilidade de investigar e estabelecer conteúdos críticos que colaborem para o entendimento desse novo modelo de tratamento de disputas no âmbito da Administração Pública.

## 2. A VIRADA CONSENSUAL NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública enfrenta um grande desafio no que se refere ao tema em análise: adaptar suas prerrogativas gerenciais aos novos preceitos autocompositivos vigentes. À luz dos valores democráticos vigentes na Constituição de 1988, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei de Mediação, marco regulatório da mediação no Brasil e o novo Código de Processo Civil abriram um caminho para a reconfiguração dos entes públicos no tocante à forma de administrarem os conflitos.

Segundo Juarez Freitas, dentre as ideias-chave para promover a reconfiguração do Estado-administração em face da litigiosidade está a de que “de nada serve a cultura de hostilidade acirrada entre o Estado-administração e a sociedade, pois colide, às abertas, com os princípios regentes das relações da administração”<sup>5</sup>. Na visão do autor, o estilo administrativo deve ser reprogramado, na via da inflexão dialogada que enseja negociação público-privado, adequada, necessária e proporcional<sup>6</sup>. O desafio é mudar a “cultura da sentença”, na qual está inserida o Estado, implementando-se uma “cultura de pacificação”<sup>7</sup> em que o próprio ente público também seja destinatário.

5 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. 27. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 01 set. 2020.

6 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. 30. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 01 set. 2020.

7 WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Gri-nover** São Paulo:DPJ, 2005, p. 684-690.

Com o marco legal da mediação, surge uma virada para a Administração Pública, que ao fazer uso dos meios consensuais, muda o seu objeto de análise, deslocando-se da lide processual para a lide sociológica, que é a estrutura social do conflito e que destaca o real interesse dos envolvidos. Diferente da lide processual que se debruça sobre a análise normativa do litígio, a lide sociológica se volta para buscar soluções que atendam plenamente a estes interesses reais das partes<sup>8</sup>.

Watanabe constata que o desafio de mudar a cultura da sentença envolve não só a mudança de mentalidade dos profissionais do Direito, mas também dos próprios destinatários das decisões há anos submetidos ao paternalismo estatal<sup>9</sup>. Para tanto, “é preciso renunciar ao infantilismo e crescer”, sugere Luis Alberto Warat<sup>10</sup>.

Juarez Freitas aponta que as recentes reformas normativas, especialmente as advindas com o Código de Processo Civil de 2015, favorecem uma mudança de mentalidade na seara administrativa, de litigante para consensual, incentivando a utilização dos meios consensuais, como negociação, da conciliação e da mediação:

Em boa hora, notáveis reformas normativas (v.g., CPC, arts. 174 e 175) favorecem a transcendência preconizada da mentalidade adversarial, porque inequivocamente intentam conferir, na seara administrativista, o espaço primordial à resolução consensual de conflitos, individuais e coletivos, por meio da: (a) negociação (as partes, sem terceiros envolvidos, celebram acordos de leniência, termos de ajustamento de conduta e de gestão, colaborações premiadas, assim por diante), (b) mediação (o terceiro imparcial facilita o andamento de autocomposição, maieuticamente orientando para que os *players* encontrem, por si, a solução satisfatória), (c) conciliação (o terceiro imparcial recomenda alternativas ensejadoras de saída cooperativa [do tipo *win-win*], utilizando estratégias como estimativa das perdas para o cenário de não ser equacionado o conflito) e (d) utilização de técnicas inominadas<sup>11</sup>.

Na opinião de Silvana Rodrigues, em razão da inserção dos meios consensuais no ordenamento jurídico, tem-se configurado no Brasil, um sistema multiportas de resolução de conflitos<sup>12</sup>. Para Juarez Freitas, esse entendimento não se aplica apenas ao direito privado, mas também aos conflitos do Poder Público, que pode se valer da tecnologia e da ciência da negociação como mais

8 GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: EMais, 2018, p. 116.

9 WATANABE, Kazuo. Depoimento. In Solução de Conflitos. **Caderno FGV Projetos**. Ano 12, nº 30, abril/maio 2017. Disponível em: [https://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2017/04/CadernosFGV-Projetos\\_30\\_solucaodeconflitos.pdf](https://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2017/04/CadernosFGV-Projetos_30_solucaodeconflitos.pdf). Acesso em: 26 jul. 2020, p. 29.

10 WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 46.

11 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. 34-35. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 01 set. 2020.

12 RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **A mediação judicial no Brasil**: avanços e desafios a partir do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 46.

uma oportunidade de solução eficaz de disputas<sup>13</sup>.

Lembre-se que os indicadores dos relatórios da “Justiça em Números” realizados pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2004, tem traçado um panorama geral do Poder Judiciário, com a finalidade de reduzir os índices de litigiosidade no Brasil<sup>14</sup>. A partir dos dados de 2011 do CNJ, Oliveira e Cunha observam um entrave: concluem que a litigiosidade segue, mas o perfil dos litigantes não é identificado. Segundo as autoras, “a litigiosidade está concentrada nas mãos de poucos e contumazes litigantes, públicos e privados, dentre os quais se destacam os órgãos da Administração Pública e as instituições financeiras”<sup>15</sup>.

Nesse contexto, a mediação de conflitos foi inserida expressamente no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.140/2015, que em sua segunda parte trata especificamente da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública e no novo Código de Processo Civil, que passou a incentivar os meios consensuais até mesmo incidentalmente, durante o desenrolar dos processos.

Contudo, no entender de Asdrubal Nascimento Lima Júnior, o Estado precisa dar o exemplo e utilizar efetivamente os meios consensuais para resolver as disputas em que é parte e não apenas incentivar o seu uso:

O exemplo sempre foi a forma mais eficiente de educar. E se é dever do Estado estimular as formas de solução consensual, sendo sua missão e também seu interesse, para entregar mais cidadania às pessoas e eficiência à prestação Jurisdicional, desacomulando a Justiça com processos que podem ser resolvidos de outras formas, nada melhor que dê o exemplo<sup>16</sup>.

Além disso, não basta que a Administração se limite a discriminar quais situações atenderá pelas vias consensuais, mas precisa permitir ao cidadão que também procure a Administração para propor um acerto pela via do diálogo. No entender de Elisa Eidt, os que litigam contra e favor do Estado precisam ter outra postura, ativa, pois não basta esperar a autoridade decidir o que fazer<sup>17</sup>.

A possibilidade deste diálogo, por óbvio, não se compatibiliza com a prede-

- 
- 13 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. 32. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 01 set. 2020.
  - 14 HERINGER, Mauro Brant. **Política Judiciária Nacional Resolução n. 125/2010 do CNJ e a sua efetividade como política pública para redução da judicialização dos conflitos**. Mestrado Profissional em Poder Judiciário FGV Direito Rio. 2012, p. 32-33. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9791/Mauro%20Brant%20Heringer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 24.jul.2020.
  - 15 OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 1, 2020, p. 09. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322020000100401&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322020000100401&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 24 jul. 2020. Epub 23-Már-2020. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201948>.
  - 16 LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento Lima Júnior. Os desafios da Mediação no Brasil. In: NASCIBENI, Asdrubal Franco. BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Cord.). **Temas de mediação e arbitragem**, São Paulo: Lex. Editora, 2017. p. 51-70, p. 67.
  - 17 EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**. Porto Alegre, v. 36 n° 75, p. 55-74, 2015, p. 61.

finição de que há uma supremacia dos interesses do Estado sobre aqueles pretendidos pelo indivíduo. Segundo José Sérgio da Silva Cristóvam as atuações do Estado não podem ser presumidas como de interesse público porque são do Estado, mas porque estão compatibilizados com a ordem constitucional, sobretudo com os princípios estruturantes do novo regime jurídico administrativo: a) dignidade da pessoa humana; b) estado democrático de direito e c) princípio republicano<sup>18</sup>.

Ademais, se aproveitar da morosidade do Judiciário para se esquivar do cumprimento de obrigações é postura que não se compatibiliza com o princípio constitucional da Eficiência nem com as normas fundantes do processo civil contemporâneo, como a consensualidade, celeridade, colaboração e promoção da dignidade da pessoa humana<sup>19</sup>.

Essa proposta, por óbvio exige uma outra postura da advocacia pública. A gestão adequada dos conflitos envolvendo o Poder Público, parece mais condizente com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988, bem como com os princípios que regem a Administração Pública, notadamente o da eficiência, como já salientado. Dessa forma, além da contribuição com o manejo adequado do Poder Judiciário, a advocacia pública volta a sua atenção à concretização dos direitos fundamentais e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas do Estado de Direito, tornando melhor a relação da Administração com o cidadão<sup>20</sup>.

Nesse sentido, é preciso considerar que são pessoas a ocupar os cargos e funções na seara pública, e que são elas que precisam tratar as controvérsias para que se operacionalize a norma no plano administrativo. Nas palavras de Coelho e Lúcio:

Faz-se importante notar que os órgãos e as instituições públicas existem e são estruturados por pessoas, por mais que estejam imbuídas dos atributos de gestão de impessoalidade e eficiência, findam por levar para esses ambientes toda a sua história e a sua composição subjetiva. Com efeito, são eles os condutores de todo o processo de instalação do conflito e, por conseguinte, de sua solução. Cabe, então, analisar o procedimento de solução das querelas, preconizando que a mediação seria uma forma útil e promissora de solução dessas questões<sup>21</sup>.

Portanto, a advocacia pública quando representa o Estado tem o dever de contribuir para a não sobrecarga do Poder Judiciário com demandas. Além

18 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 322-326.

19 EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**. Porto Alegre, v. 36 nº 75, p. 55-74, 2015, p. 70.

20 EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**. Porto Alegre, v. 36 nº 75, p. 55-74, 2015, p. 70-71.

21 COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. **Revista de Direito dos Advogados da União**, Brasília, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010, p. 20. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em 24 set. 2020.

da atuação preventiva, realizada por meio das consultorias, as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos precisam ser viabilizadas, de forma a promover a cultura do diálogo entre cidadão e Poder Público.

Na opinião de Juarez Freitas, recomenda-se “o ponderado exercício da construção de consensos desarmados, sem prejuízo de atentos controles preventivos, concomitantes e sucessivos”<sup>22</sup>. Para o autor, “dentro de limites, a negociação, a conciliação e a mediação são ferramentas cooperativas que, bem manejadas, evitam enormes danos, materiais e imateriais, oriundos de disputas mal resolvidas”<sup>23</sup>.

Nas palavras de Cristóvam:

A verticalidade, a assimetria, a imperatividade e a autoridade administrativa devem ceder espaço à horizontalidade, à isonomia, à consensualidade e à democracia participativa na formação da decisão administrativa, com a exigência de eficiência da máquina pública. Estes são os parâmetros do novo regime jurídico-administrativo, que informa o paradigma emergente da Administração Pública democrática<sup>24</sup>.

Assim, “construções consensuais imprimem significativo reforço eficaz aos princípios e contribuem à lógica do novo serviço público, que procura valores compartilhados e interesses comuns por meio de um amplo diálogo e do engajamento de cidadãos”<sup>25</sup>. Portanto, convém romper, em definitivo, com a visão deturpada de que a questão da Justiça está sujeita apenas a um dos Poderes do Estado: o Judiciário. O empoderamento do cidadão é passo necessário para que avance o modelo de Administração Pública democrática.

### 3. A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diferentemente da estrutura de poder observada nos processos judiciais, eminentemente autocrática, a mediação de conflitos permite que, através da comunicação, todos possam dialogar em igualdade de condições, numa relação horizontal. Como lembra Warat<sup>26</sup>, a mediação não pode ser concebida com as crenças e os pressupostos do imaginário comum. Antes, é preciso que a

22 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. 32. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 01 set. 2020.

23 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. 32. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 01 set. 2020.

24 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015, p. 328.

25 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. 40. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 01 set. 2020.

26 WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 67.

mentalidade jurídica se altere para vivenciar a experiência existencial desse novo paradigma, sob pena de que ocorra o desvirtuamento de seu sentido.

Em sentido amplo, a mediação pode ser entendida como sinônimo da expressão “procedimentos não adversariais de resolução de conflitos”<sup>27</sup>. Em sentido estrito, conceitua-se a mediação como um método alternativo, em que um terceiro imparcial – denominado “mediador” –, é responsável por facilitar o diálogo e a comunicação entre as partes conflitantes, para que juntas construam soluções satisfatórias para as suas controvérsias.

Fernanda Tartuce<sup>28</sup> aponta as diferenças entre a mediação e a conciliação. Segundo ela, a mediação é um método que consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes de forma que elas tenham um melhor entendimento sobre os contornos da situação conflituosa, de forma a protagonizar possíveis desfechos satisfatórios. Trata-se de espécie do gênero autocomposição, sendo ainda considerada, na perspectiva processual, meio alternativo de solução de conflitos ou equivalente jurisdicional.

Para alguns estudiosos, a mediação é sinônimo de conciliação, que também busca o estabelecimento de um consenso. Contudo, as técnicas se diferenciam em razão da atitude do terceiro, responsável por facilitar o diálogo: na mediação ele não deve sugerir proposta de acordo ou opinar; na conciliação ele pode sugerir e opinar, influenciando a composição do ajuste.

Um dos desafios impostos à Administração Pública é o de regulamentar quais as causas serão encaminhadas para a autocomposição, seja pela via da mediação, seja pela via da conciliação. Concorde-se com Luis Alberto Warat que a mediação de conflitos seja indicada para os casos em que nos vínculos estejam imbricados sentimentos de ódio, amor e dor e a conciliação, para situações meramente patrimoniais<sup>29</sup>. Entende-se que tal posicionamento seja também aplicável aos conflitos em que a Administração Pública esteja envolvida.

Fernanda Tartuce<sup>30</sup> esclarece que é muito importante o filtro adequado das causas pelos gestores do conflito: após a análise, eles encaminharão para um ou outro mecanismo, de acordo com suas peculiaridades. A filtragem adequada da controvérsia está em consonância com o dever ético contido no modelo norte-americano denominado Sistema Múltiplas portas, concebido por Frank Sander, professor da Universidade de Harvard<sup>31</sup>, em que se oportuniza múlti-

27 WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 68.

28 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 340.

29 WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no Direito. Buenos Aires: Angra, 1998, p. 36.

30 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 523.

31 SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. **A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo**: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse. 5 U. St.

plas possibilidades de gestão ao cidadão.

De forma prática, Luciana Moessa de Souza aponta que a primeira etapa para se avaliar se um caso é de resolução consensual de conflitos na Administração Pública seria a análise do risco. A autora defende que deve ser realizado um exame abrangente dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados por cada cidadão, empresa ou entidade, ao questionarem um determinado ato ou direito. Se a algum deles assistir razão, a medida mais econômica, em razão da legalidade, seria atender o pleito, com o reconhecimento total ou parcial da procedência do pedido. Contudo, não tendo a causa fundamento fático e/ou jurídico, a alternativa seria contestar a ação, protegendo-se o interesse público. Por último, configurando-se algum grau de probabilidade de que o autor tenha razão, sem certeza fática e/ou jurídica, aí residiria espaço, segundo a autora, para a utilização da resolução consensual de conflitos<sup>32</sup>.

Para viabilizar esse caminho, porém, seria necessária a existência de parâmetros prévios contidos em normas legais ou administrativas, com a previsão dos critérios para a celebração de acordos ou transações, definição das autoridades encarregadas de realizar a análise de risco e as hipóteses em que se autorizaria o acordo em cada caso. Tais decisões deveriam ser “tomadas de forma colegiada com a participação de pessoas ligadas à área jurídica, bem como à área técnica afetada”<sup>33</sup>. Seria o caso também de oportunizar aos particulares que possam provocar a Administração, encaminhando os seus conflitos para a análise das câmaras públicas, pois já há lei prevendo expressamente a possibilidade de composição nos inúmeros conflitos envolvendo particulares e a Administração Pública.

No que diz respeito aos mediadores que irão atuar na autocomposição, quando o conflito envolver órgãos e entidades da Administração Pública, a Lei de Mediação estabelece que o Poder Público pode contar com quadro próprio de mediadores, formado por servidores públicos. Contudo, também é viável um quadro de facilitadores capacitados a que o Poder Público possa recorrer. Nesse último caso, seria necessário definir “de onde virão os recursos para pagar pelos serviços de mediação quando os mediadores já não sejam servidores remunerados pelos cofres públicos para tal fim, bem como pagar por eventuais estudos técnicos”<sup>34</sup>. Escolhidos os mediadores, só então se analisa-se o conflito,

---

Thomas L.J. 665 (2008), p. 666-674. Disponível em: <http://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ustlj>. Acesso em: 01 set. 2020.

- 32 SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 216.
- 33 SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 216-217.
- 34 SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 217.

com a presença de todos os interessados, observando-se as peculiaridades do caso, buscando-se o diálogo e o restabelecimento da comunicação, para que saídas proveitosas possam ser criadas pelas partes.

Segundo Souza, ainda que o conflito não esteja judicializado, a homologação judicial do termo pode ser recomendada para uma maior segurança jurídica. Em se tratando de conflitos envolvendo o Poder Público, em virtude da alternância no comando dos poderes políticos, em decorrência do sistema democrático, é fundamental que se garanta a eficácia executiva do acordo celebrado<sup>35</sup>.

A Lei n. 13.140/2015, em seu artigo 32, e o Código de Processo Civil, em seu artigo 174, afirmam que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Ou seja, em algumas situações terá o particular a oportunidade de compor a disputa sem ter que bater as portas do Judiciário. A submissão do conflito às câmaras, porém, não é obrigatória, nos termos do artigo 32, § 2º da Lei de Mediação. Ali se estabelece que a submissão do conflito às câmaras é facultativa e será cabível apenas aos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. A esse respeito, a lei deixa a critério da Administração Pública a criação ou não das câmaras.

Luciana Moessa de Souza aponta a inadequação e a inconstitucionalidade da regra que torna facultativa a utilização do caminho consensual pela Administração Pública, por ferir o princípio constitucional da eficiência. Segundo a autora, os conflitos devem ser resolvidos levando-se em consideração a melhor relação entre custos e benefícios, ou seja, “menores custos, menos tempo, menos desgaste para a relação entre as partes e melhores resultados para ambas”<sup>36</sup>.

As câmaras de mediação, segundo o marco legal, funcionarão dentro dos órgãos da Advocacia Pública (Advocacia-Geral da União, Procuradorias dos Estados e dos Municípios) e terão competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, além da possibilidade de composição nos inúmeros conflitos envolvendo particulares e a própria Administração. Nas palavras de Souza “o que se pretende dizer é autocomposição, ou seja, resolução por acordo”<sup>37</sup>. No que se refere à admissibilidade, a autora aponta a

---

35 SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 219.

36 SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 212-222.

37 SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 220.

ausência de critérios objetivos para a avaliação do caso concreto<sup>38</sup>. Ainda, a lei traz o termo de ajustamento de conduta como uma possibilidade concreta de se corrigir determinado erro, evitando a judicialização de conflitos.

Segundo a Lei de Mediação, não se incluem na competência das referidas câmaras as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo. Ou seja, se a providência depender de autorização do legislador, não é possível que a questão seja levada à câmara, porque o acordo exige concordância de outro Poder, totalmente independente, consoante o disposto no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Por fim, os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

#### 4. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO: CONJUGANDO PUBLICIDADE E CONFIDENCIALIDADE NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Da mesma forma que o acesso à justiça passou por um aperfeiçoamento em seu significado, os princípios que regem a Administração Pública também devem ser reinterpretados à luz da Constituição e dos demais direitos fundamentais nela constantes<sup>39</sup>. Não se olvide dos próprios princípios elencados no marco legal, em que a Administração Pública é também destinatária.

Como já observado, a Administração Pública, enfrenta um grande desafio acerca de como adaptar as prerrogativas gerenciais aos novos preceitos negociais vigentes. Anos de prática institucional beligerante marcaram a atuação autocrática e adversarial do Estado, não condizente com os parâmetros exigidos pelo sistema de direitos decorrentes da Democracia, trazidos pela Constituição de 1988.

Lembre-se que o modelo tradicional de Administração Pública levava em conta o modelo clássico de Estado de Direito que funcionava como o grande e último árbitro do interesse público. Por outro lado, no modelo contemporâneo, a Administração Pública coloca-se em pé de igualdade com os vários setores da sociedade civil, como os agentes do mercado, de modo a buscar soluções baseadas em um modelo negocial. Sobre o tema:

38 SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 220.

39 EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPE**. Porto Alegre, v. 36 nº 75, p. 55-74, 2015, p. 56.

No atual modelo, a lógica da atividade linear operada na relação meios (função pública) – fins (objetivo ou finalidade pública) é substituída por uma lógica diferencial e multifuncional atendendo as especificidades de cada situação social ou grupo com que se travam relações<sup>40</sup>.

Assim, a Administração Pública abandona o seu papel de mero executor e representante de órgãos políticos centralizados, tornando-se mais autônoma na medida em que passa a interagir através de acordos e atos unilaterais com os diversos grupos sociais (comércio, de trabalhadores, étnicos, religiosos e mesmo do crime organizado).

Coelho e Lúcio alertam que a escolha de determinados instrumentos em detrimento de outros não se resume a uma escolha técnica, mas apresenta a escolha de caminhos de desenvolvimento de políticas públicas, determinando suas características, finalidades e objetivos, em suma, de escolhas políticas<sup>41</sup>.

Diante das alterações legislativas incentivadoras da cultura do diálogo, o regime peculiar da Administração não pode ser levantado como entrave para que os conflitos que envolvam o Poder Público não sejam resolvidos por meios não adversariais. Em muitos casos, a autocomposição pode ser a solução mais adequada, notadamente em situações em que se constate que o conflito pode gerar a paralisação de serviços públicos, prejuízos ao aparato estatal, bem como quebrar a confiança entre Estado e particulares.

Nesse sentido, os esforços devem se conjugar entre cidadãos e Administração Pública, com vistas a caminhar na direção da adaptação da legislação e dos meios materiais para sua real implementação. Assim, à luz dos valores democráticos vigentes, a nova lei traz uma mudança de diretriz na interpretação de regras aplicáveis à Administração Pública. O diálogo é passo necessário para que a prática saia do campo meramente normativo e passe a fazer parte da rotina administrativa.

A Lei nº 13.140/2015, marco inaugural da legalização da mediação (judicial e extrajudicial) no Brasil<sup>42</sup>, trata no segundo capítulo da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Contudo, o risco de que essas normas se acrescentem às outras em uma análise meramente normativa da mediação é grande. É preciso que os profissionais se informem e mudem a mentalidade contenciosa de combate e antagonismo. A Resolução nº 125/2010 do CNJ, a Lei de Mediação e no novo Código de Processo Civil

40 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Reforma da administração pública e globalização**: a interligação entre os eventos. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56, p. 265-280, jan./jun. 2010, p. 271.

41 COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. **Revista de Direito dos Advogados da União**, Brasília, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010, p. 22. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em: 24 set. 2020.

42 RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **A mediação judicial no Brasil**: avanços e desafios a partir do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 53-54.

trazem ao cenário público uma série de princípios como: imparcialidade do mediador, isonomia, oralidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, boa-fé e confidencialidade.

Por ser a mediação um procedimento sigiloso, o mediador precisa manter reserva a respeito das informações obtidas na sessão de mediação, salvo quando autorizado expressamente pelas partes, por determinação da lei ou quando necessário para o cumprimento de acordo, conforme o art. 30 da Lei de Mediação e o art. 166 do Código de Processo Civil.

Em âmbito administrativo, é necessário que tal princípio conviva com o princípio da publicidade, imperativo constitucional previsto no *caput* do artigo 37. Nos termos da Constituição Federal de 1988, os órgãos da Administração têm o dever de prestar informações na forma e no prazo consignados em lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A publicidade é um importante instrumento democrático, indicando que as atividades administrativas, em regra, devem ter a maior divulgação possível, tanto para a defesa de interesses individuais quanto para promoção do interesse público, bem como necessário à transparência, para que se possa aferir sua legalidade e eficiência<sup>43</sup>.

Segundo Sílvia di Salvo, nos conflitos da Administração Pública, “se torna necessário conciliar a confidencialidade com o dever de publicidade administrativa numa proporção que, ao passo em que garanta o conhecimento de como vem procedendo a Administração Pública, permita que as partes em conflito possam explorar interesses subjacentes na disputa para a chegada a um acordo<sup>44</sup>.”

A autora aponta, ainda, que “muito embora se possa cogitar de um pressuposto principiológico de publicidade dos atos administrativos no Brasil, por força do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, esta não é a regra lógica universal do processo mediativo de conflitos públicos<sup>45</sup>.” Lembre-se, ainda, “que não há ausência absoluta de confidencialidade, haja vista que o regime-jurídico administrativo comporta, ainda que por exceções o sigilo dos atos administrativos e fatos<sup>46</sup>.” A publicidade, “em verdade, tem a ver com o direito de transparência no acesso a informações sobre a condução da coisa pública<sup>47</sup>.” Nesse

43 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25-28.

44 DI SALVO, Sílvia H. P. G. J. **Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 90-91.

45 DI SALVO, Sílvia H. P. G. J. **Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 90-91.

46 DI SALVO, Sílvia H. P. G. J. **Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 92.

47 DI SALVO, Sílvia H. P. G. J. **Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 92.

sentido, “a publicidade no processo mediativo justifica-se sob o direito de informação do cidadão – ou da própria Administração Pública – de conhecer as condutas que acarretaram o conflito e as condutas que põem (ou não) fim ao conflito de forma consensual”<sup>48</sup>.

Previsto no art. 30 da Lei da Mediação, segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Mariana de Souza, a confidencialidade tem grande proteção no instituto, aplicando-se a todas as pessoas que tenham participado direta ou indiretamente do seu procedimento<sup>49</sup>. Trata-se de uma diretriz essencial para a construção da confiança das partes diante do mediador e daquilo que poderão dispor na solução mutuamente satisfatória. Segundo Lia Regina e Adolfo Braga Neto, a confidencialidade “Significa que fatos, situações, documentos, informações e propostas expostos durante a mediação, sejam mantidos sob o necessário sigilo [...]”<sup>50</sup>.

Por seu turno, Adolfo Braga Neto<sup>51</sup>:

A mediação pressupõe a confidencialidade, no sentido de que informações, fatos, relatos, situações, propostas e documentos trazidos, oferecidos ou produzidos ao longo de seu processo serão cobertos pelo manto do sigilo, não podendo ser revelados a pessoas que dele não participam. Esse sigilo inclui o processo como um todo. Caso se desenvolva em reuniões separadas, ele também deverá ser preservado, sendo que o mediador somente revelará alguma informação de uma pessoa a outra com autorização daquela que ofereceu a informação.

Nesses termos, a confidencialidade não tem caráter absoluto, pois pode ser renunciada pelas partes, de forma a permitir ao mediador revelar informações à outra parte<sup>52</sup>. Finalmente, a divulgação pode ser necessária ao cumprimento do acordo, quando há a necessidade de execução em Juízo<sup>53</sup>.

Caso haja quebra da confidencialidade, lembra Rodrigues<sup>54</sup> que, no caso das partes, pode ser recomendada a mesma sanção prevista para a quebra de

48 DI SALVO, Sílvia H. P. G. J. **Mediação na administração pública brasileira**: o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina, 2018, p. 92.

49 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SOUZA, Mariana Freitas de. Primeiras impressões sobre a confidencialidade e suas exceções na lei de mediação brasileira. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.) **Justiça Multipartas**: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Justpodivm, 2016, p. 562.

50 SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 96.

51 BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação**: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA, 2017, 2017, p. 91-92.

52 MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida; PANTOJA, Fernanda Medina (Coord.). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 112.

53 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SOUZA, Mariana Freitas de. Primeiras impressões sobre a confidencialidade e suas exceções na lei de mediação brasileira. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.) **Justiça Multipartas**: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Justpodivm, 2016, p. 564.

54 RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **A mediação judicial no Brasil**: avanços e desafios a partir do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 71-72.

contrato, com o pagamento de perdas e danos pela parte descumpridora do dever. Por outro lado, se a quebra da confidencialidade ocorrer por parte do mediador, será aplicada a sanção correspondente ao Código de Conduta para Mediadores. O mediador judicial que viole a confidencialidade terá uma grave punição: a exclusão do cadastro<sup>55</sup>, nos termos no art. 173 do Código de Processo Civil. Para fins penais, não se pode esquecer que a Lei de Mediação, em seu art. 8º, prevê que o mediador é equiparado a servidor público.

Para Murilo Francisco Centeno, levando a questão para a seara dos conflitos da Administração, considera que, embora constitua um importante preceito dos processos de autocomposição assistida, a confidencialidade é inaplicável à autocomposição no âmbito da Administração Pública<sup>56</sup>. Lucio Picanço Facci, entende diversamente, no sentido de que excepcionalmente possa ser relativizado o princípio da publicidade em razão da confidencialidade, desde que devidamente justificadas e enquadradas as hipóteses em que a Lei de Acesso à informação resguarde o sigilo das informações<sup>57</sup>.

Há ainda, outra posição, que leva em conta dois tipos de confidencialidade: interna e externa. A confidencialidade externa diz respeito ao que acontece dentro da mediação, como por exemplo, o valor do acordo entabulado na mesa de negociação e na presença das partes e do mediador. Já a interna diz respeito às sessões de *caucus* (sessões privadas), em que só podem ser reveladas as informações consentidas pela parte que está individualmente em conversa privada com o mediador, como por exemplo, um ressentimento com relação à postura do outro participante. Segundo Humberto Dalla e Mariana de Souza, “se justifica como forma de preservar os atores daquele processo de qualquer exposição pública acerca da disputa ali travada”<sup>58</sup>.

Para essa posição, o procedimento de Mediação deve ser confidencial quanto ao procedimento interno, dando-se publicidade aos termos do acordo para os órgãos de controle possam desempenhar o seu papel. Aos participantes, deve estar garantida a segurança para preservar seus relatos, bem como para proteger o próprio processo de mediação. Assim, na conjugação entre publicidade e confidencialidade, deve prevalecer a confidencialidade interna, ligada à necessária confiança que as partes devem depositar no mediador, sem

55 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 210.

56 CENTENO, Murilo Francisco. **Meios adequados de resolução de conflitos administrativos: A experiência da câmara de conciliação e arbitragem na administração federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 139.

57 FACCI, Lucio Picanço. **Meios adequados de Resolução de Conflitos Administrativos: a experiência da câmara de conciliação e arbitragem da Administração Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 156.

58 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SOUZA, Mariana Freitas de. Primeiras impressões sobre a confidencialidade e suas exceções na lei de mediação brasileira. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.) **Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Justpodivm, 2016, p. 567.

que isso implique prejuízo ao princípio da publicidade, pois “pouco tem a contribuir para o direito de informação dos cidadãos e o dever de transparência da atividade administrativa, uma vez que apenas visa a dar impulso ao processo mediativo”<sup>59</sup>. No que diz respeito ao advogado público, responsável por participar das tratativas negociais, por consequência lógica, precisa ser garantido o direito de expor questões jurídicas e não jurídicas imbricadas no conflito, sem que isso seja exposto posteriormente.

Portanto, não há incompatibilidade entre o princípio da confidencialidade da Mediação e o princípio da publicidade da Administração Pública. Na verdade, os dois princípios convivem de forma harmônica, não sendo entraves para a viabilização dos meios consensuais quando o Poder Público esteja de alguma forma envolvido em controvérsias.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como propósito explicar de forma objetiva a virada consensual no âmbito da Administração Pública, sobretudo no que diz respeito à inserção da autocomposição como forma possível de solução de controvérsias no setor público, especialmente a mediação.

Inicialmente, descreveu-se o desafio de adaptar as prerrogativas gerenciais da Administração Pública aos novos preceitos autocompositivos vigentes, que dispensa o terceiro como tomador da decisão e chama às partes para a formulação de opções possíveis para seus conflitos.

Explicou-se que o modelo tradicional de solução de controvérsias, pautada pela sentença de um juiz nem sempre se apresenta mais adequado, principalmente por não oportunizar que o cidadão possa ativamente buscar soluções amigáveis perante a Administração Pública e que há um novo modelo de tratamentos de conflitos no âmbito da Administração Pública, denominado mediação, pautado nas ideias de consensualismo e na cidadania ativa.

Apontado com entrave, o princípio da publicidade convive harmonicamente com a confidencialidade interna, necessária ao processo de mediação, sem que isso implique qualquer prejuízo ao regime jurídico administrativo, já que não viola o direito de informação do cidadão nem o da transparência da atividade administrativa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como

59 DI SALVO, Sílvia H. P. G. J. **Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 97.

- meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, D.F., 29 jun. 2015. p.1.
- BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira**. São Paulo: CLA, 2017, 2017, p. 91-92.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Reforma da administração pública e globalização: a interligação entre os eventos**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56, p. 265-280, jan./jun. 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25-28.
- CENTENO, Murilo Francisco. **Meios adequados de resolução de conflitos administrativos: A experiência da câmara de conciliação e arbitragem na administração federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. **Revista de Direito dos Advogados da União**, Brasília, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em 24 set 2016.
- Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2019: ano base 2018. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee-6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf> Acesso em 26 jun. 2020.
- 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.
- DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; DE SOUZA, Mariana Freitas. Primeiras impressões sobre a confidencialidade e suas exceções na lei de mediação brasileira. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.) **Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Justpodivm, 2016.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. **A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público**. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>> Acesso em 23 set 2016.
- EGGER, Ildemar. **O papel do Mediador**. Disponível em: <http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm>. Acesso em 20 abr. 2016.
- EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**. Porto Alegre, v. 36 nº 75, p.55 74, 2015.
- FACCI, Lucio Picanço. **Meios adequados de Resolução de Conflitos Administrativos: a experiência da câmara de conciliação e arbitragem da Administração Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 156.
- 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: 01 set. 2020.
- HERINGER, Mauro Brant. **Política Judiciária Nacional Resolução n. 125/2010 do CNJ e a sua efetividade como política pública para redução da judicialização dos conflitos**. Mestrado Profissional em Poder Judiciário FGV Direito Rio. 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9791/Mauro%20Brant%20Heringer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 24.jul.2020.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Mediação e Autocomposição: Considerações sobre a lei nº 13.140/2015 e o Novo CPC. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo. Ano

XII. nº 97, set-out. 2015.

GOULART, Juliana Ribeiro. **Concretização do acesso à justiça**: a mediação judicial e o reconhecimento do ofício do mediador judicial no Brasil. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento Lima Júnior. Os desafios da Mediação no Brasil. In: NASCIBENI, Asdrubal Franco. BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coord.). **Temas de mediação e arbitragem**, São Paulo: Lex. Editora, 2017. p. 51-70.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida; PANTOJA, Fernanda Medina (Coord.). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 112.

MOTTA, Fabrício. **Publicidade e Transparência são conceitos complementares**. 01 de fevereiro de 2018. Site Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 1, e1948, 2020. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322020000100401&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322020000100401&lng=pt&nrm=iso). acessos em 24 jul. 2020. Epub 23-Mar-2020.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 96.

SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. *A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse*. 5 U. St. Thomas L.J. 665 (2008). Disponível em: <http://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ustlj>.

SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. **Breves Comentários ao Código de Processo Civil de 2015**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: \_\_\_\_ (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no Direito. Buenos Aires: Angra, 1998.

\_\_\_\_. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.) et al. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover** São Paulo:DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. Depoimento. In **Solução de Conflitos**. Caderno FGV Projetos. Ano 12, nº 30, abril/maio 2017. Disponível em: [https://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2017/04/Cadernos-FGV-Projetos\\_30\\_solucaodeconflitos.pdf](https://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2017/04/Cadernos-FGV-Projetos_30_solucaodeconflitos.pdf). Acesso em: 26 jul. 2020.

### 3. A MEDIAÇÃO COMO GARANTIA PARA A SOCIEDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS IMPACTADOS PELO COVID-19

Gabriel Sell Ribeiro

Pós-Graduado em Direito Tributário pela FGV. Exerceu o mandato de Deputado Estadual, no estado de Santa Catarina, na 18ª legislatura do parlamento catarinense, (fevereiro/2015 a janeiro/2019). Mestrando em Direito Administrativo e Administração Pública, pela Universidade de Buenos Aires – UBA (2019) e Advogado.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. A dignidade da pessoa humana como valor fonte na sociedade moderna; 3. Um novo direito administrativo: mais humano, participativo e consensual; 4. A aplicação da mediação nos contratos administrativos; 5. Considerações finais; Referências.

#### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O mundo não é mais o mesmo depois de 2020. A doença infecciosa humana causada pelo novo coronavírus (Covid-19), que foi reportada de forma oficial pela primeira vez, em 31 de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, província de Wubei, na China, colapsou o planeta. Fez cair por terra os sólidos e robustos pilares da sociedade moderna, trazendo um cenário de incerteza e desesperança para o homem e, conseqüentemente, para o direito.

Vive-se um tempo em que o que fora estabelecido outrora já não vale mais e o que valerá para frente tampouco se sabe. A única certeza que se tem hoje é que o maior patrimônio do ser humano é o direito à vida.

Por certo é também, que o marco legal desta mudança no mundo, aconteceu em 30 de janeiro de 2020, com a declaração de emergência em saúde pública, de importância internacional, pela Organização Mundial da Saúde, em decorrência da doença causada pelo Covid-19 (Sars-Cov-2). Pouco depois, com a disseminação descontrolada do vírus à nível global, a mesma organização elevou o estado da contaminação à pandemia.

A partir de então, de modo geral, países fecharam fronteiras, escolas paralisam as aulas, serviços foram suspensos, contratos paralisados e o homem moderno passou a viver um momento de exceção, decorrente de uma crise sem precedentes em saúde pública, que desgarrou para economia e todos os outros setores.

As medidas de isolamento e distanciamento social adotadas para o en-

frentamento da pandemia, causaram ainda mais danos à sociedade e o Direito Público. Tudo se desequilibrou e as relações pactuadas outrora, em tempos de paz e normalidade, foram desconstruídas, voltando em sua grande maioria à estaca zero. Isto é, o que era necessário e essencial deixou de ser e o que não era passou a ser.

No Brasil, a declaração de emergência em saúde pública de importância nacional foi feita pelo Ministério da Saúde, através da Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020,<sup>1</sup> e o reconhecimento do estado de calamidade pública do país, por meio do Decreto Legislativo nº 06 do Senado Federal,<sup>2</sup> nos termos da solicitação do Presidente da República, encaminhada na Mensagem nº 93, em de 18 de março de 2020.<sup>3</sup>

Dentro desse cenário pandêmico, está o Direito Administrativo e um sem número de implicações jurídicas afetadas e impactadas pela Covid-19. E segundo Rafael Rezende Oliveira, há “no estado de necessidade administrativo, a preterição das regras que são aplicadas ordinariamente à Administração Pública, abrindo-se caminho para aplicação de uma legalidade excepcional ou alternativa”.<sup>4</sup>

Assim, o objeto do presente artigo limita-se à análise dos efeitos causados pela pandemia na execução dos contratos administrativos e a alternativa de uso seguro do instituto interdisciplinar contemporâneo da mediação, oriundo do Direito Privado, na via interna da administração pública, pelas autoridades competentes, como forma de propor uma solução pacífica para os impasses contratuais com as empresas privadas, evitando, deste modo, a judicialização do problema.

Para tanto, toma como base o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os fundamentos do Direito Administrativo, com a finalidade de buscar um ponto de equilíbrio nos aspectos econômicos e financeiros contratuais, mas, a acima tudo, assegurando o respeito ao valor social do contrato e aos direitos humanos.

- 1 BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 188, de 03 de fevereiro de 2020.** Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>.
- 2 BRASIL, Senado Federal. **Decreto Legislativo nº. 06, de 20 de março de 2020.** Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 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 nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm).
- 3 BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº. 93, de 18 de março de 2020.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>.
- 4 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 68, n. 18, p. 09-23, mar. 2020. Pg. 11.

## 2. A DIGNIDADE DA PESSOA COMO VALOR FONTE NA SOCIEDADE MODERNA

Tão certo quanto o impacto da Covid-19 no Brasil e no mundo, é o texto da Constituição Federal de 1988, que previu o direito à vida como fundamento de todo o cidadão, segundo disposição do seu artigo 5º, *caput*.<sup>5</sup>

Indo mais além, a Carta Maior elevou a dignidade da pessoa humana como valor fonte de todo o sistema jurídico, colocando-a como prioridade número um da República e do Estado Democrático de Direito, segundo se depreende do art. 1º, inc. II.<sup>6</sup>

E tudo isso se deu, face o movimento de valoração dos direitos humanos decorrente do pós-guerra, fazendo frente às atrocidades nazifascistas e aos horrores vividos pela humanidade no holocausto. O resultado catastrófico da guerra e o momento de exceção, transformou o pensamento e o ideal humano, com a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fonte a ser preservado, respeitado e garantido dentro do sistema normativo.

Essa concepção tem raízes nos pensamentos e lições do filósofo Immanuel Kant, que deu a base para que os direitos humanos fossem incorporados nas Constituições modernas. Para ele, o ser humano tem consciência de seus atos e isso lhe traz responsabilidades, sendo, deste modo, livre e capaz de fazer sua própria lei.<sup>7</sup>

Assim, o ápice do movimento humanista no mundo aconteceu em 10 de dezembro de 1948, com a terceira Assembléia Geral das Nações Unidas, a qual aprovou o documento intitulado Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>8</sup>

No Brasil, somado a isso, a valoração dos direitos humanos e a dignidade da pessoa foram fruto de 21 anos de regime militar autoritário experimentado pela sociedade brasileira. Tais eventos serviram de anseio e inspiração para a formação da Constituição Cidadã, em 05 de outubro de 1988, parametrizando e irradiando os ideais humanistas sobre todo o seu arcabouço normativo.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana nasce para proteger

---

5 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais ns. 1/1992 a 107/2020, pelo Decreto Legislativo ns 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão ns. 1 a 6/1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

6 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

7 Para Kant o ser humano, o homem, jamais pode ser utilizado como meio para a vontade de outros, mas sempre como um fim, “existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que dirigem aos outros seres racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como fim”. KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica do costume**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

8 ONU. **Declaração Universal dos Direito Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.

o ser humano, mantendo e preservando o viver com dignidade, com o respeito recíproco e a busca da felicidade pelo homem. A sua adoção no universo jurídico estabelece uma nova forma de pensar e se relacionar o Direito.

Dentro desse escopo, o princípio da dignidade humana opera de forma a solucionar conflitos de forma pacificadora, orientando as opções a serem realizadas no caso concreto, colocando as pessoas em primeiro lugar.

Ou seja, com a calamidade pública decorrente da Covid-19, tal valor se agiganta e sobressai no ordenamento jurídico, servindo de base e pedra de toque para as instituições e os intérpretes na construção do novo direito e na reorganização jurídica, política, econômica e social, das relações de natureza pública e privada, afetadas e desequilibradas neste momento extraordinário.

Isso quer dizer, que a instabilidade jurídica e os conflitos existentes devem ser resolvidos sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e do respeito ao homem. É por meio deles que será alcançado o reequilíbrio da federação, que já passa por um profundo processo de transformação através de recente decisão Supremo Tribunal Federal, no controle judicial das medidas administrativas adotadas pela União para enfrentamento da crise do coronavírus.<sup>9</sup>

Com esta nova interpretação dada pela corte de justiça guardiã da Constituição Federal, o federalismo brasileiro voltasse para uma forma centrífuga, de mais independência e autonomia dos entes federativos e menos poderes centralizados e concentrados na União. É uma forte mudança de paradigma, para não se dizer histórica, que reconhece e valoriza a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais das distintas realidades dos cidadãos brasileiros.

Representa uma reconfiguração da organização e da ordem nacional, uma vez que fragmenta e reparte, na prática, o então poder reinante e absoluto federal, com Estados e Municípios, respeitando, assim, as diferentes realidades e dificuldades vividas pelas pessoas e pelos entes públicos locais na pandemia, em cada canto do país. É uma clara e evidente valoração da dignidade da pessoa humana. Uma expressão manifesta do pensamento de Kant no Brasil pandemia e pós-pandemia!

### **3. UM NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO: MAIS HUMANO, PARTICIPATIVO E CONSENSUAL**

Se a República Federativa passa por uma profunda e macro transformação do seu regime de competências, efetivando-se a divisão concorrente de

9 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6341, julgou que os efeitos da Medida Provisória nº 926/2020, não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

atribuições nas relações jurídicas existentes entre os entes públicos, para se adequar às demandas do coronavírus, é natural que o Direito Administrativo também passe por esse mesmo processo internamente.

Aliás, o Direito Administrativo já é acostumado com eventos traumáticos e disruptivos desde a sua formação, no fim do Séc. XVIII, com a Revolução Francesa e a separação dos poderes, idealizado pelo Barão de Montesquieu, no Livro XI, Capítulo IV, do famoso livro *“De L’ Esprit des Lois”*. Para o grande jurista Francês “existem em qualquer estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito público e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil”.<sup>10</sup>

Daí exsurge e se desenvolve o Direito Administrativo, caminhando ao lado do Estado Liberal, talhado sobre o ideal revolucionário e sobre as vigas mestres dos princípios da igualdade e da liberdade. Foi com a criação da jurisdição do contencioso administrativo, de natureza jurisprudencial pretoriana que ele se moldou, ganhando independência e vida própria sem a ingerência e interferência do Poder Judiciário, respeitando e sendo construindo sempre dentro do princípio da reserva legal.

Tem assim, por origem, uma infância muito difícil, traumas profundos e variadas contradições. O grande Professor Português Vasco Pereira da Silva,<sup>11</sup> em brilhante metáfora, divide ela em 03 (três) fases diferentes:

1 – a fase do ‘pecado original’, correspondente ao período do seu nascimento e que vai apresentando distintas configurações até chegar ao sistema da ‘justiça delegada’, sendo esta última modalidade que se vai impor como paradigma do modelo de Estado Liberal;

2 – a fase do ‘baptismo’, ou da plena jurisdicionalização do Contencioso Administrativo, renunciada na transição dos séculos XIX para o XX, e cujo apogeu vai ficar associado ao modelo de Estado Social;

3 – a fase do ‘crisma’ ou da ‘confirmação’, caracterizada pela reafirmação da natureza jurisdicional do Contencioso Administrativo, mas acompanhada agora pela acentuação da respectiva dimensão subjetiva, destinada à proteção plena e efetiva dos direitos dos particulares, que corresponde à actual situação da Justiça Administrativa no Estado Pós-social. Fase esta que pode ser dividida em dois períodos: o da constitucionalização (que tem os seus primórdios com a Lei Fundamental alemã de 1949 – ainda em pleno modelo de Estado Social -, mas que vai se desenvolver e expandir pelos demais países europeus, atingindo o seu apogeu com o Estado Pós-Social, já nas décadas de 70 e de 80 do século XX (...); e o da europeização (relativo, em especial, aos finais do século XX e inícios do século XXI), que decorre do surgimento de um Direito Europeu do Contencioso Administrativo (...).

10 MOTESQUIEU. *De L’ Esprit des Lois*. Vol. I. Garnier-Flammarion, Paris: 1979. Pg. 294.

11 SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. Pg. 12.

Pode-se afirmar seguramente que o Direito Administrativo tem arraigado em seu DNA, desde a concepção, o espírito desafiador de encontro do equilíbrio nas relações humanas, buscando soluções justas para os conflitos da sociedade, no atendimento primordial do interesse público. Com a Covid-19, mais uma vez na história o complexo sistema administrativo foi implodido, restando ruínas, fumaça preta e muito entulho. Guardadas as devidas proporções, um cenário semelhante ao da Revolução na França ou do pós-guerra na Europa.

Pois como um ramo autônomo do Direito, ele é responsável pela organização e pelo poder-dever do Estado, sendo o responsável por estabelecer as prerrogativas e os privilégios da Administração Pública na sua estruturação e relação com os cidadãos.

Ocorre que com as incertezas e os desacertos da pandemia, grande parte dos seus compromissos e contratos foram impactados, com prejuízos às partes e, principalmente, ao interesse público. E estes efeitos no Brasil são potencializados, quando tomasse por base as distintas realidades dos 26 Estados membros, do Distrito Federal e dos 5571 Municípios existentes.

Mas assim como fênix, o pássaro da mitologia grega que entrava em autocombustão para depois de um tempo ressurgir das cinzas, o Direito Administrativo também já deu provas na história que fez igual, pois tem como fim precípua o atendimento do bem comum.

No início da crise, para atender esta nova “realidade pandêmica” no Brasil, entrou em vigor, em 06 de fevereiro de 2020, a Lei nº 13.979/2020, que criou um regime diferenciado de contratações no setor público brasileiro, conferindo mais celeridade e transparência ao processo de compras.<sup>12</sup>

A referida lei desburocratizou o sistema, conferindo espaço para soluções dinâmicas para a administração pública, na esteia e dentro das necessidades para o enfrentamento do coronavírus, enquanto perdurasse o estado de calamidade pública nacional. Este novo diploma legal, veio para romper com os rígidos e arcaicos ditames da Lei 8.666/1993, que disciplina o regime licitações para as contratações públicas.<sup>13</sup>

Exemplo disso é o tratamento conferido à hipótese de dispensa de licitação, que no regime anterior, na forma do art. 24, inc. IV, da lei das licitações, era mais limitado e cheio de requisitos. Com a disciplina do art. 4º, da Lei nº. 13.979/2020 (e os arts. 4º-C, 4º-D, 4º-E e 4º-F, todos incluídos pela Medida

12 BRASIL. Lei nº. 13.979, de 06 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm).

13 BRASIL. Lei nº. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm).

Provisória 926, de 20 de março de 2020), a dispensa de licitação para a aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública ficou sem a necessidade de apresentação de estudos preliminares e uma série de outras formalidades.

Entretanto o que era para ser uma regra temporária e transitória, acabou atendendo aos anseios do setor público de forma geral, encurtando prazos e simplificando a validação de etapas, fazendo, assim, fluir com mais eficiência toda a engrenagem da administração. Talvez esta fosse uma das grandes demandas do setor público nacional, que aguardava a muitos anos por uma reforma em todo o sistema de contratações. Esta talvez seja também uma das contradições do trauma da crise da Covid-19 no Direito Administrativo Contemporâneo. Portanto, já pode-se afirmar que a pandemia não foi de todo mal, trazendo e incorporando mecanismos com mais agilidade e resultado para a organização do Estado.

Por outro lado, não fosse apenas pela necessidade e urgência na contratação de produtos e serviços para a contenção da Covid-19, os gestores públicos se viram e veem mergulhados num mar de incertezas e insegurança quanto ao cumprimento dos contratos administrativos firmados antes da pandemia.

Compromissos vigentes, de curta e longa duração, foram paralisados e atingidos por ato unilateral do próprio gestor, que os considerou não essenciais para o atendimento das suas finalidades, por força da supremacia do interesse público, usando da exorbitância da revisão unilateral.

Este é outro fato que por si só já carrega inúmeras contradições, pois gerou uma quebra da avença contratual e ocasionou prejuízos econômicos e sociais às empresas privadas contratadas. Por sua vez, presume-se que este ato esteja devidamente motivado pela autoridade pública, para não ser interpretado num futuro próximo como um ato ímprobo, por órgãos de controle da administração.

Entretanto, este panorama vem gerando inúmeras discussões e conflitos entre as partes, que tendem a desembocar nas fileiras do Poder Judiciário em longas e penosas demandas judiciais.

Desta maneira, o Direito Administrativo busca socorro na incorporação de institutos interdisciplinares contemporâneos para a solução jurídica destes desacertos e impasses contratuais, de modo a preservar o interesse público e o reequilíbrio contratual entre as partes.

Dentro deste prisma, surge o instituto da mediação na administração pública, como uma alternativa legítima de autocomposição de conflitos entres entes públicos e empresas privadas, já previsto no ordenamento jurídico no

artigo 32, da Lei nº. 13.140/2015.<sup>14</sup>

A mediação na administração pública vai ao encontro do sentimento de cooperação e solidariedade que a sociedade e o mundo demandam. Traz para o universo do Direito Público uma possibilidade de soluções menos custosas para o Estado, eliminando riscos e criando alternativas de ajustes e compromissos, dentro da observância e do respeito à mais estrita legalidade, de acordo com a vontade e a necessidades das partes.

Valoriza a dignidade da pessoa humana, com a participação ativa dos agentes interessados no processo de resolução do conflito, dando azo para o caminho da consensualidade, que representa economia de dinheiro público e a tomada de decisões em harmonia.

E foi essa a intenção do legislador, ao promover a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a aprovação da Lei nº 13.655 ainda no ano de 2018, muito antes da Covid-19, quando previu a possibilidade da celebração de compromissos entre gestores públicos e interessados para a eliminação de irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas dentro da esfera do Direito Público.<sup>15</sup>

A rigor da matéria, a LINDB inaugurou novos institutos dentro da legalidade do Direito Público brasileiro, conforme arrematam José Sérgio Cristóvam e Thanderson Pereira de Sousa:<sup>16</sup>

Com isso, o gestor público pode mesmo acabar incentivado a abandonar sua indevida omissão defensiva e inovar em condutas que, essencialmente, conformem a eficiência administrativa e tendam à concretização do interesse público. Nada obstante, o desimpedimento para práticas inovadoras e o estímulo ao protagonismo da Administração não podem conduzir à desobediência da legalidade, aqui entendida em sentido amplo.

14 Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta – BRASIL. Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm).

15 Artigo 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial – BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm).

16 CRISTÓVAM, José Sérgio; SOUSA, Thanderson Pereira de. **Segurança jurídica no âmbito da gestão pública: a LINDB e o necessário retorno do pêndulo**. 2020. No prelo.

É por isso que a mediação se encontra num ambiente de fala convergente às boas práticas do Direito Administrativo moderno, pois elimina excessos formais e preconiza a participação dos sujeitos públicos e privados na construção de meios consensuais e legais para o atendimento do interesse público. Ou seja, falar em mediação na administração pública é falar em respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. É falar em Direito Administrativo Contemporâneo talhado nos fundamentos do cidadão.

#### 4. A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A mediação é amplamente utilizada no Direito Privado, como um meio de autocomposição pacífica de conflitos, onde as partes elegem um terceiro chamado de mediador, para atuar de forma imparcial, independente e sigilosa, retomando o diálogo e satisfazendo os interesses. É indicada para conflitos onde há vínculos longos e continuados, preservando as relações e restabelecendo o canal de comunicação de forma extremamente consensual.

Assim o mediador não assume o papel decisório na resolução do conflito, porquanto fica na posição apenas de facilitador e cooperador. Cabe às partes encontrarem meios para a composição da relação, sopesando seus objetivos e interesses. O traço marcante da mediação é a agilidade, a flexibilidade, o sigilo e o baixo custo.

O conceito de mediação é definido claramente pelo parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº. 13.140/2015, como sendo a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Quanto à natureza jurídica da mediação, Adolfo Braga Neto,<sup>17</sup> afirma:

[...] é contratual, posto ser duas ou mais vontades orientadas para um fim comum de contratar um profissional para que este as auxilie a produzir consequências jurídicas, extinguir ou criar direitos, baseados nos princípios da boa fé e da autonomia das vontades, preservando durante seu procedimento o da igualdade das partes, pressuposto processual do direito pátrio brasileiro.

Como contrato pode ser classificado como plurilateral por estarem ajustadas no mínimo 3(três) pessoas físicas ou jurídicas. Consensual, uma vez que nasce do consenso entre as partes envolvidas. Informal, visto pressupor regras flexíveis de acordo com os interesses das partes. Oneroso, posto ser objeto de remuneração ao profissional que colaborará com os

17 BRAGANETO, Adolfo. **Alguns aspectos jurídicos sobre a mediação de conflitos**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/alguns-aspectos-juridicos-sobre-a-mediacao-de-conflitos/>. Acesso em: 04 set. 2020.

mediados. Na verdade é um contrato de prestação de serviços, no qual de comum acordo as partes contratam um mediador para que as auxilie na busca de soluções para o conflito que estão enfrentando. Ele, portanto possibilita a criação de um contrato a futuro ou compromissos assumidos a futuro, constituindo-se seu objetivo principal.

A mediação está ao lado da negociação e da conciliação dentre os meios de autocomposição de conflitos, porém apresenta algumas distinções. Na negociação a composição é feita diretamente pelas partes e a busca é pela melhor solução para o conflito, independente do interesse das partes. Com efeito, a mediação se molda somente pelo interesse das partes.

Já a conciliação possui muitas similitudes com a mediação, pois exige a presença obrigatória do facilitador, que igualmente orienta as partes para a retomada do diálogo e a consensualidade. No entanto, o conciliador pode conduzir as partes para as soluções previamente apresentadas para a resolução do impasse no caso concreto, ou seja, ele pode propor acordos, enquanto na mediação isto não é permitido. O papel do mediador, por sua vez, é de elo de ligação e conexão dos mediados.

Por sua vez, existe ainda a arbitragem como mecanismo de pacificação de conflitos. Ela é considerada pela doutrina uma forma heterocompositiva, de jurisdição privada, aonde um terceiro, denominado “arbitro”, decide a demanda, conforme um compromisso anteriormente firmado no contrato ou na cláusula arbitral pré-definida, expedindo ao final uma sentença arbitral, que vale como título executivo judicial.

Muito embora a arbitragem seja um poderoso instrumento para a resolução de conflitos e não judicialização de demandas entre os particulares e a administração pública, a mediação ainda responde com maior eficácia e precisão na gestão dos problemas contratuais decorrente do Covid-19 no setor público, dado o seu dinamismo e amplitude. Na arbitragem a produção de provas torna o procedimento extremamente complexo e custoso para todos.

A respeito da privacidade da mediação e a sua contraposição com o princípio da publicidade no Direito Administrativo, este deve prevalecer. Entretanto, a análise do caso concreto, dentro do juízo de proporcionalidade, pode fazer com que a exceção dê lugar à regra e mantenha sob sigilo o procedimento e os termos da mediação. O interesse público é o que deve pautar.

A mediação pode ser dividida em institucional, com regras pré-definidas por um regulamento de uma instituição ou pode ser *ad hoc*, definida conforme os critérios das partes em consenso com o mediador.

Dentro da esfera legal, o uso da mediação pela administração pública foi inaugurado no cenário nacional por meio da Resolução nº. 125 do CNJ – Con-

selho Nacional de Justiça<sup>18</sup> e através do Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015).<sup>19</sup>

Mas foi com o advento da Lei 13.140/2015, que a mediação foi positivada no Direito brasileiro, inclusive para aplicação no setor público, o que lhe conferiu maior segurança jurídica. Para o tema proposto, importante ressaltar o §5º, do art. 33 que dá competência às câmaras de mediação para a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pelos entes públicos com particulares.

O caminho para a legalidade do instituto no âmbito do Direito Público nos contratos administrativos impactados pela pandemia é através da formalização de termo aditivo aos contratos, com o acréscimo, devidamente motivado, de cláusula de compromisso de mediação pelas partes, prevendo, no caso específico, o valor a ser pago ao profissional ou instituição mediadora.

A contratação desse profissional ou instituição (câmara ou tribunal de mediação) é plenamente justificada por dispensa de licitação, na forma do art. 4º, da Lei 13.979/2020, uma vez que seus serviços se enquadram dentro do desiderato da referida norma legal, qual seja, para suprir a demanda decorrente da pandemia do coronavírus.

Com a aplicação da Lei da Mediação em conjunto com a Lei nº. 13.655/2018 (LINDB), há um reforço normativo no uso da mediação nos contratos administrativos, porquanto dá base legal, dialógica, colaborativa, cooperativa, humana, participativa, dinâmica no rumo da consensualidade, de forma a permitir uma solução dentro da esfera de interesse das partes contratantes, sendo uma alternativa para os conflitos nos contratos administrativos.

A artigo 26 da Lei acima referida, abre ainda para a construção de outras modalidades de mediação na administração pública, com a participação direta dos órgãos jurídicos internos da administração, logicamente, com a ciência e autorização das empresas privadas contratadas e a presença de relevante interesse público.

O Direito Administrativo Contemporâneo clama por respostas rápidas e inovadoras, que respeitem as partes e atendam ao interesse da sociedade, com a manutenção de serviços essenciais num período de transformações e carências por todos os vieses.

A mediação tem se mostrado uma poderosa arma para esse fim, trazendo

---

18 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>.

19 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

ferramentas e técnicas do Direito Privado para dentro do setor público, combatendo os nefastos efeitos da pandemia do Covid-19.

Por outro lado, dá ao gestor público a segurança jurídica extremamente necessária na repactuação de contratos administrativos, servindo de escudo e garantia para eventuais questionamentos acerca da legalidade e finalidade do ato.

Para a empresa, também se mostra uma ferramenta importante, pois dá a possibilidade de construção de saídas que lhe garantam a readequação econômica e financeira do contrato, bem como a manutenção dos empregos dos seus colaboradores. Isto é, somado à tudo, a mediação pode vir para atender a finalidade social do contrato.

Seja como for, a mediação se encaixa na nova realidade do Direito Público brasileiro e mundial, podendo ser a tábua de salvação para a manutenção dos contratos administrativos e para a continuidade da prestação de serviços essenciais aos cidadãos, evitando, finalmente, que tudo acabe sendo decidido, por um terceiro, dentro do Poder Judiciário.

Derradeiramente, a Covid-19 é mais um capítulo na difícil história de vida do Direito Administrativo, mais um trauma a ser superado, como afirmou o Prof. Vasco. Porém, como em outros difíceis momentos, pode ela mesma vir a se tornar a força motriz para as grandes mudanças estruturais do Estado moderno, contradizendo-se mais uma vez, e mostrando para o homem que não existem soluções prontas e rótulos feitos, mas sim construídas com a participação, o conhecimento e a criatividade de todos, como é a mediação.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Covid-19 trouxe repercussões em toda a sociedade moderna, afetando a vida privada das pessoas, bem como a organização das estruturas públicas. O risco à saúde do ser humano transcendeu para outras perspectivas e dimensões, colocando em xeque situações consolidadas e compromissos estabelecidos, que envolvem o interesse público, a segurança jurídica e a paz social.

Com a pandemia, o Direito passou a ser aplicado em regime de exceção, o que exige dos intérpretes e das instituições a busca por soluções jurídicas extraordinárias para os conflitos gerados, principalmente nos contratos administrativos.

Neste momento é que deve prevalecer os fundamentos normativos, como conquistas da sociedade ao longo do tempo e da sua evolução, a fim de garantir a prossecução dos verdadeiros objetivos do povo, manifestados e assegurados por meio do Poder Constituinte Originário. Dentre os fundamentos e valores normativos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana

orienta e conduz à busca por soluções pacíficas das controvérsias.

Assim, o uso da mediação no setor público, como alternativa para a resolução de conflitos decorrentes do Covid-19, encontra ampla base constitucional. Da mesma forma é no plano infralegal, tendo como marco a Resolução nº. 125 de 2010, do Conselho Nacional de Justiça e, posteriormente, o Novo Código de Processo Civil de 2015. Por fim, restou expressamente prevista para aplicação pela administração pública por meio da Lei nº. 13.140/2015.

Noutra frente, as alterações promovidas pela Lei nº. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução as Normas ao Direito Brasileiro (LINDB), deu impulso ao instituto. Ademais, no período de exceção, a contratação de profissional ou instituição habilitada encontra amparo na Lei nº. 13.979/2020.

O momento demanda por ações coordenadas e criativas dos entes públicos, que podem encontrar no uso devidamente motivado da mediação, o caminho legal, transparente, moral, eficaz e consensual, para a manutenção dos contratos administrativos e serviços públicos de interesse da sociedade brasileira.

A mediação representa o respeito aos princípios basilares do Direito Administrativo, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e, o mais importante, coloca a dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser alcançado, tirando do papel o tão sonhado e imaginado modelo de gestão pública gerencial.

## REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo. **Alguns aspectos jurídicos sobre a mediação de conflitos. Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/alguns-aspectos-juridicos-sobre-a-mediacao-de-conflitos/>. Acesso em: 04/09/2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais ns. 1/1992 a 107/2020, pelo Decreto Legislativo ns 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão ns. 1 a 6/1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Lei nº. 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**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2018/l13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2018/l13655.htm).

gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.979, de 06 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.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº. 93, de 18 de março de 2020.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Decreto Legislativo nº. 06, de 20 de março de 2020.** Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 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 nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº. 188, de 03 de fevereiro de 2020. **Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ 125, de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 01 set. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio; SOUSA, Thanderson Pereira de. **Segurança jurídica no âmbito da gestão pública: a LINDB e o necessário retorno do pêndulo.** 2020. No prelo.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica do costume.** Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

MOTESQUIEU. **De L' Esprit des Lois.** Vol. I. Garnier-Flammarion, Paris: 1979.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise:** ensaio sobre as ações no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 68, n. 18, p. 09-23, mar. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://naacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

## 4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE E COMBATE À CORRUPÇÃO

**Mateus Bertoncini**

Professor do Corpo Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Professor Titular de Direito Administrativo do Centro Universitário Curitiba. Professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Mestre (2002) e Doutor (2004) em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Estágio Pós-Doutoral em Direito junto à Universidade Federal de Santa Catarina (2014). Estágio Pós-Doutoral em Direito junto à Universidade de Coimbra (2020). Líder do Grupo de Pesquisa “Cidadania, a Nova Redação da LINDB e o Direito Administrativo” (CNPq/UNICURITIBA). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

**Joice Bontorin**

Pós-graduada em Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Compreensão clássica da Inteligência Artificial; 2.1 Abordagem da IA por John Searle; 2.2 Inteligência biológica artificializada; 2.3 Considerações sobre a Inteligência Artificial fraca; 3. Ética para a civilização tecnológica; 4. Corrupção sistêmica e principais pontos da legislação de combate à corrupção; 4.1 Controle preventivo e repressivo no combate à corrupção no Brasil utilizando a Inteligência Artificial; 4.2 Estratégia nacional no combate à corrupção; 5. Considerações finais; Referências.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Está se tornando cada vez mais evidente para a sociedade brasileira contemporânea, que a corrupção na esfera pública existe e se constitui em um de seus maiores problemas – quando não o maior –, fonte de incontáveis injustiças, desigualdades, abandono e violência contra a população em geral, em benefício indevido de uma elite corrupta, acostumada historicamente a esse distorcido modelo de sociedade, antitético ao projeto de País previsto na Constituição da República, marcada por um consistente sistema de direitos fundamentais. Embora o Direito nacional seja dotado de um razoável conjunto de leis destinadas a prevenir e sancionar a corrupção, o resultado obtido na sua aplicação não tem sido suficiente para debelar o problema, o que parece exigir novos instrumentos para o seu enfrentamento, visando a sua máxima redução.

Nessa linha, denota-se que a Inteligência Artificial (IA) poderia trazer be-

nefícios nessa luta, posto que ela vem sendo gradativamente empregada no dia a dia das pessoas, como é o caso dos aplicativos de trânsito, que sugerem a melhor rota, das plataformas de *streaming*, de música ou filmes, em consonância com os interesses do consumidor, dos *sites* de compras, que oferecem diversas opções, dentre outras aplicações.

Basicamente a IA é, nos moldes em que é utilizada, uma simulação da capacidade humana de raciocinar, perceber e tomar decisões, por dispositivos que são alimentados previamente por informações, levando a máquina a se comportar de determinada maneira naquela situação.

No entanto, é necessário se fazer um bom uso dessa tecnologia, para que ela não se torne um problema, mas uma aliada na promoção da qualidade de vida e na preservação, no plano coletivo, de uma vida digna, inclusive das gerações futuras. Nessa perspectiva, há que se enfrentar uma questão fundamental quanto ao uso da Inteligência Artificial, qual seja, as premissas utilizadas na sua programação.

Nesse viés, a utilização da IA no controle preventivo, concomitante e repressivo da corrupção na esfera pública, parece exigir a criação de uma estratégia nacional para que se possa entender quais os parâmetros a serem estabelecidos, quais as informações devem ser inseridas, para que o Direito à informação, à privacidade, à imagem, à honra, dentre outros, sejam preservados. Enfim, há que se ter um significativo cuidado com os fundamentos éticos da programação dos instrumentos de Inteligência Artificial.

Nesse quadrante, o objetivo desse estudo é tentar, baseando-se na ética da responsabilidade de Hans Jonas,<sup>1</sup> referencial teórico indeclinável, articular o enfrentamento da corrupção como finalidade, por intermédio do emprego da IA, sem olvidar da preservação da vida humana digna, presente e futura, o que impõe aos homens públicos – *principalmente* – a promoção de políticas públicas efetivas de controle desse mal, que o Direito isoladamente não vem dando conta de oferecer respostas adequadas.

Pretende a pesquisa, em síntese, a partir de base teórico bibliográfica e mediante o emprego do método dedutivo responder ao seguinte problema: é possível conciliar-se as novas tecnologias – com destaque para a Inteligência Artificial –, o “princípio responsabilidade” e um projeto de combate à corrupção na esfera pública, nos limites próprios do Estado de Direito, de maior efetividade?

## 2. COMPREENSÃO CLÁSSICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O termo inteligência artificial (IA) surge com John McCarthy no seminário

1 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Contraponto, 2006. p. 60

de Dartmouth em 1956, mas o primeiro trabalho reconhecido como IA foi realizado por Warren McCulloch e Walter Pitts em 1943 na criação de neurônios artificiais e com Allan Turing, em seu revolucionário artigo de 1950, *Computing machinery and intelligence*, que já abordava temas da ciência da computação e cognição, se utilizando de algoritmos no ensino das máquinas<sup>2</sup>.

No livro “*Artificial Intelligence: A Modern Approach*”, Peter Norvig e Stuart Russel<sup>3</sup> afirmam que podemos visualizar algumas definições de IA, sendo as que: a) se relacionam ao processo de pensamento e raciocínio; b) se relacionam ao comportamento; c) medem o sucesso em termos de fidelidade ao desempenho humano; d) comparam o sucesso com o conceito ideal de inteligência, chamado de racionalidade.

Abaixo se apresenta uma figura, a título exemplificativo dos tipos de IA:

<b>Pensando como um humano</b>	<b>Pensando racionalmente</b>
<p>“O novo e interessante esforço para fazer os computadores pensarem (...) <i>máquinas com mentes</i>, no sentido total e literal.” (Haugeland, 1985)</p> <p>“[Automatização de] atividades que associamos ao pensamento humano, atividades como a tomada de decisões, a resolução de problemas, o aprendizado...” (Bellman, 1978)</p>	<p>“O estudo das faculdades mentais pelo uso de modelos computacionais.” (Charniak e McDermott, 1985)</p> <p>“O estudo das computações que tornam possível perceber, raciocinar e agir.” (Winston, 1992)</p>
<b>Agindo como seres humanos</b>	<b>Agindo racionalmente</b>
<p>“A arte de criar máquinas que executam funções que exigem inteligência quando executadas por pessoas.” (Kurzweil, 1990)</p> <p>“O estudo de como os computadores podem fazer tarefas que hoje são melhor desempenhadas pelas pessoas.” (Rich and Knight, 1991)</p>	<p>“Inteligência Computacional é o estudo do projeto de agentes inteligentes.” (Poole <i>et al.</i>, 1998)</p> <p>“AI... está relacionada a um desempenho inteligente de artefatos.” (Nilsson, 1998)</p>

Figura 1: Algumas definições de inteligência artificial, organizadas em quatro categorias. in RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**, 3ª ed., tradução de Regina Célia Simille, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2013, p. 24.

A proposta da IA do agir de forma humana, é baseada no teste de Turing que desenvolve seus estudos na imitação do processo humano de pensar, buscando provar a possibilidade de uma máquina exibir comportamento inteligente equivalente aos humanos. O teste basicamente consiste na elaboração de perguntas por um interrogador humano a um computador, sendo que ao final não se possa descobrir se as respostas vêm de uma pessoa ou de um computador<sup>4</sup>.

Desse modo, detectando-se as possíveis leituras da realidade que a máquina é capaz de fazer, compreender, reagir e decidir em comparação a um ser humano e, até mesmo, se ela é capaz de enganar um ser humano, passan-

2 RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**, 3ª ed., tradução de Regina Célia Simille, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2013, p. 41.

3 Ibid., p. 24.

4 WASSERMANN, Renata. **Inteligência Artificial** – Introdução à Inteligência Artificial – Visão Geral da área. 2018. (22m08s). Disponível em: <https://youtu.be/Bcw5YZA-Avw>. Acesso em: 17 fev. 2020.

do-se por outro<sup>5</sup>.

Sobre pensar de forma humana, que consiste em entender como a mente humana funciona e transportar para um programa de computador, são utilizados três modos: a introspecção (1), que consiste em captar os pensamentos enquanto eles acontecem; por experiências psicológicas (2), do modo como agem e reagem; e por meio de imagens cerebrais (3), observando como o cérebro funciona.

Após a coleta das informações se “as entradas e as saídas de um programa corresponder ao comportamento humano, dispomos de uma evidência de que alguns dos mecanismos do programa podem estar funcionando como nos seres humanos”<sup>6</sup>.

A exemplo temos Allen Newell e Herbert Simon que desenvolveram o GPS (*General Problem Solving*) comparando os passos seguidos por várias pessoas na resolução dos mesmos problemas de raciocínio e transportando-os para programa<sup>7</sup>.

A abordagem das “leis do pensamento”, do pensar racional, tem como base Aristóteles e a verdade por correspondência, usando silogismos que consistem na conclusão lógica dada a premissa maior e menor.

Aplicando esse método à IA, Rodrigo Chemim<sup>8</sup> ensina que:

A inteligência artificial, então, utiliza-se de silogismos para imitar a compreensão de algum objeto, ou seja, realiza uma “operação intelectual” que visa alcançar todas as possibilidades de raciocínio. E estes silogismos são construídos através de redes de algoritmos (ou “diagramas de fluxo”) introduzidos na máquina.

Outra abordagem da IA, que inclusive se sobrepõe às duas últimas apresentadas<sup>9</sup>, é do agir racionalmente, ou seja, atingir um dado conjunto de objetivos, considerando um conjunto de informações. “Um agente é uma entidade que percebe o ambiente no qual está inserido, através de sensores e afeta esse ambiente por meio de atuadores”<sup>10</sup>.

Para agir de forma racional, um agente tem algumas formas de pensar racionalmente, identificando a ação correta para atingir os objetivos propostos.

5 GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1555-1588, set./dez. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.260>.

6 MACHADO, Vinicius Ponte. *Inteligência Artificial*. p. 9 Disponível em: [http://www.uece.br/computacaoead/index.php/downloads/doc\\_download/2177-inteligencia-artificial](http://www.uece.br/computacaoead/index.php/downloads/doc_download/2177-inteligencia-artificial). Acesso em 11 set. 2020.

7 RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência Artificial*, 3ª ed., tradução de Regina Célia Simille, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2013, p. 26.

8 GUIMARÃES, op. cit., p.1568.

9 Se sobrepõe porque a conclusão correta é uma dentre os vários mecanismos possíveis para alcançar a racionalidade e é mais acessível do que as estratégias baseadas no comportamento/pensamento humano.

10 RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência Artificial*, 3ª ed., tradução de Regina Célia Simille, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2013, p. 62.

Por outro lado, ao alcançar a racionalidade ideal, pode não ser aplicável em ambientes complexos, complicados, mas a racionalidade ideal serve de ponto de partida para chegar a resolução do problema, sendo chamada de racionalidade limitada — agir de forma apropriada quando não existe tempo suficiente para realizar todas as computações que gostaríamos de fazer<sup>11</sup>.

## 2.1. ABORDAGEM DA IA POR JOHN SEARLE

John Searle em 1980 classificou o uso da inteligência artificial em “fraca” e “forte”<sup>12</sup>. No estudo da IA forte,

(...) o computador não é apenas uma ferramenta no estudo da mente; antes, o computador adequadamente programado é realmente uma mente, no sentido de que se pode literalmente dizer que os computadores que recebem os programas corretos entendem e têm outros estados cognitivos. O computador programado possui estados cognitivos, os programas não são meras ferramentas que nos permitem testar explicações psicológicas; pelo contrário, os próprios programas são as explicações<sup>13</sup>.

Para Rodrigo Guimarães, a abordagem de Searle, com relação a IA fraca, teria como principal ferramenta o computador no estudo da mente, “nos permitindo formular e testar hipóteses de forma mais rigorosa e precisa”, porém, ela depende da inserção de conhecimento fornecido pelo ser humano que a programa, sendo que a máquina não é capaz de produzir raciocínios próprios, autônomos<sup>14</sup>.

A concepção fraca se preocupa com o resultado, como aquele ser artificial está agindo, tomando decisões, não sendo relevantes questões internas.<sup>15</sup>

Sem grande rigor, entre as duas classificações apresentadas, de IA fraca e forte, a última está um tanto longe de ser implementada por meio de programas de inteligência artificial, enquanto a outra, atualmente, é executada com eficácia.

## 2.2. INTELIGÊNCIA BIOLÓGICA ARTIFICIALIZADA

Vale ressaltar que além desses modelos clássicos de IA apresentados, modelo de inteligência que possui limitações (como a intencionalidade, consciência e a inviabilidade da formalização dos contextos), abre-se espaço para o surgimento da “inteligência biológica artificializada”, que utiliza os chamados *xeno-*

11 GUIMARÃES, Rodrigo R. C. **A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1555-1588, set./dez. 2019. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/>. Acesso em 11 set. 2020.

12 RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *op.cit.*, p.1173.

13 SEARLE, John R.. **Minds, Brains and Programs**. In: The Behavioral and Brain Sciences, 3, Cambridge: Cambridge University Press, 1980, p. 417-457. p. 420. Tradução livre

14 GUIMARÃES, Rodrigo R. C. **A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal**. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1555-1588, set./dez. 2019. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/>. Acesso em 11 set. 2020.

15 WASSERMANN, Renata. **Inteligência Artificial – Introdução à Inteligência Artificial – Visão Geral da área**. 2018. (22m08s). Disponível em: <https://youtu.be/Bcw5YZA-Avw>. Acesso em: 17 fev. 2020.

*bots* como arquétipo e segundo Kleber Candioto, podem ser definidos como:

Os *xenobots* não são robôs tradicionais, nem se caracterizam como alguma espécie conhecida de ser vivo existente. São, portanto, organismos vivos e programáveis, máquinas completamente biológicas desde o início, consideradas como uma nova classe de artefatos. Embora o material biológico seja totalmente de *Xenopus laevis*, o resultado final não é um sapo ou qualquer outro ser vivo projetado pela natureza ou manipulado geneticamente, mas uma máquina computacional biológica<sup>16</sup>.

Esses organismos vivos e programáveis são máquinas biológicas que abrem novas discussões e abandonam os métodos que se utilizavam da inteligência humana, abrindo caminho para “artificializar a inteligência em sua forma biológica geral, a saber, uma inteligência biológica artificializada”<sup>17</sup>.

### 2.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL FRACA

A IA está em constante evolução, conforme demonstrado, se aprimorando de forma a chegar aos estudos sobre uma inteligência biológica artificializada, no entanto, a concepção de Searle, em específico da IA fraca, é o modelo utilizado atualmente.

Essa abordagem se pauta no modelo imitativo de Turing, onde é considerado o comportamento da máquina para poder então aferir o quão inteligente ela seria.

Do comportamento da máquina se deduz sua possível inteligência. Todavia, vale destacar que a dedução só é possível desde que o comportamento seja similar ao humano, ou com base nos resultados obtidos por humanos. Por outro lado, o pensamento é concebido sob o aspecto computacional, ou seja, sob uma perspectiva de processamento de dados representados simbólica e binariamente<sup>18</sup>.

Desse modo, surgiram questionamentos acerca da intencionalidade<sup>19</sup>. A ideia que o autor trabalha é de que a máquina jamais reproduzirá processos mentais como os dos humanos, pois eles são formais e sintáticos e as mentes são semânticas, além da estrutura formal, têm um conteúdo.

Kleber Candioto apresenta outra crítica, agora formulada por Dreyfu,<sup>20</sup> que diz respeito à inviabilidade da formalização de contextos, ou seja, para que se tenha um significado é necessário o conhecimento do contexto de forma

16 CANDIOTTO, Kleber Bez Birolo. **Artefatos biológicos artificiais**: do modelo Imitativo de Inteligência Artificial ao Advento de organismos vivos programados. in Revista de Filosofia Aurora. Curitiba, v. 32, n. 55, 2020. p. 108.

17 Ibid., p. 109.

18 Ibid., p. 95.

19 Para Searle, intencionalidade é “a propriedade de muitos estados e eventos mentais pela qual eles são dirigidos para ou acerca de objetos e estados de coisas no mundo” (SEARLE, 1995, p. 1).

20 CANDIOTTO, Kleber Bez Birolo. **Artefatos biológicos artificiais**: do modelo Imitativo de Inteligência Artificial ao Advento de organismos vivos programados. in Revista de Filosofia Aurora. Curitiba, v. 32, n. 55, 2020. p. 109.

prévia, um depende do outro, mas não há como determinar todos os possíveis contextos, deixando-os pré-determinados.

O computador é treinado para reagir de uma determinada forma diante de tal situação, mas quando encontra a possibilidade de um novo significado a partir do contexto encontra dificuldades.

Mas se fosse organizado a partir de critérios de relevância a significação previamente aplicadas, tendo realizado a interpretação do contexto, regressaríamos de forma infinita, inviabilizando a construção de uma hierarquia de situações e regras gerais para a ação<sup>21</sup>.

Diante dessas críticas ao modelo, o funcionamento da inteligência artificial se dá pelos algoritmos que, por sua vez, dão vida à máquina. Eles se caracterizam por um “conjunto de instruções matemáticas” ou “uma sequência de tarefas” que informam “ao computador o que ele deve fazer” “para alcançar um resultado esperado em um tempo limitado”<sup>22</sup>.

A programação desses algoritmos se dá a partir de um vasto banco de dados (conhecimento), que depende da inserção pelo ser humano que a programa, assim ocorre o “ensino” da máquina, fazendo-a ter a representação.

Ocorre que, quanto à estruturação dos dados, a IA encontra-se condicionada à programação realizada pela inteligência/vontade humana. Desse modo, tende a reproduzir os estereótipos, os desvios cognitivos e os preconceitos de quem as controla.

Outra questão relevante, é de quem tem a capacidade de inserção dos dados na máquina, que não necessariamente possui o conhecimento do “material” a ser posto, e mesmo que possua, qual é a abordagem mais correta? Já que ao final será produzido um conceito de “verdade”.

Posto isso e considerando a presença constante dessa tecnologia em nossa sociedade, as áreas do Direito, filosofia, sociologia, computação, *marketing*, política entre outras, precisam trabalhar de modo a preservar os princípios éticos que regem ou deveriam reger o convívio social, especialmente em uma perspectiva humanista e de futuro.

Em outros termos, não “podemos manter a tecnologia e a ciência longe ou mesmo fora da discussão moral e política, pois elas são agora partes inevitáveis de nossa civilização em escala global e constitutivos da identidade humana contemporânea.”<sup>23</sup>

21 CANDIOTTO, loc. cit.

22 GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1555-1588, set./dez. 2019. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/>. Acesso em 11 set. 2020. p. 1564.

23 DE CARVALHO, Helder Buenos Aires apud FEENBERG, Andrew. **Hans Jonas e o giro empírico**

Desse modo, o tema da IA tudo recomenda deve ser objeto de um estudo multidisciplinar, por intermédio não apenas da técnica, mas também de reflexões éticas e legais em respeito à preservação do bem-estar da sociedade, inclusive quando o tema é o enfrentamento da corrupção.

### 3. ÉTICA PARA CIVILIZAÇÃO TECNOLÓGICA

Como assevera Oliveira<sup>24</sup>, o antigo homem-máquina avança agora para a identidade de um homem-informação, marcado pela promessa utópica do poder que ele criou e que, reconstruindo sua essência, traz ao debate a relação entre mente e corpo, entre espírito e matéria, entre homem e máquina.

O que antes começou com a mecânica, povoando o mundo com máquinas cujo objetivo era alterar o modo de produção, agora cresceu em poder para transformar o próprio ser humano numa espécie de máquina, cuja fisiologia, como vimos, nega a potência do espírito em nome da afirmação materialista que transforma o organismo vivo em algo manipulável, corrigível, recriável.<sup>25</sup>

Assim, Hans Jonas<sup>26</sup> trabalha com essa nova condição, com o intuito de que a vida ética seja possível. Ele entende que as éticas tradicionais como de Aristóteles, Kant, Nietzsche, não dão conta do novo cenário, pois elas não se preocupam com o futuro, considerando que a ação do homem não alterava de modo significativo a natureza, bastando um tanto de prudência e bom senso.

Para Robson dos Santos<sup>27</sup>, “a condição global da vida humana e o futuro distante não foram objetos das éticas da tradição, porque se baseavam em um determinado conhecimento tácito sobre a essência humana (como algo dado ou pressuposto), bem como em uma ideia de futuro próximo, decifrável em certo sentido”.

Se uma ação é “boa” ou “má”, tal é inteiramente decidido no interior desse contexto de curto prazo. Sua autoria nunca é posta em questão, e sua qualidade moral é imediatamente inerente a ela. Ninguém é julgado responsável pelos efeitos involuntários posteriores de um ato bem-intencionado, bem-refletido e bem-executado<sup>28</sup>.

Como apresentado, Jonas<sup>29</sup> ensina que o potencial de julgar, de atribuir

---

**da filosofia da tecnologia:** notas sobre um diálogo com a pós-fenomenologia. *Filosofia Unisinos – Unisinos Journal of Philosophy* – 21(1):56-71, jan/apr 2020. p. 67.

24 OLIVEIRA, loc. cit.

25 OLIVEIRA, Jelson Roberto de. O homem como objeto da técnica segundo Hans Jonas: o desafio da biotecnologia. **Problemata: Revista Internacional de Filosofia**, v. 4, n. 2, p. 13-38, 2013.

26 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade:** ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Contraponto, 2006.

27 DOS SANTOS, Robinson. Responsabilidade e consequencialismo na ética de Hans Jonas. **Revista de Filosofia Aurora**, v. 24, n. 35, p. 417-433, 2012.

28 JONAS, Hans. **O princípio vida:** fundamentos para uma biologia filosófica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 25

29 JONAS, loc. cit.

valor e a capacidade de prever, se enfraqueceram, ou permanecem secundárias em nossa sociedade atualmente.

Diante desse contexto, o filósofo propõe um novo tipo de responsabilidade, que possui três elementos intrínsecos: a natureza como objeto da responsabilidade, um novo papel para a moral, amparado na ideia de prevenção e atento à nova escala de evolução humana por meio da tecnologia, e o reconhecimento de um novo Direito, próprio da natureza, da qual o homem é parte integrante.

A nova ética pensa a tecnologia como “vocação” da humanidade, mas, para isso, deve primeiro recuar até as premissas (ou pré condições) da ação, algo que, afinal, Jonas encontra não em uma ordem ou sistema racional, fechado antropocentrismo das éticas tradicionais, mas no próprio universo moral da natureza, na existência de um *dever ser* já presente no *ser* e dele derivado.<sup>30</sup>

Assim, Jonas formula um imperativo que se apresenta como orientação em vista da preservação: “Aja de modo que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a terra”, ou seja, o futuro da humanidade deve ser incluso na escolha de cada pessoa no presente, de modo a não colocar-se em risco as futuras gerações. Sua ética é orientada para o futuro e visa proteger e preservar a humanidade de consequências ou danos decorrentes de escolhas atuais, daí falar-se em ética da responsabilidade.<sup>31</sup>

Diante disso, entende-se que há o dever de se trabalhar com a tecnologia, pensando em resolver os problemas do presente, como é o caso da corrupção endêmica, sem olvidar dos possíveis danos que poderiam decorrer de seu mal uso. Se no plano do princípio responsabilidade a corrupção afeta as gerações futuras, o seu controle baseado na inteligência artificial, se não informado pelo mesmo critério ético, poderá não solucionar o problema em foco, mas criar outras externalidades negativas para a sociedade a longo prazo.

Vale ressaltar que os comportamentos humanos necessitam ter essa base ética na sua inteireza, não dizendo respeito somente à tecnologia, mas ao modo de vida em geral, de maneira que as nossas escolhas no presente sejam compatíveis com a preservação da natureza, de relações sociais, econômicas e políticas sadias para o futuro, o que impõe a edificação de políticas públicas no presente de enfrentamento preventivo e repressivo da corrupção, inclusive mediante o uso de tecnologias, como é o caso da Inteligência Artificial.

30 OLIVEIRA, Jelson. **Negação e poder**: do desafio do nilismo ao perigo da tecnologia. Caxias do Sul, RS, 2019, p. 447.

31 JONAS, Hans. **O princípio vida**: fundamentos para uma biologia filosófica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 47-48.

#### 4. CORRUPÇÃO SISTÊMICA E PRINCIPAIS PONTOS DA LEGISLAÇÃO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Percebe-se que a corrupção afeta diretamente a vida da população não apenas no tempo presente, mas daqueles que ainda virão, porquanto diminui investimentos na educação, saúde, infraestrutura e segurança, criando grande desigualdade econômica e social. Nesse sentido, Eduardo Cambi<sup>32</sup> ensina:

A corrupção atrasa o desenvolvimento econômico e social. Restringe a vontade soberana do povo. Apropria a coisa pública para realização de interesses privados. Gera promiscuidade entre o poder político e o poder econômico. Concentra renda. Ressalta privilégios e desigualdades. Impede a universalização de direitos fundamentais. Destruí a cidadania. Enfraquece a democracia.

Para Mauricio Silva<sup>33</sup> a “corrupção se liga principalmente a uma questão de natureza ética: ela seria, antes de tudo, uma subtração de padrões éticos estabelecidos por determinada comunidade social”.

É inegável que ao longo dos últimos anos a corrupção tomou um espaço considerável no cenário político/econômico em âmbito global.

Essa prática é comum entre agentes políticos, empresários de alto escalão, envolvendo inclusive funcionários públicos, de modo a formar um ambiente de corrupção sistêmica, haja vista que a impunidade se mostra palpável em muitos casos, através da manipulação política e dos próprios agentes do Estado, que buscam meios de se esquivar das penalidades previstas em lei.

Anualmente, um grande volume de recursos públicos é desviado de suas finalidades, como educação, saúde e segurança para financiarem o enriquecimento ilícito de pessoas físicas e jurídicas, e para abastecerem campanhas políticas destinadas a preservar essa ambiência profana, cujo ciclo vicioso precisa ser quebrado e interrompido, sob pena de preservação dessas conexões lesivas ao interesse da sociedade presente e futura.

Pessoas que utilizam do seu poder e influência para se beneficiarem e até mesmo burlarem as medidas impostas visando o controle da corrupção, precisam ser impedidas de assim agir. Cartéis, financiamento de campanhas, créditos milionários concedidos sem respeito a critérios técnicos, contratos e licitações superfaturados são exemplos de tal prática. Um poder viciado que se perpetua à medida que se comporta para preservar-se, impedindo a alternância no poder e tampouco a transparência, essenciais para o seu controle. Enfim, um atentado ao Estado de Direito e à Democracia.

32 GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo; BERTONCINI, Mateus. **Lei anticorrupção**: comentários à Lei 12.846/2013. *ebook* Grupo Almedina, 2014, posição 128.

33 SILVA, Mauricio. Corrupção: tentativa de uma definição funcional. **Revista de Administração Pública**, v. 28, n. 1, p. 18-23, 1994.

O *Anti-Corruption Resource Centre*<sup>34</sup> classifica a corrupção de acordo com a frequência de dois fenômenos: o primeiro, trata-se de “corrupção esporádica”, que está relacionada à oportunidade ocasional. Já a “corrupção sistêmica” ocorre quando a corrupção já está inserida nos sistemas econômico, social e político.

No geral, entende-se que a corrupção sistêmica envolve diversos agentes, a fim de manter o sistema corrupto. Cada agente que pertence a esse meio, de alguma forma, contribui para manter essa prática entre seus aliados, desenvolvendo, inclusive, mecanismos a fim de criar resistência frente às normas reguladoras de controle.

Gault, Galicia e Lepore<sup>35</sup> descrevem o fenômeno da corrupção sistêmica:

Na corrupção sistêmica, é necessário, primeiramente, que esses desvios de dever sejam altamente recorrentes. Segundo, que exista uma expectativa social entre os indivíduos de que o descumprimento das normas legais seja um fenômeno normal em determinadas condições, especialmente se houver a oportunidade de obter algum ganho. Terceiro, que haja uma densidade de redes de corrupção capazes de prover serviços ou bens de maneira paralela aos canais formalmente definidos por lei. E em quarto lugar, que em quase toda organização, pode-se ou existe a expectativa de conseguir acesso – caso procure e não sem troca ou custo – rapidamente às facilidades alternativas que provê uma rede informal de corrupção. Nota-se, então, que corrupção sistêmica não é simplesmente um ato individual, maximizador e utilitarista, onde o agente racional calcula os custos e benefícios de se corromper e toma determinadas decisões. Mas é, na verdade, uma relação social plenamente estabelecida, com trocas informais, redes, instituições e regras que podem ser estáveis e organizadas. Assim, a corrupção torna-se mais complexa de se explicar e tratar conforme se expande e aumenta no tempo.

Ou seja, a corrupção sistêmica abrange diversas pessoas, de diversos meios e influências distintas, que juntas, agem como facilitadores, no intuito de garantir autonomia dentro de um conjunto, muitas vezes divididas em setores de atuação, de modo a estruturar verdadeiras organizações criminosas, de forma sempre adaptativa e estratégica.

O efeito do alastramento da corrupção, bem como dos demais delitos econômicos, é impulsionado de maneira indissociável à globalização, enquanto integração supranacional proveniente da comunicação e do comércio entre países<sup>36</sup>. A corrupção está presente tanto no setor público quanto no privado.

34 ANTI-CORRUPTION RESOURCE CENTRE. Glossary. Disponível em: <https://www.u4.no/terms>. Acesso em: 11 set. 2020.

35 GAULT, D. A.; GALICIA, J. F. H., LEPORÉ, W. *Corrupción sistêmica: Límites y Desafíos de las Agencias Anticorrupción*. El caso de la Oficina Anticorrupción de Argentina. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 61, p. 75-106, 2015.)

36 BERTONCINI, Mateus; LIMA TORRES, Rafael. Corrupção, Crimes Econômicos, Teorias Criminológicas Correlatas e Ética Empresarial. *Revista Internacional Consinter de Direito*. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-i-volume-i/parte-2-direito-publico/corruptao-crimes-economicos-teorias-criminologicas-correlatas-e-etica-empresarial/>. Acesso em: 11 set. 2020.

As relações ilegais que ocorrem entre os agentes geralmente visam enriquecer determinados grupos, de modo que, conseqüentemente, agregam mais poder e influência, culminando assim em um ciclo criminoso fechado e protegido, difícil de ser rompido.

Tal movimentação gera diversas conseqüências, haja vista que, a partir do momento em que alguém passa a integrar essa “aliança”, os termos do pacto criminoso foram aceitos e a sua quebra por qualquer integrante passa a ser temerosa, num verdadeiro pacto de silêncio, cuja desintegração exige o adequado e proporcional instrumental tecnológico (inclusive a IA) e jurídico, atrelado logicamente, à vontade política.

A propósito de combater a corrupção foi estabelecida a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aprovada no âmbito da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), assinada por diversos países, inclusive o Brasil, que a aprovou por meio do Decreto n. 3.678/2000<sup>37</sup>.

Após a internalização da referida Convenção, alterações na legislação pátria foram promovidas, como no Código Penal, conceituando funcionário público estrangeiro e tipificando o tráfico de influências e a corrupção internacionais, para processamento e punição de atos criminosos praticados no exterior<sup>38</sup>. No entanto, essa modificação inicialmente se deu apenas no âmbito criminal, atingindo as pessoas naturais; somente com o advento da Lei 12.846/2013 criou-se a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, implementando uma nova cultura entre as empresas contra a corrupção<sup>39</sup>.

Com efeito, o Direito Penal Econômico visa coibir e penalizar tais práticas, altamente lesivas ao desenvolvimento econômico e social, e aos princípios e regras que informam a ordem econômica capitalista, dentre eles o princípio da livre concorrência, atingido de chofre pela corrupção interna ou internacional.

É necessário destacar que o Direito Penal, de maneira ampla, está incluso no sistema de controle social como instrumento do Estado para atuar na tutela de bens jurídicos ligados aos direitos fundamentais, realizando o controle por meio de normas destinadas a promover a dignidade humana. Nesta linha, o Direito Penal Econômico realiza a função primordial de defesa dos direitos econômicos e sociais. Essa especialização do Direito Penal pode ser definida como um sistema de normas que defende a políti-

37 BRASIL. **Decreto n. 3.678 de 2020**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm). Acesso em 11 set. 2020.

38 Lei 10.467, de 11 de junho de 2002, que incluiu no Código Penal os crimes de “corrupção ativa em transação comercial internacional” (art. 337-B) e de “tráfico de influência em transação comercial internacional” (art. 337-C), além do conceito de “funcionário público estrangeiro” (art. 337-D).

39 BERTONCINI, Mateus; FERREIRA, Daniel. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 44, p. 451-472, 2016.

ca econômica estatal contra a criminalidade econômica, permitindo que a Economia encontre uma ambiência sadia e os meios para a sua concretização. São, portanto, a segurança e a regularidade das práticas econômicas vinculadas à ordem econômica, de natureza capitalista, que constituem fundamentalmente o objeto jurídico do Direito Penal Econômico.<sup>40</sup>

Na esfera do Direito Administrativo Sancionador, a corrupção é combatida repressivamente por meio das infrações e sanções administrativas previstas nos Estatutos dos Servidores Públicos e na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por exemplo, dos chamados atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, previstos na aludida Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção),<sup>41</sup> bem como por meio da Lei 8429/1992, que define os atos de improbidade administrativa geradores de enriquecimento ilícito, de lesão ao erário e violadores de princípios da Administração Pública.<sup>42</sup>

Ademais, cumpre ressaltar a responsabilidade civil pelos prejuízos causados em decorrência da corrupção, e também a responsabilização política levada a efeito pelo processo de *impeachment*, decorrente de crime de responsabilidade por violação da probidade na administração.

A esse arsenal jurídico merecem ser somados outros mecanismos para o enfrentamento do complexo problema da corrupção na esfera pública, inclusive as novas tecnologias.

#### 4.1. CONTROLE PREVENTIVO E REPRESSIVO NO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL UTILIZANDO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Podemos encontrar a aplicação da inteligência artificial no Brasil em diferentes âmbitos: educação, saúde, setor financeiro, compras em geral, no Poder Judiciário, com a implementação do Sistema VICTOR pelo Supremo Tribunal Federal<sup>43</sup>, em escritórios de advocacia para o preenchimento de dados que se repetem em certos grupos de processos judiciais e alimentar bancos de dados internos.

Na esfera dos serviços públicos, podemos encontrar a aplicação das tecnologias na melhoria da gestão pública, como ensinam Cristóvam, Saikali e Sousa:<sup>44</sup>

40 BERTONCINI, Mateus; LIMA TORRES, Rafael. Corrupção, Crimes Econômicos, Teorias Criminológicas Correlatas e Ética Empresarial. **Revista Internacional Consinter de Direito**. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-i-volune-i/parte-2-direito-publico/corrupcao-crimes-economicos-teorias-criminologicas-correlatas-e-etica-empresarial/>. Acesso em 11 set. 2020.

41 SANTOS, José Anacleto Abduch Santos; BERTONCINI, Mateus, COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção**, 2ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 153-202.

42 BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 153-235.

43 STF. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em 11 set. 2020.

44 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Seqüência** (Florianópolis), n. 84, p. 209-242, 2020.

No âmbito público, a aplicação de tecnologias na atuação estatal visa a melhor gestão dos serviços e da gestão pública em geral. Essa atuação, comumente designada por “e-Governança” tem como áreas: (i) a e-Administração Pública, que pressupõe a melhoria dos processos governamentais e do trabalho interno do setor público com a utilização das TICs; (ii) os e-Serviços Públicos, que têm como objetivo a melhoria na prestação de serviços ao cidadão; e (iii) a e-Democracia, que visa maior e mais ativa participação do cidadão, por meio do uso das tecnologias de informação e comunicação no processo democrático.

No controle repressivo do combate à corrupção, o Ministério Público do Estado da Paraíba e a Universidade Federal de Campina Grande, com base nas auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas, estão desenvolvendo um sistema que tenta identificar quais contratos de licitação podem apresentar problemas, com a análise de sobrepreço, aditivos em excesso, obras com baixa qualidade, obras paradas. E com a coleta desses dados o sistema é alimentado e treinado para identificar a probabilidade de problemas que podem apresentar determinadas licitações. Esse sistema, somado ao fato de que há uma carência de servidores que possam verificar isso, pode designar um auditor nos locais que de fato possam apresentar problemas<sup>45</sup>.

Temos também o projeto “Cérebro” do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE desenvolve, que trata sobre cartéis e mercados privados em compras públicas, bem como cartéis em licitações públicas<sup>46</sup>. Felipe Leitão Valadares Roquete<sup>47</sup> diz que o ponto principal desse projeto está no sistema e no trabalho estatístico de detecção de probabilidades e improbabilidades. “Os técnicos consultam o banco de dados, por meio do CNPJ das empresas, na intenção de encontrar fatos improváveis em licitações. Fatos que não ocorreriam senão com comunicação prévia entre empresas”.

Com a base de dados aplicada ao sistema “os técnicos desenvolvem testes estatísticos com as empresas participantes dos certames”, podendo assim identificar, com amparo em denúncias “um conjunto de empresas no qual a mesma sempre fica em primeiro, outra sempre em segundo e a outra em terceiro, vamos de encontro ao que esperamos em um ambiente competitivo”. Podendo assim, o CADE instaurar um processo administrativo ou solicitar medidas cautelares judiciais, como uma busca e apreensão para colher provas<sup>48</sup>.

A Controladoria Geral da União – AGU, desenvolveu um sistema que começou a ser utilizado em agosto de 2018, e é considerado um dos mais avan-

45 TV SENADO. **Inteligência Artificial (IA) em políticas públicas**. 2019 (1h40m39s) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Rh0xNK3Bt0Y> Acesso em: 17 fev. 2020. 30m30s.

46 PIMENTA, Guilherme. **Projeto Cérebro: Cade usa inteligência artificial no combate a cartéis**. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/projeto-cerebro-cade-usa-inteligencia-artificial-no-combate-a-carteis-29102019>. Acesso em: 11 set. 2020.

47 TV SENADO. op. cit., 29m15s.

48 Ibid., 1h20m.

çados do nosso país. Thiago Veiga Marzagão apresentou no Senado o Projeto Malha Fina<sup>49</sup>, que consiste na análise de convênios entre o governo federal, municípios, estados e entidades privadas para várias finalidades, como a construção de pontes, escolas *etc.*, movimentando uma grande quantia de dinheiro.

Após, é necessário que o ente que recebeu o dinheiro realize a prestação de contas, mas essa análise manual é uma tarefa que requer muito tempo, pois são diversos papéis. Marzagão explica que atualmente o prazo para a realização dessa verificação, quando envolve obras, é em média 2 anos, e quando diz respeito a compras e aquisição de bens e serviços, leva 3 anos<sup>50</sup>.

Ao todo são 15 mil prestações pendentes que potencialmente podem apresentar irregularidades, somando o valor de 17 bilhões de reais. Ao longo da história, a AGU já analisou cerca de 44 mil prestações de contas e, para cada convênio, várias características foram firmadas, como por exemplo, para que município foi realizado o convênio, a finalidade, o CNPJ que realizou a prestação de serviço, quais apresentaram problemas e, desse modo, por ser um trabalho repetitivo, tem-se a possibilidade de automatização de parte do trabalho.

O computador armazena uma massa de dados coletados das prestações já realizadas e aprende a diferenciar os contratos que potencialmente, por meio de probabilidades, podem possuir irregularidades ou não. Isso faz com que sejam priorizadas as prestações que de fato devem ser analisadas, sendo as outras aprovadas pelo decurso de prazo. Se trabalha com a chance de minimizar um falso positivo, aumentando a chance de um falso negativo e vice e versa.<sup>51</sup>

Esse trabalho foi regulado por meio de uma Instrução Normativa n. 1, de 14 de fevereiro de 2019<sup>52</sup>, do Ministério da Economia e dá diretrizes e parâmetros de como os órgãos do governo federal aplicarão o procedimento informatizado de análise de prestações de contas dos convênios e contratos de repasses.

No controle preventivo, temos o exemplo da Operação Serenata de Amor (OSA), que conforme Cristiano Cesar da Silva Oliveira<sup>53</sup> foi baseada no Caso Toblerone (caso ocorrido nos anos 90, em que a política sueca Mona Sahlin, na época vice primeira-ministra, renunciou ao cargo após comprar no cartão corporativo duas barras de Toblerone e alguns objetos pessoais).

49 TV SENADO. **Inteligência Artificial (IA) em políticas públicas**. 2019 (1h40m39s) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Rh0xNK3Bt0Y> Acesso em: 17 fev. 2020, 8m45s.

50 *Ibid.*, 9m56s.

51 *Ibid.*, 11m.

52 BRASIL. **Instrução Normativa ME/CGU N° 1, de 14 de fevereiro de 2019**. Estabelece regras, diretrizes e parâmetros para aplicação do procedimento informatizado de análise de prestações de contas dos convênios e contratos de repasses, enviadas a partir de 1º de setembro de 2018. Disponível em <<http://plataformamaibrasil.gov.br/noticias/instrucao-normativa-me-cgu-n-1-de-14-de-fevereiro-de-2019>. Acesso em: 11 set. 2020.

53 OLIVEIRA, Cristiano Cesar da Silva. **O uso de Inteligência Artificial para Controle Social da Administração Pública: Uma Análise da Operação Serenata de Amor**. 2018.

Esta operação tem o intuito de, por meio da inteligência artificial, analisar os gastos reembolsados pela Cota para Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP), de deputados federais e senadores, feitos em exercício de sua função, correlacionando-os com dados de outras bases de dados pertinentes, identificando suspeitas e incentivando a população a questioná-los<sup>54</sup>.

Segundo Amanda Vieira Silva<sup>55</sup>

(...) a Operação Serenata de Amor que utiliza os dados abertos fornecidos pela Câmara dos Deputados para analisar os gastos realizados com a Cota para Exercício da Atividade Parlamentar. Tais despesas são analisadas por uma inteligência artificial denominada Rosie. Após a análise desses dados, são feitas denúncias à Câmara dos Deputados e são apresentadas as suspeitas nas redes sociais para que o público tenha conhecimento das mesmas.

A análise se dá pela distância/tempo entre gastos (em que através do CNPJ, a data de consumo e com localização geográfica se é possível calcular a diferença geográfica envolvendo a distância e o tempo entre os consumos); nepotismo (nas regras do CEAP é vedado ao parlamentar fazer compras em empresas de sócios ou parentes de até terceiro grau, logo, pelo CNPJ e pela lista de sócios de uma empresa, é possível identificar se esta tem relação com um parlamentar); preços de refeições fora do padrão (em que através da média dos valores de uma refeição em um determinado restaurante pode se aferir casos suspeitos que destoam de um limite definido como normal)<sup>56</sup>.

Como visto, o sistema de IA é alimentado por seres humanos; os procedimentos e os contratos também são analisados por pessoas, do que decorre ser necessário um imenso cuidado com o fator humano, que se não agir informado pela ética da responsabilidade, colocará tudo a perder. Como a corrupção está arraigada na sociedade brasileira, isso impõe cuidados ainda maiores com os programadores e usuários da Inteligência Artificial, já que os algoritmos aprendem por intermédio das pessoas. Se as variáveis utilizadas forem inadequadas, a IA perderá totalmente a sua utilidade como ferramenta de controle da corrupção, podendo até mesmo ter o efeito inverso.

Noutra perspectiva, o mau uso da aplicação da inteligência artificial pode afetar direitos fundamentais, tão arduamente conquistados. Quanto a esse prisma, Juarez Freitas<sup>57</sup> propõe:

54 OPERAÇÃO SERENATA DO AMOR. Disponível em: <<https://serenata.ai/>>. Acesso em: 21 de abril de 2020.

55 SILVA, Amanda Vieira. **Dados governamentais abertos à luz da accountability**: um estudo da Operação Serenata de Amor. 2018

56 OLIVEIRA, Cristiano Cesar da Silva. **O uso de Inteligência Artificial para Controle Social da Administração Pública**: Uma Análise da Operação Serenata de Amor. 2018. Disponível em: <http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/handle/123456789/267>. Acesso em: 11 set. 2020.

57 FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. **Interesse Público** [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v.21, n.114, mar./abr. 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/hand>

(...) incumbe à programação/regulação da IA, se possível em escala planetária, coibir e prevenir as falhas de mercado (por exemplo: as informações assimétricas, o abuso do poder dominante e as externalidades negativas) e as falhas de governo (por exemplo: o omissivismo de prevenção e precaução, o culto às vantagens indevidas e o patrimonialismo parasitário), incorporando valores elevados ao cerne de algoritmos, no cabal acatamento à dignidade e ao direito ao futuro. Firme em tais premissas, resulta nítido que se impõe articular uma regulação apropriada à “sociedade algorítmica”, para aludir a expressão de Jack Balkin, isto é, uma intervenção estatal apta a lidar com o fato bruto de que a humanidade vem sendo diuturna e inconscientemente guiada por políticas de má qualidade e robôs manipuladores, com mensuráveis danos existenciais.

Com efeito, a intervenção estatal para regulamentação do tema da inteligência artificial impacta não apenas no Direito, mas em diversos âmbitos da vida, do que se deduz o imenso cuidado ético que se deve ter na sua formulação e aplicação. Se a corrupção é um mal que afeta a ética da responsabilidade, a intervenção desmensurada e inadequada baseada na IA também pode tornar-se algo perigoso, seja por intermédio da não detecção da corrupção – com isso permitindo a sua continuidade –, seja em razão da excessiva intervenção na esfera privada, violando direitos fundamentais.

#### 4.2. ESTRATÉGIA NACIONAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

As políticas públicas são o coração da promoção de direitos fundamentais, nelas encontramos esforços do ente estatal em auxiliar a população de modo que se chegue mais próximo do ideal contido na Constituição da República, “mas, quando estas não são cumpridas, seja na esfera federal, estadual ou municipal há um reflexo na qualidade de vida da população, cabendo ao cidadão pleitear seus direitos, haja vista que todo indivíduo possui regulamentos intrinsecamente ligados a si e também detém a prerrogativa de lutar por seus valores individuais”.<sup>58</sup>

Esse não cumprimento geralmente decorre de atos de corrupção, desvio de verbas públicas, em prol de si. Tayná Rego e Rosilene Gonçalves<sup>59</sup> entendem que países que possuem leis mais eficazes apresentam níveis menores de corrupção, assim faz-se necessária uma visão integrada de governo e corrupção, uma vez que o ato ilícito deve ser encarado como um sintoma de profunda fragilidade institucional, ao contrário de apenas um mal da sociedade.

Em contraponto, Rodrigo Cabral<sup>60</sup> diz que há entre o senso comum e gran-

le/11037/35732. Acesso em: 17 jan. 2020. p.17.

58 REGO, Tayná Kethellen Santiago; GONÇALVES, Rosilene Nogueira. Corrupção como entrave para as negociações externas e o desenvolvimento econômico interno do país. *Revista da Iniciação científica*, v. 5, n. 1, 2020.

59 *Ibid.*, p.12.

60 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Corrupção Uma perspectiva da filosofia da linguagem para o*

de parte dos juristas a convicção de que a luta contra a corrupção, estaria no aprimoramento da nossa legislação repressiva e processual. No entanto, a resposta estaria na comunicação e na educação:

Consideramos, porém, que é muito difícil modificar o estado atual de coisas se a lógica da repressão continuar como única protagonista do combate à corrupção. As mudanças operadas somente segundo essa lógica são tímidas e acabam por não atacar as formas de vidas que alimentam a corrupção. É nesse sentido que defendemos a força da comunicação e do ensinamento como estratégia de prevenção da corrupção. O aprimoramento dos institutos jurídicos e a prática comunicativa devem caminhar juntas, uma complementando a outra<sup>61</sup>.

Assim, entende-se que não é apenas a legislação que atuará firmemente no combate à corrupção, mas a soma de esforços com outros meios, se utilizando do controle repressivo, mas não apenas se limitando a ele.

Nessa perspectiva, com intuito de tornar o Brasil mais transparente, a IA fornece aos cidadãos uma ferramenta de controle de assuntos do Estado, fazendo com que se tenha o exercício da democracia plena diante da informação prestada, que atualmente está concentrada sob o poder de poucos.

A IA tem a capacidade de simular a inteligência humana, e embora não tenha chegado a um patamar de entender diversos contextos, tem a capacidade de armazenamento e processamento de dados que nenhum ser humano é capaz de realizar.

Conforme Éderson Garin Porte,

Foi possível constatar que os robôs não automatizam todo o trabalho de fiscalização, apenas facilita-o em grande parte, de forma que a decisão sobre suspeitas encontradas é realizada pela apuração de um especialista humano, todavia, as rotinas automatizadas facilitam em muito o trabalho de cruzamento de informações e descoberta de conhecimento sobre a base de dados, poupando com isso tempo e esforços humanos<sup>62</sup>.

Diante disso, entende-se a importância do uso da IA, sendo no Brasil proposto pelo Senador Styvenson Valentim dois projetos de leis sobre o tema, o primeiro Projeto de Lei n. 5051/2019<sup>63</sup>, que estabelece os princípios para o uso da inteligência artificial no Brasil, e o Projeto de Lei n° 5691<sup>64</sup>, que institui a política nacional de inteligência artificial.

**seu enfrentamento.** Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n220\\_p13](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p13) Acesso em: 20 de maio de 2020.

61 Ibid., p.25.

62 PORTO, Éderson Garin. A Busca pela Eficiência na Fiscalização da Gestão Pública: A Utilização De Inteligência Artificial para Aperfeiçoamento do Controle das Finanças Públicas. **Revista de Direito da Empresa e dos Negócios**, v. 1, n. 2, p. 4-31, 2017

63 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n° 5051, de 2019.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em: 30 julho de 2020.

64 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n° 5691, de 2019.** Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139586>. Acesso em: 30 julho de 2020.

Basicamente os projetos tratam de questões de defesa de direitos fundamentais, trabalho humano e desenvolvimento econômico, responsabilidade civil e educação, estabelecimento de padrões éticos, entre outros.

Em qualquer instrumento jurídico novo, a definição de IA precisará ser suficientemente flexível para acomodar o progresso técnico e, ao mesmo tempo, ser suficiente para fornecer a segurança jurídica necessária, desenvolvendo uma IA de confiança, com base em valores éticos – princípio responsabilidade – e jurídicos, previstos na Constituição da República.

No entanto, no discurso apresentado pelo Senador<sup>65</sup> em um debate, a preocupação se fez clara quanto ao que motivou a propositura do projeto de lei, vale dizer, em especial a automatização de trabalhos repetitivos; certamente há outros temas que devem ser prioritários nessa abordagem. Com efeito, a lei não nasce por acaso. Os antecedentes e as consequências de um novo diploma legal estão intimamente relacionados, sendo certo que uma dada lei expressa uma específica ideologia e objetivos. Nesse sentido, é importante que a produção legislativa não se apresente defeituosa ou “que dificulte ou impeça o funcionamento dos órgãos de controle do Estado no combate à corrupção”.<sup>66</sup>

A exemplo do que poderia ser feito no desenvolver desse projeto, a União Europeia reuniu um grupo de peritos de alto nível em inteligência artificial com o objetivo geral de apoiar a implementação da Estratégia Europeia de Inteligência Artificial, incluindo a elaboração de recomendações sobre o desenvolvimento de políticas relacionadas ao futuro e questões éticas, legais e sociais relacionadas à IA e a desafios socioeconômicos.<sup>67</sup>

Além do debate da preservação dos direitos fundamentais, é importante que se construa uma estratégia nacional no combate à corrupção, para que os cidadãos no âmbito municipal, estadual e federal possam utilizar os mecanismos oferecidos pela inteligência artificial, fazendo parte de um controle primário, não se restringindo a atuação ao CADE, à AGU e ao controle repressivo.

A construção de um sistema integrado, principalmente entre os órgãos de investigação, faria com que mais dados fossem inclusos, aprimorando o processo de decisão da máquina e a redução da probabilidade de erros.

A criação de uma estratégia atuaria na efetivação da democracia, uti-

65 TV SENADO. **Inteligência Artificial (IA) em políticas públicas**. 2019 (1h40m39s) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Rh0xNK3Bit0Y> Acesso em: 17 fev. 2020. 6m28s.

66 BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; FERREIRA, Daniel. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 44, p. 451-472, 2016. p. 456.

67 European Commission. **High-Level Expert Group on Artificial Intelligence**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>. Acesso em: 30 julho 2020.

lizando-se de uma base ética, pautada no princípio responsabilidade<sup>68</sup>, que traria a possibilidade de uma vida melhor para a população brasileira historicamente afetada pela corrupção, bem como um futuro viável e digno para as próximas gerações.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cientistas dizem que estamos prestes a adentrar em uma utopia tecnológica, que trará uma vida melhor a todos, com a economia de tempo, recursos, expansão inimaginável da capacidade de cognição. Talvez por isso a IA seja um dos temas mais importantes do momento, porquanto cria a possibilidade de se traçar estratégias no campo da ética, da política e do Direito, para alcançar e preservar direitos fundamentais.

Acrescido a esse fato, o Brasil se encontra em meio a uma crise ética, perante a qual a defesa proporcionada pelo ordenamento jurídico – no âmbito das responsabilidades civil, penal, administrativa ou política – não tem sido suficiente quando o assunto é o combate à corrupção. Nessa perspectiva, a IA pode ser empregada como um instrumento eficaz no controle de gastos da administração pública, tanto na atuação preventiva como na repressiva realizada pela sociedade ou pelo próprio Estado.

Essa utilização da IA no cenário brasileiro ainda é tímida se comparada a países como a China, os Estados Unidos ou à União Europeia. Diante disso, para que a luta contra a corrupção seja eficaz, parece imprescindível que essa tecnologia seja implementada para o seu controle, sem olvidar das garantias constitucionais.

Transportando esse debate para o campo filosófico, essas medidas necessitam ser informadas pela nova ordem moral, proposta por Hans Jonas<sup>69</sup>, da ética da responsabilidade, ou seja, da consciência de se decidir hoje também em consideração pela vida daqueles que virão, garantindo-se uma existência autêntica e estabelecendo-se um mandamento ético de preservação da vida digna, evitando ameaças para o futuro da humanidade.

Em síntese, diante das reflexões até aqui produzidas, sem prejuízo do aprofundamento da pesquisa, é possível acenar-se positivamente ao problema central desse artigo, ou seja, no sentido de que é possível conciliar-se as novas tecnologias – com destaque para a Inteligência Artificial –, o “princípio responsabilidade” e um projeto de combate à corrupção na esfera pública, nos limites próprios do Estado de Direito, de maior efetividade.

68 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Contraponto, 2006.

69 JONAS, loc.cit.

## REFERÊNCIAS

- BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BERTONCINI, Mateus; LIMA TORRES, Rafael. Corrupção, Crimes Econômicos, Teorias Criminológicas Correlatas e Ética Empresarial. **Revista Internacional Consinter de Direito**. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-i-volume-i/parte-2-direito-publico/corruptcao-crimes-economicos-teorias-criminologicas-correlatas-e-etica-empresarial/>.
- BERTONCINI, Mateus; FERREIRA, Daniel. **Atividade empresarial e cidadania**: críticas à lei anticorrupção brasileira. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 44, p. 451-472, 2016.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Corrupção Uma perspectiva da filosofia da linguagem para o seu enfrentamento**. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril\\_v55\\_n20\\_p13](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n20_p13) Acesso em: 20 de maio de 2020.
- CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Cidadania e o Combate à Corrupção: Propostas Extrapenais de Aperfeiçoamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 1, p. 223-244, 2016.
- CANDIOTTO, Kleber Bez Birolo. Artefatos biológicos artificiais: do modelo Imitativo de Inteligência Artificial ao Advento de organismos vivos programados. *in* **Revista de Filosofia Aurora**. Curitiba, v. 32, n. 55, 2020. p. 92-111
- CARRILHO, M. R. **O pensamento ético-político de Maria de Lourdes Pintasilgo**: diálogos com Martin Heidegger e Hans Jonas. Lisboa: Fundação Cuidar o Futuro, 2019.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Sequência** (Florianópolis), n. 84, p. 209-242, 2020.
- DE CARVALHO, Helder Buenos Aires. **Hans Jonas e o giro empírico da filosofia da tecnologia**: notas sobre um diálogo com a pós-fenomenologia. *Filosofia Unisinos – Unisinos Journal of Philosophy* – 21(1):56-71, jan/apr 2020.
- DURÁN, Ronald. Ética de la tecnología: acerca de la moralidad de los artefactos técnicos. *In: Unisinos Journal of Philosophy* – 21(1):47-55, jan/apr 2020
- FREITAS, Juarez. **Direito administrativo e inteligência artificial**. Interesse Público [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v.21, n.114, mar./abr. 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35732>. Acesso em: 17 jan. 2020.
- GAULT, D. A.; GALICIA, J. F. H., LEPORE, W. Corrupción sistémica: Límites y Desafíos de las Agencias Anticorrupción. El caso de la Oficina Anticorrupción de Argentina. **Revista del CLAD Reforma y Democracia**, n. 61, p. 75-106, 2015.)
- GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo; BERTONCINI, Mateus. **Lei anticorrupção**: comentários à Lei 12.846/2013. ebook Grupo Almedina, 2014, posição 128.
- GUIMARÃES, Rodrigo R. C. **A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1555-1588, set./dez. 2019.
- JONAS, Hans. **O princípio vida**: fundamentos para uma biologia filosófica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 25
- JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Contraponto, 2006.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. JusPodivm, 7. Ed. 2009, pág. 550
- OLIVEIRA, Jelson Roberto de. **O homem como objeto da técnica segundo Hans Jonas**: o desafio da biotecnologia. *Problemata: Revista Internacional de Filosofia*, v. 4, n. 2, p. 13-38, 2013.
- OLIVEIRA, Jelson. **Negação e poder**: do desafio do nilismo ao perigo da tecnologia. Caxias do

Sul, RS, 2019.

OLIVEIRA, Cristiano Cesar da Silva. **O uso de Inteligência Artificial para Controle Social da Administração Pública**: Uma Análise da Operação Serenata de Amor. 2018. Disponível em: <http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/handle/123456789/267>> Acesso em: 11 set. 2020.

PIMENTA, Guilherme. **Projeto Cérebro**: Cade usa inteligência artificial no combate a cartéis. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/projeto-cerebro-cade-usa-inteligencia-artificial-no-combate-a-carteis-29102019>> Acesso em: 11 set. 2020.

REGO, Tayná Kethellen Santiago; GONÇALVES, Rosilene Nogueira. Corrupção como entrave para as negociações externas e o desenvolvimento econômico interno do país. **Revista da Iniciação científica**, v. 5, n. 1, 2020.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**, 3ª ed., tradução de Regina Célia Simille, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2013, p. 1173. 8

SANTOS, José Anacleto Abduch Santos; BERTONCINI, Mateus, COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção**, 2ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Maurício. **Corrupção**: tentativa de uma definição funcional. *Revista de Administração Pública*, v. 28, n. 1, p. 18-23, 1994.

SEARLE, John R. *Minds, Brains and Programs*, In: *The Behavioral and Brain Sciences*, 3, Cambridge: Cambridge University Press, 1980, pp. 417457, (tradução livre).

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda São Paulo: Edipro, 2016.

SIMÕES, Daniela. **CGU utiliza inteligência artificial para combater fraudes**. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Politica/noticia/2018/11/cgu-utiliza-inteligencia-artificial-para-combater-fraudes.html>. Acesso em:

SILVA, Amanda Vieira. **Dados governamentais abertos à luz da accountability**: um estudo da Operação Serenata de Amor. 2018

TV SENADO. **Inteligência Artificial (IA) em políticas públicas**. 2019 (1h40m39s) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Rh0xNK3Bt0Y> Acesso em: 17 fev. 2020.

WASSERMANN, Renata. **Inteligência Artificial** – Introdução à Inteligência Artificial -

Visão Geral da área. 2018. (22m08s). Disponível em: <https://youtu.be/Bcw5YZA-Avw>. Acesso em: 17 fev. 2020.

## 5. A EFETIVIDADE DA TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA REPERCUSSÃO NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DAS NORMAS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

José Arildo Valadão de Andrade

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas-FGV. Pós-Graduado em Direito Público. Pós-Graduado em Direito Eleitoral pela PUC-MG. Pós-Graduado em Auditoria Digital e Direito Tributário pela BSSP.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. A Probidade no exercício da Administração como bem jurídico protegido com a tutela coletiva da probidade administrativa, a dupla face da ação de improbidade e objeto principal da tutela do processo coletivo na ação de improbidade; 3. O microssistema coletivo do patrimônio público: expansão do sistema de proteção da probidade administrativa; 4. Diálogo das fontes das normas do microssistema voltadas à proteção patrimônio público; 5. A máxima efetividade da tutela da probidade administrativa; Referências. 6. Considerações finais.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei 8.429.92, traz abstratamente, nos artigos 9º, 10 e 11, um rol exemplificativo de condutas que, em princípio, podem ser encartadas como ato de improbidade administrativa, sendo de três ordens: a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; b) que causem prejuízo ao erário; e c) atos que atendem contra os princípios da Administração Pública. Referido diploma, todavia, não se ocupou, de forma expressa, de definir o conceito de improbidade administrativa, encarregando, pois, a ciência do direito a tarefa teórica de delimitar, com rigor científico, o conceito de improbidade administrativa utilizado na praxe para enquadrar o ato de improbidade administrativa nas três classes previstas no direito posto.

O termo improbidade deriva do latim *probitas*, significando integridade, honestidade, retidão, qualidade do que é *probo*, do latim *probus*, que implica na qualidade de ser honesto, autêntico, virtuoso, honrado. Já a expressão *imptobitate* é predicativo da desonestidade. A improbidade é atributo negativo do caráter de alguém e, no âmbito do direito, o termo está associado à conduta do administrador que dá maus-tratos à coisa pública, no desempenho de seu ofício. A probidade, ao contrário, revela sempre a higidez de caráter e o procedimento justo na Administração Pública<sup>1</sup>. É quase que intuitivo,

1 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 1.099.

por isso, ao referir-se à improbidade administrativa, pensar-se simultaneamente no princípio da probidade administrativa. Assim sendo, de um senso comum, a probidade constitui um dever de atuar com honestidade, boa-fé, lisura; portanto, em perspectiva oposta, a improbidade está associada à desonestidade, à má-fé no âmbito da Administração Pública.

É inegável que a desonestidade na atuação administrativa, que tem a corrupção como uma de suas formas de manifestação, constitui improbidade administrativa. Caio Tácito afirma que o desvio ético coincide com a história da humanidade, acrescentando que “o primeiro ato de corrupção pode ser imputado à serpente seduzindo Adão com a oferta da maçã, na troca simbólica do paraíso pelos prazeres ainda inéditos da carne”<sup>2</sup>. A própria Bíblia contém trechos que abordam o fenômeno da corrupção<sup>3</sup>. No Êxodo, Capítulo XXIII, Versículo 8, em trecho referente às testemunhas, afirma-se que “também presente não tomarás: porque o presente cega os prudentes e perverte as palavras dos justos”. William Shakespeare, em passagem de sua conhecida e aplaudida comédia *Mercador de Veneza*, publicada pela primeira vez em 1600, já escrevia que “Só o presunçoso ostenta dignidade imerecida. As posses, honrarias e funções não fossem atingidas por corruptos – se o prêmio só coubesse a quem merece – estaria coberto muito nú, e muito comandante comandado! Quanto joio seria rebaixado, que hoje passa por trigo de nobreza”<sup>4</sup>.

O conceito de improbidade administrativa está, assim, enfeixado no desvio ético de conduta do agente público, qualquer que seja a função exercida, afrontoso à moralidade no desempenho de função pública em qualquer dos Poderes da República e que envolva enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado ao princípio da administração pública<sup>5</sup>. Em uma palavra, é designativo da corrupção administrativa, que, por diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e vulnera os princípios nucleares da ordem jurídica, visando resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional. Esse, a propósito, é a definição acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a corrupção pública censurada como espécie de improbidade administrativa refere-se a *grave desonestidade funcional*.<sup>6</sup>

2 TÁCITO, Caio. A moralidade administrativa e a nova lei do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 190, p. 45, 1992.

3 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Jûris, 2002. p. 131.

4 SHAKESPEARE, William. **O Mercador de Veneza**. Tradução de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999. p. 71.

5 TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. **Improbidade administrativa no exercício das funções do Ministério Público**. Juruá, 2009, p. 53.

6 Vide REsp 1089911/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em

Em termos lógicos, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA é a reunião de uma conduta ILEGAL + IMORAL + DESLEAL, pautada por um comportamento destinado a fim de causar uma lesão ao erário ou atentado aos princípios da administração pública. A configuração do ato de improbidade administrativa obedece, dessa forma, a uma relação gradual da seguinte ordem: **a)** legalidade administrativa; **b)** moralidade administrativa; **c)** dever de lealdade institucional e; **d)** improbidade administrativa. Por isso, para que se concretize a prática do ato de improbidade administrativa, é necessário que se passe pelas três primeiras: ilegalidade, imoralidade e deslealdade institucional e improbidade administrativa<sup>7</sup>. A desonestidade, nesse sentido, é pressuposto para caracterizar o ato ímprobo.

Nessa linha, disserta Fábio Osório Medina, para quem ao tempo em que se pretende que a (im)probidade possa abranger os fenômenos de grave desonestidade e intolerável ineficiência funcionais dos homens públicos, deve-se pensar que exclusivamente os casos mais graves estão em condições de integrar-se a este conceito normativo, de modo, por exemplo, não será toda desonestidade que indicará falta de probidade, muito menos toda ineficácia se encaixará nesta categoria normativa. A razão reside na necessidade de ponderação e proporcionalidade em relação as condutas desonestas ou ineficientes. Essas cautelas permitem que não se alargue em demasia o conceito de que estamos tratando<sup>8</sup>. Por isso, segundo, Cláudio Madureira, a simples ilegalidade do ato, ou a sua tão só imoralidade, não converte, por si só, em ato de improbidade administrativa<sup>9</sup>. Para o autor, a improbidade administrativa pressupõe a ilegalidade da conduta, vinculando-se, portanto, a inobservância do ordenamento jurídico; a sua imoralidade, consistente na contrariedade do comportamento a valores morais juridicizados (lealdade, boa-fé etc.); assim como, a desonestidade do agente imputado<sup>10</sup>.

A par dessas premissas, é possível fixar o conceito normativo do ato de improbidade administrativa juridicizado no marco da Lei 8.429/1992, segundo o qual, o ato de improbidade administrativa corresponde à expressão de uma ilegalidade, qualificado por uma imoralidade e agravado, em concreto, pela deslealdade institucional e administrativa do agente implicado. São esses os elementos típicos enfeixados na Lei 8.429/92 que uma vez reunidos numa relação gradual caracterizam o conceito normativo do ato de improbidade administrativa.

---

17/11/2009, DJe 25/11/2009.

7 MEDINA, Fábio Osório. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª Ed. RT: São Paulo, 2013, p. 120.

8 MEDINA, Fábio Osório. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª Ed. RT: São Paulo, 2013, p. 96.

9 MEDINA, Fábio Osório. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª Ed. RT: São Paulo, 2013, p. 232.

10 MADUREIRA Cláudio Penedo. **Advocacia Pública**. Editora Forum: Belo Horizonte, 2015, p.281

## 2. A PROIBIDADE NO EXERCÍCIO DA ADMINISTRAÇÃO COMO BEM JURÍDICO PROTEGIDO COM A TUTELA COLETIVA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, A DUPLA FACE DA AÇÃO DE IMPROBIDADE E OBJETO PRINCIPAL DA TUTELA DO PROCESSO COLETIVO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE

O direito, conforme nos ensina Kenneth J. Vandavelde, consiste em normas e suas políticas subjacentes.<sup>11</sup> Realmente, o sistema jurídico brasileiro presume que as normas não sejam pronunciamentos meramente abstratos, mas fundamentados em alguma política subjacente, isto é, as normas não criam direito e obrigações para si mesmas, mas para promover uma política governamental. Elas não existem de per si, mas são adotadas como meios destinados a obter determinados fins. Esses fins são as políticas subjacentes.

As políticas subjacentes à norma são, assim, de grande valia para a correta aplicação do direito, sem a qual a aplicação da regra a uma situação particular tornar-se-ia indesejável, de modo a causar perplexidades. O processo de aplicação da norma, pois, exige um exame da política ou propósito subjacente a ela. À luz da política que a norma visa assegurar no caso concreto, deve-se levar em consideração como a norma opera na prática, quais seus efeitos concretos na sociedade. As políticas constituem os fins para os quais as normas constituem os meios<sup>12</sup>. Segundo Holmes os juízes decidem as causas levando em conta a política perseguida pela norma. Explicou em seu livro de 1881, intitulado *The Common Law*, que as necessidades do tempo, as teorias morais e políticas em vigor, as instituições das políticas governamentais, confessas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes partilham com seus concidadãos fizeram muito mais que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens deviam ser governados.<sup>13</sup>

No caso específico da tutela da probidade administrativa, segundo Kenneth J. Vandavelde, em vistas dos problemas ligados à descoberta da intenção dos legisladores, diversas cortes pontificam que a melhor pista para a política legislativa está na própria linguagem da lei,<sup>14</sup> por isso, é imperativo convergir para o exame da dogmática da Lei 8.429/92, bem como, da sua sede constitucional prevista no art. 37, § 4º do texto constitucional, para, então, descobrir-se o bem jurídico, reputado relevante para o legislador, protegido pela tutela da probidade administrativa.

José Afonso da Silva define a probidade administrativa como o dever de honestidade do servidor perante a instituição pública, portando, a improbidade administrativa, ao contrário, pressupõe uma conduta desonesta do

11 VANDEVELDE, K. **Pensando como um advogado**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 81.

12 VANDEVELDE, K. **Pensando como um advogado**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 95.

13 O. Holmes. **The common Law** University of Toronto Law School. 2011, p. 05.

14 VANDEVELDE, K. **Pensando como um advogado**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 29.

agente público imputado<sup>15</sup>. Isso porque, em vista dos limites semânticos do enunciado prescritivo do § 4º do art. 37 da Constituição, a realização da prática de um ato de improbidade administrativa exige uma conduta desonesta. Daí já ser apercebe que a natureza do direito difuso que se pretende tutelar é a probidade no exercício da Administração Pública. Vê-se, assim, que o bem jurídico expresso na probidade administrativa é um valor ideal da ordem jurídico-administrativa, considerando os valores que lhe são inerentes, na perspectiva dos deveres públicos subjacentes<sup>16</sup>.

Segundo Teori Albino Zavascki a ação de improbidade, em comum com ação popular e ação civil pública, serve ao objetivo maior e superior de tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta<sup>17</sup>. Fabio Osório Medida, igualmente, asse que o objeto de proteção do ato *improbis* visa coibir um comportamento ofensivo da “ética institucionalizada no setor público”<sup>18</sup>, de tal sorte a garantir os “valores e normas fundamentais que presidem a Administração Pública e orientam seu bom funcionamento, a chamada boa gestão pública”<sup>19</sup>. Para Gustavo Senna Miranda, os atos de improbidade administrativa violam interesse difuso da coletividade, na medida em que atingem interesse do povo, comprometendo seriamente o bom funcionamento da Administração Pública e, por consequência, a obrigação do Estado no cumprimento das prestações sociais, fundamentais para boa qualidade de vida da população<sup>20</sup>.

Dessas premissas, é possível concluir que o objeto jurídico protegido é o direito fundamental a uma administração proba, “associando-se à agressão aos direitos fundamentais correlatos à exigência de padrões mínimos de boa gestão pública, sob o influxo do art. 37, *caput* da Constituição Federal.”<sup>21-22</sup> Observa-

---

15 “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição pune o ato ímprobo com a suspensão e direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente a uma vantagem ao ímprobo ou a outrem.” SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª Ed. Melheiros: São Paulo, 2005, p. 669.

16 MEDINA, Fábio Osório. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª Ed. RT: São Paulo, 2013, p. 256.

17 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. RT: São Paulo, 2014, p. 94.

18 MEDINA, Fábio Osório. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª Ed. RT: São Paulo, 2013, p. 257.

19 MEDINA, Fábio Osório. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª Ed. RT: São Paulo, 2013, p. 256.

20 MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa**. RT: São Paulo, 2007, p. 195.

21 MEDINA, Fábio Osório. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª Ed. RT: São Paulo, 2013, p. 256.

22 Nesse pormenor, oportuno o voto do Ministro Teori, nos autos do RE 631.111-GO, que em *dicta*, define com precisão os escopos que a lei de improbidade administrativa visa garantir, tal como, a seguir retratado: [...] há casos em que a tutela dos interesses sociais pressupõe, necessariamente, a tutela simultânea e conjunta de interesses de entes públicos, embora sejam com esses evidentemente inconfundíveis. Assim, por exemplo, quando, em defesa do interesse social, é pleiteada a reparação de danos causados ao patrimônio público ou a restituição de valores indevidamente apropriados por administrador ímprobo, o que se estará tutelando não são apenas interesses sociais, mas também os direitos subjetivos das pessoas de direito público lesadas, para as quais, aliás, será canalizado o produto da condenação.

-se, por essa perspectiva, que a ação de improbidade tem uma dupla face, para utilizar a terminologia do Professor Teori Albino Zavascki<sup>23</sup>, pois é, ao mesmo tempo, “repressivo-reparatória, no que se refere à sanção de ressarcimento ao erário; e é repressivo-punitiva, no que se refere às demais sanções<sup>24</sup>”.

Com efeito, o § 4º do art. 37 da Constituição, quando disciplinou a repressão ao ato de improbidade administrativa, fez a opção semântica, por consagrá-la como medida repressiva a inobservância do dever de probidade, isto é, da desonestidade do agente público implicado. Por isso, “a ação de improbidade administrativa tem caráter eminentemente repressivo<sup>25</sup>”, e só lateralmente tem caráter ressarcitório<sup>26</sup>. O pedido de ressarcimento contido na lei de improbidade ostenta, em essência, natureza acessória<sup>27</sup> ao objeto próprio da ação de improbidade, cujo escopo visa, primordialmente, a aplicação de penalidade ao infrator cuja conduta desvirtue, de modo desleal, a Administração Pública, substituindo metas públicas por metas particulares. A propósito, é o magistério de Teori Albino Zavascki, que a despeito de ser longo, deve ser citada na íntegra pela clareza com a qual expõe a acessoriedade do pedido de ressarcimento em relação ao bem jurídico protegido com a tutela coletiva da probidade administrativa, eis, nesse particular, o relato do autor:

Ademais é importante destacar que a ação de improbidade não comporta pedido isolado de condenação ao ressarcimento de danos ao erário. Para essa espécie de pretensão já existe a ação civil pública regida pela Lei 7.347/85, que oferece meios muito mais adequados e eficientes. Ressarcir danos, já ficou asseverado, não é propriamente uma punição ao infrator, mas sim uma medida de satisfação ao lesado, e a ação de improbidade destina-se prioritariamente a aplicar penalidades, não a recompor patrimônios. Assim, o pedido de ressarcimento de danos, na ação de improbidade, não passa de um pedido acessório, necessariamente cumulado com pedido de aplicação de pelo menos uma das sanções punitivas cominadas ao ilícito<sup>28</sup>.

Mencionado autor, aprofundando o raciocínio, considera o reconhecimento da obrigação de ressarcir danos como espécie secundária necessário da punição pelo ato de improbidade, tal como, decorre da sentença condenatória penal, conforme estipulado no art. 91, II do Código Penal<sup>29</sup>. Reportando-se ao conceito de

23 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. RT: São Paulo, 2014, p. 108.

24 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. RT: São Paulo, 2014, p. 109.

25 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. RT: São Paulo, 2014, p. 95

26 Assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1163643/SP, cuja ementa restou assentada que ação de improbidade tem caráter repressivo, *in verbis*: [...] 1. Não se pode confundir a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o artigo 17 da Lei 8.429/92, com a ação de responsabilidade civil para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. Aquela tem caráter repressivo, já que se destina, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art. 12). Esta, por sua vez, tem por objeto consequências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais.

27 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. RT: São Paulo, 2014, p. 122.

28 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. RT: São Paulo, 2014, p. 109.

29 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. RT: São Paulo, 2014, p. 109.

ato de improbidade administrativa, visto antecipadamente, José Afonso da Silva considera a improbidade administrativa como uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente a uma vantagem ao ímprobo. Afora o reducionismo impróprio do ato ímprobo ao campo da moralidade comum, não adotada por nós, conclui-se que o autor, alinhando-se ao Professor Teori Albino Zavascki, situa o pedido de ressarcimento na ação de improbidade administrativa em um segundo plano, reconhecendo-o apenas como uma qualidade decorrente do próprio objeto da ação de improbidade, afirmando, por outro lado, que “a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal de outrem a quem queira favorecer<sup>30</sup>”, aproximando, nesse ponto, ao conceito de improbidade administrativa proposto por nós<sup>31</sup>.

A par dessas considerações, é possível verificar que a espécie de direito material tutelado com a ação de improbidade administrativa é correlacionada diretamente ao bem jurídico protegido com a tutela jurisdicional coletiva, isto é, a probidade no exercício da Administração. Em sendo assim, é de se notar que o “Direito processual e o Direito material estão ligados de maneira indissociável, servindo o processo como instrumento estatal de efetiva proteção ao direito material<sup>32</sup>”, por isso, a importância de se conhecer, em linha de princípio, o bem jurídico tutelado pela repreensão da improbidade administrativa, para, então, delimitar, com rigor, o objeto principal da tutela do processo coletivo na ação de improbidade administrativa. O objeto principal da tutela jurisdicional coletiva, assim, vincula-se, de sobremodo, a sua natureza repressiva-punitiva, tal como, acentuado por Teori Albino Zavascki, ou seja, ao direito fundamental de todos, num Estado democrático e republicano, a uma Administração honesta e proba.

Por essa dimensão, somente o direito social a uma administração proba constitui objeto da tutela coletiva por revelar, ontologicamente,<sup>33</sup> o interesse

---

30 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 669.

31 O Superior Tribunal de Justiça tem, nesse sentido, se alinhado a doutrina, ainda que de soslaio, ao conferir a ação de improbidade natureza eminentemente repressiva-punitiva destinada a sancionar o agente público que se porte de maneira desonesta, com dolo, diante dos negócios públicos em que é curador. A propósito, o seguinte julgado: [...] 9. Deveras, a pretensão de nulificação do contrato ou do procedimento licitatório não é veiculável em sede de Ação de Improbidade Administrativa, antes, em Ação Popular. REsp 1023904/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 03/08/2010.

32 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2ª Ed. Método: São Paulo, 2014, p. 126.

33 Vide a propósito Informativo de nº 548 do STJ, vazado nos seguintes termos: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INTERVENÇÃO DO MP EM AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. **O Ministério Público não deve obrigatoriamente intervir em todas as ações de ressarcimento ao erário propostas por entes públicos.** A interpretação do art. 82, III, do CPC à luz do art. 129, III e IX, da CF revela que o interesse público que justifica a intervenção do MP não está relacionado à simples presença de ente público na demanda nem ao interesse patrimonial deste (interesse público secundário ou interesse da Administração). Exige-se que o bem jurídico tutelado corresponda a um interesse mais amplo, com espectro coletivo (interesse público primário). Além disso, a causa de pedir relativa ao ressarcimento ao ente público, consi-

público primário, muito embora lateralmente o interesse patrimonial do ente público seja, a reboque, tutelável. A ação de improbidade administrativa se enquadra, por essa perspectiva, entre as denominadas ações coletivas, eis que se destina a tutelar os interesses metaindividuais de pessoas indeterminadas da sociedade, revelando-se hábil para proteger o patrimônio público, realçando o valor e a importância da probidade administrativa. Como corretamente acentua Gustavo Senna Miranda, é inegável o interesse público existente na tutela coletiva da probidade administrativa, pois por meio de sua defesa torna-se possível permitir ao Estado realizar o dever de prestar aos cidadãos os direitos sociais de forma concreta e efetiva, propiciando a todos os membros da coletividade uma melhora na qualidade de vida, que indubitavelmente constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil, tal como, depreendido do arts. 1º e 2º da CF<sup>34</sup> Portanto, o direito a uma Administração Pública proba constitui interesse social tutelável por meio do processo coletivo, como exemplo típico de direitos transindividuais difusos pertencentes o sociedade como um todo.

A eficiência da tutela jurisdicional coletiva de defesa da probidade administrativa quando compreendida no seio do microsistema coletivo tem a potencialidade de expandir o sistema de proteção concebido para proteção do direito metaindividual, interessado de cada um e de todos ao mesmo tempo, da probidade no exercício da Administração Pública, ou seja, ao direito fundamental a um governo honesto.

### 3. O MICROSSISTEMA COLETIVO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO: EXPANSÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

O sistema jurídico oitocentista era concebido pelos positivistas do século XIV como manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, como um sistema fechado infenso a lacunas e completo em si mesmo<sup>35</sup>. O Direito, assim, era resumido nos Códigos e, nada mais fora dele existia. Essa visão nos foi herdada “dos ideais emergentes da Revolução Francesa”<sup>36</sup> que compreendia o direito por dentro de Códigos fechados, sem margens de aberturas ao sistema jurídico exterior que, de algum modo, poderia culminar em restrições aos direitos conquistados pela classe burguesa ascendente e protagonista da revolução.

---

derando os limites subjetivos e objetivos da lide, prescinde da análise da ocorrência de ato de improbidade administrativa, razão pela qual não há falar em intervenção obrigatória do MP, sob pena de transformar a ação de indenização em sede imprópria para discussão acerca da configuração de improbidade administrativa. EREsp 1.151.639-GO, **Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 10/9/2014**”.

34 MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa**. RT: São Paulo, 2007, p. 194.

35 ALMEIDA, Gregório Assagra. **Codificação do direito processual brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 16.

36 MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microsistemas e a Constituição Federal. **Pensamento Jurídico. Revista da Faculdade Autônoma de Direito**. Ano 1, nº 1, jan./jun. 2011, p. 245/278.

O modelo liberal de codificação, com o correr da história, se mostrou insuficiente para reger todas as relações jurídicas decorrentes da evolução da sociedade, tornando-se não apenas mais numerosas como, também, qualitativamente mais complexas<sup>37</sup>. Assim, a atividade legislativa foi intensificada para regular segmentos sociais que não cabiam, ou não tinham espaços, nos Códigos fechados, sobretudo em razão da evolução das relações transindividuais, de modo que se tornou necessária a edição de leis especiais para esses setores da sociedade não abarcados pelas codificações<sup>38</sup>.

Os microsistemas surgem, dessa forma, da incompletude da legislação codificada e da necessidade de regular segmentos da sociedade não abarcadas pelos Códigos em sua totalidade, sobretudo no campo dos direitos transindividuais que, historicamente, não foram tão facilmente identificados e agrupados de maneira que pudessem ser devidamente tutelados em bloco por extensos Códigos. Tal retórica leva a crer que esses Códigos se aproximam das necessidades vitais de uma sociedade, ampliando os horizontes dos aplicadores do Direito na busca por uma tutela jurisdicional adequada. Como exemplos desta nova empreitada, “podemos citar os microsistemas legais, os estatutos processuais, bem como os códigos setorizados, diplomas que, ao revés de se enclausurarem em suas próprias normas, admitem o diálogo com regras exteriores, maleabilizando o uso de seu procedimento às vicissitudes do litígio entre as partes”<sup>39</sup>.

No Brasil, a legislação foi progressivamente escrevendo a história da tutela coletiva, iniciando-se com a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), depois se ampliando com a aprovação da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347), em 1985. Desabrochou, enfim, com a Constituição Federal de 1988, seguida do Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei nº 8072). Por conseguinte, vieram os códigos setorizados e os estatutos, bem como as legislações especiais, as quais passaram a complementar e integrar o sistema utilizado para a proteção dos interesses difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos<sup>40</sup>. Surge daí o microsistema de processo coletivo em *terrae brasilis*.

Gregório Assagra de Almeida anota, nesse sentido, que a tutela coletiva, no Brasil, desenvolveu-se, sobretudo, a partir das décadas de 1960 e 1970, apresentando uma nova metodologia legislativa representando o abandono da técnica

---

37 MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microsistemas e a Constituição Federal. **Pensamento Jurídico. Revista da Faculdade Autônoma de Direito**. Ano 1, nº 1, jan./jun. 2011, p. 245/278.

38 MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microsistemas e a Constituição Federal. **Pensamento Jurídico. Revista da Faculdade Autônoma de Direito**. Ano 1, nº 1, jan./jun. 2011, p. 245/278.

39 AZEVEDO, Júlio Camargo de. **O microsistema de processo coletivo brasileiro**. Acessado em: 31/10/2014. Disponível em: file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo/Meus%20documentos/Downloads/43-83-1-SM%20(1).pdf.

40 AZEVEDO, Júlio Camargo de. **O microsistema de processo coletivo brasileiro**. Acessado em: 31/10/2014. Disponível em: file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo/Meus%20documentos/Downloads/43-83-1-SM%20(1).pdf.

legislativa de elaboração de comandos normativos genéricos e neutros; definição dos objetivos da política legislativa com finalidades próprias de um Estado promocional de valores e políticas públicas por meio do Direito; utilização de expressões setoriais com o abandono do caráter universal e precisão linguística das codificações clássicas; regulamentação exaustiva e extensa das matérias, de forma a abranger questões do direito material, do direito processual, do direito material penal, do direito administrativo, abrangendo vários ramos do Direito dentro de uma concepção multidisciplinar e transversal; reconhecimento de novos sujeitos dos direitos com a implementação de tutela jurídica de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>41</sup>.

Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior ensinam, nesse pormenor, que “os microssistemas evidenciam e caracterizam o policentrismo do direito contemporâneo”, composto por “vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente), o Código Civil, as leis especiais”<sup>42</sup>. Nesta esteira, a possibilidade de integração e utilização conjunta de diversos diplomas legais (códigos e legislações especiais), destinados a tutelar interesses comuns, contribuiu, com maior efetividade, à proteção de direitos sociais pulverizados, os quais, em razão do vazio conceitual e legislativo existente até então, permaneciam à deriva de tutela, quase que em um limbo jurídico<sup>43</sup>. Para Julio Camargo Azevedo, um microssistema legal pode ser definido como a instrumentalização harmônica de diversos diplomas legais (Constituição Federal, Códigos, Leis especiais, Estatutos etc), destinados ao trato particular de determinada matéria, cuja amplitude e peculiaridade exijam uma aplicação conjunta dos comandos normativos para efetiva aplicação de seus ditames.

O núcleo duro do microssistema coletivo, nesse aspecto, decorre do inter-relacionamento entre as Leis 7.347/1985 e 8.078/1990, sobretudo, a partir das normas de envio, previstas nos art. 21 da Lei de Ação Civil Pública e art. 90 do CDC, cuja interação permitiu o surgimento, segundo o Superior Tribunal de Justiça, do microssistema de proteção dos direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para propiciar sua adequada e efetiva tutela, tal como, estipulado no art. 83 do CDC<sup>44</sup>. O microssistema de processo coletivo,

41 ALMEIDA, Gregório de Assagra. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 30

42 DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de processo civil**: processo coletivo. 8ª Ed. JusPodivm: Salvador, 2013, p. 46.

43 AZEVEDO, Júlio Camargo de. **O microssistema de processo coletivo brasileiro**. Acessado em: 31/10/2014. Disponível em: file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo/Meus%20documentos/Downloads/43-83-1-SM%20(1).pdf.

44 Vide REsp 1217554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em

assim, baseia-se, essencialmente, em dois diplomas fundamentais que acompanham todo e qualquer procedimento que se instaure a título de processo metaindividual, a saber, a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)<sup>45</sup>.

Com isso, a ação de improbidade administrativa é inserida no microsistema processual coletivo, embora não constitua, conforme adverte Daniem Amorim Assumpção Neves e Rafael carvalho Rezende Oliveria<sup>46</sup>, o núcleo duro do microsistema inaugurado pelo inter cruzamento da Lei Ação Civil Pública com o CDC. No entanto, é possível identificar um microsistema próprio da tutela do patrimônio público, sendo ele composto, especialmente, pela Lei de Improbidade Administrativa (art. 37, § 5º da CF de 88 e a Lei 8.429/92), a Lei de Ação Popular (art. 5º, LXXIII da CF e Lei 4.717/65, a Lei de Ação Civil Pública (art. 129 da CF e a Lei 7.347/85) e agora, mais recentemente, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/2013), todas normas de natureza mista que, além de estipularem normas de direito material, trazem normas relativas ao direito processual coletivo<sup>47</sup>.

A incidência recíproca dessas normas é fruto da concepção de que o direito coletivo deve ser analisado sob a ótica de um microsistema, no qual as diversas leis que o regem se mesclam, formando único modelo normativo. O intérprete passa, pois, a ter à disposição vários diplomas normativos que podem ser utilizados para o trato de direitos metaindividuais. No caso da lesão ao Erário, a ordem legal disponibiliza, dentre outros, os ditames da Lei de Ação Civil Pública, da Ação Popular e da Lei de Improbidade que, somados, poderão ser utilizados para o preenchimento de lacunas no rito processual, na disponibilidade de meios eficazes para o ressarcimento e na definição de conceitos jurídicos<sup>48</sup>.

Com o cruzamento dessas normas, através do diálogo das fontes norma-

---

15/08/2013, DJe 22/08/2013

45 AZEVEDO, Júlio Camargo de. **O microsistema de processo coletivo brasileiro**. Acessado em: 31/10/2014. Disponível em: [file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo/Meus%20documentos/Downloads/43-83-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo/Meus%20documentos/Downloads/43-83-1-SM%20(1).pdf)

46 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2ª Ed. Método: São Paulo, 2014, p. 119.

47 Nesse sentido, é a dissertação de mestrado de Valtair Lemos Loureiro intitulada “Microsistema Processual Coletivo e a Tutela do Patrimônio Público”, apresentada no programa de pós-graduação da UFES, mas ainda não publicada.

48 Nesse sentido, é a posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça, cujas ementas de alguns acórdãos nos permitem, a título de exemplo, compreender o tema: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSORTES. PRAZO EM DOBRO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LIA. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. ART. 191 DO CPC. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC).(...)  
(REsp 1221254/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 13/06/2012)

tivas que compõem esse microsistema peculiar de tutela do patrimônio público, é possível buscar a interação das normas que melhor concretize, no caso concreto, a finalidade da ação coletiva de improbidade administrativa, ou seja, a tutela ao direito difuso a uma administração proba ou que a ela possam se agregar qualitativamente, de forma que a conformação desses estatutos, destinados em gênero a defesa do patrimônio público, que compõem o microsistema de tutela coletiva, possam objetivar uma maior efetivação jurisdicional na defesa da probidade administrativa.

Sistematizar, por essa perspectiva, a ação de improbidade administrativa no contexto das fontes normativas que compõem o microsistema coletivo constitui o buslils das questão que se pretende investigar no presente ensaio, sobretudo, a aplicação integrada das normas para a tutela coletiva, de modo a conferir a máxima reparação ao dano cujo objeto jurídico a ação de improbidade administrativa visa resguardar.

#### 4. DIÁLOGO DAS FONTES DAS NORMAS DO MICROSSISTEMA VOLTADAS À PROTEÇÃO PATRIMÔNIO PÚBLICO

O microsistema de processo coletivo pode ser tomado como o microsistema mais complexo do direito brasileiro, quicá um dos mais complexos do mundo, pois sua formação é composta pela reunião intercomunicante de diversos diplomas legais, dos mais variados ramos do direito, e não só por influência de normas gerais<sup>49</sup>. Estes conjuntos de leis interpenetram-se e subsidiam-se, compondo um microsistema independente do Código de Processo Civil (que se aplica apenas residualmente, e não subsidiariamente, como de costume ocorre em nosso ordenamento). Para Cláudia Lima Marques, apoiada na preleção de Erik Jayme, os tempos pós-modernos não permitem mais a monossolução das antinomias pelos vetustos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia das normas, mas, ao contrário, exigem uma solução sistemática e dialógica, em razão da pluralidade e complexidade atual do direito contemporâneo, nas palavras da autora<sup>50</sup>.

O diálogo das fontes, nesse cenário, constitui o método interpretativo necessário à apreensão das pós-modernidade, a partir de uma aplicação coordenada e simultânea de diferentes fontes legislativas convergentes, pois, “a necessidade de coordenação de leis no mesmo ordenamento jurídico é exigência de um sistema eficiente e justo<sup>51</sup>”. O diálogo normativo entre essa fontes tem inegavelmente a virtude de conduzir a expansão do sistema de proteção do patrimônio

49 AZEVEDO, Júlio Camargo de. **O microsistema de processo coletivo brasileiro**. Acessado em: 31/10/2014. Disponível em: file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo/Meus%20documentos/Downloads/43-83-1-SM%20(1).pdf

50 MARQUES, Cláudia Lima et al. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

51 Vide dissertação de mestrado de Valtair Lemos Loureiro intitulada “Microsistema Processual Coletivo e a Tutela do Patrimônio Público”, apresentada no programa de pós-graduação da UFES, mas ainda não publicada, p. 75

nio público mediante a aplicação coerente de leis coexistente no sistema jurídico destinadas a tutela coletiva do patrimônio público. Esse método de aplicação das leis, pioneiramente desenvolvido por Erik Jayme, e por nós absorvidos através da obra da Professora Claudia Lima Marques<sup>52</sup>, foi denominado de diálogo das fontes, cuja incidência foi primeiramente destinada ao Direito Internacional Privado e, depois, sofisticado para aplicá-la as demais vertentes do direito, como para depreensão do microsistema de tutela coletiva, e por nós ainda utilizada para explicar o interrelacionamento entre as normas que compoem o estrito microsistema das normas voltadas a proteção do patrimônio público.

Cláudia Lima Marques, quem buscou, inseriu e incorporou a teoria do diálogo das fontes no direito brasileiro, nos ensina que existe três tipos de diálogos possíveis entre o código de defesa consumidor, como lei anterior, especial e decorrente da Constituição Federal de 1988 e o novo Código Civil de 2002. São eles: **1)** na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico, incompleto materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade; **2)** na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, dependendo de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), e, ainda, indicando a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente; **3)** há, ainda, o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si, no caso de dois fornecedores trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do Richterrecht (Direito dos Juízes), alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)

A porosidade existente entre a Lei de Ação Civil Pública (LACP) e o Código de Defesa é corolário das normas de reenvio previstas nos artigos 21 da LACP e 90 do CDC, ora mandando que se aplique uma lei, ora mandando que se aplique outra. Tal simetria oferece aos operadores da tutela coletiva uma potencial abertura para manejar ambos os diplomas legais, estabelecendo um constante

52 Vide, por exemplo, MARQUES, Claudia Lima et al. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

diálogo entre as fontes normativas. Esta intertextualidade sistêmica é, portanto, o pilar que permite toda esta integração dinâmica e flexível do microsistema de processo coletivo, cuja incidência pode ser trazida para aplicação do microsistema peculiar de proteção do patrimônio público. Por essa forma, o conteúdo teórico da teoria do diálogo das fontes, embora concebido, no Brasil, como mediador para aplicação harmônica no tempo entre legislação consumerista e o Código Civil, pode ser validamente utilizado para compreender como as normas que compõem o microsistema de tutela do patrimônio público se interagem, a fim de expandir o horizonte de proteção desse patrimônio, entre eles, o bem público imaterial referente a probidade no exercício da Administração Pública.

Como visto em notas anteriores, o microsistema coletivo de proteção do patrimônio público, a par da Lei de Improbidade (Lei 8.429/92), é composto, sobretudo, pelas normas da Lei de Ação Popular (art. 5º, LXXIII da CF e Lei 4.717/65), a Lei de Ação Civil Pública (art. 129 da CF e a Lei 7.347/85) e agora, mais recentemente, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/2013). Essas normas se relacionam, primordialmente, segundo o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, em que uma lei pode complementar a aplicação da outra, assim como incisar a aplicação complementar de suas normas e princípios, no que for necessário ou subsidiariamente.

O diálogo das fontes entre as normas do microsistema de tutela do patrimônio público constitui método de interpretação das normas que permite a comunicação entre essas mesmas normas sem excluí-las, *a priori*, do campo de aplicação umas das outras, senão que possibilita a aplicação coordenada dessas fontes, de modo a garantir com mais fineza e efetividade a sua aplicação ao caso concreto, segundo os direitos e valores constitucionais tutelados. É uma visão pautada na efetividade que permite uma visão flexível, aberta e dialógica entre as diversas normas que compõem o microsistema de tutela do patrimônio público.

No caso da probidade administrativa, o intercruzamento das normas que compõem o microsistema coletivo de tutela do patrimônio público, instrumentalizado pelo diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade das fontes, sem dúvida nos permite postular a máxima efetividade da tutela do bem jurídico protegido com a ação de improbidade administrativa.

## 5. A MÁXIMA EFETIVIDADE DA TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Sobre a concretização do princípio da probidade, Juarez Freitas esclarece que ela “se mostra escassa e rarefeita, em parte por falhas técnicas da norma destinada à sua efetivação, mas a Lei nº 8.429/92 é passível dos requeridos reparos mediante uma temperada interpretação saneadora<sup>53</sup>”. Esses reparos são, sobre-

53 FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de*

tudo, realizados pela abertura da tutela coletiva ao princípio do microsistema, que permite uma leitura intercomunicante de vários diplomas, através de um diálogo sistemático de coerência<sup>54</sup>, formado de normas múltiplas de comunicação e influência subsidiária<sup>55</sup>. Faz-se, pois, imperativo examinar a referida lei com ponderação sistemática, que torna indispensável à aplicação parcelar das normas que compõem o microsistema de normas de proteção do patrimônio público, até porque ao intérprete incumbe dar a máxima força normativa ao sistema jurídico, cuidando de fazê-lo de sorte a jamais transformá-lo em fonte de contradição e autonegação de sua ínsita unidade. Dessa forma, pela relevância social que representa o combate à improbidade administrativa, para que se tenham resultados reais e não meramente formal é fundamental que seu processo seja informado pelo princípio da máxima efetividade do processo coletivo, valendo-se todos os instrumentos existentes e necessários para garantir sua efetividade<sup>56</sup>.

Antes de tudo, porém, é necessário identificar a natureza jurídica das normas insertas no corpo legal da lei de improbidade administrativa, pois, “ela traz em seu bojo tanto normas de natureza material, pois descreve condutas consideradas ímprobas e prescreve sanções aplicáveis, quanto normas de natureza processual, uma vez que defini o modelo do processo por meio do qual serão apurados os atos de improbidade<sup>57</sup>”. Assim, a abertura da Lei 8.429/93 para o microsistema do processo coletivo vai depender, sobretudo, da tipologia das normas nela encartada.

A lei de improbidade administrativa, nesse sentido, reúne tanto normas de cunho material, como normas de natureza processual. As normas de direito material nela prevista são de duas ordens, conforme acentua Teori Albino Zavascki<sup>58</sup>: a) repressiva-punitiva, no que se refere as sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar e receber benefícios do Poder Público ; e b) repressiva reparatório, no que se refere a sanção de ressarcimento ao erário. Já as normas processuais enfeixadas na lei de improbidade são, prioritariamente, da seguinte categoria: a) normas processuais qualificadas como processuais em sentido estrito, como tais entendendo-se aquelas que regem a relação processual, instituindo os poderes, faculdades, deveres e ônus processuais dos sujeitos do processo; e b) normas que estabelecem o rito a ser observado na tramitação do processo, vale dizer, a forma,

---

**Informação Legislativa.** Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996, p. 51/65.

- 54 DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de processo civil:** processo coletivo. 8ª Ed. JusPodivm: Salvador, 2013, p. 126.
- 55 MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: Luiz Manoel Gomes Jr. e Ronaldo Fenelon Santos Filho (coord.). **Ação Popular – aspectos relevantes e controvertidos.** São Paulo: RCS, 2006, p. 410-411.
- 56 MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa.** RT: São Paulo, 2007, p. 200.
- 57 COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 168.
- 58 ZAVASCKI. **Processo Coletivo.** 6. ed. RT: São Paulo, 2014, p. 108/109.

prazos e sequência de atos processuais, denominadas normas procedimentais<sup>59</sup>.

O inter cruzamento das normas do microsistema de tutela coletiva do patrimônio público, dessa forma, dever ser conformado à luz a tipologia das normas contidas na lei de repreensão a improbidade administrativa, pois, nem sempre será possível validamente buscar a aplicação de uma norma sancionatória para agravar a situação dos acusados fora das disposições especiais da lei de improbidade administrativa, por violar o sistema de garantias dos acusados. As normas de direito material estritamente punitivas tem objeto específico de aplicar sanções substancialmente semelhantes as imposta nas infrações penais, afastando-a dos padrões civis comuns e aproximando-a necessariamente da ação penal<sup>60</sup>, por isso, tem incidência reforçada das garantias próprias do regime jurídico do sistema penal, vinculado que é ao princípio da reserva legal. Nesses casos, a adoção da descodificação inerente ao princípio do microsistema ocasiona a “fragilização não virtuosa, decorrente da relativização do inteiro ordenamento jurídico”<sup>61</sup>, com sequelas direta no sistema de garantias representados pelos princípios da “retributividade, legalidade, necessidade, ofensividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionalidade e devido processo legal, acusatório e, por fim, ônus da prova, contraditório e ampla defesa”<sup>62</sup>.

A descodificação própria dos microsistemas é incompatível com os valores garantistas do direito penal, “face às funções da codificação penal, aos valores de certeza e segurança jurídica, à independência da magistratura e a sujeição da magistratura apenas à lei<sup>63</sup>”. Em larga síntese, nesse sentido, dissera Professor Hermes Zaneti Jr. em invulgar crítica a descodificação do direito penal, gizada na seguinte escritura:

O que diferencia os fenômenos da descodificação civil e da descodificação penal é que o efeito deletério da descodificação penal é o arbítrio e desconhecimento da lei. *A lei penal freia o Estado, não o cidadão.*

[...]

Já a descodificação penal apresenta como efeito deletério uma diminuição das garantias de certeza do direito penal e, assim, uma menor garantia da adequação entre as leis e os princípios de direito penal iluminista previsto na constituição, deixando de representar limites às potestades públicas, policiais e judiciais. O princípio da legalidade – e seu corolário da certeza, assegurado pela codificação – tem, portanto, um papel exatamente oposto ao desempenhado pelo mesmo princípio em matéria civil: o de limite jurídico já não a autonomia privada na tutela de interesses públicos, senão ao contrário, o de limite às potestades públicas, policiais e judiciais, em

59 CINTRA; DINAMARCO, GRINOVER. **Teoria Geral do Processo**. 29ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 98.

60 ZAVASCKI. **Processo Coletivo**. 6ªed. RT: São Paulo, 2014, p. 109.

61 ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. JusPodivm: Salvador, 2015, p. 109.

62 ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. JusPodivm: Salvador, 2015, p. 115.

63 ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. JusPodivm: Salvador, 2015, p. 118.

garantia das liberdades do cidadão contra arbítrio judicial.

Por essa razão, e diante a assimilação das normas de natureza repressiva-punitiva da lei de improbidade administrativa pelo direito penal, não é cientificamente permitido a integração das normas que compõem o microsistema coletivo de defesa do patrimônio públicos para agravar a sanção punitiva infligida ao agente implicado no ato de improbidade administrativo. Assim decorre com o regime da coisa julgada e reexame necessário na ação civil pública por ato de improbidade administrativa. O regime da coisa julgada, por isso, não seguirá as regras que compõe o microsistema coletivo, previstas especialmente no art. 16 da LACP e arts. 103 e 104 do CDC, quanto ao capítulo da sentença que impor uma sanção ao agente ímprobo, não se aplicado, assim, “a regra *secum eventum probationis*, ficando a regra da extensão *secundum eventum litis* condicionada à efetividade prática<sup>64</sup>”. Bem precário se tornaria a garantia constitucional do acusado ao devido processo legal e a segurança jurídica caso se admitisse renovar a demanda pela aplicação de sanções ao ato de improbidade quando o pedido de aplicação de sanção, enfrentando o mérito da ação, for rejeitado por insuficiência de provas<sup>65</sup>.

É assim porque, ao contrário das demais demandas coletivas que tutelam o patrimônio público e a moralidade administrativa, a ação de improbidade administrativa tem caráter marcadamente sancionatório, alterando-se os valores em jogo, no que se refere à ponderação sobre a formação da coisa julgada de acordo com o resultado do julgamento<sup>66</sup>. Nos casos de procedência da demanda, prevendo sanções condenatórias e restritivas de direito, a lei de improbidade administrativa afeta diretamente a liberdade de contratar, os direitos políticos e o patrimônio dos réus<sup>67</sup>. Não se cuida, nesse passo, de contrapor os direitos metaindividuais da sociedade à segurança jurídica, o que legitima o afastamento da coisa julgada nos casos de improcedência por ausência de provas nas ações populares e nas ações civis públicas<sup>68</sup>. Pois, aqui a equação é outra, como sustentado por Susana Henriques da Costa:

Estão em embate duas espécies de interesses distintas (coletivos X individuais) que, entretanto, possuem em comum o alto grau de importância que lhes é reconhecido pelo ordenamento jurídico como um todo. Não se legitima, portanto, nas ações de improbidade administrativa, a adoção da técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum proba-*

64 DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de processo civil: processo coletivo**. 8ª Ed. JusPodivm: Salvador, 2013, p. 398.

65 DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de processo civil: processo coletivo**. 8ª Ed. JusPodivm: Salvador, 2013, p. 397.

66 COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 306-307.

67 COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 307.

68 COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 307.

*tionem*. Concluir de forma diversa é deixar o indivíduo à mercê de possibilidade de reiteração de demandas que possam vir a atentar contra a sua esfera de liberdades. Tal prática se mostra injustificável dentro da noção de Estado de Direito e de limitação do poder estatal em face do indivíduo<sup>69</sup>.

Em assim sendo, a despeito de posição doutrinária em contrário<sup>70</sup>, incide o regime jurídico da coisa julgada comum no caso de aplicação de sanção, tendo por pressuposto a fisionomia punitiva que delimita a categoria jurídica do ato de improbidade administrativa, em razão dessa diferença normativa, não é possível “transportar *in totum* o regramento do art. 16 para sede da improbidade”<sup>71</sup>. No entanto, quanto ao ressarcimento ao erário incide com todo vigor o microsistema com todas as consequências advenientes do processo de tutela coletiva. Aqui a tutela processual mantém-se aberta, pois o que se esgota no plano normativo é a jurisdição coletiva sancionatória<sup>72</sup>.

A incidência do microsistema coletivo, portanto, no regramento da coisa julgada nas ações de improbidade administrativa é, assim, atenuado conforme as normas aplicadas no capítulo da sentença: não incide nos casos de norma repressiva-sancionatória, porém, quanto às normas repressiva-reparatórias, incide plenamente. O mesmo se passa, por equivalência de razão, com o instituto do reexame necessário, muito embora o assunto não seja pacífico nem no Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, nos autos do AgRg no Resp 1.219.033/RJ, decidiu o STJ, fazendo analogia ao art. 19 da Lei 4.717/65, que as sentenças de improcedência de ação civil pública por improbidade administrativa sujeitam-se a reexame necessário. A primeira turma do STJ<sup>73</sup>, conquanto reverenciando a orientação firmada nesse julgado, posiciona-se diametralmente em sentido oposto, fixando entendimento, segundo o qual, a ação de improbidade segue um rito próprio e tem objeto específico, disciplinado na Lei 8.429/1992, não cabendo, neste caso, analogia, paralelismo ou outra forma de interpretação, para importar instituto criado em lei diversa, de modo que a ausência de previsão da remessa de ofício não pode ser vista como uma lacuna da Lei de Improbidade que precisa ser preenchida, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual, devendo, portanto, ser interpretado restritivamente.

Aqui o regramento do reexame necessário acompanha a mesma lógica desenvolvida, por ocasião, da análise do regime jurídico da coisa julgada nas ações por ato de improbidade administrativa. Assim, o regime do reexame necessário

69 COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 308.

70 Confira a propósito lição de NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2ª Ed. Método: São Paulo, 2014, p. 230.

71 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2009, p.394.

72 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2009, p.395.

73 Vide REsp 1220667/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 20/10/2014.

nas ações de improbidade administrativa é diferenciado conforme o capítulo da sentença: quanto à pretensão repressivo-reparatória incide plenamente o microsistema de tutela coletiva; já em relação à pretensão repressivo-punitiva não incide a regra de reexame necessário prevista no art. 19 da lei 4.717/65, máxime, porque isso viola o sistema de garantias penais do acusado, no ponto em que veda o agravamento da situação do réu por recurso por ele interposto, consistente no axioma do *non reformatio in pejus*, dada a identidade substancial entre as infrações penais e as aplicadas pela lei de improbidade administrativa.

O que deve ser garantido ao Ministério Público, e aos legitimados em geral, nas Ações de Improbidade Administrativa, é a prerrogativa de recorrer ou não das decisões nelas proferidas, mas nos casos em que não houver recurso, não é possível invocar o regime da remessa necessária prevista no art. 16 da LAP para provocar a condenação do agente implicado absolvido em primeira instância. A possibilidade de extensão do reexame necessário, através do filtro normativo do princípio do microsistema, nas ações de improbidade administrativa somente será juridicamente viável quanto ao pedido de ressarcimento ao erário, a exemplo, em passo anterior, no regramento da coisa julgada.

Feitas essa primeira ressalva, quanto às normas que dizem de perto com as normas repressivas-sancionatórias, pois aí não se aplica o princípio do microsistema da tutela coletiva em face do sistema de garantias penais, aplicáveis, por assimilação, nas ações de improbidade administrativa, recobra-se que o microsistema de tutela coletiva do patrimônio público é potenciado a conferir à máxima efetividade a tutela da probidade administrativa, permitindo o relacionamento entre as diversas normas que compõe esse microsistema, sobretudo, em relação às normas repressivas-reparatória e as normas processuais em sentido estrito e que estabelecem o rito a ser observado na tramitação do processo.

Em relação à interação das normas repressivas-reparatórias que orbitam o microsistema de processo coletivo, é possível ao juiz, a pedido da acusação, adotar outras formas de tutela para proteger o direito material, inclusive, em tutela cautelar, e assim garantir a eficácia do provimento final, como “a previsão de execução por desconto em folha de pagamento, prescrita no art. 14, § 3º da Lei de Ação Popular, que é aplicado, à luz do diálogo das fontes, a todo microsistema processual coletivo, afastando a incidência das regras residuais contidas no Código de Processo Civil”.<sup>74-75</sup> Diante disso, é plenamente cabível o

74 Vide dissertação de mestrado de Valtair Lemos Loureiro intitulada “Microsistema Processual Coletivo e a Tutela do Patrimônio Público”, apresentada no programa de pós-graduação da Ufes, mas ainda não publicada p. 85

75 Esse, a calhar, é o magistério de Fernando da Fonseca Gajardoni entre outros, para quem: Segundo parece-nos possível, também, observadas certas cautelas (definição de um percentual responsável que garanta a subsistência do devedor), que o salário do agente público que claramente se demonstre ímprobo seja parcialmente bloqueado para garantir a futura e suposta reparação ao erário, pese a regra do art. 649, IV, do CPC (impenhorabilidade salarial). Isto porque o art. 14, § 3º, da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965) – aplicável à improbidade administrativa por conta do microsistema processual formado pelo conjunto de leis que regem o processo coletivo (art. 90 do CDC c.c art. 21 da LACP) –

desconto cautelar na folha de pagamento do autor da conduta ímproba, com fundamento no art. 14, §3º da Lei de Ação Popular (lei nº 4.717/65), conferindo, por assim dizer, máxima efetividade da tutela da probidade administrativa pelo prisma do microsistema coletivo.

Quanto às normas processuais em sentido estrito, é possível a inter-relação entre as normas do microsistema que preveem: a) a legitimidade bifronte da pessoa jurídica interessada; b) concessão de liminar nos termos do art. 12 da LACP; c) concessão excepcional de efeito suspensivo aos recursos, nos termos do art. 14 da LACP; d) o dever funcional do Ministério Público de executar a sentença de procedência, conforme prevê art. 15 da LACP; e) as regras de isenção no recolhimento de custas e de condenação em honorários advocatícios, inclusive suas exceções, nos termos do art. 17 e 18 da LACP e 87 do CDC; f) regra que regulamenta a desistência e o abandono da causa previsto no art. 9º da LAP; g) o prazo de 15 dias para o juiz sentenciar a demanda, sob pena de aplicação de sanções administrativas, nos termos do art. 7º, VI, e parágrafo único.

A intervenção móvel<sup>76</sup> da pessoa jurídica interessada prevista no art. 6º, § 3º da LAP, em razão da norma de envio prevista no art. 17, § 3º da Lei 8.429/92, é exemplo eloquente de interação entre o microsistema coletivo e as normas contidas na lei de improbidade administrativa. Segundo o dispositivo, no caso da ação de improbidade ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica, veículo para a prática do ato lesivo e ilegal, poderá assumir o polo ativo da ação, tornando litisconsorte ativo com Ministério Público; assumir o polo passivo, defendendo a legalidade do ato impugnado; ou manter-se inerte e, por consequência, fora da relação processual. Assim, em relação à legitimidade bifronte das pessoas jurídicas interessadas, ocorre um diálogo sistemático de complementariedade entre as normas do microsistema processual de tutela do patrimônio público, no caso, com a lei de Ação Popular. Essa intercessão normativa entre a lei de ação popular a lei de improbidade administrativa constitui a abertura legal da tutela da probidade administrativa para o microsistema coletivo de proteção ao patrimônio público permitindo a intercomunicação entre ambos os diplomas.

Por outro lado, sendo a ação de improbidade administrativa proposta pela pessoa jurídica interessada, o Ministério Público atuará necessariamente como fiscal da lei, tal como, previsto no preceptivo legal do art. 17, § 4º da Lei 8.429/92. Nesse caso, não há formação de litisconsórcio ativo e ulterior, não

permite a penhorabilidade salarial (desconto em folha) até o integral ressarcimento do dano causado, regra esta que, por óbvio, diante da especialidade, prevalece a norma civil genérica (art. 649, IV, do CPC). Ora, se é possível a penhora salarial através de desconto em folha, possível também que, cautelarmente, se autorize a reserva de parcela do salário do servidor para garantia de eventual dano objeto da ação de improbidade administrativa. GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentário da Lei de Improbidade Administrativa. 2ª Ed. RT: São Paulo, 2012, p. 249.

76 Termo cunhado por MAZZEI, Rodrigo Reis. A intervenção móvel da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art. 6º, § 3º, da LAP e art. 17, § 3º, da LIA). In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2007.

sendo o Ministério Público autor da ação. No entanto, no caso de desistência ou abandono da ação pela pessoa jurídica interessada, o Ministério Público, em sua substituição, em hipótese de sucessão processual, poderá assumir o polo ativo da ação de improbidade administrativa como autor. Embora não exista previsão legal expressa na lei de improbidade administrativa, dentro do cosmo do microsistema coletivo, aplica-se à ação de improbidade a regra estipulada no art. 9º da Lei 4.717/1965 e no art. 5º, § 3º da Lei 7.347/1985. Dessa forma, o interesse público coletivo subjacente a ação de improbidade administrativa não fica desamparado a mercê de uma atuação desidiosa da pessoa jurídica (des) interessada na aplicação de penalidades efetivas ao agente ímprobo.

Nessa medida, igualmente, não sendo possível identificar no momento da propositura da ação de improbidade administrativa todos os agentes que tenham participado do ato de ímprobo, é possível inclui-os posteriormente no polo passivo da demanda até a prolação da sentença, aplicando-se, para tanto, a regra consagrada no art. 7º, § 2º, III da Lei 4.717/65 que, antevendo a dificuldade de se determinar *a priori* todos os sujeitos responsáveis pelo ato e dos beneficiários diretos, permite a formação de litisconsórcio ulterior até a prolação da sentença, evitando-se, dessa forma, que os agentes ímprobos saiam ilesos sem qualquer condenação judicial.

A concessão de medida liminar nas ações de improbidade administrativa tem, também, fundamento na interação das normas que compõem o microsistema de tutela coletiva, a partir da previsão do art. 12 da Lei 7.347/85. Esse dispositivo permite ao juiz conceder mandado liminar nos autos da ação principal, como medida de informalidade e economicidade, que constitui a base provedor do microsistema processual coletivo de tutela do patromínio público a esse respeito. Essa regra, assim, estende-se a ação de improbidade administrartiva, em virtude do microsistema de tutela do patrimonio público, como, aliás, reconheceu o STJ nos autos do AgRg no REsp 1121847/MS, relatado pelo Ministro Humberto Martins.

O mandado liminar assim concedido, por força do microsistema de tutela do patrimônio público, poderá guardar tanto um provimento de antecipação de tutela, como cautelar. A antecipação dos efeitos da tutela, nas ações que visam à proteção do patrimônio público, será concedida com esteio no art. 84, § 3º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, modificadora da Lei 7.347/85) para pleitear uma tutela específica para adiantamento de uma obrigação de fazer ou não fazer; também através do §4º do art. 5º da Lei de Ação Popular, especificamente, para suspensão do ato lesivo. Não sendo esse o caso, o pleito antecipatório será feito com base no, e também com a aplicação residual, art. 300 do Código de Processo Civil. Enquadram-se nesses casos, por exemplo, a sustação da eficácia de um procedimento licitatório

viciado, em ação de improbidade administrativa em que se pleiteie a aplicação de sanções e a anulação do procedimento licitatório.

Por equivalência de razão, afigura-se adequada postular, em sede de ação de improbidade administrativa, a aplicação de provimentos cautelares, típicas ou atípicas, como, de resto, é natural se deparar na prática do foro. A Lei de Improbidade Administrativa traz em seu bojo a previsão de medidas cautelares específicas, prevendo expressamente, em seu texto, três medidas cautelares: a indisponibilidade de bens (art. 7.º da Lei de Improbidade Administrativa), o sequestro (art.16 da Lei de Improbidade Administrativa), e o afastamento cautelar do agente público (art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa). Que, como visto, podem ser concedidas liminarmente por imperativo do microsistema de tutela coletivo do patrimônio público a que se assujeita a lei de improbidade administrativa.

A comunicação entre as medidas de urgência previstas no microsistema coletivo é uma importante ferramenta para se assegurar com a efetividade máxima ao mandado de penalização da improbidade administrativa previsto na Constituição. Pois um provimento jurisdicional tardio pode trazer severas consequências para o bem jurídico protegido com a tutela da probidade, já que não raro os danos são irreparáveis ou de difícil reparação quando envolvem a coletividade.

A concessão de efeito suspensivo, por essa ordem de ideias, aos recursos interpostos em face da sentença de procedência da ação de improbidade administrativa não são automáticos, como por exemplo, dispõe a regra do art. 1.012 do CPC, senão que é concedido excepcionalmente, tal como, previsto no art. 14 da Lei 7.347/85, segundo o qual, “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”. A regra, assim, é que o recurso seja recebido meramente no efeito devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder causar a parte grave lesão de difícil reparação. Com isso, protege-se o próprio valor objetivado na ação, que ficaria desprotegido, se a tutela não pudesse ser desde logo implementada, diante do efeito suspensivo do recurso<sup>77</sup>. No entanto, vale aqui a lição feita a propósito da distinção entres os tipos repressivos previstos na lei de improbidade administrativa, repressivo-punitiva e repressiva-reparatória, e a aproximação com o sistema de garantias característicos das sanções penais, que em substância são coirmãs das penas instituídas na lei de improbidade administrativa. Assim, as genuínas penas<sup>78</sup> de cunho punitivo

77 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. São Paulo: 10 ed., 2007, p. 286

78 Fala-se em penas genuínas aquelas que têm correspondência exclusivamente na lei de improbidade administrativa, tais como, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil, a proibição de contratar com o Poder Público e o recebimento de incentivos fiscais. O perdimento de bens e valores e a reparação do dano tem natureza ressarcitória pode ser tutelada por outras espécies de ação, coletivo ou individual.

previstas na lei de improbidade não poderão ser executadas imediatamente antes do trânsito em julgado da sentença condenatória civil<sup>79</sup>, pois, isso, subverte o princípio da presunção da inocência, pelo qual, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII da CF). Nesse sentido, acentua José Roberto Pimenta Oliveira, “o princípio da presunção irradia suas consequências normativas em sede de improbidade administrativa, com igual intensidade que se observa em outros domínios punitivos da ação estatal. Preserva-se o acusado no seu direito de manter sua liberdade e bens, atingidos na exata medida da prova da responsabilidade comprovada na autoria, participação ou beneficiamento da prática de ato ímprobo<sup>80</sup>”.

Quanto às despesas processuais, vale a regra geral do microsistema processual coletivo previsto no art. 18 da Lei de Ação Civil Pública, comunicando, nesse passo, com a ação de improbidade administrativa, de modo que não se impõe ao Ministério Público a condenação em honorários advocatícios ou custas, ressalvados os casos em que o autor for considerado litigante de má-fé<sup>81</sup>.

Já com relação às normas processuais que estabelecem rito a ser observado na tramitação do processo não há maiores dificuldades para compreender o inter cruzamento com as normas do microsistema coletivo quando não prevista no diploma legal específico, como na ação de improbidade administrativa. Basta, para tanto, seguir o itinerário, com algumas modificações, traçado por Hermes Zaneti Jr. para solucionar o problema de aplicação das normas no microsistema coletivo: a) primeiro deve-se buscar a solução no diploma específico, no caso a lei de improbidade administrativa; b) depois se tem que definir dentro do núcleo duro, composto da Lei 7.347/1985 e Título III do CDC, qual norma deve ser aplicada; c) não existindo solução para o problema, deve-se buscar nos demais diplomas que tratam sobre processo coletivo e residualmente no CPC. Pode-se referir entre as hipóteses as normas procedimentais relativas ao inquérito civil patrocinado pelo Ministério Público previstas no art. 9º da LACP, que não encontram paralelo na lei de improbidade administrativa. Por conta disso, também, é admitida para tutela da probidade administrativa todas as espécies de ações capazes de propiciar à adequada e efetiva tutela desse direito metaindividual, tal como, sinalizado no art. 83 do CDC, que consagra o princípio da máxima amplitude da tutela coletiva, pelo qual, é permitida a cumulação de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa, condenação em quantia certa e comandos auto executivos e mandamentais que forem necessários para adequada tutela dos direitos coletivos.

A essa apreensão do microsistema, é possível, por exemplo, anulação

79 OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Fórum: Belo Horizonte. 2009, p. 221

80 OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Fórum: Belo Horizonte. 2009, p. 224.

81 STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 13/08/2013, T2 – SEGUNDA TURMA

de contratos administrativos originário do ato de improbidade. Susana Henriques da Costa, aliás, reconhece que a anulação dos atos administrativos viciados constitui mesmo o momento lógico anterior à aplicação da sanção prevista na lei de improbidade<sup>82</sup>. Não teria sentido que os contratos obtidos ilicitamente fossem mantidos, sob pena de ser premiada a conduta arditosa do agente ímprobo que desviasse o patrimônio público. Nesse caso, é razoável a anulação dos contratos administrativos para cessar a conduta ímproba com base no princípio da máxima amplitude da tutela coletiva. E isso se faz a partir do microsistema de tutela do patrimônio público atraindo à incidência do art. 1º da Lei 4.7117/1965, cujo conteúdo normativo autoriza anulação de atos lesivos ao patrimônio público, como o contrato administrativo lesivo a probidade administrativa.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão da lei de improbidade administrativa inserida no microsistema de tutela coletiva, com inter cruzamento de normas e influencia recíproca, tem a magna virtude de conferir a tutela da probidade administrativa máxima efetividade, na medida em que reforça a incidência repressiva das normas enfeixadas na lei de improbidade administrativa, evitando, com isso, a embolia do processo por ausência de disposição originária na lei específica e impedindo que o direito metaindividual protegido seja preterido sem um processamento efetivo e expedito, realizando, por consequência, o princípio da reparação integral do dano. Atual, nesse sentido, se afigura a advertência feita por Gustavo Senna Miranda, para quem “no estágio atual da realidade brasileira, em que se multiplicam os atos de corrupção, com grande risco para a manutenção do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, para o efetivo e concreto cumprimento das prestações sociais pelo Estado, mais que nunca se reclama da necessidade de conferir a máxima efetividade à Lei de Improbidade Administrativa”, de modo que se “configura um dos mais importantes caminhos para essa finalidade o de entender a tutela da probidade administrativa como integrante da denominada jurisdição civil coletiva”, a consideração “que assim poderão ser aproveitados, no que couber, não só os mecanismos legais já existentes em nosso ordenamento jurídico, mas, também, toda a construção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema”<sup>83</sup>.

Pois, como dizia Juarez Freitas, é no cumprimento do papel integrador, mais do que na exterioridade das regras, que devem ser concentradas as mais caras esperanças de revigoramento dos vínculos éticos no âmbito das relações jurídico-administrativas, tudo reforçado pela descontaminação gradual da ho-

82 COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 170.

83 MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa**. RT: São Paulo, 2007, p. 199.

dierna ambiência marcada por uma desintegradora falta de efetividade dos princípios superiores<sup>84</sup>. A Constituição Federal de 1988 se ocupou logo de início, no art. 37, § 4º, de verter para ordem jurídica vigente um mandamento de penalização ao administrador ímprobo encarregado de administrar *res publica*, visando à proteção do direito difuso ao uma Administração proba e eficiente. A própria Constituição, dessa forma, impõe a necessidade de punição do ilícito de improbidade pela via extrapenal<sup>85</sup>.

No plano infraconstitucional, regulamentando o dispositivo constitucional, foi editada a Lei 8.429/93 evidenciando, dessa forma, a tutela coletiva de defesa da probidade administrativa, inserindo-se no microsistema de tutela coletiva, especialmente, entre as normas destinadas na proteção do patrimônio público, tais como, ação popular, mandado de segurança coletivo, lei de ação civil pública e lei de anticorrupção empresarial. A interação entre essas normas que compõe o microsistema de tutela coletiva e a lei de improbidade administrativa propicia uma maior efetividade jurisdicional na defesa do direito fundamental a uma administração proba. Isso é possível através do método interpretativo inaugurado por Erick Jayme, segundo quem, a partir do diálogo das fontes, as normas se comunicam, de tal arte que o direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada.

As normas, assim, não se excluíam, senão que se complementariam mutuamente, interpenetrar-se-iam e subsidiar-se-iam de forma harmônica. Desse contato intranormativo infere-se a integração do microsistema coletivo, permitindo, na prática, a solução mais efetiva ao caso concreto. Por meio da integração dialógica das normas que compõem o microsistema coletivo de proteção ao patrimônio público, o objeto jurídico protegido com ação de improbidade administrativa, que constitui o direito fundamental a uma Administração proba, é protegido de maneira mais eficaz, sem o risco da interpretação fragmentária e sem unidade das leis que compõem esse mesmo microsistema de tutela do patrimônio público. Enfim, a compreensão da improbidade nos cosmos do microsistema coletivo potencializa o princípio da máxima efetividade da tutela processual coletiva da probidade administrativa.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Codificação do direito processual brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **O microsistema de processo coletivo brasileiro**. Acessado em: 31/10/2014. Disponível em: file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo/Meus%20documentos/Downloads/43-83-1-SM%20(1).pdf

COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da mora-**

84 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 124.

85 LUZ, Denize. **Direito Administrativo Sancionador Judicializado**. Juruá: Curitiba, 2014, p. 27.

- lidade administrativa.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de processo civil:** processo coletivo. 8ª Ed. JusPodivm: Salvador, 2013.
- FREITAS, Juarez. Do princípio da proibidade administrativa e de sua máxima efetivação. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Comentário da Lei de Improbidade Administrativa.** 2ª Ed. RT: São Paulo, 2012.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- LOUREIRO, Valtair Lemos. **Microssistema Processual Coletivo e a Tutela do Patrimônio Público.** Dissertação de Mestrado apresentada no programa de pós-graduação da Ufes.
- LUZ, Denize. **Direito Administrativo Sancionador Judicializado.** Juruá: Curitiba, 2014.
- MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Advocacia Pública.** Editora Forum: Belo Horizonte, 2015.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores.** São Paulo: 10 ed. 2007.
- MARQUES, Claudia Lima et al. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. A intervenção móvel da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art. 6º, § 3º, da LAP e art. 17, § 3º, da LIA). In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins.** São Paulo: RT, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microssistemas e a Constituição Federal. **Pensamento Jurídico. Revista da Faculdade Autônoma de Direito.** Ano 1, nº 1, jan./jun. 2011.
- MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: Luiz Manoel Gomes Jr. e Ronaldo Fenelon Santos Filho (coord.). **Ação Popular – aspectos relevantes e controvertidos.** São Paulo: RCS, 2006.
- MEDINA, Fábio Osório. **Teoria da Improbidade Administrativa.** 3ª Ed. RT: São Paulo, 2013.
- MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa.** RT: São Paulo, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa.** 2ª Ed. Método: São Paulo, 2014.
- O. Holmes. **The common Law.** University of Toronto Law School. 2011.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional.** Editora Fórum: Belo Horizonte, 2009.
- SHAKESPEARE, William. **O Mercador de Veneza.** Tradução de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2005.
- TÁCITO, Caio. A moralidade administrativa e a nova lei do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 190, p. 45, 1992.
- TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. **Improbidade administrativa no exercício das funções do Ministério Público.** Juruá, 2009.
- VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado.** Martins Fontes: São Paulo, 2000.
- ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes.** JusPodivm: Salvador, 2015.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo.** RT: São Paulo, 2014.

## 6. IMPACTOS DA REVALORAÇÃO DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS NA DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO

José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor de Direito Administrativo (Graduação, Mestrado e Doutorado) da UFSC. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC, com Doutorado em Sanduíche junto à Universidade de Lisboa (Portugal). Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB Nacional. Advogado em Santa Catarina. E-mail: jscristovam@gmail.com – <http://orcid.org/0000-0001-8232-9122>.

Eliza Maria da Silva

Mestranda em Direito Administrativo pelo PPGD/UFSC. Bacharela em Direito pela UFSC. Advogada em Santa Catarina. E-mail: elizamarias1994@gmail.com

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Perspectiva constitucional da dispensa de licitação; 3. Defasagem e reavaliação do limite da dispensa de licitação por pequeno valor; 3.1. Omissão ao dever constitucional de atualização da Lei de Licitações; 3.2. Reavaliação das modalidades licitatórias previstas no art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/1993; 4. Impactos dos novos limites de dispensa de licitação na configuração da contratação indevida direta; 4.1. Responsabilização pela dispensa indevida (fraude) de licitação; 4.2. Aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade e insignificância na dosagem das sanções por fraude à licitação; 4.3. Retroatividade valorativa para configuração e sancionamento da dispensa indevida de licitação; 5. Considerações finais; 6. Referências.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As recentes alterações dos limites licitatórios previstos no art. 23 da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), pela via do Decreto nº 9.412/2018, perfectibilizaram o aumento significativo das hipóteses de contratação direta com a Administração Pública (exceção constitucional e infraconstitucional ao dever de licitar), influenciando, assim, a tipificação e sancionamento da conduta conhecida como fraude à licitação.

Por impactar sensivelmente no modelo licitatório, ante a correção de mais de 20 anos de defasagem monetária – em verdadeira reconstituição das balizas valorativas de contratação administrativa brasileira, desponta o interesse na análise aprofundada da temática introduzida pela edição daquele decreto e, ainda mais recentemente, da Medida Provisória (MP) nº 961/2020.

As consequências das modificações valorativas realizadas são expressivas. Além do aumento dos parâmetros de valores da Lei Geral de Licitações propriamente dita – impactando diretamente na atual configuração das moda-

lidades licitatórias, as alterações representam diversas mudanças na legislação esparsa, com a consequente ampliação das hipóteses de contratação direta.

A correção monetária (modificada já a partir de 19/07/2018, com a publicação do Decreto nº 9.412/2018), por constituir norma supletiva, representou mudança significativa nos parâmetros tipificadores da conduta de fraude à licitação por excesso à limitação legal, impactando diretamente nas ações judiciais em trâmite atualmente para discussão da matéria.

Por sua vez, a edição da MP nº 961/2020, embora aplicável apenas às contratações firmadas no período de emergência pública decorrente da Covid-19, também refletiu em considerável aumento nos limites para dispensa de licitação, evidenciando ainda mais a atualidade/necessidade da discussão.

Ademais, tais reflexos recentes incidem diretamente nas esferas executiva (mudança na conduta de gestores e contratação administrativa) e legislativa brasileiras, inclusive com prováveis impactos no setor econômico do país.

Portanto, partindo da análise das exceções ao dever de licitar, o estudo pretende debater acerca dos impactos dessas alterações para a configuração da dispensa indevida de licitação, observando-se as limitações constitucionais e infraconstitucionais a ela inerentes e seus contornos.

## 2. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

O regime de contratação com a Administração Pública brasileira, sob a ótica da Constituição de 1988, consagrou o dever de licitar como pilar norteador, na busca pela transparência e incolumidade do patrimônio público. Nesse contexto, a licitação pública, mais do que instrumento de apuração da melhor oferta, traduz-se pela busca da lisura de procedimentos<sup>1</sup> a privilegiar critérios e valores constitucionais capazes de assegurar o interesse público<sup>2</sup> e a observância dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência e probidade administrativa.<sup>3</sup>

Contudo, antevendo situações de inviabilidade ou inconveniência/desnecessidade de realização do procedimento licitatório, a parte inicial do inciso

1 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 47.

2 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.

3 Sobre a questão dos princípios, sua dimensão normativa e conformação do regime jurídico, ver: “A ideia de sistema jurídico não pode ficar reduzida à singela verificação da validade das normas jurídicas, nos moldes traçados pelo modelo juspositivista. Faz-se necessário, portanto, o reconhecimento da normatividade e do conteúdo material vinculante dos princípios constitucionais, que servem como elemento informador do ordenamento jurídico, uma continuidade do sistema da ciência jurídica para o sistema não-teórico da realidade jurídica, um modelo de sistema normativo fruto do movimento dialético entre o Direito e a realidade”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 85.

XXI do art. 37 da Constituição de 1988 expressamente estabeleceu a possibilidade de ressalvas legais ao dever de licitar, o chamado regime de contratação direta.<sup>4</sup> Um modelo que, para além da necessidade do tratamento isonômico dos licitantes, permitisse a concretização de outros valores igualmente importantes e que poderiam ser fulminados com a inflexível exigência da licitação.<sup>5</sup>

Dentre as várias hipóteses de contratação direta originalmente consagradas na legislação federal, aqui para os contornos desse estudo interesse sobremaneira a hipótese de dispensa em razão do valor, delimitada pelos incisos I e II do art. 24 da Lei Geral de Licitações (modificados com a edição do Decreto nº 9.412/2018).

Com efeito, concebida com o objetivo de assegurar a efetividade, economicidade e mesmo o uso racional/razoável do procedimento de licitação pela Administração Pública, a dispensa de licitação se justifica quando, muito embora seja o certame “a início exigível, outros valores em cotejo, no caso concreto, venham a recomendar a contratação direta”.<sup>6</sup>

Desse modo, a dispensa desponta como possível solução aos casos em que, não obstante a observância de todos os requisitos indispensáveis ao procedimento licitatório, sua concretização culminaria em possíveis gravames a valores que não poderiam ser sacrificados, inclusive com base na economicidade, eficiência e razoabilidade.

### 3. DEFASAGEM E REVALORAÇÃO DO LIMITE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO POR PEQUENO VALOR

A ordem jurídica infraconstitucional desenhou a dispensa de licitação, em razão do valor, prevendo a hipótese de contratação direta para casos em que, *prima facie*, em tese o valor contratado não justifica o ônus inerente ao procedimento licitatório. Prevista no art. 24, I e II da Lei Geral de Licitações, essa hipótese de dispensa se aplica às contratações inferiores a 10% da limitação da modalidade de convite, desde 1998 fixado o teto máximo de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para obras de serviços de engenharia, e de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), para os demais serviços e compras, conforme a Lei nº 9.648/1998.

#### 3.1. OMISSÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE ATUALIZAÇÃO DA LEI DE LICITAÇÕES

Nada obstante o expressivo desgaste monetário, essas bandas de valores

---

4 Sobre o regime normativo da contratação direta no Brasil, ver: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011; FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sergio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994; NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit.

5 NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit. p. 38.

6 FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sergio. Op. cit. p. 36.

permaneceram congeladas por mais de duas décadas, situação que só foi modificada quando da edição do Decreto nº 9.412/2018.

Apesar de a Lei Geral de Licitações ter previsto, em sua redação original, a correção automática dos valores das modalidades licitatórias, legislação posterior extinguiu tal obrigação sob a justificativa da instabilidade econômica vivenciada no país. Desde a redefinição valorativa ocorrida em 1998, a legislação passou a prever que tais limites poderiam “ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal” (art. 120), situação que, embora facultada, somente veio a ocorrer com o advento do Decreto nº 9.412/2018.

No Brasil, nesse período de pouco mais de 20 anos, houve um aumento inflacionário substancial de mais de 241%.<sup>7</sup> Com a desatualização em quase dois terços do valor originalmente definido, e ante a ausência de qualquer política de revisão de valores pelo Poder Executivo (apesar do comando legal expresso no art. 120), o Senado Federal buscou sem sucesso em algumas oportunidades a revisão, a partir de projetos que visavam a modificação da Lei Geral de Licitações.<sup>8</sup>

### 3.2. REVALORAÇÃO DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS PREVISTAS NO ART. 24, I E II, DA LEI Nº 8.666/1993

Em meio à expressiva desatualização dos valores limites das modalidades licitatórias, diversas foram as tentativas de regularização da situação. Além da já referida propositura de projetos de lei em âmbito nacional, houve legislações municipais e estaduais visando a retificação valorativa, bem como pronunciamento judicial favorável à atualização dos limites.

A controvérsia principal (objeto da ADI nº 460/2016, pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Mato Grosso – TJMT), que se destaca pela importância do debate e efeitos reflexos, versava a respeito da inconstitucionalidade de

7 Cálculo efetuado pela ferramenta “Calculadora do Cidadão”, disponibilizada pelo Banco Central do Brasil. Os parâmetros de atualização levam em conta o índice INPC e a data-base de 05/1998 a 06/2018. Neste sentido, ver: BRASIL. Banco Central do Brasil. **Calculadora do Cidadão**. Correção de valor por índices de preços. 2017.

8 Ao todo, acumularam-se cerca de quatro projetos legislativos na busca de definição de novos parâmetros, quais sejam: (i) o Projeto de Lei nº 278/2013, que se propôs a alterar os incisos I e II do art. 24 da Lei Geral de Licitações, com a fixação de novos valores limites de dispensa de licitação – R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), para obras e serviços de engenharia; e R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), para outros serviços e compras; (ii) o Projeto de Lei nº 559/2013, para estabelecer normas gerais em matéria de licitação e contratação pública, de forma a substituir a atual Lei Geral de Licitações, propondo novos parâmetros valorativos de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para os demais serviços e compras; (iii) o Projeto de Lei nº 604/2015, em tramitação conjunta com o Projeto de Lei nº 278/2013, que propôs a modificação dos limites das modalidades licitatórias a partir da alteração do teor do art. 23 da Lei Geral de Licitações, estabelecendo à modalidade convite a limitação de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) para contratação de obras e serviços de engenharia e R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) para os demais serviços e compras; e; (iv) o Projeto de Lei nº 11/2016, voltado tão somente à modificação dos arts. 23 e 120 da Lei Geral de Licitações, pretendendo atribuir à nova valoração da modalidade convite o teto de R\$ 470.000,00 (quatrocentos e setenta mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), para outros serviços e compras.

leis municipais que, ao disporem sobre a atualização dos valores previstos na Lei Geral de Licitações, em tese estariam a afrontar o art. 193 da Constituição do Estado do Mato Grosso,<sup>9</sup> bem como o inciso XXVII do art. 22 c/c o inciso II do art. 30, II da Constituição de 1988. Após decisão pelo deferimento da medida cautelar pela suspensão da norma impugnada, no julgamento do mérito da ação de inconstitucionalidade, o Tribunal (por maioria) considerou constitucional a edição das leis municipais.<sup>10</sup>

A decisão despertou polêmica, considerando o aspecto isonômico da obrigatoriedade de licitar como regra geral – de fiel imposição a toda estrutura da Administração Pública, que se descumprida acarretaria ampla deformação nas hipóteses de dispensa de licitação, em contraposição à ordem constitucional e infraconstitucional que a reconhece como norma taxativa e de exceção fechada à obrigatoriedade de licitação.

Causou maior espanto, ainda, a concomitante edição da Lei Estadual nº 10.534/17 pelo Estado do Mato Grosso, atualizando a valoração das modalidades licitatórias em todo o Estado, tendo por base a decisão anteriormente referida, como “espécie de autorização” judicial.<sup>11</sup> Referida norma teve aplicação à toda Administração Pública estadual, que vinha realizando licitações a partir desses novos parâmetros (na contramão à quase totalidade do país, que respeitava os limites definidos na Lei Geral de Licitações, ainda que congelados por duas décadas).

Diante de tal cenário,<sup>12</sup> e após infundáveis insurgências (judiciais e legislativas) voltadas à recomposição do valor originalmente previsto para as mo-

9 Neste sentido: “Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, e instituir os tributos de competência do Município, nos termos definidos na Constituição Federal e nesta Constituição”. MATO GROSSO. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Mato Grosso**. Cuiabá, 5 de outubro de 1989.

10 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 460**. Relator: Sebastião de Moraes Filho. Cuiabá, MT, 21 de junho de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Cuiabá, 22 jun. 2016.

11 Neste sentido: “Ficam monetariamente corrigidos no âmbito do Estado de Mato Grosso, na Administração Pública Direta e Indireta, os valores previstos no art. 23, incisos I e II, da Lei Federal nº 8.666/1993, pelo Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M/FGV), a partir de junho de 1998 até março de 2016, segundo cálculo do Banco Central do Brasil, nos termos seguintes: I – para obras e serviços de engenharia: a) convite – até R\$ 644.612,49 (seiscentos e quarenta e quatro mil, seiscentos e doze reais e quarenta e nove centavos); b) tomada de preços – até R\$ 6.446.124,90 (seis milhões, quatrocentos e quarenta e seis mil, cento e vinte e quatro reais e noventa centavos); c) concorrência – acima de R\$ 6.446.124,90 (seis milhões, quatrocentos e quarenta e seis mil, cento e vinte e quatro reais e noventa centavos); II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior: a) convite – até R\$ 343.793,33 (trezentos e quarenta e três mil, setecentos e noventa e três reais e trinta e três centavos); b) tomada de preços – até R\$ 2.793.320,79 (dois milhões, setecentos e noventa e três mil, trezentos e vinte reais e setenta e nove centavos); c) concorrência – acima de R\$ 2.793.320,79 (dois milhões, setecentos e noventa e três mil, trezentos e vinte reais e setenta e nove centavos)”. MATO GROSSO. **Lei nº 10.534, de 13 de abril de 2017**. Dispõe sobre correção monetária dos valores das modalidades licitatórias no âmbito do Estado de Mato Grosso. Diário Oficial do Estado de Mato Grosso. Governo do Estado: Cuiabá, MT. 13 abr. 2017.

12 Que englobava, em suma: (i) a proposição de diversos projetos de lei objetivando a modificação dos parâmetros, em tramitação; (ii) a emanação de leis municipais para atualização dos valores; (iii) a declaração de constitucionalidade das referidas legislações municipais pelo Poder Judiciário; e; (iv) legislação estadual modificando os parâmetros valorativos das modalidades licitatórias.

dalidades licitatórias, o Poder Executivo federal finalmente editou o Decreto nº 9.412/2018 que, no uso da atribuição conferida pelo art. 120 da Lei Geral de Licitações, atualizou os limites estabelecidos nos incisos I e II do seu art. 23. O reajuste, realizado com base na Nota Técnica n. 1.081 2017 CGPLAG DG SFC. Ocorreu na monta de 120% da valoração original, significando a aplicação de 50% do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) acumulado de maio de 1998 a março de 2018.

A partir da nova valoração, os valores máximos aplicáveis à dispensa de licitação são, atualmente, de até R\$ 33.000,00 para obras e serviços de engenharia, e de até R\$ 17.600,00 para as demais contratações.

Por outro lado, além de impactar diretamente nas modalidades licitatórias e nos valores para dispensa de licitação, os novos valores também ocasionaram mudanças reflexas, dentre as quais vale destacar: (i) a formalização dos contratos com a Administração Pública, exigível agora apenas nas contratações superiores à R\$ 8.800,00; (ii) a necessidade de realização de audiência pública para obras e serviços de grande vulto, assim considerados atualmente em valores acima de 82.500.000,00 (antes a obrigação aplicava-se às obras acima de R\$ 37.500.000,00); (iii) a possibilidade de utilização do leilão para alienação de bens imóveis, em quantia não superior a R\$ 1.430.000,00; (iv) a modalidade de dispensa de licitação para produto de pesquisa e desenvolvimento, no caso de obras e serviços de engenharia, agora limitada em R\$ 660.000,00; (v) a modalidade de dispensa do recebimento provisório, no caso de obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 3.300.000,00.

Ademais, os impactos também atingiram diversas hipóteses de contratação previstas fora da Lei Geral de Licitações. É o que se observa, por exemplo, da modalidade de licitação dispensável veiculada à Lei nº 12.462/2011 e com relação às contratações realizadas pelo próprio RDC (Regime Diferenciado de Contratação). A problemática também está inserida no âmbito da Lei nº 12.232/2010, que, além de observar os procedimentos da Lei Geral de Licitações, utiliza os limites nela fixados para elaboração de novas delimitações específicas (conforme arts. 10, § 3º – julgamento pela comissão permanente ou especial – e 14, § 3º – fornecimento de bens e serviços especializados por pessoa previamente cadastrada).

Com efeito, além da ampliação e modificação das modalidades licitatórias e limites de contratação direta, a atualização trazida pelo Decreto nº 9.412/2018 também exerce influências expressivas na tipificação dos atos de improbidade administrativa (art. 10, VIII, da LIA) e fraude à licitação (art. 89 da Lei Geral de Licitações), ambos decorrentes da dispensa indevida.

Afora a modificação legal realizada pelo Decreto nº 9.412/2018, recente-

mente e em razão da grave crise pandêmica causada pelo Covid-19, foi publicada a MP nº 961/2020, com limitação temporal até 31.12.2020 (durante o estado de calamidade pública), promovendo importantes alterações no sistema licitatório brasileiro, dentre elas nova limitação valorativa à dispensa de licitação prevista no art. 24, I e II da Lei Geral de Licitações.

Segundo a sistemática, aplicável somente na vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6/2020, a limitação foi modificada para: (i) R\$ 100.000,00, para obras e serviços de engenharia; e (ii) R\$ 50.000,00, para compras e demais serviços.

Embora a modificação esteja em consonância com a redação da Lei nº 13.303/16 (Lei das Sociedades de Economia Mista) e do PL n. 1.295/95 (Projeto de nova Lei Geral de Licitações), o aumento, se considerada a valoração prevista inicialmente na Lei Geral de Licitações, representa diferença de mais de 600% (seiscentos por cento).

Em suma, os atuais parâmetros valorativos, que permaneceram defasados por cerca de 20 (vinte) anos, sofreram intensa e recente modificação, situação que expressa a necessidade de análise da configuração e sancionamento da dispensa indevida de licitação.

## **4. IMPACTOS DOS NOVOS LIMITES DE DISPENSA DELICITAÇÃO NA CONFIGURAÇÃO DA CONTRATAÇÃO INDEVIDA DIRETA**

A recente majoração dos limites das modalidades licitatórias, por constituir verdadeiro complemento de norma geral, refletiu diretamente na própria conduta de dispensa indevida de licitação, especialmente se observada de ótica pretérita ao Decreto nº 9.412/2018, a partir da intensa judicialização já em andamento pela coibição da conduta de fraude à licitação (por excesso da valoração limite).

### **4.1. RESPONSABILIZAÇÃO PELA DISPENSA INDEVIDA (FRAUDE) DE LICITAÇÃO**

Mostra-se oportuno e necessário reavaliar os limites e formas da responsabilização pela conduta de dispensa indevida de licitação, especialmente se observadas as gravosas sanções impostas ao descumprimento de parâmetros desatualizados há mais de duas décadas. Tal punibilidade tem lugar a partir de duas vertentes distintas e cumulativas (além do simples ressarcimento civil), sendo elas a responsabilização por ato de improbidade administrativa e pelo crime tipificado como fraude à licitação, doravante analisadas de forma pormenorizada.

Sob a perspectiva da configuração de ato de improbidade administrativa, a responsabilização pela contratação direta indevida pode englobar diferentes

possibilidades de punição dos responsáveis, com a aplicação de sanções por vezes mais severas que as constantes na própria seara penal.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o conceito de improbidade administrativa a ser considerado no presente estudo traduz a ideia de “desonestidade”, na expressão de que o ato ímprobo é aquele desenvolvido com má-fé/dolo no exercício da atividade administrativa estatal.<sup>13</sup>

Portanto, e a partir dessa corrente doutrinária,<sup>14</sup> para a configuração de ato de improbidade, é necessária verdadeira violação aos preceitos administrativos, em decorrência de desonestidade ou inidoneidade no desempenho das atividades funcionais, devendo ser encarada como sinônimo jurídico de corrupção, a expressar o exercício da função pública em desconformidade com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.<sup>15</sup>

Esse breve esclarecimento mostra-se necessário, na medida em que a própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92 – LIA) elencou condutas culposas no rol de atos ímprobos. Especificamente quanto à categoria que se insere a dispensa indevida de licitação – incluída como ato que provoca dano ao erário, a LIA delimita tal hipótese enquanto conduta ilegal (culposa ou dolosa) do agente público, no exercício de sua função (mandato, cargo, emprego ou atividade) que deve, conseqüentemente, culminar em prejuízo aos cofres públicos.<sup>16</sup>

Ainda, para o caso específico da contratação direta indevida, ainda que não se demonstre o dano que o procedimento gerou aos cofres públicos, há entendimento no sentido de que a responsabilização seria presumida. Assim, o prejuízo ao erário decorreria da impossibilidade de contratação da melhor proposta por parte da Administração, quando da dispensa indevida do procedimento licitatório.

Um entendimento que não parece acertado, mas que é aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ),<sup>17</sup> que milita pela ocorrência da presun-

13 BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 105.

14 Cita-se, a título de exemplo, a seguinte doutrina sobre o tema: HARGER, Marcelo. Improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.492/92. In. NOHARA, Irene Patrícia. MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (Org.). **Coleção direito administrativo positivo**. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015. p. 94; CAVALCANTI, Fabrício José. **A improbidade administrativa e a observância dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência**. 2012. 133 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. p. 92.

15 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 18.

16 *Ibidem*, p. 78.

17 Alguns exemplos dessa linha jurisprudencial podem ser colhidos pela leitura dos seguintes precedentes: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1376524**. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 2 de setembro de 2014. Diário de Justiça eletrônico. Brasília, 9 set. 2014; *Idem*. **Recurso Especial nº 1280321**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 6 de março 2012. Diário de Justiça eletrônico. Brasília, 9 mar. 2012; *Idem*. **Recurso Especial nº 1190189**.

ção de dano nos casos em que a dispensa indevida significaria perda da possibilidade estatal de escolher, por meio de certame licitatório, a contratação mais “vantajosa” economicamente. Aqui se percebe uma das maiores incoerências ocasionadas pela defasagem monetária: enquanto os valores limites da dispensa de licitação permaneceram congelados por duas décadas, o custo do procedimento licitatório cresceu em mais de 300%, tornando completamente contraditória a presunção de dano ao erário, porque efetivamente inexistente.<sup>18</sup>

Desse modo, embora a contratação direta tenha cumprido seu objetivo (obras concluídas observando todas as qualificações e requisitos legais e com custo mais baixo), o dano advindo da dispensa indevida (ainda que em decorrência de excesso à limitação legal defasada) seria presumido, com a consequente responsabilização e incidência das penalidades previstas na LIA (art. 12).

Para além das sanções previstas no bojo da LIA, a Lei Geral de Licitações ainda previu, de forma cumulativa, a possibilidade de responsabilização penal do sujeito ativo do ato ímprobo por meio da conduta tipificada no art. 89 (fraude à licitação), culminando na aplicação de pena de “detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

A coibição do crime de fraude por excesso ao limite legal da dispensa por pequeno valor, *a priori*, objetiva resguardar a moralidade administrativa e, em termos mais específicos, a estrita excepcionalidade da contratação direta por dispensa.<sup>19</sup> Portanto, a conduta tipificada no já referido art. 89, é obtida no momento em que desrespeitados os requisitos formais autorizadores da contratação direta. *In casu*, no tocante ao desrespeito ao limite à dispensa de licitação em razão do valor, o elemento doloso da conduta seria presumido, tendo em vista a evidência do dano ao erário ao preferir a escolha mais “vantajosa” (e, em decorrência do certame, mais isonômica) aos cofres públicos.

Com efeito, uma das maiores consequências dessa desatualização valorativa, pode ser vista na interferência direta em norma de caráter penal, inconcebível do ponto de vista constitucional, por representar gravames muito maiores aos bens jurídicos supostamente tutelados.

---

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 10 de agosto de 2010. Diário de Justiça eletrônico. Brasília, 10 set. 2010; Idem. **Recurso Especial no 1357838**. Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 12 de agosto de 2014. Diário de Justiça eletrônico. Brasília, 25 set. 2014.

18 Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SILVA, Eliza Maria da. Improbidade administrativa por dispensa indevida de licitação: sobre os efeitos da desatualização dos valores limites para dispensa de licitação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, pp. 211-237, ago. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/76710>. Acesso em: 3 dez. 2020.

19 GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da Lei de Licitações**: Lei n. 8.666, de 21-6-1993. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 11.

## 4.2. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE E INSIGNIFICÂNCIA PARA DOSAGEM E SANCIONAMENTO DA FRAUDE À LICITAÇÃO

Como visto, no intento de coibir “a prática desenfreada e impune de atos de corrupção”<sup>20</sup> vivenciada no país, o sancionamento da dispensa indevida de licitação (seja por ato de improbidade ou crime de fraude), vem desconsiderando fator imperativo para a própria constituição da conduta, qual seja: a reavaliação dos valores previstos na Lei Geral de Licitações, especialmente se analisadas as situações pretéritas à edição do Decreto nº 9.412/2018.

Assim é que a tipificação legal das condutas penal e ímproba decorrentes da dispensa indevida encontram complemento na própria Lei Geral de Licitações (art. 24, I, II), que incluiu no rol taxativo de hipóteses de dispensa do certame situação diretamente influenciada pelos parâmetros de estabilidade econômica nacional, fator externo complementador da configuração (e consequente penalização) do ato.

Tendo o aumento inflacionário ultrapassado há muito os limites do razoável, a conclusão a que se chega é a de que a atuação quando da cominação de pena por dispensa indevida de licitação deveria levar em conta os preceitos elencados pelo próprio constituinte,<sup>21</sup> coibindo-se, assim, a trivial aplicação mecânica e indiscriminada de sanções.<sup>22</sup> A própria LIA, em seu art. 12, parágrafo único, tratou de garantir tal tratamento, partindo da ideia de que a fixação das penalidades e sanções para coibição do ato ímprobo devem observar os critérios de razoabilidade.

Logo, deduz-se que imprescindível a valoração da razoabilidade<sup>23</sup> e da proporcionalidade<sup>24</sup> quando da configuração da conduta da dispensa indevida não só porque estes são basilares ao Estado democrático de direito, mas também em razão de a sua não observância, *in casu*, acarretar óbice à própria legalidade.

20 BRASIL. **Exposição de Motivos nº EM.GM/SAA/0388, de 14 de agosto de 1991, do Senhor Ministro de Estado da Justiça**. Diário do Congresso nacional: Poder Executivo, Brasília, DF, 17 ago. 1991.

21 HARGER, Marcelo. Op. cit. p. 124.

22 SELIGMAN, Rogério Ponzi. O princípio constitucional da proporcionalidade na conformação e no sancionamento aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92. **Revista de Direito Administrativo**, n. 238, 2004. p. 246.

23 Sobre o tema da razoabilidade, ver: “A máxima constitucional da razoabilidade é uma orientação, uma diretiva interpretativa que permite a aferição acerca da legalidade substancial dos atos administrativos e legislativos, não o mero controle formalístico. Permite alcançar o sentido finalístico da norma, a conformidade teleológica entre o ato praticado e o mandamento normativo. Não a simples legalidade formal, em sentido estrito, mas a legalidade material – ou melhor –, a juridicidade das leis e dos atos administrativos”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 224.

24 Sobre o tema de proporcionalidade propriamente dita, destaca-se tratar-se de “uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 232.

Assim, parece incabível a responsabilização por fraude à licitação decorrente da dispensa indevida de licitação, em razão do valor nos parâmetros aplicados anteriormente à edição do Decreto nº 9.412/2018. A mera aplicação da letra da lei, sem considerar as circunstâncias fáticas aventadas, seria desarrazoada e completamente desproporcional, uma vez que destinada a coibir ato que, legitimamente, nem poderia ser considerado ilegal (pois em conformidade com os atuais parâmetros estabelecidos), em total descompasso com os ditames do ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4.3. RETROATIVIDADE VALORATIVA PARA CONFIGURAÇÃO E SANCIONAMENTO DA DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO

Afora as considerações já alinhadas, cumpre aprofundar a possibilidade de incidência das garantias advindas do Direito Penal ao Direito Administrativo sancionador, acerca da aplicação dos novos parâmetros valorativos aos casos pretéritos.

Para tanto, necessário encarar a responsabilização pela dispensa indevida numa perspectiva punitiva, ainda que do ponto de vista da improbidade, até porque “a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico”.<sup>25</sup>

Não se pode negar que o único escopo do regramento sancionador seja estabelecer punição à conduta do agente. As condutas (ativas e omissivas) dos sujeitos responsáveis pelo ato de improbidade amoldam-se quase sempre às figuras penais, cuja persecução dá-se “em relação ao mesmo fato, que simultaneamente configura ato de improbidade e crime, das sanções sobreditas”.<sup>26</sup>

Assim, encarada sob uma perspectiva punitiva, imperiosa a aplicação dos princípios da coerência e da não-contradição na reflexão sobre a conduta de “dispensar indevidamente a licitação”, que permitem a análise concreta da norma tipificadora sob a ótica comum de todas as leis e princípios dela formadores. Dessa forma, sob o prisma do Direito Penal, a tipificação do ato só poderá ser afirmada quando da verificação do ilícito por meio de todo o arcabouço proibitivo da norma, que não poderá ser considerada isoladamente, e sim conglobada com o ordenamento jurídico vigente.<sup>27</sup>

Trazendo tal lógica para a tipificação específica das condutas delineadas no art. 10, VIII, da LIA e art. 89 da Lei Geral de Licitações (dispensa indevida de licitação pelo excesso à limitação legal), chega-se à conclusão de que não é

25 HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Seleção Histórica da Revista de Direito Administrativo**: 50 anos de Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1-150, 1945-1995, 1995. p. 24.

26 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit. p. 159.

27 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 400.

possível valorar a conduta de dispensa indevida única e exclusivamente pela análise da norma de improbidade e penal de licitação, uma vez que o cerne da questão tem ligação direta com os novos parâmetros valorativos das modalidades licitatórias (recentemente readequados na forma da referida lei) e também com disposições constitucionais aplicáveis.

Isso porque, a configuração do ato ilícito resumido na “dispensa indevida de licitação” exige, de pronto, a verificação das hipóteses de exceção à obrigatoriedade de licitar previstas no rol taxativo do art. 24 da Lei Geral de Licitações, intrinsecamente ligado ao seu art. 120, que prevê a hipótese de alteração da valoração da dispensa por menor preço, a influenciar na configuração da própria conduta “coibida”.

As normas que disciplinam a licitação pública são compostas por um verdadeiro “cipoal” de legislações, afora os decretos e portarias que também compõem o emaranhado.<sup>28</sup> Portanto, impossível que a tipificação das condutas que configuram improbidade administrativa não leve em consideração os demais dispositivos legais e dispositivos constitucionais que compõem a microssistema normativo e enquadram a ordem normativa aplicável.

Sob uma perspectiva objetiva, levando-se em conta a situação fática da desatualização (recentemente revista pelo Poder Executivo federal), podem-se citar inúmeros preceitos que impõem a análise conglobada da tipicidade da conduta, quais sejam: (i) o art. 22, XXVII, da Constituição de 1988, que prevê a determinação de regulamentação (e, por analogia, atualização) das normas gerais de licitação; (ii) o art. 120 da Lei Geral de Licitações que, desobedecido por quase duas décadas, só recentemente restou revisto, em reconhecimento da omissão federativa operada; (iii) o art. 24, I e II, da Lei Geral de Licitações, que deve ser vislumbrado em consonância com a delimitação do art. 120, haja vista a cogente desestabilização econômica; (iv) o art. 10, da LIA, que, além de todas as normas anteriormente invocadas, deve ser lido em conjunto com o teor do art. 12 da mesma lei, que determina a incidência da razoabilidade e da proporcionalidade na punição do ato ímprobo.

Somada à essa argumentação, a edição do Decreto nº 9.412/2018 indica ponto fulcral na análise da dispensa indevida de licitação por excesso à limitação legal. É que, por via reflexa, os novos parâmetros reconheceram a inequívoca desatualização monetária dos valores: ora, se corrigidos na monta de 120% desde a sua fixação, inegável a defasagem econômica operada no interregno de mais de 20 anos de congelamento.

Se observada sob o âmbito da perspectiva penal constitucional, a majoração dos limites de dispensa de licitação representa verdadeira “*abolitio*

---

28 NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit. p. 47.

*criminis*” à conduta anteriormente tipificada. Explica-se: a alteração operada com o Decreto nº 9.412/2018 repercutiu diretamente no alcance do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, considerado “norma em branco” a ser completada pela limitação das modalidades licitatórias, nesse caso específico de fraude à licitação.

Com efeito, a inércia do Poder Executivo federal, ao permitir a atualização da valoração apenas após a triplicação monetária dos limites definidos ordinariamente pelo legislador – na contramão da “faculdade” conferida pelo art. 120 da Lei Geral de Licitações, resulta na conseqüente retroatividade da norma extrapenal majoradora.

Na prática, deixar de atribuir aos valores recentemente alterados à possibilidade de retroação para fins penais e de improbidade administrativa significaria a criação de verdadeira quebra de isonomia, consistente na punibilidade de atos não mais alcançados pela norma.

Ainda, deve-se realizar uma análise comparativa entre a intensidade do ato, a penalidade a ser aplicada e o baixo dano a ser resguardado, “posto que quanto mais incisiva for a intervenção penal na esfera jurídica do indivíduo, mais relevante há de ser o interesse geral da coletividade (que com tal interven- to se quer perseguir)”.<sup>29</sup>

O rigor injusto (que constitui exatamente a hipótese de punibilidade de conduta já “legalizada” pelo legislador) é completamente contrário ao Estado democrático de direito, e não concorre, necessariamente, com a distorção ética do agente ou particular na utilização do cargo público.<sup>30</sup> A configuração da improbidade administrativa, bem como as responsabilizações penais a ela inerentes, deve ser mensurada de acordo com os parâmetros da razoabilidade, nos quais se inclui, necessariamente, a análise da lesividade da conduta – conduzida nos ditames do princípio da insignificância.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate em torno da defasagem monetária da Lei Geral de Licitações (fruto da marcha inflacionária das duas últimas décadas) ganhou força com o advento do Decreto nº 9.412/2018, que, mais que apenas obedecer ao comando legal de atualização, trouxe reflexos diretos nas modalidades licitatórias, alcançando a dimensão da dispensa de licitação em razão do valor e, por seu turno, a configuração/penalização pela fraude ao procedimento licitatório. A situação ganhou maior destaque também com a edição da MP nº 961/2020, com aumen-

29 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 170.

30 SELIGMAN, Rogério Ponzi. Op. cit. p. 246.

to real de mais de 600% da valoração originalmente prevista.

Ante tais modificações, que demonstram o quadro fático de defasagem vivenciado, imperiosa uma leitura sistemática, teleológica e retroativa do Decreto nº 9.412/2018 acerca da dispensa indevida de licitação. Sobre as disposições da MP nº 961/2020, ainda que sua aplicação seja restrita às contratações realizadas no período pandêmico, os novos parâmetros indicam a necessidade de atualização monetária das modalidades licitatórias.

Não se pode desconsiderar o potencial ampliativo que a corrosão inflacionária (já reconhecida e parcialmente corrigida) teve sobre o âmbito de abrangência da norma repressiva à fraude à licitação em razão do valor, em especial para fins de definição do ilícito penal/administrativo.

Como visto, o Decreto nº 9.412/2018, ao apresentar verdadeira majoração dos valores limites da hipótese de dispensa de licitação, possui influência direta na caracterização e conseqüente penalização do ato administrativo, sendo necessária, assim, a utilização de instrumentos que valorem a extensão dos danos causados (sob as perspectivas da razoabilidade e proporcionalidade) às condutas anteriores, a fim de evitar a mera punição pela punição.

A sensível desatualização dos valores limites da dispensa de licitação, por traduzir mero efeito econômico decorrente da marcha inflacionária, não pode ensejar a aplicação de gravosas penalidades, por conta da ampliação material da zona de incidência do ilícito administrativo, se não há substancialmente ato ímprobo/crime a ser sancionado e nem desonestidade a ser combatida.

Em síntese, cumpre discutir os limites inerentes ao Direito Administrativo sancionador, que, exatamente por impor sanções de cunho expressivamente gravoso, deverá pautar-se dentro dos ditames constitucionais e infraconstitucionais, não podendo desconsiderar situações que culminam em penalização indevida, sob um pretexto de endurecimento do “combate à corrupção”. Essa bandeira só pode ser justa e regularmente empunhada, se fundada no respeito à ordem normativa constitucional e infraconstitucional de regência.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. **Calculadora do Cidadão**. Correção de valor por índices de preços. 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/calculadora/calculadoracidadao.asp>. Acesso em: 3 dez. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. **Decreto n. 9.412, de 18 de junho de 2018**. Diário Oficial da União: Poder Executivo, Brasília, DF, 19. jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Diário Oficial da União: Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jun. 1992.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Diário Oficial da União: Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

BRASIL. **Exposição de Motivos nº EM.GM/SAA/0388, de 14 de agosto de 1991, do Senhor Ministro de Estado da Justiça**. Diário do Congresso nacional: Poder Executivo, Brasília, DF, 17 ago. 1991.

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. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SILVA, Eliza Maria da. Improbidade administrativa por dispensa indevida de licitação: sobre os efeitos da desatualização dos valores limites para dispensa de licitação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, pp. 211-237, ago. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/76710>. Acesso em: 3 dez. 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sergio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da Lei de Licitações**: Lei n. 8.666, de 21-6-1993. São Paulo: Saraiva, 2000.

HARGER, Marcelo. **Improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.492/92**. In. NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). Coleção direito administrativo positivo. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal. Seleção Histórica da Revista de Direito Administrativo**: 50 anos de Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1-150, 1945-1995, 1995.

MATO GROSSO. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Mato Grosso**. Cuiabá, 5 de outubro de 1989. Disponível em: [https://www.al.mt.gov.br/arquivos/legislacao/constituicao\\_estadual.pdf](https://www.al.mt.gov.br/arquivos/legislacao/constituicao_estadual.pdf). Acesso em: 3 dez. 2020.

MATO GROSSO. **Lei nº 10.534, de 13 de abril de 2017**. Governo do Estado: Cuiabá, MT. 13 abr. 2017.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 460**. Relator: Sebastião de Moraes Filho. Cuiabá, MT, 23 de março de 2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## 7. A LEGALIDADE E JURIDICIDADE ADMINISTRATIVAS NA FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA MUNICIPAL

Karen Bissani

Doutoranda em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Membro do Ius Commune, Grupo de Pesquisas em História da Cultura Jurídica da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/CNPq).

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. A crise do direito e o novo modelo de organização do Estado; 3. A criação de instrumentos urbanísticos na ordem jurídica brasileira; 4. A legalidade e juridicidade administrativa; 5. Limites da normatividade municipal; 6. A flexibilização da legislação urbanística como instrumento para concretização do direito social à moradia; 7. Considerações finais; Referências.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um novo modelo de organização do Estado surge como consequência de uma crise pela qual o direito passa entre o final da Idade Média e início da Idade Moderna, em contra ponto a um absolutismo jurídico onde a lei emana exclusivamente do Estado. Nesse contexto parte-se da ideia de que o direito nasce da sociedade, não podendo ser imposto por uma classe social, por isso a necessidade de resgatar o direito que advém das relações sociais, sendo necessário produzir-se um direito que alcance todos e não signifique somete a vontade do Estado.

Nesse contexto, tem-se que o crescimento das cidades brasileiras entre as décadas de 1960 e 1970 foi impulsionado pelo desenvolvimento industrial com o êxodo de milhares de trabalhadores das regiões rurais para as regiões urbanizadas. Assim, o Estado buscou regram a ocupação e utilização do solo urbano através da construção de uma lei de alcance nacional e que continha as diretrizes gerais para o parcelamento do solo urbano, e deste modo, em 1979 foi publicada a Lei Federal nº 6.766, também conhecida como Lei Lehmann.

Essa legislação urbanística não teria sido elaborada levando-se em consideração a realidade do país e com o passar do tempo, por não conseguir acompanhar as mudanças sociais ocorridas no Brasil nas décadas seguintes, houve a necessidade da criação de instrumentos que pudessem efetivamente solucionar os inúmeros conflitos criados pela falta de cumprimento da lei, tendo sido aprovado em 2001 o Estatuto da Cidade onde foram previstos inúmeros

instrumentos jurídicos visando o cumprimento da função social da cidade e o alcance do direito social à moradia.

Um dos principais instrumentos urbanísticos trazidos pelo Estatuto da Cidade em 2001 foi o Plano Diretor Municipal, exigido para as cidades com mais de 20 mil habitantes. A importância dessa legislação urbanística para o planejamento urbano é incontestável, tendo em vista a competência urbanística municipal para tratar de assuntos de interesse local. Contudo, essa legislação municipal nem sempre é suficiente para solucionar as questões inerentes, por exemplo, ao parcelamento irregular de solo e por esse motivo seria preciso a flexibilização da legislação urbanística em áreas consolidadas.

A questão que se propõe nesse trabalho é demonstrar qual o limite da competência urbanística municipal na flexibilização da legislação inerente ao parcelamento de solo urbano, levando em consideração a obrigatoriedade do cumprimento do princípio administrativo da legalidade.

Para tanto, pretende-se analisar a partir da crise do direito a necessidade da criação de instrumentos urbanísticos na ordem jurídica brasileira, bem como as questões que envolvem a legalidade e juridicidade administrativa no que concerne aos limites da normatividade municipal e em especial, em quais casos uma lei municipal específica sobre flexibilização de índices urbanísticos para regularização de loteamentos ilegais, pode ser utilizada como instrumento para concretização do direito social à moradia.

## 2. A CRISE DO DIREITO E O NOVO MODELO DE ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Santi Romano<sup>1</sup> jurista italiano, pesquisador e docente de direito público considerado o grande precursor da crise do Estado moderno ocorrida entre os séculos XIX e XX, defendia que “[...] o direito antes de norma, é uma organização ou até mesmo um corpo social, que se comunica, como uma espécie de produto ou derivação de natureza jurídica, e não o contrário” tendo como objetivo principal uma organização social. Isso significa dizer que qualquer força de origem social e que seja organizada acaba, portanto, sendo considerada como direito. Do mesmo modo, o direito conteria uma parcela de moral, mas por outro lado, também haveria uma parcela de economia, de costume e de técnica, tornando-se o princípio vital de toda instituição<sup>2</sup>.

Analisando a visão coerente de Romano<sup>3</sup> que trata o direito como um

1 ROMANO, Santi. *Corso di diritto costituzionale*. Padova: Editora CEDAM, 1941, p. 04.

2 ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

3 ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 97.

fenômeno social, tendo a convicção expressa de que “[...] o jurista não deve subordinar a realidade ao conceito, mas sim o conceito à realidade”, compreende-se que a ordem social é por si mesma uma organização jurídica, se contrapondo a ideia de negar a juridicidade a tudo àquilo que não se encontra previsto nas normas jurídicas.

Da necessidade de firmar um conceito, o direito estaria expresso em uma ou mais normas determinadas, como por exemplo uma lei, um costume, um código e assim por diante, considerando-as cada uma em si ou mesmo agrupando-as materialmente, segundo o seu objeto comum, a sua fonte, o documento que as contém, ou outros critérios mais ou menos extrínsecos e particulares<sup>4</sup>.

No mesmo sentido Paolo Grossi, historiador do direito italiano, professor da Universidade de Florença e autor de inúmeras obras da atualidade, defende a ideia de que o direito deve ser visto a partir dos instrumentos utilizados na vida privada, bem como os costumes, uma vez que, o direito enquanto uma entidade organizadora da sociedade tem uma função de ordenar. O direito não seria somente interpretação, ele estaria enraizado nos costumes da sociedade e o papel do jurista seria declarar aquilo que já existe. Para Grossi<sup>5</sup>, “o direito, apesar do que possa parecer a um observador comum, é um material social e cultural extraordinariamente apto a ser observado e avaliado historicamente”.

Ao tratar da crise pela qual passava o Estado moderno no final do século XIX e início do século XX Grossi<sup>6</sup> alerta que reduzir o direito somente a lei, seria resultado de uma escolha política conectada com outras experiências históricas de uma maneira diferente, como ocorreu com a civilização jurídica medieval em comparação com a civilização jurídica moderna. Através dessa comparação entre a visão formalista moderna de uma lei como justiça, chega-se, segundo o autor, a uma substancial visão medieval da justiça como lei.

Ainda de acordo com Grossi<sup>7</sup> a ordem jurídica do início do século XX até parecia suficiente para reger as relações sociais existentes, entretanto, não suportava mais tamanha diversidade e para o autor, essa diversidade é que gerou a crise do Estado moderno, e a crise gerou rachaduras numa estrutura que até então era considerada como ideal. A partir desse ponto percebeu-se a complexidade que envolvia o mundo do direito, assim como o distanciamento do poder político em relação ao direito dando espaço aos diferentes grupos da sociedade elaborarem seus ordenamentos desvinculados daquele produzido pelo Estado.

O Estado seria apenas um reflexo da sociedade e conforme Grossi<sup>8</sup> “[...]”

4 Idem, p. 66.

5 GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 28.

6 GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. e atual. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

7 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

8 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 05-07.

a lei é um comando, um comando com autoridade e autoritário, um comando geral e indiscutível, com sua vocação essencial de ser silenciosamente obedecido [...]”. Para o autor, seria uma realidade de comandos que está fora do cotidiano de todos, e hoje se impõe um resgate do direito, o que já começou a ocorrer entre os juristas mais sensíveis e abertos à mudanças. Esse momento histórico parece ter sido produzido exatamente para confirmar a teoria de Romano<sup>9</sup>, pelo qual o direito não seria mais monopólio do poder, mas a voz da sociedade, ou melhor de inúmeros grupos sociais, cada qual defendendo um ordenamento jurídico ou um conjunto de ordenamentos jurídicos, isto é, de realidades autônomas.

A necessidade de resgatar o direito surge para Grossi<sup>10</sup> em virtude de que o Estado se limita apenas a ditar regras gerais, deixando de lado o ordenamento privado específico, caracterizado com uma dimensão jurídica múltipla, consequência de um ordenamento advindo do Estado que não é suficiente. Assim, para Grossi<sup>11</sup> a legislação atual “[...] está visivelmente em crise pela sua incapacidade de ordenar juridicamente a sociedade civil, sobretudo, de comandar as mudanças socioeconômicas que estamos vivendo e que ainda viveremos no futuro”.

Ao defender a existência de diversos ordenamentos jurídicos, Grossi<sup>12</sup> afirma que seria preciso resgatar o ordenamento que vem do social, independente do poder político instituído, sendo necessário que “[...] o legislador e lei desçam do altar onde havia entronizado a insistente propaganda burguesa para se confrontar com outras fontes, em um universo jurídico com fronteiras notoriamente mais amplas”.

Ainda que o universo jurídico seja dominado pela vontade do Estado através do seu enorme aparato estatal, ainda assim existem comunidades que se auto ordenam em nome de seus valores e costumes, criando regras próprias criadas em paralelo ao direito oficial, sendo necessária a criação de novos instrumentos para normatização e inclusão dessas comunidades na sociedade.

### 3. A CRIAÇÃO DE INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

O Estado tem o dever de promover o bem-estar social oferecendo soluções que resolvam conflitos por meio de instrumentos institucionais, envolvendo as necessidades coletivas através do planejamento urbano adequado, permitindo

---

9 ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

10 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

11 Idem, p. 88.

12 GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 05.

o desenvolvimento sustentável sob todas as dimensões, garantindo ao cidadão o direito à cidade, à moradia digna e um meio ambiente saudável<sup>13</sup>.

A atuação do Estado se dá a partir de uma norma técnica geral que busca tratar o parcelamento do solo de uma forma homogênea, tomando como base o princípio da legalidade. Entretanto, em cenários em constante modificação é intrinsecamente diferente porque a realidade se apresenta de uma forma que nem sempre ou na maioria das vezes, se molda ao que foi previamente definido pela legislação urbanística e ambiental.

Com o processo desenfreado de urbanização das cidades foi preciso criar uma norma que estruturasse a legislação urbanística brasileira, incluindo na pauta da ação pública municipal, de maneira definitiva, regras gerais e criando a possibilidade da aprovação de parcelamento de solo urbano por meio de avaliação e autorização do Município.

A publicação da Lei de Parcelamento do Solo de 1979 reconheceu formalmente a necessidade de envolvimento do poder público na definição das regras mínimas que serviriam como base para o estabelecimento de condições aceitáveis para o parcelamento de solo e sua utilização, considerando o espaço urbano como um todo, e tratando-o enquanto algo inserido em um contexto social que demandava serviços e equipamentos públicos. Percebe-se assim, que os aspectos que envolvem a estrutura urbana dos loteamentos passaram a ser tratados como requisitos do parcelamento de solo e foram alocados de uma forma geral em uma única norma a Lei Federal nº 6.766/1979, também conhecida como Lei Lehmann<sup>14</sup>.

Para Rolnik<sup>15</sup> durante o processo de construção da Constituição de 1988, um movimento formado por inúmeros setores e de abrangência nacional foi decisivo para incluir no texto constitucional instrumentos que levassem à instauração da função social da cidade e da propriedade no processo de construção das cidades, sendo que este movimento pretendeu construir um marco regulatório para a política urbana nacional. Como resultado dessa mobilização, pela primeira vez incluiu-se um capítulo específico para a política urbana, que prevê uma série de instrumentos para a garantia do direito à cidade, da defesa da função social da cidade e da propriedade, bem como da democratização da gestão urbana no âmbito municipal.

O capítulo sobre política urbana contido na Constituição Federal vigen-

13 PEREIRA, Reginaldo; BISSANI, Karen. O Desenvolvimento Urbano Sustentável e os Tratados Internacionais sobre mudanças climáticas. *Revista Jurídica UNI7*, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 137-149, jan./jun. 2019.

14 NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia. *Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social no Direito Brasileiro*. 2013. 189 Fls. Dissertação (Mestrado em Direito) São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

15 ROLNIK, Raquel. *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. 2. ed. Brasília: Instituto Polis, 2002.

te foi construído em meio a fortes disputas e debates que resultaram nos artigos 182 e 183. Tais artigos abordaram temas como planejamento urbano, a competência dos municípios como protagonistas da política urbana, o Plano Diretor como a ferramenta da política municipal para o desenvolvimento urbano e a definição de alguns outros instrumentos balizadores da função social da propriedade<sup>16</sup>.

Além disso, o artigo 24 também insere a matéria urbanística no âmbito da competência concorrente, que confere à União a prerrogativa de editar as normas de caráter geral e aos Estados-Membros a possibilidade de suplementar as regras gerais, adequando-se à sua realidade. Nesse regime de competências, os municípios, por força do artigo 30, incisos I e II, podem suplementar a legislação federal e estadual no que couber, legislando em nome do interesse local<sup>17</sup>.

O Estatuto da Cidade aprovado em 2001 pela Lei Federal nº 10.257 teve como objetivo principal regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, bem como trouxe novos instrumentos a serem aplicados no planejamento urbano das cidades, entre os quais destaca-se o Plano Diretor Municipal, exigido para municípios com mais de 20 mil habitantes. Ao definir o conteúdo mínimo dos Planos Diretores, o Estatuto da Cidade no seu artigo 2º, inciso XIV, considera a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas irregularmente como diretriz para que a política urbana alcance seu objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Ao tratar sobre os marcos regulatórios, Rolnik<sup>18</sup> assim descreve:

No âmbito federal, a inclusão do capítulo de política urbana na Constituição e, principalmente, a aprovação do Estatuto da Cidade, estabeleceram uma nova ordem jurídico-urbanística, baseada na função social da cidade e da propriedade, no direito à cidade e na democratização plena da gestão urbana. O compromisso com a implementação do Estatuto, cuja aplicação concreta nas cidades depende do estabelecimento de processos inovadores de planejamento urbano e gestão fundiária locais, requer uma atuação decidida do Ministério das Cidades, no sentido de disponibilizar meios e recursos, assim como mobilizar e sensibilizar o país para a necessidade de sua implementação.

Em 2009, o Governo Federal instituiu uma política pública voltada à habitação de interesse social chamada de Programa Minha Casa Minha Vida

---

16 CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de Casimiro. A urbanização brasileira sob uma perspectiva jurídica. In: **Vidas urbanas e a vida nas cidades [recurso eletrônico]:** regramentos urbanos, ambientais, seletividade e violências / org. Claudio Oliveira de Carvalho, Karine Grassi e Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho. Caxias do Sul, RS: EducS, 2018.

17 PEREIRA, Reginaldo; BISSANI, Karen. A regularização do parcelamento de solo de loteamentos públicos: um estudo baseado no projeto do loteamento de interesse social Vila Betinho em Chapecó/SC. In: **Regularização fundiária. Revista de Políticas Públicas**, v.7, nº 02, 2017.

18 ROLNIK, Raquel. **Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006, p. 10.

através da Lei Federal nº 11.977 de 07 de julho de 2009, criando também naquela oportunidade o primeiro marco jurídico federal acerca da regularização fundiária. Segundo Correia<sup>19</sup> a Lei de 2009 foi a primeira a tratar mais especificamente sobre o procedimento administrativo a ser aplicado nos casos de regularização fundiária, principalmente naquelas hipóteses de assentamentos urbanos irregulares já consolidados no espaço e no tempo.

Com a publicação da Lei de 2009 outras possibilidades foram incorporadas ao rol das ações legais para alcançar o direito social a moradia. Uma delas é a compatibilização do direito à moradia e do direito ao meio ambiente saudável, estabelecendo regras para regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente urbanas. Foi a criação dos instrumentos de demarcação urbanística e de legitimação de posse que agilizaram os processos de regularização fundiária de interesse social em situações que anteriormente só podiam ser tratadas por meio de ações judiciais<sup>20</sup> Apesar da Lei de 2009 ter trazido inúmeros avanços para época, a norma criada não conseguiu atingir completamente seu objetivo e foi revogada em 2017.

O regime instituído pela Lei Federal nº 13.465 de 2017, considerado como o novo marco da regularização fundiária, tem como objetivo ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, promovendo a integração social, a geração de emprego e renda, estimulando a resolução extrajudicial dos conflitos. Também busca a cooperação entre o Estado e a sociedade no ordenamento e pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo o bem estar da população, concretizando o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo<sup>21</sup>.

Percebe-se que a nova lei se propõe a promover alguns ajustes da lei antecessora, contudo, acaba reeditando institutos e instrumentos jurídicos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a legitimação de posse e demarcação urbanística. Os institutos jurídicos disponíveis para serem aplicados em procedimentos administrativos de regularização fundiária urbana estão dispostos no artigo 15 da Lei de 2017, podendo ser empregados coletivamente ou individualmente para transferência da propriedade.

Nesse rol de institutos jurídicos encontra-se a legitimação fundiária que acabou se tornando o mais importante e eficaz instrumento no âmbito da re-

19 CORREIA, Arícia Fernandes. **Direito da regularização fundiária plena: teoria, práxis e pesquisa sobre a regularização urbanística e fundiária brasileiras, em especial, da Cidade do Rio de Janeiro**. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2017.

20 LALANA, Mara. **O processo de regularização fundiária de áreas públicas invadidas como garantia de acesso à moradia**. 2015. 146 Fls. Dissertação de Mestrado em Políticas Sociais e Dinâmicas Regionais na Universidade Comunitária da Região de Chapecó, 2015.

21 MOTA, Maurício Jorge Pereira da; MOURA, Emerson Affonso da Costa. **A Formação das Cidades e a questão Fundiária no Brasil**. In: **Teoria da Regularização Fundiária: doutrina, legislação e jurisprudência à luz da Lei Federal nº13.465/2017** organizadores: Emerson Affonso da Costa Moura; Maurício Jorge Pereira da Mota; Marcos Alcino Azevedo Torres, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

gularização fundiária urbana, isso porque através deste instituto é possível regularizar a maioria das situações. Pela legitimação fundiária se outorga o direito de propriedade ao ocupante, de modo originário, sobre imóvel público ou privado, sendo que através desse instituto o beneficiário recebe o imóvel livre e desembaraçado de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições. Diante desse quadro, observa-se que existem inúmeros instrumentos urbanísticos disponíveis, cabendo ao Poder Público Municipal, protagonista do planejamento urbano, escolher o que melhor se adapta a cada situação.

#### 4. A LEGALIDADE E JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

Para Meirelles<sup>22</sup> a Administração Pública está adstrita ao cumprimento dos princípios administrativos esculpido pelo artigo 37 da Constituição Federal de 1988, onde constam as regras de observância permanente e obrigatória, quais sejam: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Observa-se que os cinco primeiros estão previstos expressamente no texto constitucional, enquanto que os demais embora não mencionados foram textualmente citados na Lei Federal nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Ainda segundo o autor toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

O princípio da legalidade segundo Di Pietro<sup>23</sup> preconiza que a Administração Pública somente pode atuar conforme a lei autoriza, diferente do que acontece no âmbito particular onde o princípio aplicável é o da autonomia da vontade e que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Conforme a autora, existe atualmente uma tendência de alargamento do princípio da legalidade visto que, a sua abrangência é muito maior quando exige submissão ao direito.

Ainda conforme Di Pietro<sup>24</sup> já no fim do século XIX começaram a surgir mudanças em decorrência das profundas transformações ocorridas no campo econômico, social e político e que foram provocadas por ações contrárias ao individualismo jurídico predominante naquela época. Assim, o Estado teve que abandonar sua posição passiva e começar a atuar, substituindo a ideia do homem como fim único do direito pelo princípio da supremacia do interesse

22 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2005, p. 87.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

24 Idem. p. 83.

público que vincula a Administração Pública em todas as suas decisões. “O direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”.

A aplicação do princípio da legalidade então praticada pelo Estado liberal acabou sofrendo uma transformação profunda quando o Estado passou a ser social. Tal transformação seria consequência da ampliação das funções do Estado operado nas diversas demandas exigidas pela população. O Estado deixou de ser um mero observador para se tornar protagonista na garantia de uma melhor qualidade de vida dos cidadãos. Importa destacar que o surgimento do princípio da juridicidade além da submissão à lei, deve a observar os princípios constitucionais e os regulamentos produzidos pelo próprio Estado, aumentando assim a possibilidade de revisão judicial de seus atos. Dessa forma a legalidade administrativa se manifesta como princípio de preferência da lei, isto é, a expedição de atos normativos deve atender a lei, ou até mesmo pode funcionar como princípio da reserva da lei, onde determinadas matérias somente podem ser regulamentadas por lei<sup>25</sup>.

As normas existentes não conseguem abarcar todos os aspectos da vida, isso ocorre diante da complexidade ou mesmo da evolução das relações sociais e jurídicas, dificultando a tarefa do legislador que não consegue elaborar leis que compreendam todas as situações, portanto, exige-se do interprete do direito o preenchimento desses espaços vazios, complementando o ordenamento jurídico existente. Surge aqui a primeira grande dificuldade do gestor público, superar as questões que envolvem a legalidade e juridicidade administrativa no que concerne aos limites da normatividade municipal que permite ao Município legislar em situações de lacuna legal.

Nas últimas décadas um dos grandes problemas vivenciados pelos municípios é a difícil tarefa de conciliar o espaço público ordenado, ou seja, aquele idealizado pela legislação vigente, e o espaço público vivenciado, ou seja, aquele caracterizado pela ocupação irregular do solo urbano. No primeiro caso, seria o espaço conhecido como cidade legal, as moradias obrigatoriamente devem atender aos regulamentos urbanos. Acontece que os planos diretores são idealizados e planejados para a cidade oficial sem a preocupação de inserir a população, que vive à margem da legalidade no tecido urbano municipal, como ocorre no segundo caso<sup>26</sup>.

25 COELHO, Huanan Xavier Pinto. O surgimento do princípio da juridicidade no Direito Administrativo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24817>. Acesso em: 23 jul. 2020.

26 SILVA, Marcelo Lessa da. Regularização fundiária de interesse social: a dura realidade dos municípios brasileiros. **Direitos sociais e políticas públicas [Recurso eletrônico on-line]** organização CONPE-DI/UFS; Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Diante de tais constatações não há como negar que o Estado tem papel fundamental na construção da cidade legal, bem como na transformação de uma área irregular para uma área que atenda aos requisitos mínimos de habitabilidade, assim, na medida em que os espaços ocupados irregularmente passem a ter acesso aos serviços públicos através da melhoria da infraestrutura local, tendem a se integrar à cidade legal, motivo pelo qual o legislador disponibilizou uma série de instrumentos para permitir a regularização dessas áreas<sup>27</sup>.

A grande questão que se põe é como aplicar a lei em cenários em constante modificação como é o caso de áreas ocupadas irregularmente. Isso porque nem sempre os municípios possuem recursos técnicos e financeiros suficientes para implementar as medidas voltadas à regularização fundiária de uma forma rápida e os projetos se arrastam por anos. Enquanto os projetos são engolidos pela burocracia existente nos órgãos públicos, as áreas estão em constante modificação e ao final de um projeto de regularização fundiária, na maioria dos casos, a situação no local já se modificou.

## 5. LIMITES DA NORMATIVIDADE MUNICIPAL

A autonomia municipal, na opinião de Meirelles<sup>28</sup> não seria um poder originário mas uma-prerrogativa concedida pela Constituição Federal, dessa maneira, tanto os Estados-membros, Distrito Federal quanto os Municípios tem sua autonomia garantida não como um poder de autogoverno mas como um poder subjetivo de organizar seu governo e promover sua Administração nos limites que a Lei Maior traça. Na utilização dessa prerrogativa não haveria prevalência da legislação federal ou estadual sobre a municipal, isso porque o governo local é responsável ao que se refere ao interesse local repelindo qualquer intromissão de outro órgão. Somente haveria hierarquia entre as leis quando inexistindo exclusividade de Administração as três entidades: União, Estado e Município regulassem concorrentemente a mesma matéria. De fato, o que existem são esferas próprias de atuação não havendo submissão do Município, mas apenas respeito recíproco pelas atribuições privativas de cada qual.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 24, trata das competências concorrentes entre a União, Estados e Distrito Federal e ao mencionar o direito urbanístico no inciso I indica a autonomia do tema no contexto da ciência jurídica. Dessa forma, o texto constitucional conferiu expressamente à União competência legislativa para editar normas gerais sobre direito

---

27 SILVA, Marcelo Lessa da. Regularização fundiária de interesse social: a dura realidade dos municípios brasileiros. **Direitos sociais e políticas públicas [Recurso eletrônico on-line]** organização CONPE-DI/UFS; Coordenadores: Clerlei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

28 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 13. ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2003.

urbanístico, aos Estados competência suplementar e aos municípios competência para editar normas de direito urbanístico de interesse local no artigo 30. Além disso, o direito urbanístico se fixa na definição e implementação da política de desenvolvimento urbano, a qual tem por finalidade ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes mencionada no do artigo 182 caput.<sup>29</sup>

Por força do texto constitucional, os municípios tem autonomia para legislar sobre assuntos de interesses locais, bem como possuem competência para elaborar leis específicas e implementar a política urbana, portanto, cabe ao poder público municipal reger o uso adequado do solo, o acesso à moradia digna, a melhoria da qualidade de vida, fornecer equipamentos públicos e infraestrutura.

Ocorre que, a competência urbanística municipal trabalha dentro de um limite técnico mínimo, portanto, a adequação da legislação de parcelamento de solo urbano às questões locais, precisa levar em consideração a obrigatoriedade do cumprimento do princípio administrativo da legalidade.

Assim, a implantação de um parcelamento de solo urbano, seja na modalidade de loteamento ou desmembramento, encontra-se subordinada a Lei de Parcelamento do Solo Urbano de 1979, sendo concedido ao município a possibilidade de legislar desde que se mantenha as diretrizes da norma geral, mas considerando a realidade local. Neste sentido, é possível fazer um exercício de compatibilização entre a legislação federal e a norma local, contudo, há um limite mínimo urbanístico que precisa ser respeitado, isto é, uma lei municipal que autorize a flexibilização dos índices urbanísticos em uma área consolidada precisa obedecer um piso mínimo de habitabilidade<sup>30</sup>.

Na verdade, a norma urbanística tratou de apenas uma parte da cidade, a chamada cidade formal, enquanto outra parte significativa da cidade foi desconsiderada. Se por um lado a legislação urbanística fixa os padrões estéticos e prioriza o atendimento de determinadas necessidades, por outro lado colabora com a acentuação dos problemas sociais existentes no país no que se refere à segregação espacial e à comercialização de lotes irregulares. A legislação urbanística precisa ampliar as suas perspectivas e considerar os processos de produção das cidades de uma forma homogênea, incorporando também os problemas de ilegalidade que, de uma forma ou de outra, acabam afetando a vida de todos.<sup>31</sup>

29 MIRANDA, Maria Bernadete. **Princípios Constitucionais do Direito Urbanístico**. Disponível em: <https://irp-cdn.multiscreensite.com/951f8786/files/uploaded/v32art5a.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

30 CORREIA, Arícia Fernandes. **Direito da regularização fundiária plena: teoria, práxis e pesquisa sobre a regularização urbanística e fundiária brasileiras, em especial, da Cidade do Rio de Janeiro**. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2017.

31 PONTES, Daniele Regina; FARIA, José Ricardo Vargas de. **Direito municipal e urbanístico**. Edição revisada. Curitiba/PR, IESDE, 2012.

## 6. A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA

A transição do Estado liberal para o Estado social ocorrida no início do século XX ampliou o alcance aos direitos sociais, assim como o direito à propriedade. O conceito do direito à propriedade deixou seu caráter egoísta e individualista para compreender uma perspectiva bem mais social, passando a abranger temas como a igualdade e a solidariedade, ao atender às exigências e limitações do bem comum, a partir da consagração de sua função social.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento a preponderância do interesse social, sendo o bem-estar da coletividade uma finalidade citada em diversos artigos. Os objetivos fundamentais traçados pelo constituinte originário no artigo 3º do texto constitucional são os pilares que sustentam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais.

Observa-se que, na versão original não houve previsão expressa quanto o direito social à moradia no rol dos direitos fundamentais individuais e coletivos elencados no artigo 5º ou mesmo no rol de direitos fundamentais sociais do artigo 6º. Contudo, com a Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000 incluiu-se o direito à moradia digna no rol dos direitos sociais trazidos pelo artigo 6º, tratando como uma necessidade vital básica do ser humano, impondo ao legislador e ao administrador público a responsabilidade para implementação de políticas públicas que assegurem a sua plena eficácia, por se encontrar diretamente vinculado ao conceito de dignidade humana e seus desdobramentos na esfera de proteção internacional. Importa destacar que a dignidade da pessoa humana, como elemento principal do ordenamento jurídico, possui o papel de motivar o alcance dos direitos sociais, e que pode ser entendido como o núcleo essencial de bens e direitos que devem ser garantidos às pessoas possibilitando-lhes uma situação justa de vida, ou melhor, um padrão mínimo de dignidade.<sup>32</sup>

A expansão urbana vem acontecendo de forma desestruturada há muitas décadas, gerando grandes problemas urbanísticos e ambientais frutos da descontinuidade de políticas públicas, ou ausência delas, e que não priorizam um efetivo planejamento urbano. A realidade das cidades brasileiras é bastante diversa daquela planejada pelos técnicos e legisladores que elaboram a Lei Parcelamento de Solo Urbano de 1979. Atualmente, avalia-se que 50% dos imó-

32 CONTIPELLI, Emani; GARCEZ, Marjara Maciel; BISSANI, Karen. Cooperação Internacional, Direito à Moradia e Meio Ambiente Internacional. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, nº 35, Belo Horizonte: maio/agosto 2018.

veis urbanos no Brasil possuem algum tipo de irregularidade, são situações consolidadas caracterizada pela ocupação desordenada e irregular, inúmeros parcelamentos de solo sem projeto aprovado pela municipalidade; construções em desacordo com as diretrizes da legislação municipal, havendo ainda irregularidades jurídicas, principalmente ausência de transferência da propriedade e o consequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

O ordenamento territorial, que trata das diversas formas de parcelamento do solo e a regularização fundiária, inclui também o meio ambiente natural, tem sido seriamente comprometido pela falta de planejamento urbano das cidades. Com o advento do Estatuto da Cidade foram instituídos instrumentos inerentes ao parcelamento do solo e que podem ser utilizados pelos gestores públicos, para que seja atendida a finalidade social da propriedade e da cidade, como por exemplo a elaboração do Plano Diretor Municipal e a Regularização Fundiária.

Em função da competência municipal para legislar sobre assuntos locais os municípios podem elaborar seus Planos Diretores e dependendo da Lei Orgânica, algumas matérias precisam ser regulamentadas através de lei complementar. Em que pese algumas normas urbanísticas contenham previsão sobre questões inerentes a regularização de parcelamento do solo ilegais, em alguns casos uma lei municipal específica sobre flexibilização de índices urbanísticos é necessária como instrumento para concretização do direito social à moradia.

Muito embora a nova Lei de 2017, que trata do procedimento de regularização fundiária urbana, não tenha previsto a necessidade da aprovação de uma lei municipal específica que regre os índices urbanísticos-ambientais de uma área a ser regularizada, essa autorização legislativa é bastante pertinente e pode auxiliar concedendo a segurança jurídica para aprovação de loteamentos em desacordo com a legislação vigente.

Uma lei municipal específica que autorize no âmbito administrativo a aprovação de um projeto de regularização fundiária com índices diversos daqueles previstos no Plano Diretor Municipal pode ter várias funções: i) flexibilização dos índices urbanísticos, ambientais e edílios; ii) redução do percentual das áreas institucionais e áreas verdes que precisam ser doadas ao Município; iii) instituição do gravame da área delimitada para regularização fundiária.

A lei municipal específica, como um instrumento jurídico, pode ser considerado como um diferencial tratando-se de projetos de regularização fundiária urbana, em que pese todo processamento envolvido na aprovação de uma lei complementar na Câmara de Vereadores, ela resolve inúmeros problemas e soluciona empasses que não seriam resolvidos sem a sua elaboração, e que impediriam o andamento do processo de regularização fundiária no âmbito administrativo, além do que, pode ainda garantir a publicidade e a participa-

ção popular exigidos nesse tipo de projeto.

A superação das desconformidades urbanas sociais passa por questões de gestão urbana e de direito urbanístico, surge então a necessidade de uma ordem urbanística popular, como aquela trazida pelo artigo 2º, inciso XIV do Estatuto da Cidade que impõe como diretriz o estabelecimento de normas urbanísticas que levem em consideração a situação socioeconômica da população. É a mesma orientação do inciso XV, que requer a simplificação da legislação, com o objetivo de ampliar a oferta de lotes à população de baixa renda.

O acesso à moradia digna é somente umas das dificuldades encontradas por muitas camadas da população brasileira e que acarretam ações clandestinas, como invasões em imóveis públicos e relações informais, ou seja, transações entre posseiros, resultando em uma enorme contradição entre a cidade real e aquela idealizada. “Com o Estatuto a equação se inverte: a legislação deve servir não para impor um ideal edilício de urbanismo, mas para construir um urbanismo a partir dos dados da vida real”.<sup>33</sup>

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lição de Paolo Grossi parece clara: o direito é construído a partir de experiências vividas em sociedade e não somente pela vontade do Estado. Essa mudança de pensamento foi sendo sedimentada a partir da organização do direito que tinha como objetivo inibir conflitos. Porém, em um determinado ponto surge a necessidade de resgatar o direito das mãos dominantes do Estado e devolvê-lo à sociedade, restituindo seu pluralismo. A legislação atual está visivelmente em crise pela sua incapacidade de acompanhar as mudanças sociais, especialmente em cenários em constante modificação, nesse contexto nasce a consciência da complexidade do universo jurídico, refletida em um processo legislativo cada dia mais denso.

Ao Município foi concedida a prerrogativa de legislar sobre assuntos de interesse local, contudo, existem limites que precisam ser respeitados. Em matéria de direito urbanístico, o principal instrumento utilizado pelos gestores públicos é o Plano Diretor Municipal, com ele é possível elaborar políticas públicas para o desenvolvimento urbano assim como reger situações com características específicas de cada região do país, mas sempre observando o limite imposto pela legislação federal.

A irregularidade se instala quando não são cumpridos os requisitos exigidos pela lei, e para corrigir essa situação foi preciso criar instrumentos jurídicos para adequar a legislação à realidade urbanística brasileira. A regulari-

33 SUNDFELD, Carlos Ari. Um urbanismo popular: acesso à propriedade, regularização fundiária e legalização do emprego do solo. In: DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. Coordenadores. **Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 1. ed., 2002. p. 59.

zação fundiária se enquadra como um instrumento bastante útil a serviços dos gestores públicos, pois, envolve a chamada tríplice aliança entre a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia e o direito à propriedade.

Pode-se concluir que a flexibilização da legislação urbanística, através da edição de leis municipais específicas, contribui para a desburocratização do procedimento de regularização fundiária, garantindo segurança jurídica para aprovação dos projetos, desde que respeitado um limite mínimo, tornando viável o acesso ao direito social à moradia.

## REFERÊNCIAS

- CASIMIRO, Lúcia Maria Silva Melo de Casimiro. A urbanização brasileira sob uma perspectiva jurídica. In: **Vidas urbanas e a vida nas cidades [recurso eletrônico]**: regramentos urbanos, ambientais, seletividade e violências / org. Claudio Oliveira de Carvalho, Karine Grassi e Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho. Caxias do Sul, RS: EducS, 2018.
- COELHO, Huaman Xavier Pinto. O surgimento do princípio da juridicidade no Direito Administrativo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24817>. Acesso em: 23 jul. 2020.
- CONTEPELLI, Ernani; GARCEZ, Marjara Maciel; BISSANI, Karen. Cooperação Internacional, Direito à Moradia e Meio Ambiente Internacional. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, nº 35, Belo Horizonte: maio/agosto 2018.
- CORREIA, Arícia Fernandes. **Direito da regularização fundiária plena: teoria, práxis e pesquisa** sobre a regularização urbanística e fundiária brasileiras, em especial, da Cidade do Rio de Janeiro. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. e atual. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.
- GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- LALANA, Mara. **O processo de regularização fundiária de áreas públicas invadidas como garantia de acesso à moradia**. 2015. 146 Fls. Dissertação de Mestrado em Políticas Sociais e Dinâmicas Regionais na Universidade Comunitária da Região de Chapecó, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 13. ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2003.
- MIRANDA, Maria Bernadete. **Princípios Constitucionais do Direito Urbanístico**. Disponível em: <https://irpcdn.multiscreensite.com/951f8786/files/uploaded/v32art5a.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- MOTA, Maurício Jorge Pereira da; MOURA, Emerson Affonso da Costa. A Formação das Cidades e a questão Fundiária no Brasil. In: **Teoria da Regularização Fundiária: doutrina, legislação e jurisprudência à luz da Lei Federal nº13.465/2017**. Organizadores: Emerson Affonso da Costa Moura; Maurício Jorge Pereira da Mota; Marcos Alcino Azevedo Torres, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia. **Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social**

no **Direito Brasileiro**. 2013. 189 Fls. Dissertação (Mestrado em Direito) São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

PEREIRA, Reginaldo; BISSANI, Karen. A regularização do parcelamento de solo de loteamentos públicos: um estudo baseado no projeto do loteamento de interesse social Vila Betinho em Chapecó/SC. In: Regularização fundiária. **Revista de Políticas Públicas**, v.7, nº 02, 2017.

PEREIRA, Reginaldo; BISSANI, Karen. O Desenvolvimento Urbano Sustentável e os Tratados Internacionais sobre mudanças climáticas. **Revista Jurídica UNI7**, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 137-149, jan./jun. 2019.

PONTES, Daniele Regina; FARIA, José Ricardo Vargas de. **Direito municipal e urbanístico**. Edição revisada. Curitiba/PR, IESDE, 2012.

ROLNIK, Raquel. **Estatuto da Cidade**: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. 2. ed. Brasília: Instituto Polis, 2002.

ROLNIK, Raquel. **Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006.

ROMANO, Santi. **Corso di diritto costituzionale**. Padova: Editora CEDAM, 1941.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, Marcelo Lessa da. Regularização fundiária de interesse social: a dura realidade dos municípios brasileiros. **Direitos sociais e políticas públicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS**; Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Um urbanismo popular: acesso à propriedade, regularização fundiária e legalização do emprego do solo. In: DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. Coordenadores. **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 1. ed., 2002. p. 59.

## 8. COMPLIANCE AMBIENTAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Bruno Teixeira Peixoto

Mestrando em Direito Internacional e Sustentabilidade no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pelo CESUSC. Advogado.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. O lugar do desenvolvimento sustentável nas Contratações Públicas no Brasil; 2.1. Direito Administrativo e a autorregulação regulada ambiental; 3. O *Compliance* Ambiental na atual ordem político-jurídica nacional e internacional; 3.1. O Projeto de Lei Federal n. 5.442/2019; 4. A exigência dos Programas de *Compliance* Ambiental nas Contratações Públicas: condição à manutenção de contratos administrativos?; 5. Considerações finais; Referências.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 define, em seu art. 3º, II, a garantia do desenvolvimento nacional como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, privilegiando-o de modo sustentável, uma vez vinculada a atuação do Estado brasileiro, respectivamente, aos preceitos dos arts. 225, *caput*, e 170, VI. Pelo primeiro, impõe-se ao Poder Público o dever da defesa e da preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações. No segundo, a manutenção de uma ordem econômica nacional observadora da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Essas premissas somam-se ao disposto no art. 37, *caput*, da Constituição, em que estão definidos os princípios estruturantes da Administração Pública no Brasil, cuja observação é dever de toda República, tanto no desempenho das funções típicas (administrar, legislar e julgar) como nas atípicas, quando exercida a função administrativa, inerente ao funcionamento dos três Poderes.

Nesta dimensão sustentável da atuação da Administração Pública brasileira, as contratações públicas possuem especial destaque, mormente pela especificidade do processo administrativo através do qual o Estado efetua compras e alienações, contrata obras e serviços e ainda concede ou permite o desempenho de serviços públicos à iniciativa privada, nos termos do art. 37, XXI, tudo pela regra da licitação, assegurando a igualdade de condições aos interessados e o respeito ao interesse público na aplicação do erário.

Neste contexto, considerado o avanço das complexas questões ambientais da atualidade, com danos ambientais em grandes obras e empreendimentos, inclusive, contratados pelo Estado, cenário marcado pelas intrincadas relações entre esfera pública e privada, cada vez mais se exige a estrita observação da legalidade quando se está a tratar do escopo da atuação do Estado e, principalmente, se envolver o patrimônio público. A Administração Pública, em suas contratações, não apenas deve aplicar critérios sustentáveis na escolha das propostas dos interessados, mas exigir e fomentar a efetiva prevenção e monitoramento por atos honestos, transparentes e íntegros, como também atos em conformidade com a lei ambiental, com instrumentos para tal desiderato.

Como tendência mundial, a efetiva tutela do meio ambiente vem ocupando lugar de destaque nas relações da Administração Pública hodierna, vez que é sinônimo de Estado de Direito disposto no desenvolvimento nacional sustentável, cuja promoção inclusive está prevista como objetivo fundamental das licitações públicas no Brasil (art. 3º, Lei Federal n. 8.666/1993), obrigação, como visto, constitucional, de jaez político, econômico e social.

Assim sendo, as contratações públicas tornam-se oportuno veículo para a prevenção de riscos sociais, políticos, econômicos e sobretudo ambientais, indispensável para que se alcance o objetivo de um desenvolvimento nacional sustentável, sobretudo nas relações do Estado com o setor privado, quando envolvem o erário público. Tais relacionamentos devem primar pela constante cautela a atos ilícitos ambientais, potenciais ou iminentes, sendo os Programas de Conformidade ou *Compliance*, aplicados para a área ambiental, uma das ferramentas promissoras a auxiliar neste intuito, movimento em ascensão no mundo, principalmente na União Europeia.

Com esse fim, recentemente protocolou-se na Câmara do Deputados o Projeto de Lei Federal n. 5.442/2019, buscando regulamentar os Programas de Conformidade ou *Compliance* Ambiental no Brasil, que dentre as disposições, há proposta de vedação de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios contratem com pessoas jurídicas que não possuam os aludidos programas.

Por tal perspectiva, a utilização do *Compliance* na área ambiental poderá gerar consequências, benefícios e funções importantes para as contratações públicas serem efetivamente sustentáveis. Tal ferramenta, aplicada no âmbito específico das licitações, e em geral, nas contratações públicas como um todo, força necessária modernização da legislação ligada ao Direito Administrativo Ambiental, fomentando a autorregulação regulada administrativa. Essa evolução se espelha na avançada regulação anticorrupção, estruturada pela Lei Federal n. 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, regulamentada pelo Decreto n. 8.420/2015,

o qual conceituou o importante instrumento do Programa de Integridade e sua estrutura no Brasil.

Nesse caminho de avanços legislativos, os Programas de Integridade ou *Compliance* ganharam ainda mais notoriedade no Direito Administrativo brasileiro, devido à recente série de Leis Estaduais pelo país, iniciada com as pioneiras Leis Estaduais n. 7.753/2017, do Rio de Janeiro, e n. 6.112/2018, do Distrito Federal,<sup>1</sup> que inauguraram a exigência jurídico-administrativa dos aludidos programas nas licitações e demais contratações públicas, condicionando a manutenção do contrato administrativo, celebrado após o certame, à comprovação de efetivo Programa de *Compliance* ou a sua implementação em até 180 (cento e oitenta) dias da assinatura do contrato. Tais normas dão forma aos princípios estruturantes do art. 37 da Carta Magna, sobretudo da impessoalidade, moralidade e publicidade, possibilitando maior efetividade da regulação e fiscalização nas relações socioeconômicas entre Administração Pública e os cidadãos, confirmando seu potencial para a dinâmica área da tutela administrativa ambiental.

Dados os deveres ambientais da atuação estatal brasileira e o crescimento da exigência do *Compliance* na Administração Pública, a introdução dos Programas de Conformidade ou *Compliance Ambiental* nas contratações públicas pode representar decisivo aprimoramento da regulação (autorregulação regulada) e do controle de ilícitos contra o meio ambiente, com a cooperação de cidadãos e da sociedade como um todo.

Logo, a partir das proposições do PL 5.442/2019, este trabalho tecerá considerações acerca do *Compliance Ambiental* como instrumento indispensável, não apenas para a prevenção, controle e apuração dos riscos e dos ilícitos ambientais através das contratações públicas pelo Estado, mas também como mecanismo de fomento e indução ao desenvolvimento nacional sustentável proposto na Constituição Federal.

## 2. O LUGAR DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

A Organização das Nações Unidas (ONU), no conhecido documento mundial “*Our Common Future*”, publicado em 1987, definiu que o desenvolvimento sustentável consiste no desenvolvimento que “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”<sup>2</sup>. Tal conceito ressalta relação entre limitação

1 Além do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, os estados do Espírito Santo (Lei 10.793/2017), Amazonas (Lei 4.730/2018), Rio Grande do Sul (Lei 15.228/2018), Mato Grosso (Lei 10.691/2018), Goiás (Lei 20.489/2019) e Pernambuco (Lei 16.722/2019) já promulgaram leis para exigir o *Compliance* nas contratações públicas.

2 ONU – Organização das Nações Unidas. **Our Common Future**, Report of the World Commission on

dos usos dos recursos da natureza e aquilo que seriam as necessidades para o desenvolvimento ser sustentável. Questões caras quando se trata dos deveres do Estado no cumprimento ao interesse público, intrínseco à atuação da Administração Pública<sup>3</sup>.

Por tais dimensões, a doutrina jurídica o alçou a direito ao desenvolvimento sustentável, pelo qual se teria a preocupação primeira de garantir a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o meio ambiente, uma vez que a base do desenvolvimento está na natureza<sup>4</sup>.

Com efeito, a tarefa de proteção do ambiente é hoje um dado incontroverso no contexto das missões de interesse público cometidas ao Estado, pois a proteção do ambiente ecologicamente equilibrado mostra-se um *dever* fundamental, porque incide sobre uma realidade transindividual, além de encontrar, como qualquer outro dever, o seu fundamento na solidariedade comunitária que onera o indivíduo no Estado Social, em que se sobressalta a “indispensável solidariedade coletiva” para uma gestão racional dos bens ambientais<sup>5</sup>.

Neste caminhar, uma das áreas de atuação da Administração Pública que detém campo determinante para o aprimoramento do desenvolvimento sustentável é a das contratações públicas, em especial pela sua função regulatória. As contratações públicas “sustentáveis” ou “compras verdes” no Brasil avançaram frente ao crescimento da matéria no mundo nas últimas décadas, de modo a incorporar a variável socioambiental como possibilidade (e em alguns casos, como um dever) do gestor em licitações, com o propósito de minimizar os impactos ambientais e sociais das atividades administrativas, induzir comportamentos do mercado e incentivar adoção de hábitos e rotinas sustentáveis na sociedade<sup>6</sup>.

As contratações públicas sustentáveis, segundo “Guia Nacional de Contratações Sustentáveis”, elaborado pela Advocacia Geral da União (AGU), substituem o foco do consumo para o da cidadania e da preservação com o meio ambiente<sup>7</sup>, sendo a licitação sustentável, por sua vez, a que integra con-

---

Environment and Development. 1987. Disponível em: <[https://sswm.info/sites/default/files/reference\\_attachments/UN%20WCED%201987%20Brundtland%20Report.pdf](https://sswm.info/sites/default/files/reference_attachments/UN%20WCED%201987%20Brundtland%20Report.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2020.

3 Neste sentido, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturante. Curitiba: Juruá, 2015.

4 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 170.

5 AMADO GOMES, op. cit., p. 104.

6 NIEBUHR, Pedro de Menezes. **As licitações sustentáveis na nova Lei de Licitações**. 2019. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/04/as-licitacoes-sustentaveis-na-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

7 BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. **Guia Nacional de Contratações Sustentáveis**. 3ª ed. 2020. Machado, Alessandro Q. (Coord.); Clare, Celso V.; Carvalho, Flávia G. de; Paz e Silva Filho, Manoel; Bliacheris, Marcos W.; Ferreira, Maria Augusta S. de O.; Barth,

siderações socioambientais em todas as suas fases, com o objetivo de reduzir impactos negativos sobre o meio ambiente e, via de consequência, aos direitos humanos. Expressão abrangente, uma vez que não está delimitada pelo procedimento licitatório em si, mas perpassa todas as fases da contratação pública, desde o planejamento até a fiscalização da execução dos contratos e a gestão dos resíduos.<sup>8</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, esse movimento pode ser visto a partir da Lei Federal n. 12.187/2009, referente à Lei da Política Nacional sobre Mudanças do Clima, que em seu art. 6º, XII, estabeleceu critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, parcerias-público-privadas, autorização, permissões, outorga e concessões de serviços públicos, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos. Embora tal norma legal ainda dependa de regulamentação, posto que não discrimina requisitos e como será exercida a aludida preferência<sup>9</sup>. Assim como, com a Lei Federal 12.349/2010, que incluiu a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos fins das licitações públicas, conforme o art. 3º, da Lei Federal n. 8.666/1993, sendo que, na Lei Geral de Licitações brasileira vigente, é essa a única previsão que determinaria a incorporação da variável socioambiental na estruturação de licitações e na concepção de contratos administrativos.<sup>10</sup>

Da mesma forma, destaca-se a Lei Federal n. 12.305/2010, relativa à Política Nacional dos Resíduos Sólidos, no seu art. 7º, XI, fixando a prioridade nas aquisições (compras) e contratações governamentais, para: Produtos reciclados e recicláveis; Bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis. Devendo ainda ser considerada a Lei Federal n. 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), que passou a prever no artigo 4º, § 1º, que em tais contratações devem ser respeitadas as normas relativas à mitigação por condicionantes e compensações ambientais até a redução de impactos nos produtos, equipamentos e serviços contratados pela Administração Pública, inclusive, o seu art. 7º prevê a possibilidade de exigir certificação ambiental do produto ou processo de fabricação.

E, ainda, o Decreto Federal n. 7.746/2012, que inaugurou a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública Federal (CI-SAP), voltada à aplicação e desenvolvimento de critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública Federal no Brasil. O referido decreto

---

Maria Leticia B. G.; Santos, Mateus L. F.; Gomes, Patricia M.; Villac, Teresa, p. 17.

8 BRASIL, Advocacia-Geral da União, 2020, op. cit., p. 18.

9 NIEBUHR, op. cit., 2019.

10 Ibid.

ainda estatui que critérios e práticas de sustentabilidade podem ser veiculados como especificação técnica do objeto ou obrigação da contratada.<sup>11</sup> Mais recentemente, a Lei Federal n. 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, replicou no art. 31 a previsão do desenvolvimento nacional sustentável, além de prever a função social das estatais pelo art. 27, para que adotem, segundo o §2º do mesmo artigo, práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

Não obstante toda essa evolução legislativa, as contratações públicas sustentáveis ainda representam um horizonte incipiente, uma vez que, observa-se que a atuação da Administração Pública hodierna carece de resultados evidentes. De outra banda, contudo, permanecem sendo registrados inúmeros danos ao meio ambiente e ilícitos contra a legislação ambiental, sobretudo em obras e/ou serviços contratados pelo Poder Público, confirmando o desafio para que a Administração Pública no país cumpra com seus deveres ambientais constitucionais.

Por isso, impõe-se ao Direito Administrativo a necessidade da concepção de mecanismos que efetivem o princípio ambiental da prevenção, impondo-se um controle continuado ao Estado e setor privado, um agir antes do ocorrido, afastando-se da ação pós-fato danoso<sup>12</sup>. A realidade descrita obriga o Direito Administrativo no Brasil a tomar consciência (amadurecer) quanto às limitações e desafios que a disciplina enfrenta num ambiente em que é inevitável diversificar e intensificar a atividade administrativa e desenvolver novas formas de colaboração, não apenas criteriosidades econômicas, permitindo à Administração cumprir materialmente com os deveres constitucionais<sup>13</sup>.

Em vista do avançar da complexidade das questões ambientais, que deflagram a crise regulatória da Administração Pública neste setor específico de regulação e controle, a tarefa do Estado invade a incerta gestão de riscos à sociedade, uma vez que a Administração sozinha não tem condições de deter a destruição ambiental, sendo indispensável um atuar conjunto com os cidadãos e as próprias empresas na tutela ecológica<sup>14</sup>.

Indiscutível que o Estado depende hoje, e cada vez mais, da intensa colaboração do setor privado pela sua crescente incapacidade de dar conta, por si

---

11 NIEBUHR, op. cit.

12 SUÁREZ, Juan José Rastrollo. Contratación Pública y Compliance Ambiental. In: **Innovación en las normas ambientales**. 1. ed. ORTEGA, Ricardo Rivero *et al.* 1. ed. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 166.

13 FREITAS, Juez. Direito Administrativo e o Estado Sustentável. In: **Revista Direito à Sustentabilidade – UNIOESTE** – v. 1 – n. 1 – 2014, p. 7 – 19. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/viewFile/11042/7872>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

14 SARAIVA, Renato Machado. **Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental**: a propósito da responsabilidade penal de empresas. 1.ed. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 146.

só, dos múltiplos interesses e objetivos voltados ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico sustentável. Uma maior aproximação com os agentes privados demandará, portanto, o difícil balanceamento entre, de um lado, a preservação de liberdades privadas e, de outro, a promoção de valores sociais e metas político-econômicas para um desenvolvimento nacional sustentável<sup>15</sup>.

Frente a um comando e controle do Estado em crise, um modelo de indução/fomento, em substituição a um modelo rígido e coercitivo, ao incentivar o estabelecimento de um sistema de cooperação voluntária<sup>16</sup>, pode melhor atender aos objetivos de eficiência e racionalidade da atividade da Administração Pública no caminho a um desenvolvimento sustentável.

## 2.1. DIREITO ADMINISTRATIVO E A AUTORREGULAÇÃO REGULADA AMBIENTAL

Na carona do incontroverso superdimensionamento dos deveres ambientais do Estado, vêm os problemas das Administrações Públicas: a falta de conhecimento técnico especializado, a incapacidade dos órgãos em abarcar a análise de questões ambientais complexas e técnicas, em tempo hábil e de forma detalhada, bem como a dificuldade em manter órgãos estatais equipados e atualizados<sup>17</sup>. Para alcançar o equilíbrio dos impactos ambientais, exigido por um desenvolvimento materialmente sustentável, o administrativista espanhol José Esteve Pardo afirma que o Estado ainda não dispõe de condições e instrumentos de compreensão e de regulação em setores específicos, cujos riscos exigem avaliação na vanguarda do conhecimento científico, como na área ambiental.<sup>18</sup>

Dessa maneira, há uma tendência de redefinição do papel do Estado, um exemplo está na ampla evolução da regulação anticorrupção nas relações entre a Administração Pública, cidadãos e o setor privado, o que se vem fazendo por intermédio de mecanismos de cooperação na regulação entre Estado e sociedade. Tal movimento encontra razão no fenômeno da autorregulação regulada, que se mostra uma nova dinâmica de intervenção estatal, modernizadora do direito, na qual também os órgãos da iniciativa privada delimitam e controlam os riscos na sociedade<sup>19</sup>.

Dentre as profundas alterações pelas quais o Direito Administrativo pas-

15 RANGEL, Juliana Cabral Coelho; ACOCELLA, Jéssica. **O papel regulatório e de fomento das licitações públicas**. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/182325/o-papel-regulatorioedefomentodaslicitacoespublicas#:~:text=Na%20esteira%20do%20novo%20objetivo,buscando%20o%20desenvolvimento%20do%20pa%C3%ADs>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

16 RANGEL; ACOCELLA, op. cit.

17 AMADO GOMES, op. cit., p. 213.

18 PARDO, José Esteve. **Derecho del medio ambiente**. 3.ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2014., p. 124.

19 DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè. **Derecho Administrativo y Autorregulación: la Autorregulación Regulada**. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 277.

sou nos últimos tempos, está a crise de um modelo clássico de ordenação, de imposição ou ainda de *command and control*, a ser complementado por estratégias de controle menos invasivas, mais cooperativas, participadas, dinâmicas e integradas, sobretudo por meio de instrumentos de gestão de riscos<sup>20</sup>. Busca-se, assim, uma nova distribuição de responsabilidades entre os poderes públicos e os particulares, no que se refere à regulação ambiental<sup>21</sup>.

Com a autorregulação regulada, a Administração Pública, ao instrumentalizar a atuação de entes privados, busca cumprir com a função de garante dos bens sociais em áreas complexas (*como é a proteção do meio ambiente*), assumindo o Estado o papel de “controlador dos controladores”.<sup>22</sup> A incipiência da Administração Pública quanto ao desafio do desenvolvimento sustentável perpetua a geração de riscos à sociedade, com um atuar em cegueira potencializando obviamente estes riscos e, mais, criando outros<sup>23</sup>.

A utilização de técnicas de autorregulação regulada no âmbito da proteção ambiental pela Administração Pública está fundamentada em três razões: (i) configurar um sistema de normas técnicas de qualidade e de informações sobre a qualidade de serviços, produtos, procedimentos e tecnologias; (ii) a transição de normativas apenas com sanções econômicas repressoras, para sanções de cunho pessoal (pessoa jurídica e colaboradores), com incentivos; e (iii) aumentar o interesse pela Administração Pública de que os privados internalizem os custos do desenvolvimento científico e tecnológico, a fim de melhorar os níveis de proteção ambiental e, assim, reconhecer os efeitos públicos da autorregulação.<sup>24</sup>

Não se trata de eliminar as normas jurídicas de proteção ambiental pela Administração Pública e nem mesmo que o Estado abandone ao privado a tutela do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável. Ainda pelo contrário, tal autorregulação regulada não contraria, antes impõe, uma ação do Estado, atenta e enérgica perante quem descumpre as normas<sup>25</sup>, e estes novos instrumentos, como os Programas de Conformidade ou *Compliance*, adquirem maior peso no Direito Administrativo, notadamente na área ambiental<sup>26</sup>. A complexidade dos tempos atuais e as especificidades do Direito Ambiental permitem

---

20 DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa no Direito do Ambiente*. Coimbra: Editora, 2014, p. 611.

21 DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercé. Autorregulación regulada y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental. In: **Derecho del medio ambiente y administración local**. (coord.) PARDO, José Esteve. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, p. 325-344. Disponível em: <[http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1118/medio\\_ambiente\\_21\\_damaculleta.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1118/medio_ambiente_21_damaculleta.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 22 ago. 2020

22 DIAS, op. cit., p. 629.

23 SARAIVA, op. cit., p. 136.

24 PARDO, op. cit., p. 124.

25 GARCIA, Maria da Glória. *O lugar do Direito na Proteção do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 484.

26 SARAIVA, op. cit., p. 146.

concluir pela necessidade de revisão de alguns conceitos e categorias básicas do Direito Administrativo<sup>27</sup>, de modo que a Administração Pública deve ser adequadamente estruturada para lidar com as multidisciplinares (e interdisciplinares) questões ambientais<sup>28</sup>.

É um reflexo da evolução em matéria de fiscalização administrativa o fato de a heterorregulação tradicional ter começado a coexistir nas últimas décadas de forma progressiva e inexorável com a autorregulação, que desempenha um papel eminentemente importante, em atos preventivos e precaucionais. Isso implica que as empresas privadas além de estarem sujeitas a certificações e controles por entidades que colaboram com o Administração, tem incorporado progressivamente programas e protocolos internos que visam assegurar o cumprimento efetivo das normas ambientais<sup>29</sup>.

Dada a incapacidade da Administração de regular e controlar cenários caracterizados pela crescente complexidade técnica e avanços tecnológicos, caminha-se para um avanço inexorável do Direito Administrativo global, consubstanciado na necessidade de os sujeitos regulados participarem mais intensamente da atividade administrativa de fiscalização ou do que se passou a designar por gestão risco<sup>30</sup>, da qual se cita a gestão de riscos anticorrupção e fraude – agora a gestão de riscos ambientais. É um processo que já se arrasta há muito tempo e é quase inevitável, de forma a garantir uma regulação eficaz de determinadas atividades privadas, chamada Administração corporativa (gerencial – sistêmica)<sup>31</sup>, a ser fomentada pelo Estado.

### 3. O COMPLIANCE AMBIENTAL NA ATUAL ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL

O Brasil e o mundo testemunham verdadeira guinada nas bases do capitalismo de mercado em direção às questões de sustentabilidade, gestão ambiental e emergência climática, movimento confirmado pelas posturas de grandes fundos de investimentos e líderes políticos no último Fórum Econômico Mundial, em Davos, na Suíça. Motivos para tanto não faltam, desde os efeitos cada vez mais graves das mudanças climáticas, até aos índices de corrupção e fraude ligados à gestão de setores econômicos que dependem/afetam os recursos naturais<sup>32</sup>, cumprindo se falar agora em uma crise de integridade socioam-

27 NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo administrativo ambiental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 327.

28 NIEBUHR, op. cit., p. 327.

29 SUÁREZ, op. cit., p. 167.

30 Ibid., p. 167.

31 Ibid., p. 168.

32 UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime. **Corrupção e meio ambiente**. 2015. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_corruption/Campanha-2013/Corrupcao\\_e\\_o\\_meio\\_ambiente\\_PDF\\_traducao.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/Corrupcao_e_o_meio_ambiente_PDF_traducao.pdf)>. Acesso em: 22 ago. 2020.

biental, como aponta a ONG alemã Transparência Internacional<sup>33</sup>.

Um dos instrumentos com notória função de realinhamento da concreta atuação preventiva e de controle contínuo de atos ilícitos e/ou lesivos contra a Administração Pública e, por consequência em prejuízo do interesse público, são os Programas de Integridade, também chamados de Programas de *Compliance*.

O *Compliance* está nas grandes pautas mundiais, conforme reconhecem o Banco Mundial em parceria com a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE),<sup>34</sup> assim como a Organização das Nações Unidas (ONU),<sup>35</sup> por meio de trabalhos que corroboram a necessidade de implementação de programas em instituições públicas e privadas, com o fito de conciliar o cumprimento das leis e a complexidade das relações negociais ao interesse do bem-estar da humanidade.

É a partir do *Compliance* que se almeja a integridade pública, representando, segundo a OCDE, o alinhamento consistente e a adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para equalizar o interesse público e os interesses privados no setor público.<sup>36</sup> A integridade e seu conceito caminham com o princípio da transparência e da prestação de contas, decorrentes do princípio da publicidade, que refletem valores fundamentais em qualquer regime democrático.<sup>37</sup>

Com origens nos Estados Unidos da América em meados do Século XX, diante de casos de corrupção e crimes financeiros, promulgou-se em 1977 a primeira lei anticorrupção norte-americana chamada de *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA, na qual se estipulou o dever jurídico obrigando empresas a expor livros e registros internos para o crivo de um sistema de controle governamental, com vistas a práticas empresariais transparentes.<sup>38</sup>

O *Compliance*, desse modo, como instrumento em favor da integridade e da antecipação a condutas e padrões contrários ao ordenamento jurídico, está relacionado à adoção de medidas necessárias à prevenção de riscos e ao estí-

33 TI – TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Programa de Integridade Socioambiental**. 2020. Disponível em: <<https://www.transparenciainternacional.org.br/o-que-fazemos/>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

34 OCDE – Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. **Anti-Corruption Ethics Compliance Handbook**. 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corruption/Anti-Corruption-EthicsComplianceHandbook.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

35 ONU – Organização das Nações Unidas. **An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide**. 2013. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf)>. Acesso em: 22 ago. 2020.

36 OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública**, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

37 LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradutor: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 71.

38 MENDES, Francisco Schertel, CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 11/12.

mulo ao comportamento íntegro, atendendo ao disposto na lei.<sup>39</sup> A doutrina especializada indica ser o *Compliance* o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar a ameaça atrelada à reputação do risco legal/regulatório.<sup>40</sup>

No Brasil, o *Compliance* notabilizou-se com o advento da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), que dispôs sobre a responsabilização objetiva da pessoa jurídica pública e privada por atos lesivos à Administração Pública, incluindo condutas no âmbito das licitações e contratos, destacando influências do *Compliance* na responsabilidade perquirida em sua dimensão civil e administrativa. Nessa linha, em seu art. 7º, VIII, está previsto que, na aplicação de sanções pela prática de atos contra a administração pública, serão levados em consideração “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Ademais, no seu Decreto regulamentador n. 8.420/2015, o art. 41 conceituou o Programa de Integridade ou *Compliance*, “no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Na mesma linha, a Lei Federal n. 13.303/2016 – Lei das Estatais – estendeu a aplicação dos programas de *Compliance* para integrarem os estatutos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias no âmbito da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Pelo art. 32, inciso V, nas licitações e contratos firmados pelas estatais, deverá ser observada política de integridade nas transações realizadas.

É com ênfase justamente nos pontos de avanço proporcionados por esta notória evolução dos Programas de *Compliance* que cresce, no Brasil e no mundo, a sua aplicação para a área ambiental, mais especificamente, nas relações público-privadas que envolvem atividades econômicas com significativos impactos ao meio ambiente. Dadas as insuficiências de que sofre e das dificuldades com que se encontra a Administração no processo de regulação e controle de áreas particularmente complexas da realidade (como a ambiental), não se pode ignorar uma breve referência de que o direito sancionatório administrativo tradicional está em crise. Tal ramo de aplicação do Direito Administrativo ainda hoje se encontra em construção e nem sempre é capaz

39 MENDES; CARVALHO, op. cit., p. 31.

40 COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance**. Preservando a boa governança e a integridade das organizações. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

de cumprir expressamente as garantias constitucionais no cumprimento dos fins que lhe são confiados<sup>41</sup>.

No Estados Unidos, desde as décadas de 1980 e 1990, fomentam-se os “*Environmental Compliance Programs*” em setores específicos de atividades econômicas. Com eles, propõe-se a participação da sociedade e organizações privadas na regulação e controle dos impactos ambientais, atuação esta considerada nas eventuais apurações das responsabilidades civis, penais e administrativas por desconformidades à legislação ambiental<sup>42</sup>.

A União Europeia, a partir da Diretiva n. 1836 de 1993, instituiu instrumento pelo qual as empresas do setor industrial passaram a ser autorizadas a aderir, em caráter voluntário, a um sistema comunitário de gestão e auditoria ambiental. Este sistema, chamado Sistema Comunitário de Eco-gestão e Eco-auditoria, também conhecido como EMAS (*EcoManagement and Audit Scheme*), busca avaliar e melhorar o desempenho ambiental, bem como divulgar informações relevantes relacionadas a sua gestão ambiental ao público e outras partes interessadas<sup>43</sup>.

Com a Diretiva n. 761 de 2001, a União Europeia evoluiu o sistema EMAS para que as organizações integrantes do programa aplicassem a ISO 14.001, relativa ao Sistema de Gestão Ambiental, normativa internacional de padrões de gerenciamento de riscos ambientais. As organizações privadas que aplicarem efetivamente a certificação do sistema EMAS passam a ter preferência cadastral em contratações públicas no âmbito das Comunidade Europeia.

Em relação às contratações públicas, a União Europeia desde a Diretiva n. 24 de 2014, possui padronização de “*Contratos Públicos Ecológicos*”, por meio da qual se estabeleceu uma série de critérios de classificação de empresas interessadas, dentre elas a efetiva certificação do sistema EMAS, ainda que voluntária, como prova da capacidade técnica das organizações para a gestão ambiental de determinados contratos ou serviços firmados com os países integrantes do bloco. Ademais, pelo aludido regramento, a União Europeia ainda ressalta a possibilidade de exclusão e rescisão dos contratos públicos firmados, na hipótese de que o licitante não cumpra com a legislação ambiental aplicável.<sup>44</sup>

Mais recentemente, em 2018, a União Europeia vem trabalhando com ações, no âmbito da Comissão Europeia, para estabelecer regras de conformidade ou *compliance* ambiental, fixadas em plano de ação para aumentar o cumprimento e melhorar a governança das políticas ambientais do bloco. As

41 SUÁREZ, op. cit., p. 171.

42 Disponível em: <<https://www.epa.gov/compliance/compliance-monitoring-programs>. Acesso em: 14 ago. 2020.

43 Disponível em: <<https://ec.europa.eu/environment/emas/>. Acesso em 14 ago. 2020.

44 EU – European Union. **Manual de Contratos Públicos Ecológicos**. 3. ed. 2016. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook\\_2016\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_pt.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

principais medidas são: promover e ajudar empresas no *enforcement* ambiental; abranger ações de sensibilização, orientação e aconselhamento; monitorar e coletar informações sobre os níveis de conformidade e fornecer evidências sólidas para a aplicação; abranger inspeções de rotina, investigações policiais, auditorias por órgãos públicos de auditoria e exame de reclamações do público.<sup>45</sup>

Com o mesmo sentido, no final de 2019, a União Europeia publicou o “*European Green Deal*” ou Pacto Ecológico Europeu<sup>46</sup>, movimento político, econômico e jurídico, que fixa metas para uma transição ambiental da economia e da atuação do Estado, reconhecendo as mudanças climáticas. No plano, entre as medidas está o fomento aos Programas de *Compliance Ambiental*, a serem observados nas contratações públicas, com o fito de que os países do bloco deem o exemplo e assegurem que os seus procedimentos de contratação são ecológicos, vindo a Comissão a propor mais legislação e orientações em matéria de contratos públicos ecológicos até o ano de 2030.

Na América Latina, no Chile desde 2018 vêm sendo estruturados os “*Programas de Cumplimiento Ambiental*”, por intermédio da Superintendência del Medio Ambiente do Gobierno de Chile, com base no art. 42 de sua Lei Orgânica n. 20.417, para prever que, em processos de sanção contra infrações ambientais, é possível às pessoas jurídicas privadas apresentarem a implementação de Programas de Conformidade Ambiental.<sup>47</sup>

No Brasil, desde 2014 o Banco Central do Brasil (BACEN) instituiu a Resolução 4.327/2014<sup>48</sup>, exigindo das instituições financeiras públicas ou privadas uma Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA), que inclui elementos de controle contínuo de riscos socioambientais, exigindo tal estruturação dos interessados na concessão de créditos. Contudo, o instrumento ainda carece de implementação e fomento pelo Poder Público e pelo mercado.

Todo esse contexto delineado confirma evidente tendência de regulamentação do tema no mundo e no Brasil, na busca pela introdução dos Programas de Conformidade ou *Compliance* aplicados à área ambiental e/ou nas relações público-privadas que envolvam atividades econômicas com significativos impactos ao meio ambiente.

### 3.1. O PROJETO DE LEI FEDERAL N. 5.442/2019

No Brasil, as tragédias de Mariana e Brumadinho representam marcos

45 EC – European Commission. **Environmental compliance assurance**. 2018. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/environment/legal/compliance\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/legal/compliance_en.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2020.

46 Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_pt](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt) Acesso em: 22 ago. 2020.

47 Disponível em: <<https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/instructivos-y-guias/programa-de-cumplimiento/>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

48 Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res\\_4327\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2020.

de desconformidade ambiental e de violação à referida integridade socioambiental, posto que, em suas causas, há relações controversas a serem dirimidas acerca das condições de cumprimento dos padrões mínimos ambientais e de segurança das barragens da mineradora Vale S/A. Esses fatores inclusive foram levantados pelos relatórios finais das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) tanto na Câmara dos Deputados<sup>49</sup> como no Senado Federal<sup>50</sup>, nos quais há expressa menção a defeitos de organização na mineradora, possivelmente mais bem geridos e prevenidos por um *Compliance* ambiental efetivo.

Com justificação exatamente sobre tais tragédias, e confirmando o movimento pela autorregulação regulada ambiental, o Projeto de Lei Federal n. 5.442/2019 vem em decisivo momento, com sua recente tramitação protocolada na Câmara dos Deputados, trazendo desafiadoras inovações tanto na área da regulação das atividades econômicas que impactem concreta e potencialmente o meio ambiente, como na prevenção de crimes e infrações ambientais, inclusive nas contratações públicas pelo Estado brasileiro.

Aplicando definições do Decreto Federal n. 8.420/2015, que regulamentou a Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, e calcada no art. 23, VI, da Constituição Federal, que define a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, o projeto sugere norma geral regulamentando os chamados Programas de Conformidade Ambiental ou *Compliance* Ambiental.

Como função primordial, segundo prevê o projeto em seu art. 2º, consiste o Programa de Conformidade Ambiental, no âmbito de uma pessoa jurídica, “no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de conformidade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar, prevenir e sanar irregularidades e atos ilícitos ao meio ambiente”. Assim, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que explorem atividade econômica potencialmente lesiva ao meio ambiente, deverão implementar tais programas, que deverão ser considerados pelo Poder Público quando da imposição de sanções penais e administrativas previstas na legislação ambiental em vigor, como também condicionar subvenções, doações e financiamentos públicos.

Dentre as diretrizes que nortearão o programa, previstas no art. 6º do PL, estão: I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de conformidade,

49 Câmara dos Deputados – **Comissão Parlamentar de Inquérito Rompimento da Barragem de Brumadinho**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/comissoes/cpi/cpibruma/RelatorioFinal.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2020.

50 Senado Federal – Relatório Final. **CPI de Brumadinho**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2246&tp=4>>. Acesso em 14 ago. 2020.

aplicáveis a todos os empregados e administradores independentemente de cargo ou função exercidos; III – treinamentos periódicos sobre o programa de conformidade; IV – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; V – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de conformidade e fiscalização de seu cumprimento; VI – canais de denúncia de irregularidade, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; VII – medidas disciplinares em caso de violação do programa de conformidade; VIII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; IX – monitoramento contínuo do programa de conformidade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos na Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes e Infrações Administrativas ambientais).

Para certificar que serão considerados “efetivos”, como indica o PL, a avaliação dos programas será efetuada entre o setor público e o privado, tanto por autoridade certificadora independente credenciada, como pelo órgão público competente. Demais diretrizes serão objeto de regulamentação pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, o que, *a priori*, deverá ser replicado nos níveis Estadual e Municipal. É preciso destacar sua possível exigência no âmbito do Projeto de Lei Federal n. 3.729/2004 – Lei Geral do Licenciamento Ambiental -, com o fim exclusivo de incluí-lo nos requisitos de concessão das licenças ambientais.

Com efeito, pelos Programas de *Compliance* Ambiental efetivamente implementados e criteriosa e continuamente auditados e monitorados, a organização terá dois compromissos como fundamentos: um compromisso com a melhoria contínua de seu comportamento na prevenção ambiental e um compromisso de cumprir com a legislação ambiental aplicável.<sup>51</sup> Por isso, a ideia central está em incentivar a ampla adoção dos programas, a fim de que se atinja um contexto de transparência, integridade e conformidade com a lei e com os padrões ambientais exigidos, garantindo o efetivo controle e prevenção dos riscos nas atividades que impactam o meio ambiente.

#### **4. A EXIGÊNCIA DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE AMBIENTAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: CONDIÇÃO À MANUTENÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS?**

Para atuar, a Administração Pública estabelece contratações com setor privado, previstas na Constituição Federal no art. 37, XXI, que preconiza: “as obras,

<sup>51</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, op. cit., p. 334.

serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure a igualdade de condições a todos os participantes”.

O processo licitatório no Brasil está regulamentado pela Lei Federal n. 8.666/1993, na qual, pelo *caput* do art. 3º, as licitações públicas no Brasil devem objetivar a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, devendo ser considerado pela Administração Pública no desempenho das contratações a serem suportadas pelo patrimônio público.

O Estado, por estar incumbido do interesse público primário da sociedade, garantidor do interesse coletivo entre a verificação da necessidade de contratar e a celebração de contratos com cidadãos e setor privado, deve, como regra, realizar a licitação, dispensada apenas nos casos previstos na lei.<sup>52</sup> Concluída a licitação e declarado o licitante vencedor, possuidor da proposta mais vantajosa ao interesse público, celebra-se o contrato administrativo, cujos fundamentos estão apoiados por regras de Direito Público, indicando cláusulas especiais e prerrogativas unilaterais em favor do Poder Público contratante, devido ao regime público incidente e à supremacia do interesse público sobre o privado nesta relação.<sup>53</sup>

No entanto, como já delineado nos tópicos anteriores, a Administração Pública possui dever constitucional com a proteção do meio ambiente, inclusive como princípio da Ordem Econômica, denotando sua incumbência de salvaguardar o interesse geral e o desenvolvimento sustentável<sup>54</sup>. Por esse motivo, com a licitação busca-se a igualdade de oportunidades aos interessados em contratar com a Administração Pública, permitindo, não só a melhor opção disponível entre os fornecedores, como também o melhor dimensionamento dos impactos ambientais potenciais e/ou iminentes advindos da contratação, a fim de assegurar a mais sustentável contratação possível a ser custeada pelo patrimônio público, evitando-se riscos e concretos atos ilícitos ao meio ambiente.

Nesse sentido, é fundamental a formulação de novos mecanismos de viés ambiental-administrativo a serem fomentados e exigidos pelo Estado em suas contratações. O mencionado PL 5.442/2019 dispõe da exigência de Programas de Conformidade ou *Compliance Ambiental* nas contratações públicas, de vez que, em seu art. 5º, prevê que será vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios contratar pessoa jurídica que não possua programa de conformidade ambiental efetivo, nos termos da presente Lei, quando se tratar de: “I – obra e serviço cujo valor do contrato seja superior a

52 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 200.

53 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

54 FREITAS, op. cit., p. 9.

R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); II – concessão e permissão de serviço público cujo valor do contrato seja superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); III – parceria público-privada”<sup>55</sup>.

Cumpra destacar que tal exigência nas contratações públicas é uma realidade, visto que alguns estados da federação publicaram leis instituindo a exigência dos Programas de Integridade ou *Compliance* nas contratações públicas em geral. Isso evidencia a importância que se tem dado aos mecanismos de controle interno e à necessidade de reforço de valores e padrões éticos nos contratos públicos no Brasil.<sup>56</sup> De modo que a exigência de programas de *Compliance* nas relações contratuais com a administração pública não possui nenhuma inconstitucionalidade formal, já que a exigência está em plena conformidade com as diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações, que, como norma geral, privilegia os princípios da moralidade e da probidade, os quais, inclusive, justificam a publicação destes atos normativos, mediante a obrigação de estruturas que comprovem o interesse e o compromisso das contratadas no combate a fraudes e em políticas de integridade<sup>57</sup>, e principalmente, a promoção do desenvolvimento sustentável.

A forma mais racional e desejável dessa imposição realizada às empresas é de que comprovem a implantação ou que implantem, após a celebração do contrato, um programa de *Compliance* que obedeça aos parâmetros mínimos previstos na legislação<sup>58</sup>. Assim, a obrigatoriedade dos programas de *Compliance* anticorrupção nas contratações públicas exigida em diplomas estaduais, distritais ou municipais não conflita com os princípios gerais das licitações previstos no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988, tampouco com as normas gerais disciplinadas na Lei Federal 8.666/1993. Ao contrário, os complementam e os definem de acordo com as peculiaridades de cada ente,<sup>59</sup> premissas que valem também para a exigência do *Compliance Ambiental*.

Ademais, da mesma forma que o *Compliance* anticorrupção e fraude, o *Compliance Ambiental*, proposto pelo PL 5.442/2019 parece não se tratar de uma condição à participação no certame, mas, sim, de uma obrigação que deverá ser concretizada após a assinatura do contrato. Portanto, qualquer empre-

55 BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Federal n. 5.442/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2224581>. Acesso em 07.08.2020.

56 SCHRAMM, Fernanda dos Santos. **A Exigência de Programa de Compliance para as empresas que contratam com a Administração Pública**: o que determinam as leis do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/coronistas/fernanda-schramm/a-exigencia-de-programa-de-compliance-para-as-empresas-que-contratam-com-a-administracao-publica-o-que-determinam-as-leis-do-rio-de-janeiro-e-do-distrito-federal>. Acesso em: 14 ago. 2020.

57 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Exigência de compliance nas contratações com o poder público é constitucional**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironti-constitucional-exigir-compliance-contratacoes-publicas>. Acesso em: 14 ago. 2020.

58 SCHRAMM, op. cit.

59 CASTRO, op. cit.

sa poderá participar de certames licitatórios, possuindo ou não Programas de *Compliance*.<sup>60</sup> Por conseguinte, a nova exigência — implementação de Programa de *Compliance* efetivo após a celebração do contrato — não inviabiliza a participação de empresas sem programas de integridade implementados em licitações públicas, eis que se trata senão de mais uma obrigação contratual.<sup>61</sup>

Oportuno ponderar que os Programas de *Compliance* deverão ser exigidos na terceira fase da contratação, isto é, no âmbito da execução do contrato administrativo. Durante as fases de planejamento e de seleção do fornecedor, a existência ou não de Programas de *Compliance* efetivos nas empresas participantes do certame não as diferenciará em nada, não sendo este um critério de escolha<sup>62</sup>, o que deve ser interpretado para o *Compliance* Ambiental.

A bem da verdade, pelas proposições do PL 5.442/2019, constata-se a intenção de intensificar legislativamente a funcionalidade da contratação pública como instrumento para o desenvolvimento de determinadas políticas públicas, como as relacionadas à proteção do meio ambiente (por meio da introdução de tais cláusulas ambiental)<sup>63</sup>, a exemplo dos Programas de *Compliance* Ambiental dos licitantes. Se o desenvolvimento nacional sustentável é objetivo das contratações públicas no Brasil (art. 3º, Lei n. 8.666/1993), há margem à aceitação da chamada licitação sustentável, que autoriza a previsão de exigências que favoreçam a proteção do meio ambiente, em harmonia com o desenvolvimento social e econômico<sup>64</sup>

A existência de mecanismos de *Compliance* para a área ambiental, como visto, não se mostraria uma condição para participação na licitação, que seria conferida na etapa de habilitação, mas uma *obrigação contratual* à empresa interessada vencedora do certame. Inclusão aceitável como exceção à regra da isonomia, pois favorece o desenvolvimento sustentável, bem como é compatível com os princípios da isonomia e da razoabilidade, como cláusula discriminatória, no caso, com objetivo da proteção do meio ambiente, com fundamento em preceitos constitucionais, contidos especialmente nos artigos 170, VI, e 225, § 1, V, da Constituição Federal.<sup>65</sup>

Diante de tais considerações, a exigência do *Compliance* Ambiental nas contratações públicas vem a reboque do pioneirismo do estado do Rio de Janeiro

---

60 Ibid.

61 Ibid.

62 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas: O Pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal**, 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/04/29/a-exigencia-de-programas-de-compliance-e-integridade-nas-contratacoes-publicas-o-pioneirismo-do-estado-do-rio-de-janeiro-e-do-distrito-federal/>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

63 SUÁREZ, op. cit., p. 171.

64 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 468.

65 PIETRO, op. cit., p. 472.

ro, com a Lei Estadual n. 7.753/2017, que inovou no ordenamento jurídico ligado às licitações e contratações públicas, determinando a exigência dos Programas de Integridade ou *Compliance* anticorrupção. Há nos últimos anos uma série de novas leis similares pelo Brasil, a exemplo das normas do Espírito Santo (Lei 10.793/2017), Distrito Federal (Lei 6.112/2018), Amazonas (Lei 4.730/2018), Rio Grande do Sul (Lei 15.228/2018), Mato Grosso (Lei 10.691/2018), Goiás (Lei 20.489/2019) e Pernambuco (Lei 16.722/2019), as quais exigem o *Compliance* nas contratações públicas, indicando, ao que se espera, previsão de disposição em lei federal instituindo a exigência em nível nacional.

Considerando-se o aludido movimento pela exigência do *Compliance* em uma série de leis estaduais no Brasil, mostra-se possível que sejam também exigidos os Programas de *Compliance* Ambiental, como proposto pelo PL 5442/2019, especialmente em razão de possuírem estrutura e elementos muito semelhantes àqueles programas, não se podendo olvidar que tal medida poderá representar fundamental instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável nas contratações públicas, prevenindo, controlando e apurando riscos e atos ilícitos ao meio ambiente no âmbito de aplicação do patrimônio público.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, segundo os seus arts. 225, *caput* e 170, VI, privilegia um desenvolvimento nacional sustentável, disposto no dever fundamental do Estado na proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigindo-o como princípio da ordem econômica, com a previsão de tratamento diferenciado de atividades conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Para que tais diretrizes sejam alcançadas e preservadas, indispensável que nas relações contratuais entre Estado e o setor privado leve-se em consideração os complexos e variados riscos sociais, econômicos e especialmente ambientais na atualidade, que se agravam com a prática de atos em desacordo com a lei ambiental, afetando a sociedade como um todo, além de agravarem o desafio por um desenvolvimento nacional em bases sustentáveis.

Como delineado no decorrer do trabalho, na busca de um desenvolvimento sustentável, a conformidade legal ambiental é fundamental, contexto que conduz a Administração Pública à revisão de seus instrumentos regulatórios. Os Programas de Conformidade ou *Compliance* são uma realidade mundial frente a estes desafios, principalmente introduzidos na atuação estatal, pois fundamentais para a consolidação da prevenção aos aludidos riscos de ocorrência de atos ilícitos ambientais e danos ao meio ambiente, até porque estes também não raro ocorrem em atos que envolvam o erário público, sobre-

tudo em obras e serviços contratados pelo Estado.

Diante de uma complexidade, os instrumentos tradicionais de comando e controle, como visto, precisam ser complementados por novas e diferenciadas intervenções estatais, como em cooperação e atuação com o setor privado, numa efetiva gestão de riscos. Abre-se espaço, portanto, ao fenômeno da autorregulação regulada administrativa ambiental, modelo regulatório que cresce no mundo.

Nesse viés, foram feitas reflexões acerca das proposições do Projeto de Lei Federal n. 5.442/2019, que objetiva regulamentar os Programa de Conformidade ou *Compliance* Ambiental no Brasil, inspirados nos programas dispostos na Lei n. 12.846/2013, com o objetivo de promover a prevenção, o controle e a apuração concreta dos riscos e atos ilícitos ambientais. Referidos programas ainda seriam exigidos daqueles que firmam contratos junto aos Poderes Públicos, em compasso com a recente tendência de exigir o *Compliance* anticorrupção como condição à manutenção de contratos firmados com Administrações Públicas estaduais no país.

Destacou-se o conjunto de leis estaduais promulgadas exigindo os similares Programas de Integridade ou *Compliance* nas licitações e contratações públicas em geral, confirmando a possibilidade de aplicação da medida na área ambiental, para as empresas que firmam contratos com a Administração Pública e que possuam atividades que afetem o meio ambiente, repercutindo certamente para a diminuição de riscos de ilícitos ambientais e maior controle e monitoramento da gestão ambiental de riscos.

Constatou-se que a proposição reinterpreta decisivamente a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações públicas (art. 3º, Lei Federal n. 8.666/1993), promovendo a integridade ambiental de contratos custeados pelo patrimônio público, agregando forças ao Estado no cumprimento dos deveres constitucionais de proteção e fomento ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Logo, a introdução dos Programas de Conformidade ou *Compliance* Ambiental nas contratações públicas poderá aprimorar a regulação do Estado no controle de atos ilícitos contra o meio ambiente, além de significar instrumento promissor na busca pelo desejado desenvolvimento nacional sustentável.

## REFERÊNCIAS

AMADO GOMES, Carla. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**, edição digital, Lisboa, 2012. Disponível em: <[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/cg\\_ma\\_17157.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_ma_17157.pdf)> Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Federal n. 5.442/2019**. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2224581>> Acesso em

07.08.2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. **Guia Nacional de Contratações Sustentáveis**. 3ª ed. 2020. Machado, Alessandro Q. (Coord.); Clare, Celso V.; Carvalho, Flávia G. de; Paz e Silva Filho, Manoel; Bliacheris, Marcos W.; Ferreira, Maria Augusta S. de O.; Barth, Maria Leticia B. G.; Santos, Mateus L. F.; Gomes, Patricia M.; Villac, Teresa.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Exigência de compliance nas contratações com o poder público é constitucional**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironti-constitucional-exigir-compliance-contratacoes-publicas>> Acesso em: 22 ago. 2020.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance**. Preservando a boa governança e a integridade das organizações. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè. **Derecho Administrativo y Autorregulación: la Autorregulación Regulada**. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2005.

\_\_\_\_\_. Autorregulación regulada y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental. In: **Derecho del medio ambiente y administración local**. (coord.) PARDO, José Esteve. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, p. 325-344. Disponível em: <[http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1118/medio\\_ambiente\\_21\\_darnaculleta.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1118/medio_ambiente_21_darnaculleta.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 22 ago. 2020.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. **A reinvenção da autorização administrativa no Direito do Ambiente**. Coimbra: Editora, 2014.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

EU – European Union. **Manual de Contratos Públicos Ecológicos**. 3. ed. 2016. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook\\_2016\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_pt.pdf)> Acesso em: 14 ago. 2020.

EC – European Commission. **Environmental compliance assurance**. 2018. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/environment/legal/compliance\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/legal/compliance_en.htm)> Acesso em: 14 ago. 2020.

FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e o Estado Sustentável. In: **Revista Direito à Sustentabilidade – UNIOESTE** – v. 1 – n. 1 – 2014, p. 7 – 19. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/viewFile/11042/7872>> Acesso em: 14 ago. 2020.

GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do Direito na Proteção do Ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradutor: Renato Aguiar – 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MENDES, Francisco Schertel, CARVALHO, Vinícius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo administrativo ambiental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

\_\_\_\_\_. **As licitações sustentáveis na nova Lei de Licitações**. 2019. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/04/as-licitacoes-sustentaveis-na-nova-lei-de-licitacoes/>> Acesso em: 14 ago. 2020.

OCDE – Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. **Anti-Corruption Ethics Compliance Handbook**. 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública**, 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2020.

ONU – Organização das Nações Unidas. **An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide**. 2013. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf)> Acesso em 14 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Our Common Future**, Report of the World Commission on Environment and Development. 1987. Disponível em: <[https://sswm.info/sites/default/files/reference\\_attachments/UN%20WCED%201987%20Brundtland%20Report.pdf](https://sswm.info/sites/default/files/reference_attachments/UN%20WCED%201987%20Brundtland%20Report.pdf)> Acesso em: 14 ago. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas**: O Pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/04/29/a-exigencia-de-programas-de-compliance-e-integridade-nas-contratacoes-publicas-o-pioneirismo-do-estado-do-rio-de-janeiro-e-do-distrito-federal/>> Acesso em: 14 ago. 2020.

PARDO, José Esteve. **Derecho del medio ambiente**. 3.ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RANGEL, Juliana Cabral Coelho; ACOCELLA, Jéssica. **O papel regulatório e de fomento das licitações públicas**. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/182325/o-papel-regulatorio-e-de-fomento-das-licitacoes-publicas#:~:text=Na%20esteira%20do%20novo%20objetivo,buscando%20o%20desenvolvimento%20do%20pa%C3%ADs.>>> Acesso em: 22 ago. 2020.

SARAIVA, Renato Machado. **Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental**: a propósito da responsabilidade penal de empresas. 1.ed. São Paulo: LiberArs, 2018.

SUÁREZ, Juan José Rastrollo. Contratación Pública y Compliance Ambiental. In: **Innovación en las normas ambientales**. 1. ed. ORTEGA, Ricardo Rivero *et al.* 1 ed. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2019.

SCHRAMM, Fernando dos Santos. **Compliance nas Contratações Públicas**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

\_\_\_\_\_. **A Exigência de Programa de Compliance para as Empresas que Contratam com a Administração Pública**: o que determinam as leis do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernanda-schramm/a-exigencia-de-programa-de-compliance-para-as-empresas-que-contratam-com-a-administracao-publica-o-que-determinam-as-leis-do-rio-de-janeiro-e-do-distrito-federal>> Acesso em: 14 ago. 2020.

TI – TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Programa de Integridade Socioambiental**. 2020. Disponível em: <<https://www.transparenciainternacional.org.br/o-que-fazemos/>> Acesso em: 22 ago. 2020.

UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime. **Corrupção e meio ambiente**. 2015. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_corruption/Campanha-2013/Corrupcao\\_e\\_o\\_meio\\_ambiente\\_PDF\\_traducao.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Campanha-2013/Corrupcao_e_o_meio_ambiente_PDF_traducao.pdf)> Acesso em: 22 ago. 2020.

## 9. CONTRATO DE PROGRAMA, LICITAÇÃO E O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO BRASILEIRO

**Edith Maria Barbosa Ramos**

Pós Doutora em Direito Sanitário pela FIOCRUZ. Doutora em Políticas Públicas pela UFMA. Mestre em Direito pela UFMG. Professora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA. Professora e Coordenadora do Mestrado Profissional em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade CEUMA.

**Amanda Silva Madureira**

Doutora em Políticas Públicas pela UFMA. Mestre em Direito pela UFSC. Professora da Universidade CEUMA.

**Jaqueline Prazeres de Sena**

Mestre em Direito pela UFMG. Professora da Universidade CEUMA. Doutoranda em Filosofia pela UERJ.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Contrato de programa e o procedimento licitatório; 3. Marco regulatório do saneamento básico a partir da Lei nº 14.026/2020; 4. Considerações finais; Referências.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 2018, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional (CN) a Medida Provisória (MP) nº 868/2018 sobre o marco regulatório do saneamento básico. Ocorre que essa MP perdeu validade sem ter sua apreciação concluída pelo CN em 2019. Nesse mesmo ano, o Poder Executivo encaminhou ao Parlamento o Projeto de Lei (PL) nº 4.162/2019 baseado no texto da referida MP. Tal PL foi aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal e, após sanção do Presidente da República, converteu-se na Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.

Historicamente, o problema do saneamento básico tem encampado inúmeras discussões sobre a viabilidade de seu financiamento para, consequentemente, atingir um patamar de saúde satisfatório às necessidades humanas. O fato de o Brasil figurar entre os países com um dos piores rankings de estrutura de saneamento reflete a imperiosa necessidade de mudar tal realidade. As iniciativas normativas, por sua vez, buscaram englobar a execução de serviços públicos em sua totalidade uma vez que o esgotamento sanitário satisfatório reduz a mortalidade, garante acesso à água potável e gera inúmeras

ras externalidades positivas<sup>1</sup>.

Essa Lei teve por escopo atualizar o marco legal do saneamento básico e alterar a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento; a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos; a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal; a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País; a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões; e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

Entre outras questões importantes, o texto da nova Lei prorrogou o prazo para disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (resíduos sólidos), facilitou a privatização de empresas estatais do setor e extinguiu o modelo atual de contratos de programa entre municípios e empresas estaduais de água e esgoto. Contratos de programa são contratos firmados entre municípios (titulares do serviço de água e saneamento) e as Companhias Estaduais de Saneamento Básico<sup>2</sup>. Uma das características mais emblemáticas dos contratos de programa que vigorava na Lei nº 11.445/2007, antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020, refere-se à celebração sem licitação. Tal brecha legal acabou gerando problemas como a falta de transparência e de metas bem definidas<sup>3</sup>.

Dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) indicam que em 2018, 101 milhões de brasileiros não tinham coleta de resíduos e 39,4 milhões não tinham acesso a água potável<sup>4</sup>. A Organização Mundial de Saúde (OMS) calcula que cerca de um real investido em saneamento pode gerar uma economia de quatro reais em gasto com saúde e estima que anualmente 15 mil pessoas morram e 350 mil sejam internadas no país devido a doenças relacionadas à precariedade do saneamento básico<sup>5</sup>.

1 ARAÚJO, Flávia Camargo; BERTUSSI, Geovane Lorena. Saneamento básico no Brasil: estrutura tarifária e regulação. **Planejamento e Políticas Públicas**, v. 51, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/934>. Acesso em: 14 set. 2020.

2 FGV. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura. **Análise dos contratos de programa**. 2019. Disponível em: [https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2019-12/Contratos\\_de\\_Programa\\_2.pdf](https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2019-12/Contratos_de_Programa_2.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

3 Ibid.

4 INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do saneamento 2020**. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/ranking-do-saneamento-2020>. Acesso em: 14 set. 2020.

5 ONU (Brasil). **OMS**: para cada dólar investido em água e saneamento, economiza-se 4,3 dólares em

A relevância e atualidade da temática da utilização de contratos de programa e as alterações no marco legal do Saneamento Básico no país é o que impulsiona a razão do presente artigo, em que se busca discutir as questões controvertidas sobre a atuação dos municípios e das pessoas jurídicas de direito privado no setor. Por essas razões, a pesquisa utilizou o método dedutivo, com a apropriação de conceitos como saneamento básico, contrato de concessão, contratos de programa e gestão pública.

Para o levantamento das informações, os procedimentos de coleta de dados foram bibliográficos e documentais. Para o levantamento bibliográfico, utilizou-se bancos de dados e repositórios públicos disponíveis na internet. Foram utilizadas as palavras-chave: saneamento básico, contratos administrativos, concessão pública, contratos de programa e selecionados os textos acadêmicos publicados em língua portuguesa, e disponibilizados gratuitamente.

Ademais, foram selecionados livros e revistas científicas na área do Direito Constitucional e Sanitário, utilizando-se os descritores de buscas: Direito ao saneamento básico; Direito à saúde; Contratos Administrativos; Concessões Públicas; Contratos de programa e Marco Regulatório do Saneamento.

O primeiro tópico busca elucidar as especificidades do contrato de programa e licitação, exigências presentes na lei anterior e, no tópico seguinte, discorre sobre o novo Marco Legal do Saneamento confrontando os aspectos legais do presente diploma normativo com as lacunas existentes na lei anterior.

## 2. CONTRATO DE PROGRAMA E O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Os consórcios públicos são modelos associativos, previstos no art. 241 da Constituição da República de 1988, inseridos pela Emenda Constitucional nº 19/1998 e regulamentado pela Lei nº 11.107 de 06 de abril de 2005. Os consórcios públicos apresentam-se como instrumento de cooperação entre os entes federativos, podem ser celebrados pelos entes federativos de mesma ou de diferente espécie para realização de objetivos comuns. Para Câmara<sup>6</sup>, a peculiaridade desse contrato federativo é a constituição de uma nova pessoa jurídica autônoma, de direito público (associação pública) ou privada, conforme art. 1º, § 1º c/c 6º da Lei nº 11.107/2005:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a

saúde global. 2014. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-43-dolares-em-saude-global/>. Acesso em: 10 set. 2020.

6 CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratos, ajustes e acordos entre entes administrativos e entidades sem fins lucrativos. In: NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: [https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/2244470/mod\\_resource/content/1/CAMARA%20Jacintho.%20p.493-507.pdf](https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/2244470/mod_resource/content/1/CAMARA%20Jacintho.%20p.493-507.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

§ 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 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 nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Redação dada pela Lei nº 13.822, de 2019).<sup>7,8</sup>

Portanto, como pessoa jurídica autônoma, o consórcio público poderá: firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; além disso, nos termos do contrato de consórcio de direito público, poderá promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; bem como ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação, conforme art. 2º § 1º, incs. I, II e III da Lei nº 11.107/2005.<sup>9</sup>

Câmara<sup>10</sup> destaca que quando se fala em consórcio público deve-se levar em consideração os contratos de rateio, os convênios de cooperação e os contratos de programa. Os primeiros são instrumentos que possibilitam o repasse de recursos dos entes consorciados para o consórcio, em termos legais, tem-se:

Art. 8º Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.

§ 1º O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro, e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam,

7 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. n. p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

8 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 13.822, de 3 de maio de 2019**. Altera o § 2º do art. 6º da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para estabelecer que, no consórcio público com personalidade jurídica de direito público, o pessoal será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). n. p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13822.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13822.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

9 BRASIL, 2005.

10 CÂMARA, op cit.

com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual. (Redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 2º É vedada a aplicação dos recursos entregues por meio de contrato de rateio para o atendimento de despesas genéricas, inclusive transferências ou operações de crédito.

§ 3º Os entes consorciados, isolados ou em conjunto, bem como o consórcio público, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio.

§ 4º Com o objetivo de permitir o atendimento dos dispositivos do consórcio público deve fornecer as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

§ 5º Poderá ser excluído do consórcio público, após prévia suspensão, o ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio.<sup>11,12</sup>

Por sua vez, o convênio de cooperação não demanda a constituição de pessoa jurídica autônoma. Câmara<sup>13</sup> observa que os entes consorciados, direta ou indiretamente, por meio de pessoas de sua administração indireta, assumem o compromisso de realizar atribuições de interesse comum. De acordo com o § 5º, do art. mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados. Deve-se, ainda, considerar que o *caput* do art. 13 da Lei nº 11.107/2005 determina que a delegação de serviços públicos entre os entes consorciados (ou conveniados) deve ser formalizada por meio de contrato de programa.<sup>14</sup>

O contrato de programa deve observar as regras básicas do contrato de concessão de serviços públicos (art. 13, § 1º, I da Lei nº 11.107/2005, *ipsis litteris*):

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio pú-

11 BRASIL, 2005, n. p.

12 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020a**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento... n. p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

13 CÂMARA, 2014.

14 BRASIL, 2005.

blico no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§ 1º O contrato de programa deverá:

I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; [...]<sup>15</sup>

Além disso, deve-se considerar que o contrato de programa tem vigência autônoma, segundo o § 4º do art. 13 da Lei em destaque, o contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos. Câmara destaca que:

Admite-se a celebração de contrato de programa com entidades de direito privado integrantes da administração indireta de ente federativo consorciado ou conveniado (art. 13, s 5.º). Para tanto, não é necessário licitar (art. 24, XXVI, da lei 8.666/1993, com a redação dada pela lei nº. 11.107/2005). Todavia, a desestatização de empresa ou entidade privada contratada com base nessa regra importará automática extinção do contrato de programa (art. 13, § 6º).<sup>16</sup>

Em 05 de janeiro de 2007, entrou em vigor a Lei nº 11.445, que ficou conhecida como a Lei do Saneamento Básico. Essa Lei estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico, bem como alterou as Leis nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, nº 8.036, de 11 de maio de 1990, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e revogou a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978, além de estabelecer outras providências.<sup>17</sup>

Para a garantia da validade dos contratos de concessões públicas, esses instrumentos devem ser precedidos de um conjunto específico de formalidades. A Lei nº 11.445/2007 introduziu requisitos complementares à legislação anteriormente em vigor. O art. 3º dessa Lei definiu serviço de saneamento básico como o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição e esgotamento sanitário, constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao trata-

15 BRASIL, 2005, n. p.

16 CÂMARA, 2014, n.p.

17 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007a**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

mento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reuso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente<sup>18</sup>.

Além disso, incluiu entre o conjunto de serviços públicos de saneamento básico a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes. O art. 2º desse corpo normativo elencou entre os princípios fundamentais da prestação dos serviços de saneamentos os seguintes:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I – universalização do acesso e efetiva prestação do serviço; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

II – integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento que propicie à população o acesso a eles em conformidade com suas necessidades e maximize a eficácia das ações e dos resultados; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

III – abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

IV – disponibilidade, nas áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, tratamento, limpeza e fiscalização preventiva das redes, adequados à saúde pública, à proteção do meio ambiente e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

V – adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI – articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; (Redação pela Lei nº 14.026,

18 BRASIL, 2007a.

de 2020)

VII – eficiência e sustentabilidade econômica;

VIII – estímulo à pesquisa, ao desenvolvimento e à utilização de tecnologias apropriadas, consideradas a capacidade de pagamento dos usuários, a adoção de soluções graduais e progressivas e a melhoria da qualidade com ganhos de eficiência e redução dos custos para os usuários; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

IX – transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X – controle social;

XI – segurança, qualidade, regularidade e continuidade; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

XII – integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

XIII – redução e controle das perdas de água, inclusive na distribuição de água tratada, estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

XIV – prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

XV – seleção competitiva do prestador dos serviços; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) e

XVI – prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).<sup>19,20</sup>

Por sua vez, o art. 9º da Lei nº 11.445/2007 estabeleceu aos municípios a responsabilidade pela formulação da política pública de saneamento. Assim, o titular poderia até delegar ou conceder a prestação do serviço, mas não poderia alterar a titularidade em razão das competências constitucionalmente estabelecidas.

A Lei nº 11.445/2007 determinou que o instrumento para a formalização da prestação do serviço, quando o delegatário não é integrante do município é o contrato e determinou ainda a proibição de celebração de convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária para alcançar a finalidade do serviço. De acordo com o estatuído no art. 11 da Lei, a validade dos contratos estava condicionada aos seguintes termos:

I – a existência de plano de saneamento básico;

II – a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômi-

19 BRASIL, 2007a, n. p.

20 BRASIL, 2020a, n. p.

co-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

III – a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV – a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato;

V – a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).<sup>21,22</sup>

Tanto o contrato de concessão quanto o de programa decorrem da execução indireta dos serviços de Saneamento Básico. A titularidade do serviço permanece com o município, mas, por meio de contratos administrativos, esses entes federativos transferem a outra pessoa jurídica a prestação do serviço. Aqui se observa uma congruência entre o contrato de concessão e de programa, as normas do primeiro são aplicáveis, no que couber ao segundo, conforme especificado no art. 13, § 1º, inc. I da Lei nº 11.107/2005.

Deve-se considerar, no entanto, que a utilização de contratos de concessão ou de contratos de programa dependia de contexto diverso. O instituto da concessão abrange a concessão comum e a concessão especial, esta última mais conhecida como Parceria Público Privada (PPP). De acordo com o art. 2º, inc. II da Lei nº 8.987/1995 a Administração Pública, por meio de contrato de concessão comum, pode transferir serviços públicos para particular, para que ele preste o serviço por sua conta e risco, remunerado por tarifa paga pelos usuários e/ou remuneração acessória.

Por seu turno, pela concessão especial (PPP), a Administração Pública busca a iniciativa privada para a prestação de serviços, caracterizada pela repartição de riscos, tendo em vista que, diversamente da concessão comum, na PPP o Poder Público pode fazer aporte de recursos públicos em benefício do parceiro privado, o que permite uma diminuição na margem de prejuízo que este último poderia ter que suportar caso os serviços fossem deficitários. Lembre-se que a PPP pode ser, segundo o art. 2º, da Lei nº 11.079/2004, patrocinada ou administrada<sup>23</sup>. Na primeira, a remuneração do parceiro resulta, do pagamento das tarifas pelos usuários e de recursos públicos dados pelo parceiro público (arts. 2º, § 1º, e 3º, § 1º, da Lei nº 11.079/04). Na PPP administrativa, a remuneração do serviço é garantida integralmente pelo parceiro público, tendo em vista que é o tomador exclusivo do serviço (arts. 2º, § 2º, e 3º da Lei nº 11.079/04). Araújo e Zveibil destacam que:

21 BRASIL, 2007a, n. p.

22 BRASIL, 2020a, n. p.

23 BRASIL, 2004.

A adoção dos tipos de concessão vai depender da característica dos sistemas de saneamento, da possibilidade de identificação ou não de quem seja o usuário e como ele pode vir a ser beneficiado, assim como o emprego da remuneração (tarifa e/ou remuneração acessória; tarifa e recursos públicos advindos do parceiro público; ou, somente recursos públicos decorrentes desse parceiro) levando-se em consideração a ampliação do sistema para todos, sem prejuízo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.<sup>24</sup>

Deve-se considerar que no âmbito dos contratos de concessão, a proposta é o emprego subsidiário e sucessivo de cada modalidade. Assim, observadas as condicionantes, o Poder Público poderá adotar a concessão comum, seguida da PPP patrocinada e por último a PPP administrada para execução do serviço. O contrato de programa, embora deva observar, no que couber, às regras do contrato de concessão, somente poderá ser firmado no âmbito da gestão associada, como afirmam Araújo e Zveibil<sup>25</sup>, seja a gestão associada implementada pelo consórcio público ou por convênio de cooperação, essa sistemática representa a instrumentalização da prestação do serviço em espaço de cooperação federativa. Distante desses requisitos, é vedada a realização do contrato de programa.

De acordo com o art. 13, *caput*, da Lei de Consórcios Públicos e art. 30 do Decreto 6.017/2007, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios consorciados ou conveniados podem celebrar entre si contrato de programa para a prestação de serviços de Saneamento Básico. Note-se que em razão do § 1º do art. 30 do Decreto nº 6.017/2007 ocorre o mesmo quando os entes políticos consorciados firmam contrato de programa com o consórcio público, seja de Direito Público ou Privado, para fornecimento do serviço<sup>26</sup>. Além disso, deve-se considerar, nesse contexto legislativo, o § 5º do art. 13 da Lei de Consórcios Públicos, quando dispõe que a União, estados, municípios e o Distrito Federal e municípios consorciados ou conveniados também podem celebrar contrato de programa com empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias públicas ou fundações de qualquer um desses entes da Federação consorciados ou conveniados para a prestação dos serviços de saneamento. Neste item, deve-se destacar que até a alteração inserida pela Lei nº 14.026/2020 havia a dispensa de licitação para que o ente político consorciado ou conveniado contratasse com a entidade da Administração Indireta da unidade federada também consorciada ou conveniada.<sup>27</sup>

Araújo e Zveibil tendo em vista a sistemática anterior afirmam que:

24 ARAÚJO; ZVEIBIL, 2009, p. 480.

25 Ibid.

26 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007b**. Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

27 BRASIL, 2020a.

[...] que esta última forma vem sendo utilizada quando o estado firma convênio de cooperação com os municípios para promoverem o planejamento, a regulação/fiscalização e a prestação dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Posteriormente, concretizado o ambiente de gestão associada, os municípios realizam contrato de programa com as prestadoras estaduais, a fim de instrumentalizar a prestação desses serviços, sem necessidade de realização de processo licitatório para tanto.<sup>28</sup>

Os contratos de programa surgiram como mecanismo que pudesse substituir os antigos convênios. Como se pode observar, estruturavam-se na essência como contratos de concessão, com a diferença essencial de serem celebrados com a dispensa de licitação e por estarem, ao menos teoricamente, inseridos no espectro de prestação de serviço de forma associada, baseado em consórcio público ou convênio de cooperação. Esse instrumento teve origem no antigo Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), instituído em 1971. Com a possibilidade dos contratos de programa, Graziano alerta que 71% dos municípios brasileiros passaram a contar com companhias estaduais contratadas para a prestação dos serviços de água e esgoto, sendo que: “[...] 27% dos municípios prestaram o serviço diretamente e apenas 2% licitaram concessões plenas, contratando a iniciativa privada para a prestação conjunta dos serviços de água e esgoto.”<sup>29</sup>

A nova Lei nº 14.026/2020, nomeada de Novo Marco Regulatório do Saneamento, na verdade é uma profunda alteração na Lei nº 11.445/2007. A Lei nº 14.026/2020 trouxe modificações importantes ao sistema anterior, entre elas pode-se destacar: a extinção dos contratos de programa; a determinação de formação de grupos ou blocos de pequenos municípios para contratação de serviços coletivos de saneamento; a determinação de criação do Comitê Interministerial de Saneamento. A partir dessas considerações, tendo por objetivo no presente artigo analisar as contratações para prestação dos serviços de saneamento básico, faz-se necessário abordar as implicações da extinção dos contratos de programa e suas consequências jurídicas para os municípios menores.

### 3. MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO A PARTIR DA LEI Nº 14.026/2020

A nova Lei nº 14.026/2020 extinguiu os chamados contratos de programa, firmados entre municípios e empresas estaduais de saneamento, mas desprovidos do processo licitatório.<sup>30</sup> Os atuais contratos de programa em

28 ARAÚJO; ZVEIBIL, 2009, p. 480.

29 GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima. **O subsídio cruzado e os contratos de programa para saneamento básico**. 2019. n. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-23/luiz-felipe-graziano-subsidio-cruzado-contratos-programa>. Acesso em: 10 set. 2020.

30 BRASIL, 2020a.

vigor, com fulcro na Lei nº11.445/2007, apresentam regras de prestação de tarifação, mas não apresentam possibilidade de concorrência. A nova legislação de 2020 abre espaço para os contratos de concessão e torna obrigatória a abertura de processo licitatório, abrindo possibilidade para pessoas jurídicas públicas ou privadas.

A licitação é um procedimento administrativo cuja finalidade é selecionar a melhor proposta dentre as propostas apresentadas pelos sujeitos interessados em contratar com a Administração Pública. Cabe destacar que este instrumento está fundamentado na ideia de competição isonômica entre os concorrentes que preencham os atributos e aptidões ao cumprimento das obrigações que se propõe.<sup>31</sup> Deve-se considerar que a Lei nº 12.349 de 15 de dezembro de 2010 acrescentou ao art. 3º da Lei nº 8.666/1993 a promoção do desenvolvimento nacional como finalidade da licitação. Pois veja-se o dispositivo legal:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.<sup>32</sup>

Assim, o procedimento licitatório apresenta três exigências públicas inadiáveis, quais sejam: proteção dos interesses públicos e recursos governamentais; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (art. 5º e art. 37, *caput*, ambos da CF/1988) e obediência aos reclames da probidade administrativa (art. 37, *caput* e art. 85, V da CF/1988).<sup>33</sup>

Conforme o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 o procedimento licitatório é obrigatório para a União, Estados, os Municípios e o Distrito Federal, bem como para as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta e indiretamente pelos entes da Administração Pública Direta.<sup>34</sup> O fundamento da Lei está disposto no art. 22, inc. XXVII da CF/1988 que determina que a União tem competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as

31 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

32 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. n. p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20072010/2010/Lei/L12349.htm#:~:text=L12349&text=LEI%20N%C2%BA%2012.349%2C%20DE%2015%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202010.&text=Alteras%20as%20Leis%20nos,6%20de%20fevereiro%20de%202006](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Lei/L12349.htm#:~:text=L12349&text=LEI%20N%C2%BA%2012.349%2C%20DE%2015%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202010.&text=Alteras%20as%20Leis%20nos,6%20de%20fevereiro%20de%202006). Acesso em: 14 set. 2020.

33 MARINELA, 2018.

34 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, inc. XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1<sup>a</sup>, III da CF/1988.<sup>35</sup>

O procedimento licitatório deve observar os princípios constitucionais, bem como submeter-se aos princípios específicos dispostos no art. 3<sup>o</sup> da Lei nº 8.666/1993. Deve-se destacar o princípio da legalidade como fundamental ao procedimento, na medida que garante o direito subjetivo de participação de qualquer licitação que obedeça fielmente à lei, cabe ao administrador seguir e cumprir todas as formalidades exigidas pela lei, sob pena de nulidade da licitação, trata-se, desta feita, de um procedimento vinculado. Por conseguinte, deve ser observada na licitação o princípio da impessoalidade, que para Marinela<sup>36</sup> trata de impedir o favoritismo, a fim de assegurar que todos sejam tratados com absoluta neutralidade.

Além disso, torna-se fundamental o destaque ao princípio da isonomia que exige tratamento igualitário ente os licitantes, como determina o art. 37, XXI da CF/1988 e o § 1<sup>o</sup> do art. 3<sup>o</sup> da Lei nº 8.666/1993. Veda-se tratamento diferenciado entre os participantes do procedimento, salvo as exceções previstas na lei.<sup>37</sup> A violação ao princípio da isonomia pode configurar desvio de poder e até mesmo crime. Ressalte-se, ainda, aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, que exige a submissão do agente público aos padrões éticos e morais, da correção de atitudes, da lealdade e da boa-fé. Como procedimento administrativo deve observar o princípio da publicidade, garantindo o total conhecimento pelos interessados e o controle do procedimento pelos administrados.

Bandeira de Mello<sup>38</sup> apresenta o que chamou de princípios cardeais do procedimento licitatório, quais sejam: a) competitividade; b) isonomia; c) publicidade; d) respeito às condições prefixadas no edital; e, e) possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores.

Nessa toada, concorda-se com o pensamento de Bandeira de Mello<sup>39</sup>, em que a licitação tem por escopo alcançar duplo objetivo, quais sejam: proporcionar aos entes governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso, assim como assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que os entes públicos pretendam realizar com os

35 BRASIL. Constituição (1988). Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

36 MARINELA, 2018.

37 BRASIL, 1993.

38 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

39 Ibid.

particulares. Por conseguinte, é válido ressaltar que:

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interessados públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previsto nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, 85, V, da Carta Magna brasileira.<sup>40</sup>

A partir dessas ponderações, depreende-se a importância e a fundamentalidade do procedimento licitatório para a garantia dos princípios norteadores da atividade governativa da gestão pública. A Lei nº 14.026/2020 trouxe quanto a temática duas inovações importantíssimas, a primeira percebe-se concretizado o estímulo ao investimento privado por meio de procedimento licitatório entre empresas públicas e privadas e o fim do direito de preferência as empresas estatais.

A título de registro, vale assentar que a Lei Federal n. 11.107/2005, de 06 de abril de 2005, diploma de alcance nacional, foi editada com o escopo de disciplinar as normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no que tange a celebração de consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum. Por sua vez, a Lei n. 11.445/2007 apresentou foco na regulamentação das diretrizes nacionais para o saneamento básico, fixando, entre outros aspectos, preceitos de natureza principiológica e instrumental pertinentes ao oferecimento desses serviços públicos.

Assim, nos termos da Lei nº 11.445/2007, operou-se a expansão das atribuições passíveis de delegação no âmbito do saneamento básico, tornando-se viável a celebração de convênio de cooperação entre Estados e os Municípios, com o escopo de promover a transferência de competências municipais de organização, regulação, fiscalização e prestação de serviços de saneamento local ao ente estadual, em consonância com o disposto no art. 8º da presente Lei Federal, garantido a desnecessidade do procedimento licitatório, ou seja, firmada a parceria, admite a legislação em tela que a entidade da administração pública indireta estadual celebre contratos de programa com os municípios em substituição aos contratos de concessão anteriormente ajustados

Essa sistemática foi completamente modificada pela Lei 14.026/2020. A Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE) considera um erro a extinção dos contratos de programa.<sup>41</sup> Para a entidade, diferente do que é propagado, os contratos de programa são instrumento de Cooperação Interfederativa, disciplinado no art. 241 da CF/1988, *ipsis litteris*:

<sup>40</sup> Ibid, p. 492.

<sup>41</sup> AESBE. **A importância dos contratos de programa para a universalização do saneamento**. 2019. Disponível em: <https://aesbe.org.br/a-importancia-dos-contratos-de-programa-para-a-universizacao-do-saneamento/>. Acesso em: 14 set. 2020.

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)<sup>42,43</sup>

Desse modo, no entendimento da AESBE, os municípios, de forma livre e no exercício de sua autonomia e titularidade, podem realizar convênios com o Estado, por meio de empresa estatal de saneamento, para garantir a prestação de serviços de água e esgotamento sanitário. A entidade alerta que:

O contrato de programa, portanto, é um instrumento autorizado constitucionalmente, que permite que municípios transfiram a outro ente federativo a execução de determinados serviços. No caso do saneamento básico, que, na maior parte do país, é prestado por companhias estaduais, é celebrado entre o município e a empresa. Nesse instrumento contratual legal, são definidas as regras para a prestação dos serviços, estabelecidas as metas, as obrigações de cada parte, entre outros aspectos.<sup>44</sup>

Destaca ainda que por meio desse tipo de instrumento as empresas estaduais conseguem garantir a mesma tarifa para todas as municipalidades atendidas, tendo em vista a utilização do subsídio cruzado.<sup>45</sup> Assim, essas empresas públicas utilizam receitas dos municípios com maior arrecadação e conseguem investir as sobras desses recursos nos municípios não lucrativos. Desta feita, a Associação completa ainda que:

É também por meio dos contratos de programa que as empresas estaduais são capazes de oferecer as tarifas sociais, ferramenta para facilitar o acesso de pessoas socioeconomicamente vulneráveis a serviços básicos de abastecimento d'água e esgotamento sanitário. Nesses casos, a cobrança é subsidiada e o consumidor de baixa renda paga um valor abaixo do convencional, que não compromete seu orçamento.<sup>46</sup>

Por outro lado, Graziano<sup>47</sup> alerta que a apesar da defesa aguerrida do modelo vigente pelas associações representativas dos operadores público, havia a necessidade de se repensar o modelo vigente, pois para o autor o atual sistema não tem condições de garantir a universalização do serviço. Ressalta, ainda, que o SNIS, do Ministério das Cidades, contatou, como mencionado alhures, que mais de 35 milhões de pessoas no Brasil não têm

42 BRASIL, 1988, n. p.

43 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. n. p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

44 AESBE, 2019, n. p.

45 Ibid.

46 Ibid., n. p.

47 GRAZIANO, 2019.

acesso aos serviços de água e mais de 100 milhões não têm acesso aos serviços de esgoto.<sup>48,49</sup>

Embora as Associações representativas dos operadores públicos argumentem, na defesa da atual sistemática, que apenas as empresas estaduais teriam condições de garantir o equilíbrio da prestação dos serviços entre os municípios por meio do subsídio cruzado, com a lógica de que as operadoras superavitárias subsidiariam as operadoras deficitárias, Graziano observa que a viabilidade ou inviabilidade econômica de determinado sistema precisa de análise apurada, e, considera que:

[...] a operação destes serviços em um município com 5 mil habitantes pode ser inviável para um grande operador (*público ou privado*), mas tem sido viável para operadores de pequeno porte. Não é por outra razão que cerca de 30% das concessões privadas existentes estão localizadas em municípios com menos de 5 mil habitantes e 58% delas em municípios com menos de 20 mil habitantes, conforme dados do panorama da Participação Privada no Saneamento 2018.<sup>50</sup>

Graziano<sup>51</sup> pontua também que, o subsídio cruzado não tem resolvido o problema da universalização da prestação do serviço; pelo contrário, tem produzido uma profunda inadequação. Não raro, as empresas estatais são deficitárias para arcar com seus custos operacionais e, diante dessas circunstâncias fáticas, não há qualquer perspectiva de conseguirem realizar investimento suficientemente capaz à universalização dos serviços. Veja-se, que o autor, não caminha no sentido de negar a existência de operações deficitárias, tendo em vista que nem sempre a arrecadação tarifária será suficiente para amortizar os investimentos necessários à universalização. No entanto, destaca que “[...] nos casos em que se constate esta inviabilidade econômica, parece muito mais adequado que se tenha um subsídio transparente, claramente previsto e segregado da tarifa a ser cobrada do usuário.”<sup>52</sup> Deve-se ainda considerar que:

Além de ser um contrassenso falar em operação superavitária em municípios que ainda não universalizaram estes serviços essenciais (*apenas para exemplificar, não existe nenhuma capital no Brasil que tenha atingido a universalização*), na sistemática atual é impossível entender quanto do “superávit” de uma operação financia operações deficitárias (*nem quais e porque seriam elas deficitárias*) e quanto destes recursos se esvai na ineficiência operacional.<sup>53</sup>

48 GRAZIANO, 2019.

49 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento. Sistema Nacional De Informações Sobre Saneamento. **Diagnóstico dos serviços dos serviços de água e esgotos: 2018.** [Brasília, DF], 2020b. n. p. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2018>. Acesso em: 14 set. 2020.

50 GRAZIANO, op cit. n. p., grifo do autor.

51 Ibid.

52 Ibid.

53 Ibid., n. p., grifo do autor.

Além disso, o autor chama atenção para o panorama da Participação Privada no Saneamento 2018, onde há constatação que a iniciativa privada opera em serviços de água e esgoto em 6% dos municípios brasileiros, considerando aqui também as contratações para execução parcial de serviços, e tem respondido por cerca de 20% dos investimentos realizados no setor<sup>54</sup>. Coaduna-se com a ressalva de Graziano, que parece extremamente equitativa e prudente, *in verbis*:

Considerando a natureza tarifária dos preços públicos cobrados pelos serviços de água e esgoto, que pressupõe o pagamento de uma contraprestação por um serviço efetivamente prestado, seria muito mais adequado que o ônus de subsidiar operações deficitárias fosse arcado pelo contribuinte, não pelo usuário. Merece ser analisada, nesse ponto, a experiência positiva de países como Inglaterra, Colômbia e Chile na utilização do subsídio direto do Poder Público para o usuário de baixa renda (e não para o operador dos serviços).

Um subsídio mais transparente certamente permitiria efetividade ao controle social, um dos princípios fundamentais na prestação destes serviços (cf. art. 3º, X, da lei 11.445/07). De fato, na atual sistemática, na qual as próprias companhias estaduais não informam (ou mesmo desconhecem) quem está subsidiando quem, é impossível que a sociedade exerça de fato o controle social, o que inclusive é condição de validade destes contratos (cf. art. 11, V, da lei 11.445/07).<sup>55</sup>

Cabe considerar que se espera que a Lei nº 14.026/2020 possa incrementar a segurança jurídica entre as partes contratantes e permita uma maior atração de novos investimentos para o setor. O objetivo precípua da nova lei é atender as finalidades de universalização e qualidade da prestação do serviço, assentada nos princípios fundamentais do saneamento construídos pela Lei nº. 11.445/2007, divididos nos eixos de universalização, efetiva prestação do serviço, regionalização, governança, proteção e políticas públicas.<sup>56</sup>

Assim, a prestação dos serviços de saneamento passa a depender da celebração de contratos de concessão, por meio de licitação prévia, vedando-se a possibilidade de serem firmados contratos de programa, convênios, termos de parceria ou assemelhados, consta no art. 10, da Lei nº 11.445/2007, com a redação modificada pela Lei nº 14.026/2020 que:

Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de

54 GRAZIANO, 2019.

55 *Ibid.*, n. p., grifo do autor.

56 BELCHIOR, Wilson Sales. **Os impactos do novo marco legal do saneamento básico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-19/wilson-belchior-impactos-marco-saneamento>. Acesso em: 14 set. 2020.

natureza precária.<sup>57,58</sup>

Dias<sup>59</sup> destaca que o presidente da República apresentou 12 (doze) vetos à Lei nº 14.026/2020, que ainda serão objeto de apreciação do Congresso Nacional. Na presente pesquisa destacam-se apenas dois, quais sejam: a) o veto ao art. 16 da proposição de lei que previa a prorrogação, por 30 anos, de contratos de programa por empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Esses contratos de programa ou as situações de fato poderiam ser formalizados ou renovados, mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2020 e sua vigência poderia estender-se até o limite de 30 anos. As razões do veto foram assim apresentadas:

A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, prolonga de forma demasiada a situação atual, de forma a postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, a proposta, além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.<sup>60</sup>

Outro veto que precisa ser analisado é o que trata da aplicabilidade das regras de licitação e contrato apenas aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, excluindo os demais serviços de saneamento básico (art. 20 da Lei nº 14.026/2020).<sup>61</sup> Em mensagem justificadora ao veto a mensagem da Presidência da República assevera:

A propositura legislativa, ao afastar para os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, a aplicação do § 8º, do art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005 (normas gerais de contratação de consórcios públicos) e dos artigos 8º, 10 e 10-A, da Lei nº 11.445, de 2007 (diretrizes nacionais para o saneamento básico), quebra a isonomia entre as atividades de saneamento básico, de forma a impactar negativamente na competição saudável entre os interessados na prestação desses serviços, além de tor-

57 BRASIL, 2007a, n. p.

58 BRASIL, 2020a, n. p.

59 DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Compreenda as principais mudanças do marco legal do saneamento básico**. VLF Advogados [*Homepage*]. Belo Horizonte, [2020]. Disponível em: [https://www.vlf.adv.br/noticia\\_aberta.php?id=804](https://www.vlf.adv.br/noticia_aberta.php?id=804). Acesso em: 14 set. 2020.

60 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Mensagem nº 396, de 15 de julho de 2020c**. n. p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

61 DIAS, op. cit.

nar menos atraente os investimentos, em descompasso com a almejada universalização dos serviços, foco do novo marco do saneamento, que busca promover ganhos de qualidade, efetividade e melhor relação custo-benefício para a população atendida.<sup>62</sup>

Na concepção de Dias<sup>63</sup>, o veto oposto ao art. 20 da Lei nº 14.026/2020 é o que tem causado as maiores discussões entre os parlamentares, notadamente, em razão da existência de diversos serviços de saneamento básico que são prestados por essas empresas estatais estaduais sem contrato, com contratos vencidos ou em vias de ter sua vigência expirada.

Caso o veto seja mantido pelo Congresso Nacional, haverá a possibilidade de realização imediata do procedimento de licitação para a prestação de serviços de saneamento básico em diversos municípios que se encontram nas situações descritas. A Lei nº 14.026/2020 abriu espaço para uma revisitação discursiva sobre a validade de diversos contratos de programa, convênios e ou ajustes firmados no setor de saneamento, especialmente celebrados entre municípios e empresas estatais estaduais, que em princípio estariam em vigor presentemente.

Dias<sup>64</sup> alerta que ainda que o veto seja mantido, a nova lei possibilita uma reanálise do que pode ser considerada operação irregular em contraposição à situação regular, que segundo a autora é aquela que de acordo com o art. 2º, inc. XIII, da Lei 11.445/2015 submete-se integralmente as disposições constitucionais, legais e contratuais relativas ao exercício da titularidade e à contratação, prestação e regulação dos serviços. Por fim, fundamental à nova lógica construída pela Lei nº 14.026/2020, as diversas mudanças e o término dos atuais contratos para a execução dos serviços de saneamento básico permitirão novas possibilidades de parceria com o setor privado visando a universalização dos serviços.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A insuficiência de recursos no setor de saneamento básico, conforme explicitado anteriormente no presente artigo, resultou em ineficiências estruturais no setor. As iniciativas governamentais anteriores, embora buscassem alocar recursos financeiros na viabilidade de grandes projetos de esgotamento sanitário, não conseguiram alcançar as metas de acessibilidade à água e ao esgotamento sanitário estipuladas pelos Organismos Internacionais.

É certo que o acesso ao saneamento básico constitui importante efetivação de serviços públicos essenciais e, por consequência, o direito à saúde,

62 BRASIL, op cit., n. p.

63 DIAS, [2020].

64 Ibid.

uma vez que grande parte das doenças tropicais que desafiam o sistema de saúde pública brasileiro está relacionado ao contexto sanitário em que vivem péssimas condições de saúde e de acesso aos serviços considerados básicos a todo cidadão.

Diante de tal contexto, qualquer iniciativa normativa que busque equacionar o problema, deverá considerar que as mudanças letárgicas na modernização desse tipo de serviço público, condicionadas a um modelo de estruturação tarifária que não consegue garantir parâmetros mínimos de eficiência demandará, por parte do Poder Público, a realização de esforços em conjunto com a iniciativa privada.

Por essa razão, o Marco Legal do Saneamento recentemente aprovado proporcionou a extinção dos contratos de programa que, firmados sem licitação, apresentavam vestígios de corrupção e falta de transparência. Assim, com a proposta legal, a exigência imperiosa de licitação e observância aos ditames da Administração Pública tem o potencial de viabilizar de forma mais acertada a seleção dos melhores prestadores de serviços públicos.

Percebe-se que a nova lei apresenta um procedimento mais exequível para a universalização e a qualificação dos serviços de saneamento básico. Assim, a extinção dos contratos de programa, firmados sem licitação, entre municípios e empresas estatais estaduais de saneamento, permitirão novos contratos de concessão e a abertura de procedimentos licitatórios, tanto para prestadores públicos quanto privados.

Haverá necessidade de adequação de inúmeras situações irregulares, especialmente no que diz respeito aos pequenos municípios. Com a legislação anterior, muitos municípios ficavam aprisionados em contratos de programa tendo em vista sua condição deficitária e as próprias empresas estatais estaduais, mesmo sem garantir a universalização do acesso nas grandes cidades, estavam obrigadas a deslocar financiamento para os entes federativos menores. Verifica-se que a lógica da legislação anterior era contraditória e inviabilizaria a universalização do saneamento básico no país. A nova legislação, ao menos teoricamente, permitirá maior concorrência, transparência e facilitará a instrumentalização mais adequada do acesso.

## REFERÊNCIAS

AESBE. **A importância dos contratos de programa para a universalização do saneamento**. 2019. Disponível em: <https://aesbe.org.br/a-importancia-dos-contratos-de-programa-para-a-universizacao-do-saneamento/>. Acesso em: 14 set. 2020.

ARAÚJO, Flávia Camargo; BERTUSSI, Geovane Lorena. Saneamento básico no Brasil: estrutura tarifária e regulação. **Planejamento e Políticas Públicas**, v. 51, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/934>. Acesso em: 14 set. 2020.

ARAÚJO, Marcos Paulo Marques; ZVEIBIL, Victor Zular. A relação titular-prestador na contratação de serviços de saneamento básico. In: BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Programa de Modernização do Setor Saneamento. **Prestação dos serviços públicos de saneamento básico**. Coordenação: Berenice de Souza Cordeiro. Brasília, DF: [s. n.], 2009. (Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos; v. 3). Disponível em: [https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2161/1/Lei%20nacional%20de%20saneamento%20basico\\_Livro%20III\\_P\\_BD.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2161/1/Lei%20nacional%20de%20saneamento%20basico_Livro%20III_P_BD.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BELCHIOR, Wilson Sales. **Os impactos do novo marco legal do saneamento básico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-19/wilson-belchior-impactos-marco-saneamento>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 13.822, de 3 de maio de 2019**. Altera o § 2º do art. 6º da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para estabelecer que, no consórcio público com personalidade jurídica de direito público, o pessoal será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). n. p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13822.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13822.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento. Sistema Nacional De Informações Sobre Saneamento. **Diagnóstico dos serviços dos serviços de água e esgotos**: 2018. [Brasília, DF], 2020b. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2018>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007b**. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007a**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#:~:text=L12349&text=LEI%20N%C2%BA%2012.349%2C%20DE%2015%20DE%20DEZEMBRO%20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#:~:text=L12349&text=LEI%20N%C2%BA%2012.349%2C%20DE%2015%20DE%20DEZEMBRO%20)

DE%202010.&text=Alterar%20as%20Leis%20nos,6%20de%20fevereiro%20de%202006. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020a**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento... Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Mensagem nº 396, de 15 de julho de 2020c**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratos, ajustes e acordos entre entes administrativos e entidades sem fins lucrativos. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2244470/mod\\_resource/content/1/CAMARA%20Jacintho.%20p.493-507.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2244470/mod_resource/content/1/CAMARA%20Jacintho.%20p.493-507.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Compreenda as principais mudanças do marco legal do saneamento básico**. VLF Advogados [Homepage]. Belo Horizonte, [2020]. Disponível em: [https://www.vlf.adv.br/noticia\\_aberta.php?id=804](https://www.vlf.adv.br/noticia_aberta.php?id=804). Acesso em: 14 set. 2020.

FGV. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura. **Análise dos contratos de programa**. 2019. Disponível em: [https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2019-12/Contratos\\_de\\_Programa\\_2.pdf](https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2019-12/Contratos_de_Programa_2.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima. **O subsídio cruzado e os contratos de programa para saneamento básico**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-23/luiz-felipe-graziano-subsidio-cruzado-contratos-programa>. Acesso em: 10 set. 2020.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do saneamento 2020**. Disponível em: <http://www.trata-brasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/ranking-do-saneamento-2020>. Acesso em: 14 set. 2020.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ONU (Brasil). **OMS: para cada dólar investido em água e saneamento, economiza-se 4,3 dólares em saúde global**. 2014. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-43-dolares-em-saude-global/>. Acesso em: 10 set. 2020.

## 10. DILEMAS ENFRENTADOS PELOS GESTORES PÚBLICOS PARA A CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DE SAÚDE COM O SETOR PRIVADO, TENDO POR BASE REMUNERATÓRIA A TABELA DE PREÇOS DO SUS

**Carlos Araújo Leonetti**

Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC. Procurador da Fazenda Nacional de Categoria Especial aposentado. Consultor ad hoc da CAPES. Coordenador do Grupo de Pesquisas em Direitos Humanos da Tributação PPGD/UFSC. Visiting Scholar no International Tax Program da Harvard University. E-mail: cleonetti37@gmail.com

**Epaminondas José Messias**

Doutorando em Direito pela UFSC. Mestre em Direito Internacional, Econômico e Tributário pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito Tributário pela UCAM-RJ. Especialista em Gestão Pública pela Universidade do Estado de Mato Grosso, UNEMAT. Advogado. E-mail: epa\_messias@globo.com

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Saúde, direito de todos e dever do Estado; 2.1. Proteção e promoção da saúde; 2.2. Da participação complementar pelos serviços privados; 2.3. Tabela SUS e a fixação de preços; 3. Contratação com base na tabela SUS; 3.1. Autorização, concessão e permissão; 3.2. Por que e quando licitar. Licitação ou dispensa de licitação?; 3.3. Convocatória Pública e inexigibilidade de licitação; 4. Otimização de recursos públicos, EC 55/2016; 5. Considerações finais; Referências.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Longe de querer esgotar o assunto, o presente artigo se propõe a uma breve análise dos dilemas enfrentados pelos Gestores Públicos para a contratação de serviços de saúde do setor privado, tendo por base remuneratória a tabela de preços fixados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Preços previamente determinados pela Administração Pública.

Quando da contratação dos serviços de saúde ofertados pelo setor privado, uma das providências a serem tomadas pelos Gestores dos Estados, do DF e dos Municípios, é verificar se há na rede de saúde pública federal, estadual, distrital ou municipal, os serviços demandados. Se a oferta dos serviços de saúde na rede pública for insuficiente ou inexistir, os gestores poderão realizar Convênio dando preferência para as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos que ofereçam tais serviços.

Após o cumprimento destas etapas, caso a administração não tenha realizado o seu intento, restará como alternativa, a contratação das instituições privadas com fins lucrativos, que poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde.

Para a efetiva contratação com o setor privado, os referidos Gestores terão (02) duas alternativas. A primeira, quando optam em remunerar os serviços além dos valores fixados na tabela SUS; a segunda, em remunerar os serviços somente com base nos preços fixados na Tabela SUS.

No primeiro caso, não se vislumbra maiores dificuldades. Por regra, deverão licitar, adotar, conforme o caso, uma das modalidades previstas no ordenamento jurídico (destacando-se as Leis 8.666/93 e 10.520/02), aplicáveis a situação (convite, tomada de preços, concorrência pública, pregão presencial ou eletrônico), selecionando a proposta mais vantajosa e/ou de menor preço, de acordo com o tipo de licitação definido no edital, e em seguida formalizar o contrato administrativo.

Já no segundo caso, quando decidem remunerar os serviços somente com base nos preços fixados na Tabela SUS, aí sim, surgem os dilemas. Como os preços são previamente fixados pela administração, por regra, não há que se falar em realização ou dispensa de licitação. Também, por não serem cabíveis, excluem-se os institutos da autorização, da permissão e da concessão. Como alternativa, a inexigibilidade de licitação.

Por decorrência, a Convocatória Pública, que antecede a formalização da inexigibilidade de licitação, além de alternativa jurídica para a solução do dilema, apresenta-se como alternativa econômica viável para alavancar a otimização dos recursos públicos, contribuindo para que a Administração Pública obedeça e aplique na prática os Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estampados no artigo 37 da Constituição da República.

## 2. SAÚDE, DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO

Primeiramente, cumpre lembrar que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito<sup>1</sup> e tem como fundamentos a

---

1 O artigo 1º da CF/88 consagra a indissolubilidade da Federação e o Estado Democrático de Direito. Estado que se rege por normas democráticas e submete-se ao império da lei e da Constituição Federal “[...] que impõe ao Estado Brasileiro um modelo de Estado republicano, social e democrático de direito, em todas as suas dimensões substanciais (materiais) e procedimentais (organizacionais). Vincula a legitimação do próprio Estado ao cumprimento de uma série de obrigações negativas (direitos de liberdade) e prestacionais (direitos sociais), os princípios relacionados à soberania popular, ao pluralismo, à cidadania e à participação política democrática, bem como impõe o cumprimento de diversas regras procedimentais para o exercício legítimo do poder”. Para ver mais sobre o Estado Democrático de Direito e a sua interconexão com o Direito Administrativo: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Estado Democrático de Direito como Princípio Constitucional Estruturante do Direito Administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul/dez. 2016. p. 156.

soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político (CF/88, art. 1º, incisos I a V). Como todo o poder emana do povo, Democracia e Estado de Direito se complementam. A Democracia se efetiva no governo da maioria, na soberania popular. O Estado de Direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o controle Jurisdicional do Poder do Estado e o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Afinal, todos são iguais perante a lei, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à segurança (artigo 5º).

Dentre os direitos e garantias fundamentais erigidos ao patamar constitucional (artigos 5º a 17), temos os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos políticos e os direitos sociais. O artigo 6º da CF/88 elenca a educação, alimentação, moradia, trabalho, transporte, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a segurança, e a saúde, como alguns dos direitos sociais mínimos a serem garantidos pelo Estado. Para Alexandre de Moraes, Direitos Sociais: “são os direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social [...]”.<sup>2</sup> É a opção pelo Estado do bem estar social. O Estado como provedor de direitos sociais, direitos diretamente interligados com o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que visam reduzir as desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e fraterna.

Dos direitos sociais, o direito à saúde, por estar vinculado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>, recebeu grande cuidado e atenção por parte do constituinte originário, que dedicou os artigos 196 a 200 para a saúde. O artigo 196 da CF/88 descreve que a saúde é dever do Estado e direito de todos, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recupe-

2 , Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: [https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO\\_CONSTITUCIONAL-1.pdf](https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pdf). Acesso em: 20 ago. 2020. p. 154.

3 Embora o conceito de dignidade da pessoa humana seja amplo, pode-se dizer que é o reconhecimento de alguns direitos básicos inerentes a todos os seres humanos, independente de raça, cor, sexo, etnia ou nacionalidade (como exemplo: direito a alimentação, saúde, segurança, moradia, vestiário, habitação, cuidados médicos, proteção a maternidade e a infância, serviços sociais e previdenciários indispensáveis nos casos de desemprego, velhice, doença, invalidez ou morte). Para João Rezende Almeida Oliveira e Tágory Figueiredo Martins Costa: “A dignidade da pessoa humana indica que o sujeito de direitos possui um campo de direitos subjetivos fundamentais. Assegura as liberdades individuais frente ao Estado. Ademais, assegura que não ocorra a redução da condição humana, ou seja, a violação dos direitos inerentes aos seres humanos. Sendo assim, o homem um fim em si mesmo e jamais um meio para alcançar um determinado fim”. Sobre o tema, ver: COSTA, Tágory Figueiredo Martins; OLIVEIRA, João Rezende Almeida. *Instituições de Direito Público e Privado*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2010. p. 147-148. Disponível em: <<https://canal.cecierj.edu.br/recurso/13810>. Acesso em: 24 ago. 2020.

ração". Com base no princípio da universalidade no atendimento, a saúde passa a ser um direito de todos e um dever do Estado, ou seja, o acesso deve ser universal e igualitário.

Para dar efetividade aos dispositivos constantes nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã, eis que voltada para a área social e a garantia dos direitos fundamentais, o legislador elaborou, entre outras, as Leis 8.080/90 e 8.142/90. Ambas de grande relevância no Estado Social, garantidor da saúde como direito fundamental do ser humano, da dignidade humana.

A Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, regulamenta o Sistema Único de Saúde, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento do sistema. Reforça a premissa constitucional de que a saúde é um direito fundamental do ser humano e um dever do Estado, não excluindo o dever e a responsabilidade das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (art. 2º, §§ 1º e 2º).

Já a Lei Nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 (denominada de Lei Orgânica da Saúde), dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (controle social) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde. Estabelece no seu artigo 1º, que o SUS contará, em cada esfera de governo, sem prejuízos das funções do Poder Legislativo, com duas instâncias colegiadas, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. Ao analisar a Lei 8.142/90, Júlio Strubing Müller Neto, com muita propriedade destaca:

A Lei nº 8.142/90 regulamentou a participação social no sistema por meio de duas instâncias colegiadas, conselhos e conferências de saúde, as únicas obrigatórias, constituindo um sistema de controle social e delegou a regulamentação do funcionamento dessas instâncias aos próprios conselheiros. O termo controle social adquire, no contexto do SUS, um significado diferente daquele da sociologia e da ciência política clássicas, indicando a possibilidade da sociedade controlar o Estado e fiscalizar os recursos públicos via participação social. A lei atribuiu às conferências a competência de formular diretrizes para as políticas a partir da análise da situação de saúde e aos conselhos coube a formulação de estratégias e o controle da implementação das políticas e das ações governamentais.<sup>4</sup>

Os conselhos de saúde (municipais, estaduais e do DF) têm caráter permanente e deliberativo, são compostos por representantes do respectivo nível de governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários. Os conselhos constituem um espaço de representação e participação social com o

4 MÜLLER NETO, Júlio Strubing. **A relação entre democracia, descentralização e políticas de saúde no Brasil: atualização do debate e estudo de caso em uma perspectiva comunicativa**. 2010. 321 f. Tese (Doutorado): Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010. p. 176-177. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/14459>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

objetivo de acompanhar a execução das políticas de saúde pública e de fiscalização, inclusive quanto à aplicação e otimização<sup>5</sup> dos recursos públicos.

## 2.1. PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE

Vários fatores podem determinar e condicionar a saúde humana, entre eles: o meio ambiente, alimentação, higiene, moradia, saneamento básico, trabalho, renda, educação etc. Também, dizem respeito à saúde todas as ações e serviços que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. Portanto, para garantir a saúde de uma população, muito mais do que oferecer serviços voltados para o tratamento de doenças, é preciso investir em ações e políticas que visem à proteção e a promoção da saúde pública. A proteção e a promoção da saúde são incumbências do Sistema Único de Saúde (SUS). Mas afinal, o que é o SUS?

De forma simplificada, é um sistema que engloba o conjunto de ações e serviços públicos de saúde, organizados de forma regionalizada e hierarquizada, financiado por toda a sociedade e com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, com gestão descentralizada em cada esfera de governo. Para garantir a saúde, o Estado deve formular e executar políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças, além de estabelecer condições que garantam o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços voltados para a promoção, proteção e recuperação da saúde (Lei 8.080/90, artigos 1º a 4º).

O dever e a responsabilidade do Estado não excluem as responsabilidades de cada indivíduo, da família, das empresas e da sociedade. Por certo, a promoção da saúde é o resultado das condições econômicas e sociais, das características socioculturais e políticas de uma sociedade, e também consequência da adoção de hábitos de vida saudáveis pelas pessoas. A corroborar, de forma didática e de fácil compreensão, o Guia do Usuário do Sistema Único de Saúde em Mato Grosso, assinala:<sup>6</sup>

**Ao governo**, cabe o desenvolvimento de políticas que visem o crescimento econômico, a distribuição de renda, o acesso à terra, ao trabalho, entre outros. O desenvolvimento de ações e serviços voltados à promoção da saúde, como o Programa de Saúde da Família e de Agentes Comunitários de Saúde.

**À sociedade** civil organizada, cabe a participação política nos espaços de

5 Otimizar em economia diz respeito a “determinação das condições em que certas variáveis econômicas podem atingir seus valores mais elevados. O conceito é utilizado, por exemplo, em relação à alocação de recursos, custo de produção, lucro, e dimensões de empresas [...]”. SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Círculo do Livro. Best Seller, 1999. p. 437. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/FMI.BMNov%C3%ADssimo-Dicion%C3%A1rio-de-Economia.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2020.

6 MATO GROSSO. Secretaria de Estado de Saúde. **Guia do usuário: Sistema Único de Saúde em Mato Grosso**. MÜLLER NETO, Júlio Strubing (org.). Cuiabá: SES, 2002. p. 17-18. Disponível em: <http://www.saude.mt.gov.br/arquivo/2899>. Acesso em: 03 jul. 2020.

controle social, como as Conferências e Conselhos de Saúde, entre outros, e a realização de projetos voltados à promoção da saúde, através de Organizações Não-Governamentais (ONGs).

**Ao indivíduo**, cabe um conjunto de iniciativas, dentre as quais destacamos a adoção de hábitos de vida saudáveis, como: alimentação equilibrada, prática de atividades físicas regulares, evitar o consumo de cigarro e outras drogas. Grifamos.

O conjunto de ações e serviços de incumbência do SUS, na maioria das vezes é realizado diretamente pela Administração Pública dos entes federados (União, Estados, DF e Municípios). Mas, como as ações e serviços de saúde são de relevância pública, também as instituições filantrópicas e a iniciativa privada com fins lucrativos, poderão participar do Sistema Único de Saúde em caráter complementar.

Ao analisar as ações e serviços de saúde, José Afonso da Silva, afirma que são de relevância pública<sup>7</sup> “[...] por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”. Com base na relevância pública, as ações e serviços de saúde estão agasalhados na Constituição Federal e na Lei 8.080/90.

A Constituição vigente, nos artigos 197 a 199<sup>8</sup>, trata das ações e serviços da saúde como atividades de interesse público, cuja execução fica a cargo tanto da iniciativa privada como do Poder Público. Cabendo ao Poder Público, a sua regulamentação, fiscalização e controle, justamente pela relevância pública de que os mesmos se revestem. Mais que isso, a Constituição Federal claramente distingue as ações e serviços de saúde prestados diretamente pelo Poder Público: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, daqueles serviços prestados pelo setor privado; dispondo que os primeiros integram uma rede regionalizada e hierarquizada, de modo a constituírem um Sistema Único de Saúde, cujas diretrizes encontram-se traçadas no artigo 198 do próprio Texto Constitucional, bem como na Lei Nº 8.080/90.

## 2.2. DA PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR PELOS SERVIÇOS PRIVADOS

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que poderá participar de forma complementar do SUS, obedecendo às diretrizes deste, mediante contra-

7 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 e. São Paulo: Malheiros Editores. 1988, p. 796.

8 Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita **diretamente** ou **através de terceiros** e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes [...]. 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. Grifamos.

to de direito público ou convênio, com preferência para as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (CF/88, artigo 199, § 1º).

A competência para a regulação das atividades de saúde é responsabilidade de todos os entes federados. Segundo o artigo 15, inciso XI, da Lei 8.080/90, compete a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a elaboração de normas para a regulamentação das atividades dos serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública.

Compete à direção nacional, elaborar as normas gerais e, “elaborar normas para regular as relações entre o SUS e os serviços privados contratados de assistência à saúde” (art. 16, XIV). A direção estadual tem a incumbência de estabelecer normas suplementares, “para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde” (art. 17, XI). Para a direção municipal cabe a elaboração de normas locais, respeitando as normas fixadas pela União e pelo respectivo Estado (art. 18). Ao DF competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios (art. 19).

Apresentada a competência de cada ente Federado, sem maiores delongas, faz-se necessário adentrar nas questões relativas à contratação das instituições privadas que participarão de forma complementar do Sistema Único de Saúde. Para a efetivação da contratação, **duas regras** básicas devem ser observadas pelo gestor:

1ª) A participação complementar dos serviços privados, deve ocorrer somente após esgotada a capacidade da rede pública de saúde, federal, estadual e municipal (art. 24 da Lei 8.080/90).

2ª) Ao recorrer às instituições privadas, o gestor não pode se esquecer de que as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde. Afinal, este é o comando expresso na norma do artigo 25 da Lei 8.080/90.

Quando as suas disponibilidades de serviços médicos, laboratorial e hospitalar forem insuficientes para atender a população de uma determinada área geográfica, o SUS poderá recorrer aos serviços da iniciativa privada. Em total observância ao comando contido no artigo 199, § 1º, da CF/88; o parágrafo único do artigo 24, da Lei 8.080/90, determina que a “participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.”

A luz do art. 2º, § único, da Lei 8.666/93, considera-se contrato: “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”. De outro lado, as principais diretrizes relativas aos convênios também estão disciplinadas na Lei 8.666/93, mais precisamente em seu artigo 116.

Em regra, para a celebração de contratos administrativos, o ordenamento jurídico impõe a realização de prévio procedimento licitatório. Já, para a efetivação de um convênio não se exige licitação, porque não se trata de escolher a proposta mais vantajosa em observância ao princípio constitucional da isonomia. Se o objeto do ajuste visar o desenvolvimento de objetivos ou atividades comuns, o instrumento adequado a ser utilizado é o convênio. No tocante aos institutos dos contratos e convênios, convém notar os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles<sup>9</sup>:

Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço, etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.

Quando o objeto do ajuste visar à compra de um bem ou serviço, o instrumento legal para a formalização do ato será o contrato administrativo, normalmente antecedido por uma licitação.

Importante ressaltar, desde a implantação do SUS (Lei 8.080/90) a direção nacional do sistema vem entendendo que as contratações de serviços médico, hospitalar e laboratorial, prestados por entidades não filantrópicas e as com fins lucrativos, devem obedecer à Lei de Licitações. Por isso, vem baixando normas, tais como a Portaria MS Nº 1.286/93, que exigia a contratação mediante licitação. Seguindo o mesmo entendimento, várias outras Portarias foram expedidas, entre elas a de Nº 358 de 22/02/2006, revogada pela Portaria Nº 3.277 de 22/12/2006, que foi revogada pela Portaria Nº 1.034 de 05/05/2010. Essa última, ainda que o artigo 8º tenha sido alterado pela Portaria 3.144 de 07/10/2010, encontra-se em vigência.

### 2.3. TABELA SUS E A FIXAÇÃO DE PREÇOS

A fixação dos preços dos serviços de saúde em uma tabela, denominada de Tabela de Procedimentos SUS, está prevista no artigo 26 da Lei 8.080/90<sup>10</sup>,

9 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 447-448.

10 Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde. § 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços

que trata dos critérios e valores para a remuneração dos serviços. Como é de competência do gestor nacional fazer a coordenação técnica e financeira do sistema, a direção nacional do SUS elabora e apresenta as tabelas com os valores dos procedimentos médicos, laboratoriais e hospitalares.

Também os artigos 9º e 11, da Portaria nº 1.034, de 05 de maio de 2010, que dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à Saúde, estabelecem que os contratos e convênios firmados devem utilizar como referência a Tabela de Procedimentos do SUS.

Embora o órgão competente da direção nacional do Sistema Único de Saúde elabore a tabela de preços mínimos dos procedimentos médicos, laboratoriais e hospitalares, que serve de referência; os Municípios, Estados ou DF, no contrato celebrado com o setor privado, poderão estabelecer preços acima dos mínimos fixados, em razão das necessidades e disponibilidades materiais, orçamentárias e financeiras da respectiva esfera de governo.

Portanto, os entes federados têm autonomia para praticar os preços estabelecidos pela Tabela SUS, ou complementá-la. Segundo o artigo 11 da Portaria Nº 1.034/10, quando da “contratação dos serviços de assistência à saúde, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal poderão suplementar o objeto desta Portaria, para atender às necessidades e peculiaridades locais”. Desta maneira, há de se reconhecer que a complementação financeira será feita com recursos do próprio ente contratante, eis que o SUS só repassa os valores previamente fixados na Tabela.

Em síntese, das disposições legais acima analisadas, depreende-se que a direção nacional do SUS fixa os valores mínimos, dos procedimentos médicos, laboratoriais e hospitalares; mas é permitido aos Estados, DF e Municípios estabelecerem preços acima dos mínimos. Entretanto, o Ministério da Saúde, obriga-se a repassar somente o montante dos serviços contratados, dentro dos limites previamente fixados (tabelados). Por conseguinte, os Estados, DF e Municípios que remunerarem os serviços de saúde com preços acima dos tabelados, arcarão com os valores que ultrapassarem o mínimo previamente fixado, já que até este limite a responsabilidade é do Ministério da Saúde.

### 3. CONTRATAÇÃO COM BASE NA TABELA SUS

Neste tópico cumpre-nos analisar os dilemas enfrentados pelos Gestores quando decidem remunerar os serviços complementares de saúde somente com base nos preços fixados na Tabela SUS, bem como as possíveis soluções.

---

contratados. § 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. § 3º (Vetado). § 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

Em razão das peculiaridades do sistema de saúde, quando da contratação das instituições privadas que irão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde com base na tabela SUS, dúvidas e dificuldades aparecem. As dificuldades decorrem da prévia fixação de preços, bem como, da expressiva diferença da estrutura médico, hospitalar e laboratorial entre as regiões do Brasil, país de contrastes econômicos e dimensões continentais.

Procuraremos demonstrar que em razão dos preços serem previamente fixados pela administração, não há que se falar na realização ou dispensa de licitação. Restando, a possibilidade de inexigibilidade de licitação. Por óbvio, como se demonstrará, também se excluem os institutos da autorização, da concessão e da permissão.

### 3.1. AUTORIZAÇÃO, CONCESSÃO E PERMISSÃO

Hely Lopes Meirelles, ao analisar a autorização<sup>11</sup>, leciona que serviços autorizados: “são aqueles que o Poder Público, normalmente por ato unilateral, em regra precário e discricionário, delega sua execução a particular”. Ao disciplinar a concessão e a permissão de serviços públicos, no artigo 175, o constituinte fixou as diretrizes gerais do regime jurídico aplicável a esses institutos. “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Considera-se concessão de serviço público quando a delegação de sua prestação, “é feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho”, tudo por sua conta e risco e com prazo determinado (art. 2º, II, da Lei 8.987/95). É formalizada por contrato administrativo bilateral (art. 4º), por prazo determinado e a rescisão antecipada pode ensejar o dever de indenizar. Naturalmente, a concessionária será ressarcida dos valores investidos no empreendimento, obtendo os ganhos normais do negócio, será remunerada através de tarifa cobrada dos usuários.

Entende-se por permissão de serviço público: “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”. (Art. 2º, IV da Lei 8.987/95). É formalizada por contrato de adesão (art. 40). Ato unilateral, discricionário, precário, mas com licitação, em qualquer modalidade.

Dos institutos acima descritos, depreende-se a existência de um aspecto fundamental que distingue as ações e serviços de saúde prestados por terceiros

11 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 445.

integrantes do SUS, daqueles outros serviços públicos, cuja execução é transferida mediante concessão ou permissão, trata-se da remuneração deles. Os serviços de saúde prestados pelo setor privado, integrantes do SUS, em observância aos princípios da universalidade e da gratuidade, jamais poderiam ser remunerados pelos próprios usuários do sistema.

No caso dos serviços prestados de forma complementar pela iniciativa privada, com base na tabela SUS, a remuneração dos serviços é pré-fixada e é feita pelo Poder Público, diferentemente dos serviços públicos “concedidos” ou “permitidos”, os quais são remunerados pelos usuários, através de tarifa. Então, conclui-se que a autorização, a concessão e a permissão, não se prestam para a contratação dos serviços de saúde das instituições privadas que participam de forma complementar no SUS.

### 3.2. POR QUE E QUANDO LICITAR. LICITAÇÃO OU DISPENSA DE LICITAÇÃO?

Para poder executar as suas funções, a Administração Pública frequentemente se utiliza da ação de terceiros. Utiliza-se dos bens e serviços de particulares para melhor cumprir suas finalidades, para tanto, dispõe de vários institutos, como: autorização, concessão, permissão, alienação, locação, desapropriação, licitação, etc.

A Constituição é consagradora de princípios e normas fundamentais sobre a organização e o funcionamento do Estado, bem como de todo o desenvolvimento da atividade administrativa. Por isso, de acordo com o artigo 37, inciso XXI da CF/88, ressalvados os casos especificados na legislação, todas as obras, serviços, compras e alienações, deverão ser precedidas de licitação que assegure igualdade de condições a todos os participantes. A Lei 8.666/93 e alterações posteriores, nos artigos 2º e 3º, disciplina de forma detalhada, o mandamento constitucional<sup>12</sup>.

Indispensável destacar, a disciplina normativa das Licitações e contratos administrativos, não está integrada apenas pelas normas de âmbito federal, Lei 10.520/02, que institui o Pregão; ou pela Lei 12.462/11, que se encarrega do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC); e pela Lei 8.666/93 e alterações posteriores. Mas, alguns Estados da federação também elaboram leis disciplinando as licitações e contratos, como exemplos: Paraná, Lei 15.608/07;

12 Art. 2o. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (grifos nossos).

Bahia, Lei 9.433/05; São Paulo, Lei 6.544/89.

Não há dúvidas, pelo já analisado, em face de nosso ordenamento jurídico, ressalvadas as exceções previstas em Lei, para a Administração Pública realizar obras, adquirir bens, ou contratar serviços, a licitação é a regra, é instituto obrigatório.

No caso em análise, os dilemas aparecem quando os Estados, DF, e Municípios, não dispõem de recursos orçamentários e financeiros, para complementar a diferença na contratação dos serviços privados que irão participar de forma complementar no Sistema Único de Saúde. Ou seja, os preços a serem pagos, serão exatamente aqueles pré-fixados na tabela SUS, não havendo nenhuma variação para mais ou para menos.

Na hipótese retratada, o Gestor irá se deparar com o fato de não ser possível estabelecer o confronto de preços, nem selecionar a proposta mais vantajosa ou de menor preço, já que este estará pré-fixado no Edital. Neste caso, o princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa, tornam-se inócuos. Afinal, com preços pré-estabelecidos, a disputa é desnecessária ou impossível.

Resta, outro aspecto a ser analisado, a possibilidade da contratação dos serviços de saúde através da dispensa de licitação. Em regra, a contratação por meio da dispensa de licitação restringe-se a aquisição de bens e serviços indispensáveis ao atendimento da situação de emergência ou de calamidade pública, pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos. A licitação dispensável, esta prevista de forma taxativa nos incisos I a XXX, do artigo 24 da Lei 8666/93, e não contempla a hipótese da contratação dos serviços privados de saúde com preços pré-fixados com base na tabela SUS. Portanto, inaplicável o instituto da dispensa de licitação.

Em resumo, dada a ausência de previsão legal, descarta-se a possibilidade da contratação dos serviços de saúde com preços pré-fixados, através de licitação ou mesmo com dispensa de licitação. Restando como alternativa, a possibilidade da contratação por inexigibilidade de licitação.

### **3.3. CONVOCATÓRIA PÚBLICA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

De acordo com o artigo 25 da Lei de Licitações, a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição. É inexigível nos casos de: I- aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros de agente exclusivo; II- profissionais ou empresas de notória especialização; III- profissional artístico consagrado pela crítica ou opinião pública.

Entretanto, há de se ter clareza de que pode ocorrer inviabilidade de competição por outras hipóteses não abarcadas pelos três incisos do artigo 25, que

são meramente exemplificativas e não exaustivas. Ao tratar da inexigibilidade de licitação, o Tribunal de Contas da União, já reconheceu que “As hipóteses de inexigibilidade relacionadas na Lei nº 8.666/1993 não são exaustivas, sendo possível a contratação com base no *caput* do art. 25 sempre que houver comprovada inviabilidade de competição”. (Acórdão nº 2.418/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

Não se pode ignorar que a inviabilidade de competição poderá ocorrer mesmo quando existirem no mercado mais de um, ou vários sujeitos com capacidade para atender a demanda cotejada pelo poder público. Sobre a inviabilidade de competição, Marçal Justen Filho<sup>13</sup>, ensina:

A inviabilidade de competição também se verificará nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre as diversas alternativas segundo um critério objetivo [...] ou seja, o conceito de viabilidade de competição não é simplesmente reconduzível à mera existência de uma pluralidade de sujeitos em condições de executar uma certa atividade. Existem numerosas situações em que a competição é inviável não obstante existirem vários particulares habilitados a executar a atividade objeto da licitação. Isso se passa inclusive nos casos em que realizar a licitação acarretaria solução objetivamente incompatível com a realização dos fins buscados pelo Estado.

A corroborar com o caso em análise, inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços de saúde do setor privado com base na Tabela de preços do SUS, importante destacar os ensinamentos de Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos<sup>14</sup>:

Será inexigível a licitação quando o poder público pretender contratar todos os serviços de assistência à saúde existentes em determinada localidade. Estabelecidos os requisitos mínimos e feito o convite ou **chamamento público**, aqueles que satisfizerem os requisitos serão contratados pela administração. Com a comprovação da impossibilidade jurídica de se instaurar competição, uma vez que todos os serviços daquela localidade serão contratados pelo poder público, deve-se declarar a inexigibilidade de licitar, justificando-se a inviabilidade de competição. [...] Poderão existir casos em que o dirigente não tenha conhecimento exato de quais são os serviços existentes, mas, mesmo assim, pretenda contratar todos aqueles que atendam aos pré-requisitos técnicos e aos demais previstos em lei. Nesse caso, deve tornar público o edital contendo todas as exigências para a contratação, sendo inadmissível qualquer tipo de exigência que possa frustrar a participação dos interessados. Também, deve o dirigente público cuidar para que na contratação dos serviços não haja privilégios de qualquer espécie. (grifamos).

13 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed., São Paulo: Dialética, 2012. p. 436.

14 CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS Lenir. **Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e 8.142/90)**. 4. ed., Campinas: Editora da UNICAMP, 2006. p. 169-170.

Para atender ao princípio da publicidade, o chamamento público, também designado de Convocatória Pública, deverá ser publicado no Diário Oficial e em jornal de grande circulação, essa fase antecede a formalização da inexigibilidade de licitação.

Dá-se total publicidade. Publica-se o aviso no Diário Oficial e em jornal de grande circulação. O edital deverá estar disponibilizado a todos os interessados, conterà as exigências previstas no artigo 40 e aplicáveis ao caso, e no artigo 27 da Lei 8.666/93. Porém com uma diferença, como os preços foram pré-fixados pela Administração Pública com base na Tabela SUS, não haverá a seleção da proposta de menor preço.

Após a publicação, normalmente aguarda-se no mínimo 15 dias corridos, seguindo as regras de contagem do CPC (excluindo-se o dia do início-publicação e incluindo-se o dia do término), para abertura do envelope (01) documentação de habilitação e do envelope (02) contendo a documentação de qualificação técnica (art. 8º da Portaria 1.034/10) e a quantidade dos serviços ofertados pelo interessado. Havendo mais de um interessado, os serviços serão rateados proporcionalmente.

A realização da Convocatória Pública que antecede a inexigibilidade é um procedimento indispensável para que o Poder Público possa ter ciência e controle do número de interessados existentes em cada localidade, prestando os serviços de saúde, e com capacidade operacional para atender aos usuários do SUS. Além disso, com a adoção de tal medida garante-se o critério isonômico na contratação e também o da aplicação dos recursos orçamentários e financeiros de forma eficiente. Como os preços estão pré-fixados com base na Tabela SUS, ocorrerá a otimização dos recursos públicos. Afinal, embora permitido, o ente contratante não irá complementar o preço dos serviços além dos valores fixados na tabela, não utilizará recursos extras de seu próprio orçamento.

Em síntese, a Convocatória Pública, que subsidia a inexigibilidade de licitação, além de alternativa jurídica para a solução do dilema, apresenta-se também como alternativa econômica para alavancar a otimização de recursos públicos, contribuindo para que a Administração Pública obedeça e aplique na prática os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, conforme delineado no artigo 37 da Constituição da República.

#### **4. OTIMIZAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS, EC 95/2016**

Desvio de verbas públicas, licitações fraudulentas, superfaturamento de contratos com a administração pública, desonestidade, expectativa de impunidade. Nos últimos anos, dezenas de casos de corrupção administrativa perpetrada em todas as esferas de governo vieram à tona e foram exaustivamente

divulgados pela imprensa. Ao cidadão, cansado com a malversação do dinheiro público, muito mais interessante que ouvir novas denúncias de corrupção (prisão e afastamento de gestores e ex-gestores públicos), é saber se efetivamente os seus direitos sociais serão atendidos hoje e no futuro, principalmente a saúde e a educação.

Nesse contexto, a temática da otimização dos recursos públicos é absolutamente relevante e atual, pois a sociedade clama por uma melhor utilização e aplicação desses recursos, notadamente os destinados a saúde, educação e segurança. Faz-se necessário e urgente a organização e o equilíbrio das contas públicas de todos os entes da Federação, principalmente quando se vislumbra a redução dos investimentos sociais por decorrência da promulgação da Emenda Constitucional nº 95/2016.

Estudo divulgado pela Secretaria do Tesouro Nacional em fevereiro de 2016, intitulado *Gasto Social do Governo Central 2002 a 2015*<sup>15</sup>, aponta para o aumento dos gastos sociais do Governo Central em relação ao PIB, no período compreendido entre 2002 a 2015. Em 2002, a área social representava 59,9% do total das despesas da União, em 2015, esse montante passou para 67,3%, números que incluem a Previdência Social. De 2002 a 2015, os maiores saltos foram registrados nos gastos com a Previdência Social (0,97 pontos percentuais do PIB), assistência social (0,78 pontos percentuais do PIB) e educação e cultura (0,74 pontos percentuais do PIB). Os gastos com a saúde permaneceram estáveis (oscilaram entre 1,8% a 2,1% pontos percentuais). De acordo com o estudo, tal fato deve-se a EC 29/2000, que determina a correção das despesas do setor pela variação do PIB nominal do ano anterior. Ainda, destaca que o atendimento nos ambulatórios, nos hospitais e nas emergências concentrou 44% de todos os gastos com saúde, representando o maior dispêndio na área, seguido pelo aperfeiçoamento do SUS e da atenção hospitalar e ambulatorial (STN, 2016).

A PEC 241/2016, que passou a tramitar no Senado Federal como PEC 55/2016, teve como justificativa para sua aprovação, o argumento de que grande parte do desequilíbrio fiscal advém do crescimento dos gastos sociais. A citada PEC deu origem a Emenda Constitucional Nº 95, promulgada em 15 de dezembro de 2016.

O Conselho Nacional de Saúde (CNS)<sup>16</sup>, instância máxima de caráter permanente e deliberativo do SUS, ainda antes da aprovação da PEC, já alertava para um retrocesso dos direitos sociais. Em 2016, emitiu nota de repúdio, aler-

15 STN. Secretaria do Tesouro Nacional. **Gasto Social do Governo Central 2002 a 2015**. p. 1-78. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.files.wordpress.com/2016/07/gasto-social-governo-central.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

16 CNS. Conselho Nacional de Saúde. **Rejeitar a PEC 241/2016 para salvar o SUS e a Seguridade Social**. p. 1 Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/ultimas\\_noticias/2016/docs/06jun27\\_REJEITAR\\_A\\_PEC\\_241.pdf](http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2016/docs/06jun27_REJEITAR_A_PEC_241.pdf). Acesso em: 18 ago. 2020.

tando a sociedade de que a sua aprovação representaria o desmonte do SUS e da Seguridade Social. A nota afirma:

Se a PEC for aprovada, representará o desmonte do SUS e da Seguridade Social, em flagrante desrespeito à luta do Movimento de Reforma Sanitária e das conquistas sociais inscritas na Carta Magna de 1988, chamada pelo então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, de “Constituição Cidadã”. [...] Alertamos para o fato de que cerca de 2/3 do orçamento do Ministério da Saúde são transferências para que Estados e Municípios financiem despesas com as UBS (Unidades Básicas de Saúde), hospitais, exames laboratoriais e de imagens, medicamentos, vigilância epidemiológica e sanitária, entre outros. Ou seja, não se trata “apenas” de reduzir os gastos federais em saúde, mas sim de provocar uma redução que impactará principalmente o atendimento à população nos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para arrematar, de acordo com o Conselho Nacional de Saúde, no Brasil mais de 200 milhões de pessoas podem utilizar o SUS de forma universal e gratuita. Após a aprovação da EC/95 os investimentos em saúde e educação ficarão congelados até 2036. Por essa razão o CNS, apoia a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.658, em trâmite no STF, com o objetivo de vetar a EC 95/2016. Alerta que a EC 95/2016 transforma o “piso” (limite mínimo) de despesas nas áreas de saúde e educação em ‘teto’ (limite máximo) por duas décadas<sup>17</sup>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nosso ver, a Convocatória Pública constitui excelente ferramenta de otimização dos recursos públicos, principalmente em um período de achatamento de investimentos sociais decorrentes da Emenda Constitucional n. 95/2016.

Ademais, é lícita, legal e moral, ainda que sem autonomia jurídica, pois acobertada pelo manto da inexigibilidade de licitação. Deveria ser incluída como uma nova modalidade de Licitação, alterando-se a Lei n. 8.666/93. Ou, objeto de uma nova Lei, uma Lei específica, nos moldes da Lei que instituiu o pregão.

Sua principal vantagem está no fato de constituir-se num rito processual sumário, mais célere, pois não há análise e julgamento de propostas de preços como nas modalidades tradicionais (convite, tomada de preços e concorrência pública). Afinal, os preços são prefixados pelo órgão contratante e relacionados no anexo do Edital, em total sintonia com os Princípios da publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. Eis que todas as empresas privadas que estiverem em dia com as obrigações tributárias e qualificadas tecnicamente, caso tenham interesse, poderão participar de forma complementar do Sistema

17 CNS. Conselho Nacional de Saúde. **O SUS NÃO PODE MORRER! ASSINE CONTRA A REDUÇÃO DE INVESTIMENTOS EM SAÚDE** p. 1 Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1055:o-sus-nao-pode-morrer-assine-contra-a-reducao-de-investimentos-em-saude&catid=87](http://conselho.saude.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1055:o-sus-nao-pode-morrer-assine-contra-a-reducao-de-investimentos-em-saude&catid=87). Acesso em: 30 ago. 2020.

Único de Saúde.

Ainda, o fato de a Administração Pública contratante fixar os preços previamente, acaba por evitar acordos entre fornecedores, gerando economia nas compras e a consequente otimização e maximização dos recursos públicos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências inter-governamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei nº 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**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.034, de 05 de Maio de 2010. **Dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt1034\\_05\\_05\\_2010\\_rep.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt1034_05_05_2010_rep.html). Acesso em: 20 ago. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Estado Democrático de Direito como Princípio Constitucional Estruturante do Direito Administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul/dez. 2016.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS Lenir. **Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e 8.142/90)**. 4. ed., Campinas: Editora da UNICAMP, 2006.

COSTA, Tágori Figueiredo Martins; OLIVEIRA, João Rezende Almeida. *Instituições de Direito Público e Privado*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2010. Disponível em: <https://canal.cecierj.edu.br/recurso/13810>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CNS. Conselho Nacional de Saúde. **Rejeitar a PEC 241/2016 para salvar o SUS e a Seguridade Social**. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/ultimas\\_noticias/2016/docs/06jun27\\_REJEITAR\\_A\\_PEC\\_241.pdf](http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2016/docs/06jun27_REJEITAR_A_PEC_241.pdf). Acesso em: 18 ago. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed., São Paulo: Dialética, 2012.

MATO GROSSO. Secretaria de Estado de Saúde. **Guia do usuário: Sistema Único de Saúde em Mato Grosso**. MÜLLER NETO, Júlio Strubing (org.). Cuiabá: SES, 2002. Disponível em: <http://www.saude.mt.gov.br/arquivo/2899>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Edi-

tores, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: [https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO\\_CONSTITUCIONAL-1.pdf](https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pdf). Acesso em: 20 ago. 2020.

MÜLLER NETO, Júlio Strubing. **A relação entre democracia, descentralização e políticas de saúde no Brasil: atualização do debate e estudo de caso em uma perspectiva comunicativa**. 2010. 321 f. Tese (Doutorado): Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/14459>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Círculo do Livro. Best Seller, 1999. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/FMI.BMNov%-C3%ADssimo-Dicion%C3%A1rio-de-Economia.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 e. São Paulo: Malheiros Editores, 1988.

STN. Secretaria do Tesouro Nacional. **Gasto Social do Governo Central 2002 a 2015**. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.files.wordpress.com/2016/07/gasto-social-governo-central.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

## 11. TELETRABAJO Y DIGITALIZACIÓN: OPERATIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA<sup>1</sup>

**Francisco de Jesús Cepeda Rincón**

Profesor de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestro en Ciencias Políticas y Doctor en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Colaborador del Cuerpo Académico “Administración Pública y Derecho Financiero”. Director de Investigación en Paso de Esperanza AC. Correo: fcojesuscepeda@gmail.com – <https://orcid.org/0000-0002-4939-7702>.

**Nancy Nelly González Sanmiguel**

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel candidato. Líder del Cuerpo Académico Administración Pública y Derecho Financiero. Correo: nancygonsa09@hotmail.com – <https://orcid.org/0000-0001-9589-2192>.

**Guadalupe Friné Lucho González**

Profesora de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Coordinadora programas en la asociación Paso de Esperanza AC. Licenciada en Filosofía y Humanidades. Maestra en Ciencias Políticas. Doctora en Derecho Constitucional y gobernabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Coordinadora del Centro de Investigaciones Jurídicas Martínez Arrieta. Correo: frinelucho@gmail.com – <https://orcid.org/0000-0002-4172-3921>.

**Sumario:** 1. Consideraciones iniciales; 2. Teletrabajo; 3. Digitalización; 4. Los actos administrativos en el teletrabajo y en la digitalización de la administración pública; 5. Consideraciones finales; Bibliografía.

### 1. CONSIDERACIONES INICIALES

Hace menos de 5 años la prospectiva mundial con respecto al teletrabajo y la digitalización de muchos procesos aun manejaba un margen de 15 años, en el cual ciertos trabajos y servicios se irían mudando poco a poco de la modalidad presencial a la remota, y aun un periodo mayor para que muchas de las formas de trabajo que se conocen en la actualidad desaparecieran o fueran sustituidas de manera total o parcial por la automatización de labores.

Esta prospectiva se ha visto modificada ampliamente por la pandemia provocada por el virus SARS Cov2, ya que a raíz de las afectaciones producidas y el riesgo de contagio, sobre todo de personas con comorbilidades, la rea-

<sup>1</sup> Este artículo se realiza en el marco del proyecto “La Administración Pública Centralizada del Estado de Nuevo León como modelo de buen gobierno en el marco de las TIC’s” aprobado por PROMEP para el Cuerpo Académico “Administración Pública y Derecho Financiero” con Clave UANL-CA-450.

lidad de muchas personas y en general de todos los países ha cambiado, pues la propia pandemia propició que manifestara la utilidad del teletrabajo como una cuestión de necesidad y urgencia, provocando que los cambios se dieran de manera acelerada y poco planificada para poder continuar la operación de muchas de las actividades otrora presenciales.

Si bien, en muchos países del mundo hubo cierres totales, las actividades esenciales de los Estados continuaron y con ello se presentó el gran reto de modificar la forma de trabajo de las administraciones públicas para seguir brindando los servicios propios de su actividad, así como para digitalizar de manera expedita algunos de los servicios que se consideran urgentes y esenciales, que deben por su naturaleza ser satisfechos a la brevedad para evitar posibles afectaciones a los derechos e intereses de los gobernados.

La importancia de que se mantuviera en operatividad a la Administración Pública durante la emergencia sanitaria, se encuentra estrechamente relacionada con que la inactividad de la administración pública puede provocar grandes violaciones a derechos humanos y afectaciones serias en la calidad de vida de los ciudadanos, sin embargo, las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades competentes también exigen que muchas de las actividades se hagan en aforos con menos concurrencia de la habitual, con menos personal y con protecciones personales en torno a los servidores públicos que las brindan.

La reapertura de actividades tras la implementación del semáforo epidemiológico no mejoró la situación de la Administración Pública con respecto al cumplimiento de los trámites que ella brinda, ya que, el sistema presencial no se ha dado abasto en este rubro y el teletrabajo aun no cuenta con la infraestructura necesaria para poder realizarlo a distancia, lo que implica largas esperas para poder presentar ciertos trámites o dificultades para que ciertos grupos en riesgo se presenten en las oficinas para realizarlos.

A lo anteriormente mencionado se le suman las dificultades propias de operacionalizar la digitalización de todos los servicios y trámites, pues existen algunos, que incluso por las formalidades que llevan los mismos y las carencias tecnológicas no se han digitalizado, así como el poco dominio de las Tecnologías de la Información, Comunicación, Conocimiento y Aprendizaje Digital (TICCAD) muestran un rezago en general en las administraciones, sin contar con que no toda la población tiene acceso a internet y computadora para los trámites que sí se pueden llevar en línea, por lo que “las brechas de acceso, asequibilidad y velocidad de redes profundizan las desigualdades y vulnerabilidades de la población”<sup>2</sup>.

2 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). **Séptimo Informe Especial de una serie que elabora la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre la evolución y los efectos de la pandemia de COVID-19 en América Latina y el Caribe**. Consultado en: [https://issuu.com/ciapem/docs/cepal\\_universalizartice](https://issuu.com/ciapem/docs/cepal_universalizartice)

Existen así dos líneas que buscan procurar que se cumplan con las obligaciones de la Administración Pública, por un lado, encontramos el despliegue para que se instaure una especie de teletrabajo y por otra encontramos el inicio de la digitalización y automatización de muchos de los trámites administrativos, estas dos líneas representan en sí mismas diversas naturalezas y problemas que en este trabajo estaremos abordando, pero también formulaciones en las cuales ambas modalidades tienen repercusiones entre sí, ya que como menciona Marín Alonso:

Son numerosos los pronósticos o advertencias que sobre el empleo futuro pueden acarrear la digitalización e innovación y las tecnologías de la información y comunicación. La doctrina especializada aporta opiniones catastrofistas – pérdida de empleo masivo- o, por el contrario, liberadoras para el trabajador – percepción de rentas universales sustitutivas del salario-15, pasando por las posturas intermedias que entienden que las tecnologías sólo harán más duro el trabajo para las personas en la medida que las condiciones de trabajo estarán sometidas a mayor control<sup>3</sup>.

## 2. TELETRABAJO

La tecnología ha sido un factor determinante para este siglo pues ha modificado y presentado grandes cambios sociales, en particular a lo referente en cómo se lleva a cabo el uso y la implementación de la tecnología y cómo se dan con ella cambios dentro de las labores de la Administración Pública, en particular, cómo la misma tiende hacia la digitalización.

Ahora bien, como mencionamos anteriormente, la pandemia por COVID-19 llevó a grandes cambios que no estaban previstos y que se dieron de manera circunstancial y en donde, las cuestiones laborales tomaron relevancia, en tanto que se tuvieron que buscar alternativas a través de las cuales se pudiera seguir laborando, manteniendo la sana distancia y procurando las medidas sanitarias previstas para la contención del virus, a esta modalidad implementada se le ha denominado de diversas manera tales como teletrabajo, trabajo distancia, *home office* o trabajo en línea.

Y si bien no es una manera nueva, pues existe como posibilidad desde la expansión tecnológica, esta forma de trabajo se ha ampliado desde el inicio de la pandemia por COVID-19, pues se consideró la manera de continuar con las actividades económicas esenciales, así como para dar funcionalidad a la Administración Pública a pesar de las restricciones sanitarias que existen.

La forma de migrar a la modalidad en línea se estaba realizando de una manera paulatina, pero a consecuencia del decreto publicado en el Diario Oficial

3 MARÍN ALONSO, Inmaculada. Digitalización e innovación tecnológica en la Administración Pública: la necesaria redefinición de los derechos de los empleados públicos. **Temas Laborales**, núm 151/2020, pp. 373-396.

de la Federación<sup>4</sup> en México con las limitaciones a la circulación y la reunión de personas, se hizo una migración masiva y apresurada al modelo en línea, para poder con ello continuar con la prestación de los servicios y de las actividades por parte de la Administración Pública, es decir, se tuvo para garantizar el continuado funcionamiento de muchos aspectos de la vida que recurrir a uso de la tecnología y se tuvo que adecuar o llevar ciertos procesos al mundo digital.

En Nuevo León, por ejemplo, se contempla la estructura de la Administración Pública en la Ley Orgánica de la Administración Pública para el Estado de Nuevo León, publicada en el diario oficial el 2 de octubre de 2009; en ella se estructura la división de la misma y se establece que en la Administración Pública “deberán conducir sus actividades en forma planeada y programada, con base en los objetivos, políticas y prioridades que establezca el Gobierno del Estado”<sup>5</sup>, y si bien se plantea la forma en cómo se deberán ejercer las actividades propias de la Administración Pública, no se limitan las herramientas tecnológicas, ni las formas en las cuales se puede llevar a cabo dicha actividad, lo que resultó primordial para poder seguir generando actos administrativos necesarios a favor de los ciudadanos siguiendo las limitaciones decretadas durante la emergencia sanitaria.

Ahora bien, dentro de la Ley de Servicio Civil del Estado de Nuevo León, se designa quiénes tienen la calidad de trabajadores dentro de la Administración Pública del Estado, pero aun no se contemplan cuestiones específicas en torno al teletrabajo de los mismos, pues no se han establecido hasta el momento protocolos para realizar el trabajo a distancia, ni procedimientos que especifiquen cómo se deberá de llevar a cabo el trabajo cuando es necesario que la documentación y/o expedientes oficiales con categoría de reserva tengan que ser transportados al domicilio del servidor o funcionario público.

Resulta manifiesto que es necesaria una regulación del propio teletrabajo de los servidores y funcionarios públicos, ya que sus funciones dentro del Estado, como bien sabemos son actos administrativos que acarrear consecuencias jurídicas y que deben de contar con las condiciones necesarias que les den validez y legitimidad. Las obligaciones de los funcionarios y servidores deben de estar

---

4 Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2., se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 31 de marzo de 2020, en el cual se estableció como acuerdo la suspensión de actividades no esenciales, menciones que esta sería todas aquellas que no estaban directamente relacionadas para combatir la emergencia, seguridad pública, los sectores fundamentales de la economía financiera aclarando cuales son los que se entendiéndose como tal, todas aquellas que ayudan a programas sociales, se contemplo este decreto por el termino de un mes, el cual se fue ampliando hasta el mes de Agosto del 2020, que ampliaron las actividades que se pueden ejercer pero aun no se ha podido recuperar las actividades que se realizan por parte de la Administración Pública del Estado de Nuevo León.

5 Ley Orgánica de la Administración Pública para el Estado de Nuevo León, artículo 13. Consultada en: [http://www.hcnl.gob.mx/trabajo\\_legislativo/leyes/pdf/LEY%20ORGANICA%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf](http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/LEY%20ORGANICA%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf)

sujetas a protocolos específicos en el rubro del trabajo a distancia, pues a pesar de los tibios intentos de digitalizar la Administración Pública, la pandemia ha demostrado que se requieren de marcos específicos que permitan a estos trabajadores del Estado trabajar fuera de la dependencia de gobierno como lugar físico.

Fruto de la necesidad se tuvo que buscar una solución a favor de la efectividad de la administración pública y se comenzó a trabajar de manera remota sin contar todavía con alguna regulación precisa dentro de la Administración Pública del Estado de Nuevo León, y si bien, como mencionamos anteriormente, no existe una limitación sobre este rubro, no en todas las áreas se permite realizar este tipo de trabajo, debido a que, no se cuentan con las herramientas tecnológicas y los datos necesarios digitalizados, ya que actualmente estamos en una transición de una Administración Pública de manera presencial a la digitalización, que no ha concluido ni concluirá pronto.

Y si bien, la digitalización en algunos rubros es un avance y tiene muchas facilidades en la prestación de los servicios públicos y de las gestiones, el factor humano es algo importante a tomar en cuenta, en tanto que el teletrabajo reconfigura precisamente el cómo y dónde se debe de trabajar. El teletrabajo implica entonces una redefinición del sujeto con respecto a su actividad, así como las características, obligaciones de quienes están implicando dentro de esta relación pero no están contemplando en particular aquellos que laboran dentro de la Administración Públicas. En ese sentido

Evidentemente, la condición necesaria, si bien no suficiente, para desarrollar teletrabajo es disponer de una adecuada conexión desde el hogar. La conexión, además, debe tener una calidad suficiente para soportar el flujo de datos que suele ir asociado al teletrabajo. Esa conexión es posible realizarla por redes fijas o móviles de alta calidad<sup>6</sup>.

Al respecto del teletrabajo se ha estado construyendo la implementación de dicha regularización, algo cercano que tenemos es el acuerdo general 15/2019, del pleno del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León<sup>7</sup>, por el que se expide el reglamento para el sistema de teletrabajo, en él se establece que debido a las condiciones sanitarias operantes, pero también debido a los avances que existían en el Poder Judicial en la digitalización, en específico en materia administrativa, se aplicarían los juicios y trámites en línea.

La construcción de las definiciones en torno al teletrabajo se ha dado de acuerdo al progreso y prospectiva que ha tenido la Organización Internacional del Trabajo, que contemplando la problemática y los acuerdo tomada por

6 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Diego. Teletrabajo, acceso a Internet y a poco a la digitalización en el contexto del COVID-19. **Apuntes**. 2020/08. Obtenido: [http://documentos.fedea.net/pubs/ap/2020/ap2020-08.pdf?fbclid=IwAR3EDXI\\_9OPgCSMdf2GTixX5sHcMY9f1TwJq7hcE\\_ICh2BOi1TwKrploH7U](http://documentos.fedea.net/pubs/ap/2020/ap2020-08.pdf?fbclid=IwAR3EDXI_9OPgCSMdf2GTixX5sHcMY9f1TwJq7hcE_ICh2BOi1TwKrploH7U)

7 ACUERDO GENERAL 15/2019, DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, POR EL QUE SE EXPIDE EL REGLAMENTO PARA EL SISTEMA DE TELETRABAJO. [http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia\\_2015/Archivos/AC\\_0001\\_0004\\_0167586-0000001.pdf](http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC_0001_0004_0167586-0000001.pdf)

Marco Europeo, comenzaron a establecer lineamientos generales en torno al trabajo a distancia.

En México es la Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputado dentro de la Legislatura número LXIII, quienes señalaron tomando la definición externa señalaron que el teletrabajo es como una forma de organización del trabajo con las siguientes características:

- a) el trabajo se realiza en un lugar distinto del establecimiento principal del empleador o de las plantas de producción, de manera que el trabajador no mantiene un contacto personal con los demás colegas de trabajo, y
- b) las nuevas tecnologías hacen posible esta separación al facilitar la comunicación.<sup>8</sup>

Así mismo dentro de ese apartado se concluye que no hay una conceptualización definitiva de teletrabajo, lo anterior por la diversas causas que se pueden presentar y las diferentes modalidades que se pueden generar, pues “el teletrabajo puede realizarse «en línea» (con una conexión informática directa) o «fuera de línea», organizarse de manera individual o colectiva, constituir la totalidad o una parte de las tareas del trabajador, y ser ejecutado por trabajadores independientes o trabajadores asalariados”.<sup>9</sup>

Al respecto del teletrabajo en la Administración Pública, podemos encontrar que dentro del artículo 7 de la Ley del Servicio Civil del Estado De Nuevo León se establece que: “los casos no previstos en esta Ley o sus reglamentos se resolverán de acuerdo con las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, aplicadas supletoriamente, y en su defecto, atendiendo a la costumbre, al uso, a los principios generales de derecho, y en último extremo a la equidad”<sup>10</sup>, lo que a su vez nos lleva al análisis de la Ley Federal de Trabajo que define el trabajo a domicilio como aquel que “se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por el, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo. Será considerado como trabajo a domicilio el que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación”<sup>11</sup>, esto nos con lleva a pensar en este tipo de trabajo, pero no contempla en totalidad las características ni las funciones que ejerce la Administración Pública en específico.

Por lo tanto, se tendrá que examinar la regulación y los requisitos para

---

8 Organización Internacional del Trabajo. **Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicio de tecnología y las comunicaciones (TIC) y financieros**. Consultado en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed\\_dialogue/—sector/documents/publication/wcms\\_531116.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_dialogue/—sector/documents/publication/wcms_531116.pdf)

9 *Ibidem*

10 **Ley del Servicio Civil del Estado De Nuevo León**.

11 **Ley Federal de Trabajo** artículo 311. Consultado en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125\\_020719.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_020719.pdf)

operar el trabajo a distancia debido a que sólo desde el punto del teletrabajo se deberán de buscar formas de comprobación de la jornada laboral, la fijación de actividades y funciones que se tiene cumplir para demostrar la constancia del trabajo, lo que implica nuevas reglas de comportamiento tales como la aplicación de la confidencial, debido a que hora se tendrá información dentro de su hogar o donde se encuentre el funcionario o servidor público sin tener la confiabilidad o seguridad que dicha información no se ha divulgada, extraviada o robada, esto constituye un factor en el que se debe poner cuidado, no sólo en el trabajo, sino en la digitalización, ya que implica finalmente la protección adecuada de datos.

No cabe duda de que será este uno de los grandes retos del teletrabajo y la digitalización aplicado a las Administraciones Públicas, ya que tradicionalmente el manejo de datos se daba dentro de las dependencia para su protección, por lo que, resulta necesario establecer medidas de seguridad, y parámetros que permitan que por un lado esta información pueda llegar a estar abierta al público, velando por la información privada de los usuarios.

No cabe duda, que Administración Pública se dirige hacia la digitalización y el gobierno abierto, pero antes de la pandemia esto se hacía sin concebir la implementación de trabajo a distancia, por lo que ha sido un gran reto hacerle frente a jornadas laborales en línea, el establecimiento de límites de la jornada laboral en un ambiente de conexión 24/7, y que ha implicado la búsqueda de regulación del propio teletrabajo, que en caso de la Administración Pública, como hemos mencionado requiere de capacidad legal para ejercer el trabajo a distancia, velando por los actos administrativos y la propia justicia administrativa.

### 3. DIGITALIZACIÓN

No debemos confundir el teletrabajo con la digitalización, ya que si bien ambos procesos pueden ir de la mano, se refieren a categorías diferentes que es necesario analizar para poder entender los grandes cambios que ha traído la inclusión de las TIC's en ambos rubros. Como se explicó en el apartado anterior el teletrabajo es el llevar las actividades que se realizaban en el marco de un lugar físico a que las mismas actividades se hagan a distancia, casi siempre desde el hogar. La digitalización por otra parte, es aquel proceso mediante el cual se realiza la tarea de conversión de un formato en papel al formato digital, en la Administración Pública con el fin de "facilitar las gestiones públicas al ciudadano a través de la implantación de aplicaciones on line que favorecen la comunicación con la Administración Pública desde cualquier punto y lugar que tenga acceso a internet mediante móvil u ordenador con conexión"<sup>12</sup>.

La digitalización es pues, el proceso mediante el cual, los trámites admi-

---

---

12 MARÍN ALONSO, Inmaculada. *Op. Cit.*

nistrativos migran de modalidad, no el trabajador, y en el cual se despliega una amplia gama de medios electrónicos y digitales con el fin de que desde un acceso remoto se pueda llevar a cabo un trámite sin necesidad de presencialidad e implica la creación de aplicaciones y medios digitales a través de los cuales los ciudadanos pueden acceder a ciertos trámites y servicios.

La digitalización en sí misma representa un cambio en la estructura y organización de la Administración Pública, ya que por su naturaleza se modifica la forma en que se recopilan, se procesan y el cómo puede ser utilizada la información<sup>13</sup>, lo que lleva a que se puedan realizar grandes reformas en el diseño e implementación de políticas públicas, ya que:

En la actualidad, los gobiernos tienen acceso a mejores datos. La digitalización permite almacenar más información y darle seguimiento a través de registros electrónicos, enlaces de registros de datos entre diferentes partes del gobierno y mayor capacidad para manejar y analizar grandes grupos de datos. Gracias a estos nuevos datos y estas nuevas capacidades, los sistemas mejoran<sup>14</sup>.

Esto a llevado a la configuración de lo que conocemos como Gobiernos digitales, que son aquellos que por medio de la aplicación de las tics buscan representar y rediseñar los procesos públicos, lo que debe de traducirse en simplificación de los procedimientos, apertura de canales de comunicación y mayor participación ciudadana.

La transición del gobierno en papel a el establecimiento del funcionamiento electrónico del sector público comenzó en México con la implementación de la política *Gobierno Cercano y Moderno*, que pretendía:

Garantizar el acceso a la información y a la protección de los datos personales, fomentando la rendición de cuentas.

Establecer una Estrategia Digital Nacional para fomentar la adopción y el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, e impulsar un gobierno eficaz que inserte a México en la Sociedad del Conocimiento.

Consolidar un gobierno que sea productivo y eficaz en el logro de sus objetivos, mediante una adecuada racionalización de recursos, el reconocimiento del mérito, la reproducción de mejores prácticas y la implementación de sistemas de administración automatizados<sup>15</sup>.

Como se puede observar, la administración pública federal tenía la firme intención de ir construyendo una Estrategia Digital para que funcionara

---

13 GUPTA, Sanjeev; KEEN, Michael; SHAN, Alpa, VERDIER, Geneviève. *Revoluciones digitales en las finanzas públicas*. Fondo Monetario Internacional. 2017. Consultado en: [https://www.elibrary.imf.org/view/IMF071/24304-9781484315224/24304-9781484315224/binaries/9781484315224\\_Digital-Revolution\\_Spanish\\_Excerpt.pdf?redirect=true](https://www.elibrary.imf.org/view/IMF071/24304-9781484315224/24304-9781484315224/binaries/9781484315224_Digital-Revolution_Spanish_Excerpt.pdf?redirect=true)

14 Ibidem.

15 **Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018.**

en México un gobierno digital, sin embargo, uno de los primeros retos fue la digitalización que en una primera fase implica la tarea de convertir el formato de papel al formato digital y la construcción de bases de datos en la nube que contribuyan a formar el *big data*<sup>16</sup> y dando pasos a un gobierno adicionalmente de datos abiertos.

La digitalización en sí misma representa una serie de ventajas y retos en el funcionamiento interno y externo de la propia administración pública que deben de ser tomadas en cuenta para poder comprender qué es lo que pasa cuando existe un gobierno digital, entre las ventajas encontramos:

- Reducción de tiempos de espera,
- Eliminación de tareas manuales para los empleados públicos,
- Los usuarios pueden realizar o acceder a servicios en cualquier momento o lugar siempre que cuente con internet y dispositivo,
- La consulta de la información puede darse por parte de cualquier persona, siempre y cuando se configure como datos abiertos, lo que contribuye a la transparencia de la Administración Pública,
- Se economizan recursos,
- La optimización de servicios,
- Puede llegar a ser una ruta sostenible para el trabajo de la Administración Pública.

Dentro de los retos de la digitalización encontramos cuestiones técnicas, pero también cuestiones que requieren de ser reguladas para su buen uso, ya que:

- La operatividad es complicada, requiere de rutas bien trazadas para lograr establecer procesos claros y eficientes,
- Las aplicaciones e interfaces deben de ser sencillas para que cualquier persona pueda usarlos,
- Existen aún- hoy, brechas de seguridad que deben de ser veladas,
- El uso de datos personales dentro de estos procesos debe de ser protegido,
- Se debe de buscar regulaciones que permitan y /o contemplen una migración más ágil al modelo digital.

La adopción del modelo digital y la digitalización de muchos de los servicios y funciones de la Administración pública se había dado con parsimonia,

---

16 Se conoce como *Big data* a un conjunto de archivos de información que se caracteriza por un volumen amplio, con variedad dentro del mismo, y que requiere ser procesado, por su parte el *Open Data* o datos abiertos hace referencia a la información que es pública, es decir que puede ser consultada por distintos agentes a los que la emiten, la misma se relaciona con la búsqueda de transparencia e involucramiento ciudadano.

sin embargo, es la crisis desencadenada por la pandemia de COVID-19 la que obligó a la Administración Pública mexicana tanto local como federal a responder a la crisis con agilidad, haciendo uso de tecnologías digitales y uso de datos estratégicos, que permitieran que los servicios públicos continuaran a pesar de los límites a la movilidad o los cierres totales y parciales que se dieron en el país. En ese sentido:

To ensure service continuity and responsiveness to the pandemic during lockdown, public sector organisations had to rely on digital identity systems, shared infrastructure and common services, and on greater access to and sharing of government data. In this context, being able to count on a qualified public sector workforce proved being crucial to facilitate this transition and support the uninterrupted provision of services while managing associated risks. Governments that had invested in sound digital governance, policy levers and skills, were better prepared to leverage digital technologies and data to provide rapid and effective responses to the COVID-19 outbreak. Similarly, the pandemic has spurred governments to intensify the digitalisation of public sectors to support the design of sustainable recovery policies and initiatives – for instance by developing new ways of engaging with communities to better understand and meet their needs. Strategic decisions taken today to strengthen digital government will not only underpin recovery measures, but will also pave the way for the agility and resilience of the public sector in the future<sup>17</sup>.

Como se puede observar de lo anterior, puede llegar a existir una relación entre el teletrabajo y la digitalización de la administración pública, pero es muy importante que se tenga claro, que se tratan de conceptos diferentes, que como ya hemos señalado terminan por afectar de muchas maneras entre sí, además de que en el contexto de la administración pública ambos supuestos generan actos administrativos que tienen que ser observados y estar sujetos bajo las leyes propias de la Administración Pública, la responsabilidad de los servidores y los procedimientos administrativos.

#### 4. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL TELETRABAJO Y EN LA DIGITALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Un régimen específico sobre el teletrabajo de los servidores públicos resulta relevante no sólo en la esfera del derecho del trabajo, en tanto que ahí se contempla como una forma de reducción de movilidad y tiempos de viaje, o como una alternativa que puede mejorar calidad de vida en tanto impulsa equilibrio de la vida laboral y la privada y a su vez contempla y debe de regular los efectos negativos que el mismo pueda tener como lo son el aumento de las horas de trabajo, problemas para mantener el equilibrio entre la vida laboral y

17 OCDE. **Digital Government Index: 2019 results**. Consultado en: <https://imgcdn.larepublica.com/cms/2020/10/16152336/Ocde-gobierno-digital.pdf>

la privada (paradójicamente), y tecnoinvasión, sino también desde el punto de vista administrativo, ya que una reestructuración del sector público requiere de grandes esfuerzos y estrategias de introducción de tecnologías y la digitalización y/o la reorganización del trabajo de manera parcial o completa

Como se ha mencionado ya, la Administración Pública tiene como tarea gestionar y administrar los bienes públicos y hacer tutela de los bienes jurídicos que le son propios, para ello debe de seguir procesos administrativos precisos, ya que de la forma de llevar su actuación administrativa se derivan consecuencias jurídicas. Como menciona

Considerando que a atuação administrativa deve ocorrer de forma organizada e ordenada, o que necessariamente impõe à Administração Pública a necessidade de instaurar processos administrativos – de diversas espécies e complexidade – para legitimar e validar a prática do ato administrativo perante o ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que esse caminho a ser percorrido pela Administração até a concretização do ato carrega especial importância aos cidadãos. É dizer: o equívoco no caminho tomado pode significar a nulidade e a falta de legitimidade do ato final, sendo extremamente importante que o cidadão possa participar desse processo<sup>18</sup>.

La administración tiene tareas, pero la ley no contempla formas específicas en cómo deben de ser realizadas, en ese sentido, bien los actos administrativos pueden darse desde la modalidad del trabajo, pero para que ello ocurra y no se dé una falta de legitimidad o nulidad de los propios actos se requiere de marcos jurídicos específicos que permitan a los servidores públicos seguir laborando.

Otro de los puntos neurálgicos que deben de resolverse en este rubro es el de la discrecionalidad de los actos administrativos, en tanto que, la labor remota, permite que se dé mayor discrecionalidad, puesto que “la tecnología de la información y comunicación plantea también otras cuestiones relativas a las condiciones de trabajo en el empleo público y al carácter neutro de la misma”<sup>19</sup>.

Como ya mencionamos, resulta necesario tener muy en cuenta de que existe una gran diferencia entre hablar de la digitalización de la Administración Pública y el teletrabajo, sin embargo ambas repercuten entre sí, ya que por ejemplo:

se podría aducir que la digitalización tiene ventajas significativas para los empleados públicos: ya no tienen que realizar trabajos monótonos o aburridos, y pueden trabajar con más libertad de horarios y ubicación, lo que a largo plazo tendrá como resultado menos casos de síndrome de “boreout” (aburrimiento crónico en el trabajo) o de “burnout”, ya que tendrán más oportunidades de lograr un equilibrio entre la vida laboral y la privada<sup>20</sup>.

18 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. **Direito Administrativo Contemporâneo. Diálogos Brasil e México**. Habitus Editoria, Florianópolis, 2020, p. 132.

19 MARÍN ALONSO, Inmaculada, *Op. Cit.*

20 HEIRBAUT, Isabo. El empleado público frente a la máquina: ¿Está afectando la digitalización al bie-

O el hecho de que la digitalización es, la que permite que los empleados públicos tengan acceso a la información y materiales necesarios para realizar sus labores sin estar sujetos a un lugar fijo, esto permite a su vez, trabajar en espacios u horarios distintos a los regulares, y aunque puede implicar eficiencia en el trabajo, también acarrea constantes preguntas de cómo la Administración Pública deberá de establecer un régimen de actos y actuaciones administrativas en la Nueva Normalidad, en donde resulta vital que la Administración siga haciendo su trabajo, pero que lo haga en un marco de respeto a los derechos humanos y medidas sanitarias que provea a la esfera jurídica administrativa una exacta observancia de la ley.

La operatividad de la Administración Pública en el marco de la digitalización y el teletrabajo devendrá en diversos cambios que requieren ser ajustados y contemplados por el Derecho Administrativo, pues sin ello será muy complicado no ya la incorporación de las TICCAD, sino la operatividad en el marco de un régimen administrativo claro donde por ejemplo sea posible lograr la extinción de actos administrativos contrarios a derecho, ya que:

la ejecutividad del acto administrativo deriva de su carácter público, es decir, de la posibilidad de que la administración pública provea a la realización de sus propias decisiones; característica que se constituye en una virtual potestad imperativa o de mando, con la que está investido todo órgano administrativo público, y su apoyo radica en el hecho de que en la acción ejecutiva se busca satisfacer las necesidades de interés general de la colectividad, cuya realización no admite demora<sup>21</sup>.

Adicionalmente a ello se habrá de resolver si se optará por un modelo digital en su mayoría, un modelo híbrido entre digitalización y automatización de los servicios y funciones públicas con el teletrabajo o si se optara por la automatización digital de la Administración, cualquiera de los tres panoramas plantea necesarios ajustes en el marco del Derecho Administrativo.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

La pandemia puso de manifiesto muchas cosas, entre ellas los grandes retos que tienen los gobiernos y las administraciones para lograr seguir en funcionamiento en condiciones fuera de las normales. La Nueva Normalidad no representa un retorno a lo que se era antes de la pandemia, sino que representa una oportunidad en la cual se puede reinventar o establecer nuevos modelos que permitan ser más eficientes, eficaces e incluso más humanos.

---

nestar de los empleados públicos?. *Revista General de Derecho del trabajo y la seguridad social*. Consultado en: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=422037&d=1](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422037&d=1)

21 **Tesis: 1a. CCXVI/2017 (10a.) ACTOS ADMINISTRATIVOS. EL ARTÍCULO 34 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DEL ESTADO DE MÉXICO QUE LOS PRESUME LEGALES, NO VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE REGLA PROBATORIA.**

Para que se dé un cambio verdadero, tenemos que preguntarnos ¿de verdad las Administraciones Públicas mudaron su modelo con éxito? ¿existe un modelo digital o solo un traslado del modelo presencial en línea?

No cabe duda que muchos países llevan mucho tiempo buscando e implementando modelos en donde se incorporen las TICCAD a sus administraciones a favor de la eficacia y eficiencia de estas organizaciones, pero el modelo al que se llegó con la pandemia nos pide un análisis preciso de las tecnologías aplicadas, de si la eficacia, eficiencia, la mejora de servicios públicos, deslocalización y atemporalidad funcionan en un modelo donde la digitalización se hizo precisa y el teletrabajo una realidad no buscada.

No podemos dejar de pensar en que si bien la digitalización es necesaria y ha resultado primordial para que se diera la continuación de labores administrativas, para la construcción de un gobierno digital y de datos abiertos existe la realidad y posibilidad inminente de un cambio de paradigma en el trabajo dentro de las Administraciones en las cuales se puede dar un adelgazamiento burocrático con la aplicación de software, lo que a la larga marca el cambio en la forma de la producción de las actividades económicas y la forma de participación de la Administración con los ciudadanos.

Los cambios en ese sentido deben de ser planificados, romper las estructuras organizacionales puede acarrear incertidumbre y la perdida de gran parte del factor humano y la conectividad necesaria en las administraciones, sin embargo, el teletrabajo es una realidad y requiere de las herramientas tecnológicas necesarias que solo pueden ser brindadas por la digitalización de procesos administrativos.

La Nueva Normalidad requiere de marcos normativos específicos que velen por los actos administrativos y que contemplen la propia modalidad digital unida al teletrabajo, dando así certidumbre jurídica sobre las actuaciones administrativas, pero que mantengan vivo el propio sentido de la labor administrativa del Estado.

## REFERENCIAS

Acuerdo general 15/2019, del pleno del consejo de la judicatura del estado de nuevo león, por el que se expide el reglamento para el sistema de teletrabajo.

Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). **Séptimo Informe Especial de una serie que elabora la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre la evolución y los efectos de la pandemia de COVID-19 en América Latina y el Caribe.** Consultado en: [https://issuu.com/ciapem/docs/cepal\\_universalizartic](https://issuu.com/ciapem/docs/cepal_universalizartic)

GUPTA, Sanjeev; KEEN, Michael; SHAN, Alpa, VERDIER, Geneviève. **Revoluciones digitales en las finanzas públicas.** Fondo Monetario Internacional. 2017. Consultado en: <https://www.eli->

brary.imf.org/view/IMF071/24304-9781484315224/24304-9781484315224/binaries/9781484315224\_DigitalRevolutions\_Spanish\_Excerpt.pdf?redirect=true

HEIRBAUT, Isabo. El empleado público frente a la máquina: ¿Está afectando la digitalización al bienestar de los empleados públicos? **Revista General de Derecho del trabajo y la seguridad social**. Consultado en: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=422037&d=1](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422037&d=1)

**Ley Federal de Trabajo**. Consultado en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125\\_020719.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_020719.pdf)

**Ley Orgánica de la Administración Pública para el Estado de Nuevo León**, artículo 13. Consultada en: [http://www.hcnl.gob.mx/trabajo\\_legislativo/leyes/pdf/LEY%20ORGANICA%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf](http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/LEY%20ORGANICA%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf)

MARÍN ALONSO, Inmaculada. Digitalización e innovación tecnológica en la Administración Pública: la necesaria redefinición de los derechos de los empleados públicos. **Temas Laborales**, núm 151/2020, pp. 373-396.

Organización Internacional del Trabajo. **Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicio de tecnología y las comunicaciones (TIC) y financieros**. Consultado en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_dialogue/-sector/documents/publication/wcms\\_531116.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/-sector/documents/publication/wcms_531116.pdf)

#### **Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018.**

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Diego. Teletrabajo, acceso a Internet y a poco a la digitalización en el contexto del COVID-19. **Apuntes**. 2020/08. Obtenido: [ttp://documentos.fedea.net/pubs/ap/2020/ap2020-08.pdf?fbclid=IwAR3EDXI\\_9OPgCSMdf2GTixX5sHcMY9f1TwJq7hcE\\_ICh2BOi1TwKrploH7U](http://documentos.fedea.net/pubs/ap/2020/ap2020-08.pdf?fbclid=IwAR3EDXI_9OPgCSMdf2GTixX5sHcMY9f1TwJq7hcE_ICh2BOi1TwKrploH7U)

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. **Direito Administrativo Contemporâneo. Diálogos Brasil e México**. Habitus Editoria, Florianópolis, 2020.

Tesis: **1a. CCXVI/2017 (10a.) Actos Administrativos**. El artículo 34 del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México que los presume legales, no vulnera el principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria.

# 12. LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO E AS ÁREAS PÚBLICAS: DAS ALTERAÇÕES DA LEI Nº13.465/2017 À NECESSIDADE DE REGRAMENTOS NA ORDEM LOCAL

**Evaldo José Guerreiro Filho**

Advogado, Especialista em Direito Público (CESUC) e aluno do curso de Mestrado do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. A função social da propriedade urbana e a lei local; 3. O loteamento frente a Lei de Parcelamento do Solo Urbano e a importância das áreas públicas; 4. A Lei nº13465/2017 e a instituição dos Loteamentos de Acesso Controlado; 5. A garantia do Direito à Cidade frente a aprovação de loteamentos de acesso controlado; 6. Considerações finais; Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei Federal nº 13.465/2017 alterou a lei de parcelamento do solo urbano (Lei nº6766/79) positivando no plano nacional uma nova categoria jurídica de loteamento, a qual nominou de loteamento de acesso controlado. Essa alteração veio em conjunto a criação de outro instituto, o condomínio de lotes, que foi incluído também na lei de parcelamento do solo urbano e no Código Civil.

Ainda que se trate de uma especificação nova de loteamento, as hipóteses e debates a respeito da possibilidade de existirem e serem realizados parcelamentos do solo urbano, com a qualidade de lotes autônomos, fática e/ou juridicamente e que pudessem ter seu acesso controlado, muitas vezes com muros, portarias, cancelas, etc., não é nova, como ocorria com o denominado “loteamento fechado”.

Por esse motivo e diante do intuito de vir respaldar uma situação de fato já existente, a Lei nº13.465/2017 precisa necessariamente ser interpretada dentro dos parâmetros legais e constitucionais atuais. É necessário absorver minimamente o significado da propriedade e sua função social dentro do espaço urbano, nos termos da Constituição Federal, para a partir de então compreender a categoria loteamento na lei de parcelamento do solo urbano (Lei 6766/1979), para, só então, avançar para a compreensão do loteamento de acesso controlado, absorvendo a integração do mesmo com a cidade, a partir das regras locais.

Essa compreensão jurídica, pretendida no presente texto, busca elaborar uma interpretação adequada, em um processo de construção e reconstrução

da cidade, em face a uma dinâmica contingente<sup>1</sup> frente ao instituto do loteamento de acesso controlado. Uma interpretação em face das demais normas existentes e da perspectiva que apresenta as cidades como entidades dinâmicas e vivas<sup>2</sup>, que são forjadas pela interação das mais variadas pessoas em seus cotidianos.

Desta forma, o norte pretendido como hipótese de trabalho faz com que a aplicação da regra jurídica, nesse caso, não seja apenas para regular um conflito individual ou para organizar uma atuação individual ou mesmo coletiva ou ainda em face da Administração Pública frente ao particular que pretende efetivar o instituto do loteamento de acesso controlado. A perspectiva de compreensão e aplicação do direito, no presente texto, volta-se aqueles que pretendem construir e reconstruir um espaço e um tempo da convivência humana, sobre determinados padrões pré-estabelecidos, buscando a meta de bem estar prevista no art.182, caput, da Constituição da República.

## 2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E A LEI LOCAL

A análise e conteúdo da propriedade urbana e de sua função social está alocada diretamente na Constituição da República<sup>3</sup>, art. 5º, XXII e XXIII, art. 170, II e III, em seu art. 182, ainda que se sua matriz estrutural se desenvolva a partir do Código Civil.

Mesmo com forte referência proveniente do Direito Civil e com toda uma trajetória balizada em condicionantes privatistas, é necessário reconhecer que o direito de propriedade urbana, em nosso ordenamento jurídico, alcança também referenciais do Direito Público, dada a forte integração constitucional do mesmo, forjada pela integração de uma necessária função social<sup>4</sup>.

Além disso, também impactam no conteúdo da propriedade imobiliária urbana a prescrição constitucional do art. 30, incisos I e VIII, em razão da prerrogativa constitucional de que cabe aos Municípios a execução da política urbana, sendo o principal instrumento desta os Planos Diretores (art.182, §1º, da CRFB) Estas normas garantem que o conteúdo da propriedade imobiliária urbana, deixe a exclusividade de identificação civil e receba também a conformação<sup>5</sup> urbanística.

Na legislação infraconstitucional, o marco elementar que alinha estas

- 
- 1 HARVEY, David. **Espaços de esperança**. 7ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p.301-302.
  - 2 ANDRADE, Leandro Teodoro. **Manual de Direito Urbanístico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil (Revista dos Tribunais), 2019, p.28.
  - 3 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.347.
  - 4 MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.174.
  - 5 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **op. cit.**, p.48-350.

referências e permite a compreensão e identificação da propriedade e de todas as suas relações com a cidade é a Lei Federal nº10.251/2001, o chamado Estatuto da Cidade.

Isso permite recordar que há anos a fonte fundamental de densidade conceitual da propriedade<sup>6</sup> tem sido a terra ou tudo aquilo que com ela e sobre ela é possível se conceber na qualidade de propriedade, ou seja, a propriedade imobiliária. Na perspectiva urbanística, a referência imobiliária da propriedade é balizador de inúmeras relações jurídicas, direta e indiretamente consideradas, ainda que outras tantas também estejam reguladas e gerem suas relações sociais, como é o caso das relações de mobilidade, de consumo de serviços, públicos ou privados etc.

Desta forma, é importante perceber que além do incremento normativo da função social da propriedade, a Constituição também caracteriza a propriedade urbana de acordo com seu reconhecimento espacial (art. 182 e 183 da CRFB), ou seja, a propriedade é caracterizada para fins de regulação legal e social, por meio das referências relacionadas ao âmbito local. Estes elementos identificam a importância da interação da propriedade com o meio em que se encontra<sup>7</sup>.

Assim, observa-se que a propriedade urbana não possui exatamente o mesmo conteúdo da propriedade tradicional regulada no ordenamento civilista. A propriedade urbana, mesmo que nucleada no Código Civil, recebe outras conformações legais distintas daquela, proveniente das normas de Direito Urbanístico, inclusive das normas locais, que são especificadas nos Planos Diretores e que prescrevem a função social da propriedade (art.182, §2º, da CRFB).

José Afonso da Silva leciona que a propriedade urbana é típico conceito de direito urbanístico, visto que o destino do solo nestes espaços é proveniente de função urbanística, culturalmente relacionada, passando a existir e a se definir a partir de regras e princípios urbanísticos<sup>8</sup>.

Dentro destes elementos de caráter urbanístico, a Constituição Federal determina que a propriedade urbana se adequa à sua função social quando segue os regramentos de ordem local (art. 30, I, e art. 182, §2º, da CRFB), ou seja, quando incorpora a relação imediata que possui com o espaço físico e geográfico a qual está inserida e com as relações humanas deste ambiente.

Quando isso ocorre e a função social da propriedade urbana é prescrita através de regras de âmbito local (art.182, §2º, da CF), percebe-se que a deter-

---

6 PEREIRA, Caio Máio da Silva. **Propriedade horizontal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p.14.

7 GUERREIRO FILHO, Evaldo José. A propriedade urbana e o direito de construir. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/325584/a-propriedade-urbana-e-o-direito-de-construir>. Acessado em 12.08.2020.

8 SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.78.

minação do conteúdo da propriedade deixa a esfera puramente civilista e se integra nas leis da Cidade, de cunho eminentemente urbanístico<sup>9</sup>.

O conteúdo do direito de propriedade incorpora a característica relacional e perde o absoluto<sup>10</sup>, e se condiciona no interior do ordenamento jurídico, sobretudo a partir de seus contornos constitucionais, que lhe concedem característica de direito subjetivo e de dever com a sociedade<sup>11</sup>.

Assim, a propriedade urbana passa a drenar seu conteúdo de diversas fontes normativas, que vão da ordem constitucional, até os regramentos infra-constitucionais presentes no âmbito local<sup>12</sup>.

### 3. O LOTEAMENTO FRENTE A LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E A IMPORTÂNCIA DAS ÁREAS PÚBLICAS

A Lei Federal nº 6766/79 prescreve específica que o parcelamento solo urbano<sup>13</sup> deverá ocorrer por meio de duas formas, ou por desmembramento ou por loteamento<sup>14</sup>. A própria lei conceitua como loteamento “(...) a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.” (art. 2º, §1º, da Lei nº 6766/79) e como desmembramento “(...) a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.” (art. 2º, §2º, da Lei nº 6766/79)

9 CARDOSO, Fernanda Lousada. Propriedade urbana no ordenamento brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41549>. Acessado em 12.08.2020, p.107.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI-MC nº2.213-0**, do Distrito Federal, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 23.04.2004.

11 GOMES, Daniela e DE PAULA, Andréa Correã. A funcionalização socioambiental da propriedade urbana e a especulação imobiliária. In MUSSI, Andréa Quadrado; GOMES, Daniela e FARIAS, Vanderlei de Oliveira. **Estatuto da cidade: os desafios da cidade justa**. Passo Fundo: IMED, 2011, p.119.

12 CARDOSO, Fernanda Lousada. **op. cit.** p.116.

13 Segundo José Afonso da Silva (2006, p.330) O *parcelamento urbanístico* do solo caracteriza-se por vários tipos de operações materiais juridicamente reguladas, que consistem na execução de planos de arruamento, planos de loteamento, em desmembramentos, em desdobro de lotes ou, ainda, em reparcelamento. Daí decorrem institutos que dão configuração à instituição do parcelamento, que são: o *arruamento*, o *loteamento*, o *desmembramento*, o *desdobro de lote* e o *reparcelamento*. (SILVA, José Afonso da. **op. cit.**, p.330)

14 Segundo Hely Lopes Meirelles “*Loteamento urbano* é a divisão voluntária do solo em unidades edificáveis (lotes), com abertura de vias e logradouros públicos, na forma da legislação pertinente. Distingue-se do *desmembramento*, que é a simples divisão de área urbana e urbanizável, com aproveitamento de vias públicas existentes. O loteamento e o parcelamento constituem modalidades de *parcelamento do solo*, mas apresentam características diversas: o *loteamento* é meio de urbanização e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba, que planeja a sua divisão e à submete à aprovação da Prefeitura, para subsequente inscrição no Registro Imobiliário, transferência gratuita das áreas das vias públicas e espaços livres ao Município e a alienação dos lotes aos interessados; o *desmembramento* é apenas repartição da gleba, sem atos de urbanização, e tanto pode ocorrer pela vontade do proprietário (venda, doação etc) como por imposição judicial (arrematação, partilha etc), em ambos os casos sem qualquer transferência de área ao domínio público.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.111.

A Lei nº6766/1979 também preceitua a identidade da propriedade urbana de acordo com a sua alocação no espaço, a denominando gleba ou lote, a primeira sendo a área a parcelar e a segunda sendo o seu resultado. Desta forma, a lei prevê o lote como sendo a parcela mínima de terreno com existência jurídica autônoma (art.2º, §4º, da Lei nº 6766/79) Por sua vez, José Afonso da Silva explica que “*Gleba* é a área que ainda não foi objeto de arruamento ou de loteamento.”<sup>15</sup>

A Lei nº 6766/1979, em seu art. 4º prescreve características mínimas e básicas para os loteamentos, sem os quais não poderão ser aprovados. E preceitua no seu §1º, a possibilidade do Município regular outras regras para o parcelamento do solo urbano em geral, de acordo com seu zoneamento, usos permitidos e índices estabelecidos, tanto para parcelamento quanto para a ocupação do solo.

Uma das características principais que distingue o loteamento do desmembramento é a regra do concurso voluntário, prevista no art. 22 da Lei nº 6766/1979. Esta regra estabelece que o loteador, no ato de registro do loteamento, transfere ao Município as áreas destinadas as vias, ruas e avenidas, às praças, aos espaços livres, às áreas verdes e às áreas resguardadas para equipamentos de uso público-institucional e urbano. Estas áreas públicas, por sua vez, já devem estar contempladas no projeto de loteamento e devem estar integrados aos Planos Urbanísticos do Município<sup>16</sup> ou diante de sua ausência, às diretrizes estabelecidas pelo Município, nos termos do art. 6º e 7º da Lei nº 6766/1979.

Segundo Oliveira, a ótica do planejamento urbano permite inclusive que o Município crie padrões e referências para a implantação de loteamentos de acordo com as necessidades que serão geradas a partir do adensamento populacional produzido na área loteada<sup>17</sup>.

Desta forma, as áreas públicas a serem destinadas com a implantação de loteamentos fazem parte da necessária integração do novo espaço constituído para moradia e/ou outras atividades humanas, com o restante da Cidade. Nesse sentido, Maria Silvia Zanela Di Pietro ensina que as áreas públicas mais do que possuírem uma função social, estão vocacionadas por primeiro para esta funcionalização, que se volta ao coletivo, diferente do que ocorre com a

15 SILVA, José Afonso. **op. cit.** p. 329.

16 Segundo José Afonso da Silva o plano de arruamento deverá estar integrado e subordinado aos planos urbanísticos municipais (plano diretor, plano de saneamento, plano de mobilidade urbana/sistema viário, parques lineares, etc). “O plano de arruamento, pelo visto, compreendem dois elementos básicos: (a) os *espaços livres*, destinados às vias de circulação, às áreas verdes e às áreas institucionais; (b) as *quadras*.” (SILVA, José Afonso. **op. cit.** p.336)

17 OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Novidades da Leis nº13.465, de 2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, julho/2017. Disponível em <http://www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 3.08.2020, p.6.

propriedade privada<sup>18</sup>.

Estas áreas públicas também denominadas de áreas institucionais são todas as áreas públicas de um loteamento destinadas a equipamentos urbanos e comunitários, áreas verdes, espaços livres de uso público, vias, praças e jardins, além das áreas destinadas aos edifícios públicos. Os equipamentos urbanos envolvem rede de energia elétrica, água potável, gás, internet etc., e os equipamentos comunitários relacionam-se aos equipamentos de educação, saúde, assistência social, esportes, cultura etc.<sup>19</sup>

Segundo José Afonso da Silva os espaços livres são os espaços urbanos não edificáveis, sendo os espaços que integram o patrimônio público como bens de uso comum do povo<sup>20</sup>. Segundo Hely Lopes Meirelles estes bens são de fruição do próprio povo, adquirindo caráter de comunidade<sup>21</sup>.

As áreas verdes são aquelas áreas destinadas nos loteamentos para preservação da cobertura vegetal natural ou artificial pré-existente ao parcelamento da gleba ou mesmo aquela que é imposta pelo poder público para tanto. Pode ela acomodar o uso humano e pequenas construções e equipamentos de lazer, desde que estas não descaracterizem a sua finalidade. Muitas destas áreas possuem vocação para a recreação, porém a maior finalidade refere-se a defesa e recuperação do ambiente e bem como importância higiênica<sup>22</sup>.

Amarui Arfelli ensina que as áreas públicas destinadas a partir das exigências da Lei nº6766/79 foram previstas pela lei não apenas para beneficiar ou servir os habitantes da gleba loteada, mas também em prol de uma coletividade difusa<sup>23</sup>.

José Carlos de Freitas (1999, p.186-187), por sua vez, em seu magistério leciona que as áreas verdes se caracterizam por vegetação contínua, livres de edificação, ainda que possam ser percorridas por caminhos, vielas, brinquedos infantis e outros meios de lazer e divertimento, desde que leves e de uso público. Nesse sentido, o autor também leciona que o lazer e/ou recreação são modalidades de direitos sociais tutelados pela Constituição da República (art.6º da CF de 1988)<sup>24</sup>.

---

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. **Revista de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 3.03.2018, p.6.

19 ARFELLI, Amauri Chaves. Áreas verdes e de lazer: considerações para sua compreensão e definição na atividade urbanística de parcelamentos do solo. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, vol.33, jan.-mar. de 2004, p.36-37.

20 SILVA, José Afonso. **op. cit.** p.277.

21 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.503.

22 ARFELLI, Amauri Chaves. **op. cit.** p.37-38.

23 Idem, p.42.

24 FREITAS, José Carlos de. Bens públicos de loteamentos e sua proteção legal. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 46, jan.-jun. 1999, p.186-187.

Desta forma, as áreas públicas, em especial as áreas verdes, são bens de fruição coletiva, na qual cada indivíduo possui tal direito em pé de igualdade com os demais. Nesse sentido, as áreas públicas são de interesse coletivo dos moradores do loteamento e de interesse difuso dos demais moradores da cidade<sup>25</sup>.

#### 4. A LEI Nº 13465/2017 E A INSTITUIÇÃO DOS LOTEAMENTOS DE ACESSO CONTROLADO

A Lei Federal nº13.465/2017 que veio disciplinar no direito brasileiro o ordenamento da regularização fundiária, também incluiu e produziu mudanças na lei de parcelamento do solo urbano e no código civil, para dar conta e tentar resolver problema que se tornou significativo nos grandes centros e no direito urbanístico brasileiro, e que se refere aos loteamentos fechados ou condomínios de fechados, como assim ficaram popularmente conhecidos.

Esta categoria de uso do solo urbano por parte de um segmento da sociedade, segundo José Afonso da Silva, recebeu esta denominação de loteamento fechado por se tratar de uma “(...) forma de divisão de gleba em lotes para a edificação que embora materialmente se assemelhe ao loteamento, na verdade deste se distancia no seu regime como nos seus efeitos e resultados.”<sup>26</sup>

Os loteamentos fechados eram constituídos por regramento híbrido<sup>27</sup> que ora possuía características relacionadas a lei de parcelamento do solo urbano (Lei nº6766/1979) ora possuía características da lei de condomínios (Lei nº4591/1964), em especial fundamentados na norma prescrita no art.8º, alínea “a”.

Com isso, pode-se afirmar que a previsão de loteamentos de acesso controlado e dos condomínios de lotes são a regulamentação no plano nacional de uma situação que já havia se instituído na realidade de diversas cidades brasileiras, com o devido reconhecimento legal.<sup>28</sup>

A partir disto, pode-se concluir que as alterações da Lei nº13465/2017, que instituem o condomínio de lotes e loteamento de acesso controlado, não são novas formas de parcelar o solo. A primeira se constitui como espécie de condomínio edilício<sup>29</sup> previsto no art. 8º da Lei nº4591/1964 e a segunda como

25 Idem, p.186-188.

26 Silva, José Afonso da. **op. cit.** p.350.

27 FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 14ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p.827.

28 O julgamento do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº607.940, do Distrito Federal, já citado neste trabalho, reconheceu como constitucional norma de ordem local que regula e torna jurídicos os loteamentos fechados. Esse julgamento gerou o tema de repercussão geral 348: “Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral 348 no RE nº607.940**, do Distrito Federal. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. J. 29.10.2015a.)

29 “(...) tipo de condomínio de condomínio especial e diferente, que se cria e estabelece em um terreno,

espécie de espécie de loteamento prevista na Lei nº6766/1979. Neste caso, há uma ampliação do conceito de lote<sup>30</sup>, que agora também se adequa como unidade autônoma prevista em condomínios de lotes<sup>31</sup>.

Mesmo com a previsão de criação de lotes, como unidades autônomas, os condomínios de lotes não são uma forma nova de parcelamento do solo<sup>32</sup>, estando em certa medida submetidos à Lei nº6766/79<sup>33</sup>.

Já o loteamento de acesso controlado, segundo Tatiana Galardo Scorzato é espécie da categoria loteamento, submetidos a todas as regras da Lei Federal nº6766/1979, bem como as demais normas de direito urbanísticos, tuteladas pelo regime jurídico de direito público<sup>34</sup>. Sobre eles incide a norma prevista no art. 22 da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (a regra do concurso voluntário), na qual parte do loteamento é transferido para a propriedade do poder público.

Como em qualquer loteamento, os imóveis que devem ser destinados ao uso público<sup>35</sup> são, via de regra, transferidos ao domínio do Município ou do Distrito Federal no ato de inscrição do loteamento junto ao Registro de Imóveis competente<sup>36</sup>. É neste momento que as áreas destinadas no plano de arruamento, dentro do projeto maior de loteamento, se tornam públicas. O que pode mudar ao um loteamento tradicional é o direito de uso sobre os

---

mas que, por convenção, se estabelecem partes de uso e proveito comum, e partes de uso e proveito exclusivo e separado de cada um dos condôminos. Cuida-se de um instituto jurídico distinto, que recebeu uma disciplina própria, se conjuga a indivisão em certas áreas, e a exclusividade da propriedade de outras, mas dentro do mesmo imóvel. Tem-se, pois, um instituto em que se combinam regras da propriedade individual e do condomínio. Cada unidade pertence exclusivamente a um proprietário que tem o exercício do seu direito limitado pelas obrigações especiais que decorrem de possui-lo num edifício com outras unidades autônomas.

Caracteriza-se pela justaposição de propriedades distintas, perfeitamente individualizadas, ao lado do condomínio de partes do edifício, forçadamente comum.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.4)

30 Victor Carvalho Pinto compreende em sentido contrário, entendendo que as alterações na Lei nº13465/2017 não modificam o conceito de lote. PINTO, Victor Carvalho. **Condomínio de lotes: um modelo alternativo de organização do espaço urbano**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2017. Disponível em <http://www.senado.leg.br/estudos>. Acessado em 3.08.2020, p.12-13.

31 FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **op. cit.** p.830.

32 PINTO, Victor Carvalho. **op. cit.**, p.14.

33 FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **op. cit.** p.831.

34 SCORZATO, Tatiana Galardo Amorin Dutra. **A Lei n. 13.465/2017 e a ordenação do solo urbano brasileiro: análise dos loteamentos de acesso controlado e dos condomínios de lotes**. Dissertação do Curso de Mestrado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí. São José, 2018, p.91.

35 O art. 7º da lei 6766/79 exige que junto com as plantas do projeto de loteamento apresentadas com o Requerimento de aprovação, estejam presentes (I) as ruas ou estradas existentes ou projetadas, que compõem o sistema viário da cidade e do município, relacionadas com o loteamento pretendido e a serem respeitadas; (II) o traçado básico do sistema viário principal; (III) a localização aproximada dos terrenos destinados a equipamento urbano e comunitário e das áreas livres de uso público; (IV) as faixas sanitárias do terreno necessárias ao escoamento das águas pluviais e as faixas não edificáveis; e (V) a zona ou zonas de uso predominante da área, com indicação dos usos compatíveis.

36 PIAULINO, Virgínio Borges. Loteamentos urbanos e sua inscrição no registro de imóveis: aspectos jurídicos controvertidos. **Fórum de Dir. Urbano e Ambiental** – FDU, Belo Horizonte, ano 14, n. 84, p. 39-51, nov./dez. 2015, p.44-46.

referidos bens públicos<sup>37</sup>.

Desta forma, permanecendo públicas os bens transferidos como áreas institucionais para os Municípios, os loteamentos podem apenas ter controlados seus acessos, nunca bloqueados, como fixou o §8º, do art. 2º, da Lei nº6766/79<sup>38</sup>. A regra prescrita neste parágrafo disciplina que “ato do poder público Municipal” é o instrumento jurídico hábil para regulamentar o controle de acesso ao loteamento<sup>39</sup>. Isso demonstra que não é necessário lei prévia, ainda que possa haver, para estabelecer a forma de uso dos imóveis públicos e a forma de identificação ou cadastro prévio.

A regra legal prescrita no §8º do art.2º da Lei nº6766/79 preceitua que é vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados. Desta forma, mesmo que o controle de acesso de um loteamento possa se realizar utilizando barreiras físicas, guaritas, cancelas, etc, como ocorria nos loteamentos fechados, todos aqueles que estiverem devidamente cadastrados e identificados não podem ser impedidos de acessar o espaço.

O controle de acesso não pode servir para barrar a entrada daqueles que estiverem dispostos a se identificarem e/ou a se cadastrarem perante aqueles que estiverem efetivando o controle de acesso. Da mesma forma, não é possível a prescrição de tantas exigências para a identificação e o cadastramento que isso também inviabilize o acesso.

Como elemento ainda determinante da existência do loteamento de acesso controlado está o previsto no art. 36-A da Lei nº6766/1979 inserido pela Lei nº13465/2017. Este artigo permite que os loteamentos de acesso controlado sejam administrados por associações formadas por proprietários de imóveis.

Para reforçar a identidade do loteamento de acesso controlado, é fundamental analisar as diferenças básicas entre este e o condomínio de lotes.

A partir daquilo até aqui analisado, identifica-se que diferente dos loteamentos de acesso controlado que possuem áreas públicas, transferidas ao Município por concurso voluntário, os condomínios de lotes não as possuem, havendo apenas áreas aptas a sofrerem limitações administrativas ou a terem

37 “(...) não se pode confundir a natureza do bem – comum, especial e dominical – com a natureza do uso do bem, a qual pode ser de uso comum ou uso especial.” (COSTA *apud* SCORZATO, Tatiana Galardo Amorin Dutra. **op. cit.** p.95)

38 “Art. 2º, §8º Constitui loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1º deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados.”

39 Antes desta norma, havia dúvidas sobre qual das formas utilizadas pelo poder público para autorizar o uso de bem público (autorização, permissão ou concessão de uso) deveria ser a utilizada para se garantir o uso do bem público ao particular. Scorzato conclui que nenhuma das três categorias era adequada, porque demandariam respeito ao interesse público. (SCORZATO, Tatiana Galardo Amorin Dutra. **op. cit.** p.95-99)

implantadas sobre si direitos reais (art.4º, §4º, da Lei nº6766/79).

Por sua vez, os condomínios de lotes possuem estrutura de gestão das áreas comuns, que ocorre através do próprio condomínio (ente sem personalidade jurídica) e por seu representante, o síndico. Já nos loteamentos de acesso controlado é necessário que os proprietários constituam associações de moradores para realizarem, ao menos, a gestão dos sistemas de controle e acesso.

Nos condomínios de lotes a vocação é a restrição de acesso de qualquer pessoa que não seja proprietária ou moradora, diferente dos loteamentos de acesso controlado, que não pode restringir o acesso daqueles que se identificarem.

A partir destas sucintas diferenças, se percebe a necessidade de manter uma distância entre as prerrogativas dos loteamentos de acesso controlado das prerrogativas dos condomínios de lotes, sob pena de haver a usurpação de finalidade de um pelo outro. Isso significa que as áreas públicas dos loteamentos de acesso controlado não podem nunca alcançar a qualidade de uso que as identifiquem na prática com as áreas privadas que sofrem limitações administrativas ou que tem algum direito real instituído sobre ela, presentes nos condomínios de lotes

As limitações administrativas e os direitos reais instituídos sobre áreas dos condomínios de lotes não pode ser para que haja sobre as mesmas livre acesso público, sob pena de violação do direito à propriedade, assim como, o controle de acesso sobre áreas públicas de loteamentos, não pode ser para privatizá-las, sob pena de se ferir a função social da propriedade e da cidade.

## 5. A GARANTIA DO DIREITO À CIDADE FRENTE A APROVAÇÃO DE LOTEAMENTOS DE ACESSO CONTROLADO

A partir da análise até então realizada, fundamental se observar as diretrizes gerais relacionadas a cidade para se obter a mais adequada interpretação e aplicação do instituto do loteamento de acesso controlado. A função social da cidade, prevista tanto no art. 182, *caput*, da CF, e o art. 2º e incisos da Lei nº10257/2001 (Estatuto da Cidade), compõe regras cogentes para a adequada eleição das possibilidades reais de integração dos loteamentos de acesso controlado e dos condomínios de lotes com a Cidade.

Segundo Leandro Teodoro Andrade, a compreensão teleológica da Constituição de 1988 conduz a necessidade de integrar as funções sociais da cidade aos fundamentos da República, previstos no art. 3º da Constituição<sup>40</sup>.

A função social da cidade está relacionada a um processo de auto im-

---

40 ANDRADE, Leandro Teodoro. *op. cit.* p.93.

plementação de conteúdo legal (art.2º da Lei nº10257/2001), sujeita a disputas dos mais diversos atores e classes sociais, gestando problemas e procurando equilibrar a produção de determinados ônus, além de tentar distribuir os mais variados benefícios produzidos na organização e realização do todo<sup>41</sup>.

As diretrizes da função social da cidade e da propriedade urbana, positivadas no art. 2º da Lei nº10257/2001 (Estatuto da Cidade), estão segundo Carvalho Filho, atreladas à política urbana e “(...) são o conjunto de situações urbanísticas de fato e de direito a serem alvejadas pelo Poder Público no intuito de constituir, melhorar, restaurar e preservar a ordem urbanística, de modo a assegurar o bem estar das comunidades em geral.”<sup>42</sup>

Desta forma, a perspectiva do bem estar dos habitantes de uma cidade (art. 182, *caput*, da CF) pode ocorrer tanto na maneira individual, como na transindividual, ou seja, o bem estar de um habitante de uma cidade pode advir de direitos individuais, coletivos e difusos, presentes na execução e reconhecimento da função social da cidade<sup>43</sup>. Nesse sentido, todos que habitam a cidade estão aptos a possuírem esses direitos da funcionalização da cidade, sendo o principal destinatário do dever de zelar pela realização dos mesmos, a Administração Pública, ainda que não exclusivamente<sup>44</sup>.

O art. 2º do Estatuto da Cidade, em especial os incisos I, IV, V, VI, VII e XV, acarretam regras que devem ser observadas com bastante acuidade diante dos atos que autorizam a implementação dos loteamentos de acesso controlado. Isso porque os procedimentos que produzem as áreas urbanas aptas a serem utilizadas tanto para a moradia quanto para as demais atividades humanas, como comércio, indústria, lazer, saúde, educação, etc, devem ser produzidos pelo poder público ou pelos particulares garantindo a todos o direito a uma cidade sustentável (I), a um planejamento adequado da distribuição espacial da população e das atividades econômicas (IV), a oferta de equipamentos urbanos e comunitários (V), a utilização do solo urbano de forma adequada (VI, a), conveniente e (VI, b), equilibrada com a capacidade da infraestrutura existente (VI, c), não sendo um polo gerador de tráfego, sem a adequada infraestrutura (VI, d), e garantindo a redução dos custos e o aumento da oferta de lotes para unidades habitacionais (XV).

Além de tantas outras regras, é necessário que estas, em especial, sejam diretamente observadas para a constituição de um loteamento de acesso controlado. O respeito destes modos de ocupação e utilização do solo urbano à

41 GUERREIRO FILHO, Evaldo José. **A outorga onerosa e o direito de construir: da política urbana na Constituição Federal à outorga onerosa do direito de construir no município de Itapema/SC.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.32.

42 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade.** 5ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.27.

43 Idem, p.28-29.

44 ANDRADE, Leandro Teodoro. **op. cit.** p.93.

função social da cidade, por meio do cumprimento das regras do art. 2º da Lei nº10257/2001, tornam-se imprescindíveis para a devida integração das áreas públicas à realidade da Cidade.

Vale lembrar que o processo de integração das pessoas entre si e destas com as estruturas físicas construídas e/ou com a própria natureza, tem o condão de ocorrer, no espaço urbano, por meio das áreas públicas<sup>45</sup>.

Com isto, a norma jurídica que se relaciona à constituição da cidade ou a constituição e organização de qualquer uma de suas partes ou relações (via de regra o Plano Diretor), deve sempre levar em consideração que a cidade está em constante transformação e que a direção dessa mudança deve ser dada pelos que nela vivem. Estas normas têm o condão de conformarem a cidade, propondo correções e antecipando a infraestrutura necessária para a adequação demográfica, econômica e social, visando o bem estar dos habitantes<sup>46</sup>.

Esta leitura da realidade da cidade e das regras jurídicas que sobre ela incidem cria o ambiente para recepcionar o loteamento de acesso controlado, e a necessária previsão destes institutos na legislação do Município. É necessário se observar que o controle de acesso a um loteamento é medida excepcional<sup>47</sup> à constituição da cidade.

A interpretação dos dispositivos da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº6766/1979), por mais que estabeleçam as regras gerais, precisam ser integrados e complementados por leis municipais, que deverão estar incluídas no Plano Diretor ou deverão respeitar as diretrizes e normativas previstas neste<sup>48</sup>.

Isso não se confunde, por exemplo, com a regra prevista no §8º, do art.2º, da Lei nº6766/1979, que determina que, nos loteamentos de acesso controlado, o “(...) controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal (...)”. A regulamentação da forma de controle do acesso

45 “O espaço é ‘público’ na medida em que homens e mulheres com entrada permitida e dispostos a entrar *não* sejam pré-selecionados. Não se exige passes nem há registros de quem entra e de quem sai. Portanto, a presença no espaço público é anônima, e, assim sendo, inevitavelmente, os que nele aparecem tendem a ser mutuamente estranhos, da mesma forma que as pessoas encarregadas do espaço. Os espaços públicos são locais em que estranhos se encontram e, portanto, constituem condensações e encapsulações dos traços definidores da vida urbana. É nos espaços públicos que a vida urbana, com tudo o que a separa de outras formas de convívio humano, alcança sua expressão mais plena, em conjunto com suas alegrias e tristezas, premonições e esperanças mais características.” (BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.101).

46 GUERRA, Maria Magnólia Lima. **Aspectos jurídicos do uso do solo urbano**. Fortaleza: LEAL, 1981, p.45.

47 O diagnóstico de excepcionalidade em relação ao instituto do loteamento de acesso controlado e do condomínio de lotes se refere ao caráter legal e existencial da cidade. No primeiro caso, baseado nos elementos que determinam o Direito à Cidade que todos os seus habitantes possuem e que de certa forma se contrapõe a tendência setária dos dois novos institutos. A característica existencial, que também possui relação com a função social da cidade, vem atrelada principalmente a busca por uma cidade sustentável, que precisa “(...) de uma diversidade de usos mais complexa e densa, que propicie entre eles uma sustentação mútua e constante, tanto econômica quanto social.” (JACOBS, Jane. **Morte e vida de grandes cidades**. 3ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.13)

48 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral 348 no RE nº607.940**, do Distrito Federal. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. J. 29.10.2015a.

aos loteamentos não significa que os mesmos sejam possíveis em uma cidade ou em qual zoneamento. Nem tão pouco dá conta de acomodar os possíveis conflitos da integração destes novos espaços urbanos com as áreas da cidade, os transtornos destes resultantes, as estruturas e infraestruturas necessárias para receber o adensamento populacional, equilibrando as necessidades individuais e difusas da população.

A lei deve criar mecanismos que permitam ao poder público municipal garantir a realização destes empreendimentos, em equilíbrio com a justa adequação e integração destes à realidade da cidade, respeitando sua função social. Essas leis devem possibilitar o menor impacto possível, de modo a colaborarem com o equilíbrio das demandas da própria cidade.

Victor Carvalho Pinto afirma, nesse sentido, com pouco mais de restrição que, no caso do condomínio de lotes como espécie de condomínio edilício, este somente poderia ser aceito em determinada área de um Município, caso seja reconhecido que a referida área ou bairro não necessite de equipamentos públicos, em face do adensamento que será produzido, devendo ainda a referida decisão estar fundamentada no Plano Diretor, respeitados os demais parâmetros urbanísticos<sup>49</sup>.

Diferente de Carvalho Pinto, Carlos Eduardo de Oliveira entende ser possível a implantação desses instrumentos (incluindo loteamento de acesso controlado), mesmo diante de uma realidade de pequena ou nenhuma infraestrutura, desde que respeitassem parâmetros legais que garantissem a existência e custeio da infraestrutura pelo próprio empreendedor<sup>50</sup>.

Por isso, é fundamental a compreensão do empreendimento como um todo desde o princípio e também sua adequada aprovação por parte da administração pública municipal, que realiza, por obrigação, a gestão da cidade e que deve garantir sua função social<sup>51</sup>.

Com base nesses estudos, várias propostas podem surgir para permitir que o loteamento de acesso controlado possa ser realizado. Primeiro, levantar objetivamente os impactos, permite que possam ser planejadas e executadas as soluções aptas a sanarem os efeitos colaterais de sua implantação, garantindo o equilíbrio entre as demandas ocasionadas pelo adensamento populacional e a capacidade do poder público de respondê-las. Segundo, a legislação municipal pode prever variadas formas de garantir o uso das áreas públicas por parte da população, dentre elas a aquisição de outras áreas, fora do empreendimento, ou ainda exigir que estas áreas fiquem em sua maioria e zonas limítrofes dos empreendimentos, de modo que o controle de acesso não incida sobre o uso

---

49 PINTO, Victor Carvalho. op. cit. p.12.

50 OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. op. cit. p.6.

51 SCORZATO, Tatiana Galardo Amorin Dutra. op. cit. p.107.

destas áreas públicas.

Terceiro, como a Lei nº6766/79 não exige mais percentual mínimo destinado de área pública (art. 4º, §1º), devendo o gestor e a legislação municipal se prender às necessidades existentes naquele bairro e/ou comunidade e, principalmente, às que nascerão com o adensamento populacional produzido pelo loteamento, a lei municipal pode exigir que os empreendimentos poderiam construir equipamentos públicos, como contrapartida, à instalação dos loteamentos de acesso controlado.

Outras hipóteses poderiam surgir, como por exemplo o fato de que as vias internas do empreendimento poderiam servir de válvulas de escape em momentos determinados de grande movimento de veículos. Ou ainda, em face das rápidas alterações tecnológicas, o fato de se utilizar um instrumental de controle de acesso por meio de câmeras, de modo que não houvesse a necessidade da construção de muros e guaritas, como tradicionalmente são feitos.

No que se refere às áreas verdes, por sua vez, poderiam tanto permanecer dentro do empreendimento (desde que preservadas e garantidas) ou mesmo fora, desde que nas proximidades do empreendimento. É certo que áreas verdes que são utilizadas para lazer e recreação devem ter livre acesso à toda a sociedade, já que existem não apenas para os benefícios daqueles que vivem no loteamento.

Assim, o que deve evitar é a privatização ou uso exclusivo de áreas públicas por particulares. Isso produz um desequilíbrio no ambiente urbano, visto que há uma quebra na previsão legal de proporcionalidade de usos do espaço urbano. Os indivíduos possuem direito subjetivo ao uso de imóveis públicos que deveriam ser destinados a fruição comum quando eles sofrem qualquer forma de restrição de uso a este indivíduo<sup>52</sup>.

Por isso, todas estas questões devem estar devidamente reguladas por lei municipal, respaldadas no Plano Diretor, avaliando a constituição dinâmica da cidade, com efetivo planejamento do desenvolvimento urbano<sup>53</sup>, fazendo com

52 FREITAS, José Carlos de. op. cit., p.188.

53 A Nova Agenda Urbana das Nações Unidas, proveniente da Conferência das Nações Unidas para Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III), realizada entre 17 e 20 de outubro de 2016, em Quito, no Equador, reafirma o compromisso global, por meio dos Estados signatários, na promoção do desenvolvimento sustentável em todos os níveis (local, regional, nacional e global), sobretudo referindo-se as metas da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, inclusive o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 11, que se refere a tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. Dentre as diretrizes para tornar isso possível, a Agenda informa que “98. Promoveremos o planejamento territorial integrado, incluindo expansões urbanas planejadas com base nos princípios de uso equitativo, eficiente e sustentável do solo e dos recursos naturais, a capacidade, do policentrismo, da densidade e conectividade adequadas, dos usos misto do espaço, bem como do uso de áreas construídas combinando fins sociais e econômicos, no intuito de impedir a dispersão urbana, reduzir os desafios e as necessidades de mobilidade e os custos per capita de fornecimento de serviços e aproveitar a densidade e as economias de escala e de aglomeração, quando pertinente. 99. Apoiaremos a implementação de estratégias de planejamento urbano, conforme o caso, que facilitem a mistura social por meio da oferta de opções de habitação economi-

que os ônus produzidos pelo adensamento não recaiam apenas sobre determinadas classes sociais ou sobre determinados bairros e comunidades, da mesma forma partilhando o produto benéfico da urbanização, garantindo a dignidade da pessoa humana e permitindo o acesso à terra urbanizada, a mobilidade urbana, ao lazer, ao trabalho, a um meio ambiente equilibrado e à moradia.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações propostas pela Lei nº 13465/2017 à Lei nº 6766/1979, que institui o loteamento de acesso controlado, dentro da lei de parcelamento do solo urbano, deixa evidente que este instrumento nasce com a perspectiva de ser regido pelo regime jurídico de direito urbanístico.

Essa conclusão, por sua vez, é reforçada pela característica atual da propriedade imobiliária que se encontra na área urbana. Esta propriedade urbana está sujeita a todas as regras que vinculam a realidade local a partir dos Planos Diretores, instrumentos fidedignos da realização da fundação social da propriedade (art. 182, §2º, da CRFB).

Os institutos do loteamento de acesso controlado e do condomínio de lotes, por mais que estejam vinculados a Lei do Parcelamento do Solo Urbano, não são novas formas de parcelar o solo. Porém, há a necessidade de os mesmos serem aprovados pelos Município, pois são estes que fazem a gestão das cidades.

Como todos os demais empreendimentos que ocorrem dentro da cidade, o loteamento de acesso controlado necessita que seus parâmetros básicos estejam previstos na legislação municipal, podendo esta lei ser específica, sempre estando de acordo com o Plano Diretor.

Da mesma forma que prevê os parâmetros básicas, a lei local pode prever como, onde e quando estes empreendimentos são possíveis de serem implantados, considerando que sempre há adensamento populacional, gerando a necessidade de novas estruturas públicas e novos serviços por parte do Município, como forma de suportar e reequilibrar as demandas da população.

---

camente acessíveis com serviços básicos de qualidade e espaços públicos para todos, aumentando a segurança e a proteção, favorecendo a interação social e intergeracional e a valorização da diversidade. Adotaremos as medidas necessárias para incluir treinamento e apoio adequados para profissionais envolvidos na prestação de serviços e comunidades que vivem em áreas afetadas pela violência urbana. 100. Apoiaremos a oferta de redes bem projetadas de ruas e espaços públicos seguros, inclusivos a todos, acessíveis, verdes e de qualidade, livres de crime e violência, incluindo o assédio sexual e a violência de gênero, considerando a escala humana, bem como a adoção de medidas que permitam o melhor uso comercial possível dos andares no nível da rua, impulsionando o comércio e mercados locais, tanto formais como informais e iniciativas comunitárias sem fins lucrativos, trazendo as pessoas para os espaços públicos e promovendo a mobilidade de pedestres e ciclistas com o objetivo de melhorar a saúde e o bem-estar.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Nova agenda urbana. A/RES/71/256. **Habitat III**. Nações Unidas, 2016. Disponível em <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-PortugueseBrazil.pdf?fbclid=IwAR2koIM7MtgBh6i57G4fxWeWpbK52Jr7sXIrGdBbJ-F81bF2GSzY527FW> dAY. Acessado em 23.09.2019. p.25)

Os alcances dos instrumentos para que isso ocorra são distintos entre ambos os empreendimentos, visto que nos loteamentos de acesso controlado, o empreendedor continua repassando as áreas públicas segundo previsão da Lei de Parcelamento do Solo Urbano para o Município, enquanto nos condomínios de lotes, as áreas são totalmente privadas.

Isso produz diferenças jurídicas diante de possíveis exigências por parte do poder público local para a implantação dos referidos empreendimentos. Porém, em razão da função social da cidade, é possível que o poder público local, por meio de lei, exija determinadas compensações e formas de organização do espaço urbano, como condição de aprovação tanto do loteamento de acesso controlado quanto do condomínio de lotes.

Tais empreendimentos sempre produzem impacto para a cidade, mesmo porque não estão alinhados diretamente com a integração da nova forma de uso do solo urbano com a cidade. Estes impactos podem ser aferidos com base no Estudo de Impacto de Vizinhança, previsto no Estatuto da Cidade (Lei nº 10257/2001), caso assim preveja a legislação municipal.

Com o diagnóstico objetivo do impacto dos empreendimentos o poder público, com respaldo no Plano Diretor e demais leis urbanísticas, pode aprovar ou não o empreendimento e pode, em caso de aprovação, condicionar este ato, tanto a forma e alocação das áreas públicas no próprio empreendimento ou fora dele, quanto à realização de contrapartida por parte dos empreendedores, sobretudo diante da não utilização coletiva das áreas públicas, atreladas a estes empreendimentos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Leandro Teodoro. **Manual de Direito Urbanístico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil (Revista dos Tribunais), 2019.

ARFELLI, Amauri Chaves. Áreas verdes e de lazer: considerações para sua compreensão e definição na atividade urbanística de parcelamentos do solo. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, vol.33, jan.-mar. de 2004, p.33-51.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BRASIL, Lei nº 6.766/1079 (**Lei de Parcelamento do Solo Urbano**). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6766compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766compilado.htm). Acessado em 13.08.2020.

BRASIL, Lei nº10.257/2001 (**Estatuto da Cidade**). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm). Acessado em 12.08.2020.

BRASIL, Lei nº 10.406/2002 (**Código Civil**). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acessado em 12.08.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI-MC nº2.213-0**, do Distrito Federal, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 23.04.2004

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RE nº42.106**, do Rio de Janeiro, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJe. 3.11.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RE nº607.940**, do Distrito Federal. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. J. 29.10.2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral 348 no RE nº607.940**, do Distrito Federal. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. J. 29.10.2015a.

CARDOSO, Fernanda Lousada. Propriedade urbana no ordenamento brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41549>. Acessado em 12.08.2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CUSTÓDIO, Vinícius Monte. Análise jurídica do loteamento de acesso controlado e do condomínio de lotes na lei federal nº13.465/2017. **Revista de Direito da Cidade**. Vol.9, nº4, ISSN 2317-7721, 2017. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/30871>. Acessado em 17.08.2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. **Revista de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 3.03.2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 14ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FREITAS, José Carlos de. Bens públicos de loteamentos e sua proteção legal. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 46, jan.-jun. 1999, p.183-192

GOMES, Daniela e DE PAULA, Andréa Correã. A funcionalização socioambiental da propriedade urbana e a especulação imobiliária. In MUSSI, Andréa Quadrado; GOMES, Daniela e FARIAS, Vanderlei de Oliveira. **Estatuto da cidade: os desafios da cidade justa**. Passo Fundo: IMED, 2011.

GUERRA, Maria Magnólia Lima. **Aspectos jurídicos do uso do solo urbano**. Fortaleza: LEAL, 1981.

GUERREIRO FILHO, Evaldo José. A propriedade urbana e o direito de construir. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/325584/a-propriedade-urbana-e-o-direito-de-construir>. Acessado em 12.08.2020.

GUERREIRO FILHO, Evaldo José. **A outorga onerosa e o direito de construir: da política urbana na Constituição Federal à outorga onerosa do direito de construir no município de Itapema/SC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HARVEY, David. **Espaços de esperança**. 7ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

JACOBS, Jane. **Morte e vida de grandes cidades**. 3ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Novidades da Lei nº13.465, de 2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, julho/2017. Disponível em <http://www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 3.08.2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Nova agenda urbana. A/RES/71/256. **Habitat III**. Na-

ções Unida, 2016. Disponível em [http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-PortugueseBrazil.pdf?fbclid=IwAR2koIM7MtgBh6i57G4fxWeWpbK52Jr7sXIrGdBbJF81bF2GSzY527FW\\_dAY](http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-PortugueseBrazil.pdf?fbclid=IwAR2koIM7MtgBh6i57G4fxWeWpbK52Jr7sXIrGdBbJF81bF2GSzY527FW_dAY). Acessado em 23.09.2019.

PEREIRA, Caio Maio da Silva. **Propriedade horizontal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

PIAULINO, Virgínio Borges. Loteamentos urbanos e sua inscrição no registro de imóveis: aspectos jurídicos controvertidos. **Fórum de Dir. Urbano e Ambiental** – FDUA, Belo Horizonte, ano 14, n. 84, p. 39-51, nov./dez. 2015.

PINTO, Victor Carvalho. **Condomínio de lotes: um modelo alternativo de organização do espaço urbano**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2017. Disponível em <http://www.senado.leg.br/estudos>. Acessado em 3.08.2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCORZATO, Tatiana Galardo Amorin Dutra. **A Lei n. 13.465/2017 e a ordenação do solo urbano brasileiro: análise dos loteamentos de acesso controlado e dos condomínios de lotes**. Dissertação do Curso de Mestrado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí. São José, 2018.

SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

## 13. LA EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO Y LA REGULACIÓN DE LAS ENERGÍAS LIMPIAS

Nancy Nelly González Sanmiguel

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel candidato. Líder del Cuerpo Académico Administración Pública y Derecho Financiero. Correo: nancygonsa09@hotmail.com – <https://orcid.org/0000-0001-9589-2192>.

**Sumario:** 1. Consideraciones iniciales; 2. Reforma Energética dentro del Estado de Derecho; 3. Energía limpia y energía renovable; 4. Impacto de los compromisos con el Acuerdo de París, la Ley General de Cambio Climático y Ley de Transición Energética; 5. Reto de no simulación de la utilización de la energía limpia y combatir el cambio climático; 6. Energía justa con respecto a los derechos humano, comunidades y ecosistemas; 7. Consideraciones finales; Bibliografía.

### 1. CONSIDERACIONES INICIALES

La reforma energética en México se presenta con el cambio hacia el cuidado del medio ambiente, permitiendo generar una alianza con el sector privado debido a que se están viendo rebasadas las funcionalidad de la Administración Pública en las encomiendas de las actividades y poder cumplir con los pactos internacionales y ver hacia la renovación del progreso; por tal motivo se procuró dar paso a esta reforma en el año 2013, que dio un giro a la constitucionalidad de la intervención dentro de las áreas estratégicas, constituyendo un avance desde la perspectiva que se va a mejorar el funcionamiento de la obtención de la energía, debido a la inclusión de las energías limpias dentro de este proceso y permitir al sector privado que pueda apoyar al Estado.

La preocupación de esta reforma energética se basa en el cambio inminente que está sufriendo el planeta y estas condiciones se perciben con el cambio climático; uno de los proyectos que verso México para dar paso hacia los acuerdos internacionales fue la implementación de las energías limpias para dar esta transición de avance.

### 2. REFORMA ENERGÉTICA DENTRO DEL ESTADO DE DERECHO

La Reforma energética ha creado un marco jurídico para la contemplación del crecimiento económico y la utilización de la energía limpia en México a través del sector público y privado, estableciendo los mecanismos referentes

para el desarrollo del país, en particular esta reforma apostaba hacia la cuestión de las energías renovables, concibiendo la participación del Estado como el regulador de estas y generando una abanico de posibilidades de apertura para los particulares poder operar y establecer una certificación de establecimientos de energías limpias; el servicio de energía que nos brinda el Estado pierda esta facultad, pero lo que se pretende generar es abrir el mercado de la competitividad y aprovechar los recursos de una manera más eficiente y eficaz que permita esta visión de utilizar con nuevas técnicas el aprovechamiento del recurso, consistiendo un ganar-ganar con respecto a la productividad del recurso y el cuidado del medio ambiente.

Los preceptos que se tuvieron que contemplar para la regulación de la reforma constitucional son los artículos 25, 27 y 28, aquí se empieza a mirar hacia el modelo del sector energético con las posibilidad de la utilización de otros factores que no consistían en energía carbonizada sino dentro de los recursos renovables, ese tema se empezó a tocar con la reforma del 18 de enero de 1934, al artículo 73 fracción X en la cual abarca a la legislación de la energía eléctrica como una visión fuera de los hidrocarburos y el 20 de enero de 1960 se adiciona el artículo 27 constitucional a lo que se refiere a la energía eléctrica que concibe que para disponer la exclusión a la nación para generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer la energía eléctrica que tuviera por objeto la prestación de servicio público.<sup>1</sup>

Se palma a través de esta reforma de 1960 el no permitir concesiones dentro de este rubro de la energía eléctrica, consistiendo que la nación sería quien aprovecharía los recursos naturales, es así con esto como se “ consolidaron los conceptos apuntados: Se constituyó un solo sector eléctrico estatal al que se le asignó la totalidad de los servicios necesarios para desarrollarlo en tanto servicio público”<sup>2</sup> con el cambio de la reforma energética presentada en el año 2013, se miró hacia que el objeto de dicha prestación del servicio que no estuviera relacionada directamente con los elementos de la conducción, transformación, distribución y abastecimiento del servicio ya sea para la obtención de autoabastecimiento o cogeneración hacia la regulación del aprovechamiento de la energía eléctrica.

En la reforma energética en México del año 2013, se concibe la estrategia de constituir la denominada empresa productiva del Estado que se mira como la Comisión Federal de Electricidad pudiera realizar contratos con las modalidades y así como señalar las contraprestaciones a favor del Estado. Generando con esto el planteamiento que aquellas actividades que no se refieren a la

1 **Diario Oficial de la Federación**, 20 de enero de 1960, Véase en: [http://dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?cod\\_diario=198696&pagina=2&seccion=0](http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=198696&pagina=2&seccion=0)

2 COSSÍO DÍAZ, J.R. y COSSÍO BARRAGÁN J.R. “El nuevo sistema energético en la constitución mexicana” en PAYAN, T, ZAMORA, STEPHEN P. Y COSSÍO DÍAZ J.R, **Estado de Derecho y Reforma Energética en México**, Tirant lo Blanch, México, 2016, pág. 58.

planeación y control del sistema eléctrico nacional, el Estado podrá realizar concesiones con el sector privado para participar en las actividades referentes a la energía eléctrica, creando organismos competentes dentro del proceso como lo es la Comisión Reguladora de Energía, estableciendo su competencia dentro del párrafo octavo del artículo 28 constitucional en México<sup>3</sup>, creando con esto la figura de una dependencia centralizada de la Administración Pública y teniendo como funciones la competencia del sector, fomentar el desarrollo y la cobertura de dicho servicio de una manera eficiente y la protección de los derechos de los usuarios de dicho servicio.

Al respecto dentro de la reforma planteada se percata la necesidad del cuidado del medio ambiente y dentro del artículo Décimo Séptimo transitorio se establece “En materia de electricidad, la ley establecerá a los participantes de la industria eléctrica obligaciones de energías limpias y reducción de emisiones contaminantes.”<sup>4</sup> Considerando de suma importancia la renovación de otras formas de obtener la eficiencia de los recursos naturales con la protección de estos y al medio ambiente.

Mostrando aquí preocupación latente acerca del cambio en la apertura de la protección al cuidado del medio ambiente y referente al Estado de derecho ofrecer esa seguridad jurídica para la realización de las actividades que anteriormente eran estratégicas y como expondremos estas políticas que vayan dirigidas al cambio y no someramente a la no regulación correcta; de aquí esta capacidad para poder exigir el cumplimiento de la transformación del concepto de energías limpias y dar ese paso que se permitió dentro de la apertura del sector energético.

Considerando que esta reforma energética está bien marcada pero se debe definir de una manera clara hacia donde se quiere la implementación, si a lo que marca la reforma o lo que realmente se necesita regular, debido a que se si quiere actuar dentro de un Estado de derecho se deben contener la directrices correctas para la aplicación de la normatividad con las regulaciones internacionales que marcan para la producción de la energías limpias y no el concepto que se toma dentro de México, por lo tanto se tiene que tomar el desafío de la implicación de la estructura del desarrollo hacia el crecimiento con los valores

3 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917, Véase en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_080520.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf), a letra dice el artículo 28 quinto párrafo “ El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.” Y el octavo párrafo del mismo artículo establece: “El Poder Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía, en los términos que determine la ley”.

4 DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013, [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013)

y la eficacia del modelo establecido para tal.

Considerando que el Estado de Derecho se manifiesta a través de las reglas y procedimientos que son los lineamientos de los derechos y obligaciones de los individuos sujetos a ellos, así como el Estado tenga la capacidad y efectividad para asegurar dicho cumplimiento sin tener que aplicar medidas coercitivas y tener límites del poder que ejerce, con estas características se podrá visualizar con éxito la reforma energética y de llevarla de manera congruente.

La reforma energética se ha presentado como un reto dentro del Estado de Derecho para concebir ese desarrollo que nos está afectando y tener una visión en conjunto hacia el proyecto desde la perspectiva de política y económica para dar la estabilidad que necesitamos dentro de la Administración Pública, exista la transparencia para marcar la equidad dentro de la participación de los ciudadanos en el desarrollo del sector energético.

### 3. ENERGÍA LIMPIA Y ENERGÍA RENOVABLE

La energía ha constituido una parte fundamental dentro de las actividades económicas, tratando de modificar estas conductas en México se estableció la importancia de procurar realizar avance para la modificación; contemplaremos dentro de la legislación vigente lo que se considera para estos conceptos y se realizará el análisis de ambos conceptos para externar las características de estas.

Comenzaremos por definir que es la energía renovable ya que dentro de la Ley de Transición Energética se contempla:

Energías Renovables: “Aquellas cuya fuente reside en fenómenos de la naturaleza, procesos o materiales susceptibles de ser transformados en energía aprovechable por el ser humano, que se regeneran naturalmente, por lo que se encuentran disponibles de forma continua o periódica, y que al ser generadas no liberan emisiones contaminantes. Se consideran fuentes de Energías Renovables las que se enumeran a continuación: a) El viento; b) La radiación solar, en todas sus formas; c) El movimiento del agua en cauces naturales o en aquellos artificiales con embalses ya existentes, con sistemas de generación de capacidad menor o igual a 30 MW o una densidad de potencia, definida como la relación entre capacidad de generación y superficie del embalse, superior a 10 watts/m<sup>2</sup>; d) La energía oceánica en sus distintas formas, a saber: de las mareas, del gradiente térmico marino, de las corrientes marinas y del gradiente de concentración de sal; e) El calor de los yacimientos geotérmicos, y f) Los bioenergéticos que determine la Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos.

Energía Limpia Son aquellas fuentes de energía y procesos de generación de electricidad definidos como tales en la Ley de la Industria Eléctrica<sup>5</sup>

5 **LEY DE TRANSICIÓN ENERGETICA**, pública en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 2015, véase en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LTE.pdf>

Se contempla dentro de esta ley el concepto de la energía limpia como aquella energía renovable que se puede obtener de la naturaleza y se indican cuáles pueden ser las fuentes, considerando que estas son diferentes a la obtenidas por las energías renovable, estas fuentes de energía limpias son a través de procesos de generación para la electricidad, aquí el problema es que al contemplar la energía limpia se visualiza o se piensa que se tratan de las energías renovables, en efecto lo que se busca es reducir la contaminación a través de la obtención de este tipo de recursos y por eso se está focalizando la Administración Pública hacia la estrategia de la obtención de las energías limpias que se obtienen de las energías renovables y así cumplir con los pactos que se han manifestado en México de manera internacional; pero el problema que atañe es estar simulando el concepto de las energías limpias y dando real tratamiento de lo que se necesita para emitir menos emisiones de contaminantes.

Lo anterior se denota con la definición que contempla la energía limpia dentro de la Ley de la Industria Eléctrica ya que se maneja como:

Aquellas fuentes de energía y procesos de generación de electricidad cuyas emisiones o residuos, cuando los haya, no rebasen los umbrales establecidos en las disposiciones reglamentarias que para tal efecto se expidan. Entre las Energías Limpias se consideran las siguientes: a) El viento; b) La radiación solar, en todas sus formas; c) La energía oceánica en sus distintas formas: maremotriz, maremotérmica, de las olas, de las corrientes marinas y del gradiente de concentración de sal; d) El calor de los yacimientos geotérmicos; e) Los bioenergéticos que determine la Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos; f) La energía generada por el aprovechamiento del poder calorífico del metano y otros gases asociados en los sitios de disposición de residuos, granjas pecuarias y en las plantas de tratamiento de aguas residuales, entre otros; g) La energía generada por el aprovechamiento del hidrógeno mediante su combustión o su uso en celdas de combustible, siempre y cuando se cumpla con la eficiencia mínima que establezca la CRE y los criterios de emisiones establecidos por la Secretaría de Medio Ambiente

y Recursos Naturales en su ciclo de vida; h) La energía proveniente de centrales hidroeléctricas; i) La energía nucleoelectrica; j) La energía generada con los productos del procesamiento de esquilmos agrícolas o residuos sólidos urbanos (como gasificación o plasma molecular), cuando dicho procesamiento no genere dioxinas y furanos u otras emisiones que puedan afectar a la salud o al medio ambiente y cumpla con las normas oficiales mexicanas que al efecto emita la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; k) La energía generada por centrales de cogeneración eficiente en términos de los criterios de eficiencia emitidos por la CRE y de emisiones establecidos por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; l) La energía generada por ingenios azucareros que cumplan con los criterios de eficiencia que establezca la CRE y de emisiones establecidos por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; m) La energía generada por centrales térmicas con procesos

de captura y almacenamiento geológico o biosecuestro de bióxido de carbono que tengan una eficiencia igual o superior en términos de kWh-generado por tonelada de bióxido de carbono equivalente emitida a la atmósfera a la eficiencia mínima que establezca la CRE y los criterios de emisiones establecidos por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; n) Tecnologías consideradas de bajas emisiones de carbono conforme a estándares internacionales, o) Otras tecnologías que determinen la Secretaría y la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con base en parámetros y normas de eficiencia energética e hídrica, emisiones a la atmósfera y generación de residuos, de manera directa, indirecta o en ciclo de vida.<sup>6</sup>

Se puede examinar que dentro de este concepto de energías limpias, se determinan las fuentes de la obtención que son las que se generan a través de las energías renovables y contemplando dentro de la Ley de la Industria Eléctrica, se marca que el Sistema Eléctrico Nacional es de interés público y que le compete al Estado las áreas estratégicas referente a este tema, se maneja que son la planeación y el control, transmisión y distribución de la energía eléctrica, mientras que la generación y comercialización referente a la energía eléctrica se concibe dentro de los parámetros de libre competencia, es decir que el sector privado puede intervenir en dichas actividades.

Para poder establecer los permisos de generación de la energía eléctrica se debe otorgar un certificado de energías limpias, así como también señalar cual es la capacidad de generación que se proyecta o que se estima dentro un año, dicho certificado lo otorga a través de la Comisión Reguladora de Energía esto con la finalidad de poder generar la energía en base a lo considerado a limpias para suministrarla para la producción de este bien; el problema radica en no confundir la terminología referente a las energías limpias con energías renovables.

Además determinar que la reforma giraba para reducción en la emisión de contaminantes y de conformidad con el Acuerdo de París, adoptar las medidas necesarias para mitigar de manera eficaz y eficiente los planes y programas para combatir el cambio climático y las consecuencias de nuestras acciones; la energía eléctrica es un factor determinante para realizar nuestras funciones dentro de la sociedad, por eso se ha establecido la reducción de las emisiones contaminantes de la manera como se estaba produciendo este recurso, evaluando a través de la Comisión Reguladora de Energía en coordinación con la Secretaria de Energía el proyecto de una meta de producción de energía limpia para el año 2024 de un 35% <sup>7</sup>marcado dentro de la Ley de

6 **LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA**, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 06 de noviembre del 2020, véase en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec\\_061120.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec_061120.pdf)

7 Esto está contemplado dentro del Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2019-2033, en el capítulo IV denominado Nueva Política Energética en Materia de Electricidad en que se concibe en el punto IV.3 Referente a Política de transición energética que enfatiza a establecer este porcentaje

Transición Energética y en la Ley General de Cambio Climático, aquí es la constante de este cumplimiento que se implemente de manera correcta y no de aprovechar el vacío dentro de la legislación o tornar lineamientos para alcanzar dicho porcentaje, pero en la realidad se está emitiendo la misma cantidad de emisión de contaminantes de la misma manera de cómo se obtiene la energía de los procesos de fósiles.

A través de esta reforma energética se tiene que concientizar que efecto es el que se quiere, en un primer plano es evitar los trastornos que está sufriendo el medio ambiente y a través de esta manera que se ha contemplado por las energías limpias se podrá generar la obtención de este recurso para seguir con la proyección de nuestra vida y a la vez se está procurando una mejor obtención de este producto, las contribuciones que se perciben dentro de lo que era un organismo descentralizado y actualmente las que se consideran como empresas productivas van a causar una pérdida dentro de los ingresos que se perciben por el Estado por dicho concepto, debido a que se van reducir las cuotas de este por la eficiencia y la generación de las energías limpias.

Se tiene que analizar que dicha transformación de la generación de este recurso no debe afectar a la parte presupuestal y generar una estructura tanto para la obtención de la energía limpia, implicando la modernización y la utilización de la tecnología para realmente producir energías limpias pero que no afecte la obtención de los recursos para la actividad económica del Estado.

#### **4. IMPACTO DE LOS COMPROMISOS CON EL ACUERDO DE PARÍS, LA LEY GENERAL DE CAMBIO CLIMÁTICO Y LEY DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA**

El Acuerdo de París se manifiesta como una preocupación por externar a nivel mundial la preocupación del cambio climático y sus repercusiones, externando las medidas que se tendrán que imponer para tener un desarrollo sostenible y lograr la integridad de los espacios dentro de nuestro planeta y hacer frente de las actividades que han perjudicado, en particular el exceso consumo del carbono para generar petróleo e hidrocarburos como base de nuestras actividades económicas.

El acuerdo de París reunió a varios países para observar y tomar las medidas referentes a la sostenibilidad; los cambios que se han presentado debido a nuestras actividades económicas, con esto se pretende lograr un equilibrio en factor climático y tener una cooperación dentro del marco de las legislaciones y también se llama a cooperar no solamente entre gobiernos, sino va dirigido a la sociedad civil y concientizando a través de la cultura para adoptar diferentes

---

y señalando las políticas para considerar dichos lineamientos, publicado el 14 de junio de 2019, [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/475504/PRODESEN\\_IV.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/475504/PRODESEN_IV.pdf)

medidas, teniendo que considerar los instrumentos adecuados para la aplicación de la implementación de la protección y el cambio con el fortalecimiento del cambio a las energías limpias.

Las legislaciones en materia ambiental se deben construir en base a una gobernanza ambiental que adopte dentro del texto los diferentes enfoques para dar una pauta y guías de las actividades que se realizan dentro de su comunidad y tratar de regular hacia el mejoramiento y el cambio que ofrece de acuerdo a la tecnología y el fortalecimiento de las investigaciones de la nueva forma de producir energía, además concientizar del factor importante del conocimiento del daño que se provoca al no llevar una correcta utilización de los recursos naturales. Es así como se deben adoptar las medidas socioeconómicas y culturales para generar el acceso al cambio y contribuir con la disminución de los problemas ambientales que se están presentando.

Con el efecto de la pandemia y por cuestiones económicas se desató en México el ir en contra del progreso manifestado por los periodos presidenciales anteriores, emitiendo el actual administración el Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional publicado en Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo del 2020, se plantea dentro de los principios del Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2019-2033 que establece:

**augmentar la generación eléctrica con Energías Limpias, y cumplir con los compromisos internacionales en relación con el cambio climático.** Asimismo, se estableció que la electricidad es un **servicio público necesario que debe cumplir con los criterios de eficiencia, Calidad, Confiabilidad, Continuidad, seguridad y sustentabilidad del Sistema Eléctrico Nacional.** Teniendo como principio hacer un uso racional y sostenible de todos los recursos energéticos y tecnologías disponibles para el desarrollo nacional e integrar de manera ordenada, sostenible y confiable las Energías Limpias, en la matriz energética nacional, para con ello promover la generación y uso de Energías Limpias que contribuyan a la reducción de Gases de Efecto Invernadero y la recuperación de los ecosistemas.<sup>8</sup>

La visión que se estaba generando dentro de la Administración Pública y según los principios que manifiestan con la generación de energía, se propuso eliminar de esta forma la obtención de la energía limpia y frenar el crecimiento, contemplando que la mejor obtención de este recurso es por medio de la producción de la energía emitida de combustibles fósiles, impactando de esta manera los pactos internacionales; esta decisión fue tomada por México, teniendo como consecuencia la falta credibilidad hacia el progreso de la

<sup>8</sup> Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo del 2020, [https://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5593425&fecha=15/05/2020](https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593425&fecha=15/05/2020)

implementación de las energías limpias.

Ahora bien, ante dicho acuerdo se interpuso la controversia constitucional por la Comisión Federal de Competencia Económica y diversos Estados de la República, lo anterior con motivo de la violación de los artículos 16, 28 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contempla la violación a la competencia libre con respecto a la generación y suministro de electricidad, generando con esto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinara la suspensión a efecto de asegurar el bien jurídico de que se trata, siendo este una medida cautelar, hasta que se determine el fondo del asunto.

Al respecto en el Incidente de Suspensión derivado de la Controversia Constitucional por el Poder Ejecutivo del Estado de Colima se señala lo siguiente:

**Se concede la medida cautelar** solicitada por el Poder Ejecutivo del Estado de Colima, para el efecto de que **se suspenda todos los efectos y consecuencias** del Acuerdo para garantizar la eficiencia, calidad, confiabilidad, continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional, con motivo del reconocimiento de la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2(-Covid-19), de veintinueve de abril de dos mil veinte y del **Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional publicado en el Diario Oficial de la Federación el quince de mayo de dos mil veinte, hasta en tanto se resuelve el fondo del presente asunto.**<sup>9</sup>

Señalando además que no se necesitaba otorgar garantía para llevar a cabo el proceso, con esto no está afectando al ordenamiento jurídico con esas medidas que van adversas al avance de la transformación y no afecta a la cuestión a aquellos que están generando electricidad; contra dicho acuerdo se tienen 72 solicitudes de amparo, entre los actores se encuentran entidades federativas, sector privado, organismos no gubernamentales; el motivo de este juicio se violenta la actuación de la Secretaría de Energía a considerar que la restricción de la generación de la energía en base a la confiabilidad sin tener en consideración la opinión de dicho acuerdo por la Comisión de Mejora Regulatoria dejando en estado de inseguridad todos aquellos que hayan obtenido un certificado de generación de energía, así mismo vulneraron sus derechos; dicha suspensión debido a la presentación de la controversia constitucional presentada por Cofece tiene el beneficio de manera personal, pero como determinó la Suprema Corte de Justicia con respecto a ese acuerdo es para efectos generales es decir que no se aplica hasta que se determine el fondo del asunto.

9 **INCIDENTE DE SUSPENSIÓN DERIVADO DE LA CONTRAVERSIAS CONSTITUCIONAL 100/2020**, 09 de julio de 2020, Véase en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos\\_controversias\\_constit/documento/2020-07-27/MI\\_IncSuspContConst-100-2020.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_controversias_constit/documento/2020-07-27/MI_IncSuspContConst-100-2020.pdf)

## 5. RETO DE NO SIMULACIÓN DE LA UTILIZACIÓN DE LA ENERGÍA LIMPIA Y COMBATIR EL CAMBIO CLIMÁTICO

El reto implica un cambio de paradigmas, es así como la reforma energética que fue impulsada en el año de 2013, con el objetivo de mirar hacia la producción de energía limpias y dar una proyección de crecimiento económico por las ventajas que implica la utilización de dichos servicios y garantizar el enfoque sustentable, por eso se estableció para tales medidas una regulación por parte de los órganos reguladores que serán los competentes para marcar el ordenamiento constitucional que analice los factores que intervienen para la implementación de la obtención de la energía, es así que conlleva una tarea de señalar las condiciones.

La necesidad de cambiar e impulsar la transición de las energías limpias es acerca de la preocupación sufrida por el cambio climático y revisar que acciones o actividades de la producción pudieran ayudar a enfrenar esta situación; se consideró una buena forma de impulsar estas modificaciones a través de la reforma energética, tomando estas preocupaciones y generando la estructuración del marco jurídico para los procesos de las empresas productivas del estado para el desarrollo de la utilización de las energías limpias y con esto poder lograr la reducción de la emisión de los contaminantes. Aquí cabe la pregunta si realmente este reto está llevando cabo lo planteado con las “medidas de mitigación y adaptación y promover el desarrollo sostenible y la integridad ambiental.”<sup>10</sup>

El desarrollo tecnológico ha impulsado esta transición energética de no basar su fuente en el petróleo girando a la utilización de combustibles fósiles por la energía solar, eólica y tratar de cumplir con el Acuerdo de París sobre el Cambio Climático y de acuerdo con lo señalado por la Organización de las Naciones Unidas acerca de la eficiencia energética y la utilización de las energías renovables<sup>11</sup> es por esto que la importancia radica:

A la seguridad energética; a la generación de empleos, el impulso a la investigación, a la innovación y el desarrollo tecnológico y a su contribución a la lucha contra el Cambio Climático y a la disminución de la pobreza energética. Pero no están exentas de cuestionamientos. Uno de los más importantes tiene que ver con las grandes extensiones de tierra que se requieren para el desarrollo de los grandes parques solares y eólicos, así como

---

10 **ACUERDO DE PARÍS**, Naciones Unidas 2015, Véase en: [https://unfccc.int/sites/default/files/spanish\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf)

11 En el artículo 5 sostiene que para apoyar y aplicar con respecto a las políticas para evitar “ el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo, así como de los enfoques de política alternativos, como los que combinan la mitigación y la adaptación para la gestión integral y sostenible de los bosques, reafirmando al mismo tiempo la importancia de incentivar, cuando proceda, los beneficios no relacionados con el carbono que se derivan de esos enfoques.” Esto se mira como una contribución para evitar cambio climático y lograr el objetivo del Convenio de mantener la temperatura media mundial con estos esfuerzos.

los impactos ambientales y sociales asociados con este tipo de proyecto.<sup>12</sup>

El marco regulatorio para generar las Energías Limpias en México se obtiene a través de los certificados, impactando con esto a la utilización de otra manera de suministrar energía.

La transformación de la estructura de la Administración Pública en reglamentar ahora cuestiones en base a factores económicos y sustentabilidad del medio ambiente, genera la transformación desde la perspectiva de una responsabilidad social y la estructura de la administración al tratarse de una figura de la empresa productiva y se modifica otorgándole una autonomía de gestión, operativa, técnica y además presupuestal, teniendo la ventaja de la toma de las decisiones, sin olvidar que el objetivo principal es la satisfacción de los intereses sociales.

Se enfatiza que a raíz de esta reforma energética se da la transformación del gobierno participando dentro del mercado como otra empresa más. Para la creación de este tipo de empresa puede ser por el Estado, a través de la ley o por Decreto del Ejecutivo; cuenta con personalidad jurídica, tiene denominación o nombre, tiene que tener un ámbito territorial señalado, así como domicilio, patrimonio, señalar cual va hacer su objeto compartiendo estas características con la constitución de las empresas públicas. Pero la diferencia es que las empresas productivas del Estado son propiedad exclusiva del Gobierno Federal.

Se puede concebir que la diferencia entre la forma en cómo se constituyen las paraestatales es que estaban limitadas a la administración pública, ya que están supeditadas para su administración a diferencia de las empresas productivas que tienen esta libertad para la toma de las decisiones dentro de las negociaciones, tan es así que la reglamentación de las empresas productivas se encuentra regulada a través del derecho privado, es decir, leyes civiles y mercantiles.

La intención de esta reforma y la manera de constituir estas empresas productivas del Estado es debido a la transformación de la Administración Pública a la era de planeación y conducción de los recursos naturales desde una perspectiva con las políticas internacionales y así poder enfatizar que el Estado es quien ejerce su rectoría económica y al respecto señala:

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan.

Generando con esto la transformación de la Administración pública ten-

12 RODRÍGUEZ IBAÑEZ, M.d.P. **EL rol de las energías renovables en la transición energética de México**, Tirant lo Blanch, México, 2019, p. 58- 59.

diente del equilibrio de los social con la efectividad integral y sustentable para el desarrollo del país mirando a través de esta transformación la posibilidad de llegar en particular a utilizar mejor los recursos que contamos dentro de nuestro país.

## **6. ENERGÍA JUSTA CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS, COMUNIDADES Y ECOSISTEMAS**

El sector energético está en la era de la transición girando hacia la descarbonización y debido a este tratamiento hasta hoy se concibe como una forma de emitir menos dióxido de carbono; es así como la nueva forma de la transmisión de la energía, que consiste en mitigar las consecuencias y utilizar la tecnología de este siglo para apostar a la utilización de las energías limpias dentro de nuestras actividades diarias.

Esta manera de generar energía es la consecuencia de la concientización y de las convenciones que hacen los países y los órganos no gubernamentales, para resolver los problemas del desarrollo sustentable; logrando con el Acuerdo de París, en primera cuestión evitar el aumento de la temperatura del planeta, así como la oportunidad de llevar este recurso energético a más personas debido a la accesibilidad y a la disminución del costo del mismo, ya que se obtiene de una manera diferente al carbono, el cual es el proceso más caro para obtener el recurso de la energía.

En México, la exploración y la extracción de las energías limpias no son consideradas como áreas estratégicas, con la finalidad de poder hacer un crecimiento dentro de la economía, la efectividad y eficiencia del recurso energético a una mayor población y tener un desarrollo sustentable.

Concebidos con dicha transición, lo que se contempla en el desarrollo de las libertades para poder generar este tipo de energías y lo expresado John Locke referente a considerar que los seres humanos tenemos derechos naturales inherentes a nosotros tales como la libertad, la vida y la propiedad, pero esto se debe garantizar a través de la aparición del Estado implicando las figuras de las autoridades para hacer efectivos los acuerdos tomados dentro de esas comunidades; en la actualidad lo que ha acarreado el impulso por realizar estas actividades a través del sector privado es por la deficiencia de la Administración Pública de poder tener el control de la regulación del crecimiento y la marginalidad que este envuelto en desarrollo sustentable.

Al respecto en la búsqueda por sostener un desarrollo sustentable y que vaya acorde a los principios y deberes que debemos considerar se buscan alternativas como bases para conseguir tener diferentes resultados, contenido dentro de las reformas constitucionales en México para plasmar ese derecho como

fundamental y contemplar de esta manera la importancia de estos derechos a través de los movimientos donde se genera esta positivización de estos para considerar el reconocimiento de tales.

Esta apertura de libertades económicas se transforma para ejercer una autonomía de la voluntad que sea planteada y reconocida a través de las normas y establecer las condiciones para generarla y estar en un plano de igualdad con los demás individuos frente el Estado.

La protección de los derechos fundamentales y la actuación de un sistema de garantías, no deberá reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos procedentes de la acción de los poderes públicos, sino que habrá de tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventajas al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la sociedad<sup>13</sup> es como se concibe que los derechos fundamentales se deben ponderar como las normas máximas y principios que contengan el respeto por la integración de la sociedad, dando esa efectividad dentro de la normatividad para su ejecución; desde la perspectiva de Kelsen se puede considerar que los marcos son los que delimitan lo que debe ser para que estos puedan ser admisibles y se puedan producir con el juicio de valor de la interpretación.

Establecíamos anteriormente que la postura del Estado de derecho se debe vislumbrar referente al interés general sobre el particular y estar tendiente a superar los impactos que se generan por las diversas actividades que producimos dentro de la sociedad y ahora con esta reforma energética se ha constituido dentro de la estructuración de la Administración Pública paraestatal lo denominado como empresas productivas del Estado con un matiz referente hacia la inclusión de las aéreas estratégicas que eran actividades exclusivas por parte del Estado; se ha abierto este tipo de productividad con el razonamiento de hacer posible el soporte de una carga a través de esta división de la paraestatal y con la función social que debe ir ligada a estas empresas productivas del Estado para constituir el núcleo central de la efectividad hacia la comunidad o sociedad y no como un negocio.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

A reforma energética implica una transformación en la Administración Pública, modificando su estructura y creando las denominadas empresas productivas de Estado que, a través de estas, se busca impulsar la eficientización

13 DE VEGA GARCÍA, Pedro, La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales, en Carbonell, Miguel (Coord.) Derechos Fundamentales y Estado. **Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, UNAM, México 2002, pág. 697.

del recurso energético.

La normatividad constituye las herramientas del fortalecimiento para generar impactos positivos dentro de la sociedad con respecto a las energías limpias y para el año 2024 se proyecta una meta de consumir el 35% que ayuden a la sustentabilidad del planeta.

## BIBLIOGRAFÍA

COSSÍO DÍAZ, J.R. y COSSÍO BARRAGÁN J.R, “El nuevo sistema energético en la constitución mexicana” en PAYAN, T, ZAMORA, STEPHEN P. Y COSSÍO DIAZ J.R, **Estado de Derecho y Reforma Energética en México**, Tirant lo Blanch, México, 2016.

DE VEGA GARCÍA, Pedro, La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales, en Carbonell, Miguel (Coord.) Derechos Fundamentales y Estado. **Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, UNAM, México 2002.

RODRÍGUEZ IBAÑEZ, M.d.P. **EL rol de las energías renovables en la transición energética de México**, Tirant lo Blanch, México, 2019.

ACUERDO DE PARÍS, Naciones Unidas 2015, Véase en: [https://unfccc.int/sites/default/files/spanish\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf)

**Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional**, publicado en el **Diario Oficial de la Federación** el 15 de mayo del 2020, [https://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5593425&fecha=15/05/2020](https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593425&fecha=15/05/2020)

**CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917, Véase en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_080520.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf).

Diario Oficial de la Federación, 20 de enero de 1960, Véase en: [http://dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?cod\\_diario=198696&pagina=2&seccion=0](http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=198696&pagina=2&seccion=0)

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013, [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013).

**INCIDENTE DE SUSPENSIÓN DERIVADO DE LA CONTRAVOERSIA CONSTITUCIONAL 100/2020**, 09 de julio de 2020, Véase en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos\\_controversias\\_constit/documento/2020-07-27/MI\\_IncSuspContConst-100-2020.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_controversias_constit/documento/2020-07-27/MI_IncSuspContConst-100-2020.pdf)

**LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA**, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 06 de noviembre del 2020, véase en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec\\_061120.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec_061120.pdf)

**LEY DE TRANSICIÓN ENERGETICA**, pública en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 2015, véase en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LTE.pdf>

**Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2019-2033**, publicado el 14 de junio de 2019, [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/475504/PRODESEN\\_IV.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/475504/PRODESEN_IV.pdf)

# 14. NOVOS LIMITES DE CONTROLE EXTERNO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO NA REGULAMENTAÇÃO DO ISOLAMENTO SOCIAL: O PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE PERANTE OS DECRETOS DE AGENTES POLÍTICOS DO PODER EXECUTIVO NA PANDEMIA DA COVID-19

**Joana Stelzer**

Doutora e Mestre em Direito pela UFSC. Pós-Doutora pela Faculdade de Direito da USP. Professora Associada II da UFSC, credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito para Mestrado e Doutorado (PPGD/UFSC). Líder do Núcleo de Estudos em Fair Trade (NEFT/UFSC).  
E-mail: contatojoana@yahoo.com.br.

**Rudá Ryuiti Furukita Baptista**

Doutorando em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável (UFSC). Mestre em Direito Negocial (UEL). Professor de Direito Internacional Público e Privado e Direitos Humanos (PUC-PR). Analista Judiciário (TJPR). E-mail: ruda\_baptista@hotmail.com.

**Ana Paula Ruiz Silveira Ledo**

Doutoranda em Direito Civil (USP). Mestre em Direito Negocial (UEL). Professora da Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil (UEL). Professora da Graduação em Direito (ICES e Faculdades Londrina). Advogada. E-mail: anapaula.ruiz@hotmail.com.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. O direito administrativo contemporâneo frente à sociedade globalizada, à fluidez dos intercâmbios, à flexibilização das fronteiras geográficas e à pandemia da COVID-19; 3. Os atos administrativos discricionários em prol da atenuação dos reflexos da pandemia da COVID-19; 4. A apreciação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário do Paraná: ofensa à autonomia do agente político pela reanálise do mérito dos atos administrativos discricionários; 5 Considerações finais; Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pandemia decorrente do vírus Sars-CoV-2, cuja propagação restou ampliada pela fluidez na mobilidade espacial decorrente do fenômeno da globalização, gerou reflexos em diversas áreas de apreciação, promovendo a necessidade de atuação dos agentes públicos para mitigar seus reflexos negativos e garantir a ordem pública, em especial no âmbito da saúde e da economia. Nessa linha, proliferaram-se os Atos Administrativos regulamentares, redigidos e publicados por Agentes Políticos, de todos os entes federativos brasileiros.

Dentre estes Atos Administrativos, destacam-se os decretos editados pelos

membros do Poder Executivo que têm por objeto a regulamentação da liberdade individual dos municípios, que instituem normas de comportamento mediante a apreciação das necessidades locais ou regionais, sendo, portanto, considerados atos discricionários, segundo classificação do Direito Administrativo.

Tal característica garante margem de liberdade de apreciação do denominado Mérito Administrativo, dentro dos limites legais, pelo Agente Político, que, ao formar sua convicção quanto à necessidade local de fixação de regras de contenção da propagação do vírus (tais como o isolamento social com fechamento do comércio local, a suspensão das aulas, a proibição de funcionamento de atividades de setores não-essenciais, a quarentena domiciliar de pessoas contaminadas e até mesmo a determinação do *lockdown*), projeta como resultado um Ato Administrativo que não pode ter todos seus elementos apreciados pelo Poder Judiciário, na execução do controle externo.

Neste contexto, o presente capítulo tem o problema central identificado no seguinte questionamento: foram obedecidos os limites para o controle externo do Poder Judiciário paraense quanto ao Mérito Administrativo, na regulamentação do isolamento social pandêmico, praticada pelos Agentes Políticos municipais do Estado? A hipótese sugere que o limite não foi respeitado pelo Poder Judiciário nas decisões judiciais destacadas. Com efeito, embora um Ato Administrativo Discricionário editado pelo Poder Executivo não possa ter todos seus elementos apreciados na execução do controle externo, verificou-se que o Poder Judiciário apreciou indistintamente os elementos motivo e objeto, reanalisando a oportunidade e conveniência do Ato Administrativo.

Os objetivos específicos foram identificados e subdivididos em ordem cronológica em consonância aos os três subitens do capítulo: i) identificar um recorte no eixo temático interdisciplinar, a fim de que o leitor do capítulo compreenda que o texto se encontra inserido no âmbito do Direito Administrativo Contemporâneo, porém, recebe influência do Direito Internacional Público; ii) demonstrar que a pandemia da Covid-19 (CORonaVirus Disease – Doença do Coronavírus), identificada em 2019, implicou o aumento de emissão de atos discricionários pelos Agentes Políticos em prol da manutenção da ordem pública, e, conseqüentemente, refletiu na ampliação das demandas judiciais que tem por objeto a análise do Mérito Administrativo dos referidos atos discricionários; e, iii) demonstrar que o Poder Judiciário paraense flexibilizou o limite legal de análise do Mérito Administrativo, de modo a ofender a discricionariedade do Agente Político na regulamentação das medidas locais de contenção da propagação do vírus.

Conforme identificado nas regras gerais do projeto desta obra, o Direito Administrativo Contemporâneo é interdisciplinar, característica que evidencia a necessidade de o pesquisador extrapolar o limite isolado de uma disciplina

para, conseqüentemente, entrelaçá-la, por um ponto de intersecção, com outra subárea de observação. Para o presente capítulo, propõe-se uma exposição da relação entre Direito Administrativo com o Direito Internacional Público (em face da regulação administrativa dos efeitos advindos de uma pandemia decorrente da sociedade globalizada) e com a Gestão Pública (em razão da análise da liberdade de atuação do Agente Político frente a decisões judiciais).

Quanto à metodologia, a natureza da investigação retratou pesquisa pura, iniciada na compreensão de categorias fundamentais do Direito Administrativo, como Agentes Políticos, Atos Administrativos Discricionários e Mérito Administrativo. Quanto à abordagem do problema, refletiu estudo qualitativo orientado precipuamente pelo entendimento dos pesquisadores acerca do controle externo exercido pelo Poder Judiciário do Paraná (em destacadas decisões) acerca de decisões do Poder Executivo, quando o assunto se referia à Covid-19. Quanto aos fins, a pesquisa apresentou-se de cunho descritivo, já que perquiriu o significado do que se denomina discricionariedade em sede de Direito Administrativo.

O método de abordagem foi indutivo, pautado pela singularidade das decisões judiciais e de seu significado sobre a concepção da discricionariedade. Sem desconhecer a fragilidade do indutivismo, lançou-se luz acerca da importância do conteúdo das categorias do Direito Administrativo – em especial sobre Ato Administrativo Discricionário e Mérito Administrativo. Os procedimentos técnicos utilizaram doutrina de reconhecidos autores, além de jurisprudência do Estado do Paraná. Os resultados foram expostos exclusivamente em forma de textos.

## **2. O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO FRENTE À SOCIEDADE GLOBALIZADA, À FLEXIBILIZAÇÃO DAS FRONTEIRAS GEOGRÁFICAS, À FLUIDEZ DOS INTERCÂMBIOS E À PANDEMIA DA COVID-19**

No presente tópico, a fim de proporcionar contextualização necessária para o subsequente desenvolvimento do capítulo, revelou-se o ambiente no qual se depreende um direito administrativo contemporâneo, para identificar a atual fase de adaptação deste para o enfrentamento dos reflexos negativos da Pandemia da Covid-19.

Em primeiro lugar, partindo-se da premissa que o direito deve acompanhar as necessidades de seu tempo para manter sua funcionalidade e garantir seus efeitos perante seus destinatários, destaca-se nesse tópico a reformulação do Direito Administrativo no que diz respeito ao seu entendimento quanto à interferência do Estado nas relações privadas. Inicialmente, essa era efetivada, em sua maioria, por meio da intervenção direta, baseado no denominado

interesse público, cujo significado não reflete a roupagem atual da expressão, visto que se referia especificamente aos interesses do Estado-Nação, e não aos interesses da coletividade (destinatários diretos da ação estatal) ou dos demais agentes econômicos da sociedade<sup>1</sup>.

Entretanto, o referido modelo de intervenção estatal começou a se modificar estruturalmente com a introdução no ordenamento jurídico das normas previstas na Constituição Federal de 1988, que passaram a fundamentar intervenção substancialmente diferente.

Se, antes, preponderava a intervenção direta no domínio das relações privadas e o interesse do Estado-Nação por meio da produção de bens e fornecimento de serviços, com a nova ordem constitucional a intervenção estatal passou a ser implementada pelo modelo de Estado Regulador, que prega a redução da intervenção, por execução direta do Estado, e estimula, com base no princípio da subsidiariedade, a intervenção estatal por indução, via elaboração, desenvolvimento e implementação de políticas públicas, bem como a execução de atividades que antes eram cometidas ao Poder Público, e que necessariamente não reclamavam a sua atuação direta<sup>2</sup>.

Este novo modelo “traduz-se como uma resposta à necessidade de flexibilidade e de comunicabilidade que revestem o intervencionismo hodierno (intervenção reguladora)”<sup>3</sup>. Esta reforma administrativa seria capaz de criar, portanto, “os meios de se obter uma boa governança”<sup>4</sup>.

Além disso, o inovador padrão de administração pública foi apto a ampliar a dimensão democrática do exercício do poder público. Isso porque se permitiu tanto às minorias como às maiorias a possibilidade de influenciar efetivamente a produção de atos regulatórios, tal como acompanhar concretamente a atuação governamental nesse setor<sup>5</sup>.

Neste cenário de adaptação da Administração Pública nacional aos interesses da sociedade ou dos administrados, pelo afastamento da concretização direta dos interesses do Estado-Nação, evidencia-se que a formação da ordem regulatória estatal não sofre influência, somente, dos anseios decorrentes da força de acontecimentos nacionais. Afinal, é cediço que o plano doméstico brasileiro também recebe influências externas, estrangeiras ou internacionais, que,

1 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 199.

2 WILLEMAN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. XXVI.

3 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 199.

4 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 36.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 369.

por sua vez, também refletem nas demandas que devem ser acompanhadas pelo Direito Administrativo nacional.

Assim, em segundo lugar, nesse tópico inaugural, ainda a título de contextualização inicial, justifica-se realizar breve ambientação no cenário que permeia o objeto central do capítulo, qual seja: o Direito Administrativo contemporâneo frente à sociedade globalizada e a pandemia da Covid-19.

O cenário internacional é afetado por processo dinâmico de transformação alimentado pelo fenômeno da globalização. O redimensionamento do Estado e de seu aparato administrativo frente aos desdobramentos deste fenômeno, que não segue critérios lógico-formais, é um desafio. Cada vez mais se torna necessária uma construção multidisciplinar para enfrentar os problemas a serem solucionados, que geram reflexos em todas as partes do planeta. A globalização é objeto de análise presente nas mais variadas áreas da ciência, e, em face do seu caráter polissêmico, possui conceito aberto e multiforme, impreciso e por vezes enganoso, sendo utilizado para verificar os mais variados tipos de fenômenos, tendências e resultados<sup>6</sup>.

A título de ilustração, Dowbor, Ianni e Resende<sup>7</sup> destacam como eixos essenciais de análise do fenômeno da globalização: o processo de transformação na estrutura do trabalho; a transformação institucional no âmbito da urbanização; o campo dos avanços tecnológicos; e, os instrumentos de regulação da economia global. No mesmo sentido, Tânia Lobo Muniz<sup>8</sup> enfatiza que, apesar de o aspecto mais estudado ser o econômico, o fenômeno da globalização afeta outras dimensões, alcançando as facetas sociais, políticas, culturais e tecnológicas, em especial as de comunicação.

Em virtude da impossibilidade de explorar e pormenorizar todos os seus eixos ou dimensões, neste recorte o foco se concentra na observação do seu principal reflexo, identificado na mitigação dos vetustos limites das fronteiras físicas ou geográficas nacionais, cuja consolidação implicou a redução da distância global<sup>9</sup>.

Evidentemente que a superação das fronteiras guarda relação com o rápido desenvolvimento de tecnologia que permitiu mobilidade espacial, e, tornou possível um cidadão cosmopolita, fruto da maior rapidez no deslocamento de

6 FARIA, José Eduardo. A globalização econômica e sua arquitetura jurídica (dez tendências do direito contemporâneo). In: **Revista da Academia Judicial**, Ano I, São Paulo: Conceito Editorial, 2010, p. 41.

7 DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (orgs.). **Desafios da globalização**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 9-16.

8 MUNIZ, Tânia Lobo. **Reflexões sobre as relações internacionais globalizadas e as relações de consumo**. In: Estudos em Direito Negocial e relações de consumo. KEMPFFER, Marlene; ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger (orgs.). Birigui: Boreal, 2013, p. 161.

9 BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita Baptista. **Assimetrias globais no Direito internacional contemporâneo: tratamento especial e diferenciado e cooperação internacional como possíveis soluções**. 2.ed. Londrina: Thoth, 2020, p. 27.

pessoas entre localidades ao redor do globo, bem como do valor deste deslocamento, que se tornou progressivamente mais acessível ao longo do tempo.

Admite-se, portanto, no plano atual da sociedade globalizada, transformação radical das estruturas de dominação política e de apropriação de recursos, que subverteu as noções de tempo e de espaço, e, conseqüentemente, derubou barreiras geográficas, reduzindo as fronteiras burocráticas e jurídicas entre nações e revolucionando os sistemas de produção<sup>10</sup>.

Esse reflexo da mitigação dos limites das fronteiras e da redução da distância global, portanto, por sua vez, implica diretamente a seguinte perspectiva: a sociedade globalizada redimensiona a força da administração pública nacional dos países ao redor do mundo, pois, a fluidez dos intercâmbios decorrente da mobilidade dos indivíduos em alta velocidade, propicia a relativização da soberania estatal.

A soberania é a qualidade que garante autonomia ao poder do Estado se autorregular, dentro da ordem interna indica o poder de mando em última instância, e, perante a ordem externa ser respeitado e respeitar os demais Estados que detém igual poder. Consagra, portanto, com base no conceito de territorialidade<sup>11</sup>, a noção de que não se admitirá a intervenção de força externa de agente estranho à nação<sup>12</sup>.

A revisão deste conceito de poder soberano dos Estados intensifica-se diante da perspectiva do remodelamento nas relações internacionais. Isso ocorre, pois cresce a importância das injunções externas, configurando a atual dinâmica da globalização, redefinindo a importância das forças internas, no que se refere à organização e às diretrizes do poder estatal<sup>13</sup>.

Assim, “se em um primeiro momento o Estado aparece como autônomo para decidir de forma soberana tanto interna quanto externamente, gradativamente tal grau de autonomia sofre um processo de esvaziamento”<sup>14</sup>. Na mesma linha, José Eduardo Faria (2015, p. 137) sintetiza:

Se é certo que num primeiro momento sua abertura para o exterior e sua progressiva inserção numa economia em processo de “globalização” propiciam maior competitividade e ganhos de escala, é igualmente correto que, num segundo momento, elas acarretam uma redução da soberania nacional e da autonomia decisória, com graves repercussões sociais [...].<sup>15</sup>

10 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13.

11 Neste sentido: “A soberania sempre foi identificada com a noção de território, relacionando-se com o controle pelo Estado do espaço físico e das pessoas localizadas em suas fronteiras”. (MATIAS, 2005, p. 210).

12 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 97.

13 IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 18.

14 CENCI, Elve Miguel; TEIXEIRA, Miguel Salih El Kadri. **Soberania em tempos de globalização**. In: *Diritto & Diritti*, v. 15, p. 1-18, 2009, p. 5.

15 FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 137.

Ademais, é possível identificar, inclusive, que, à medida que o processo de relações estatais se intensificou, criou-se um cenário propício para experiências de “multissoberania”, a partir de uma divisão horizontal e vertical de competências legislativas, de entrega voluntária destas pelos países-membros para uma esfera intergovernamental de política<sup>16</sup>.

Assim, verifica-se que a referida crise da soberania estatal se refere a uma crise que acomete o Estado contemporâneo, que se manifesta na transferência de cotas crescentes de poderes e funções públicas, tradicionalmente e consuetudinariamente reservadas aos Estados, para fora de seus limites. Portanto, na idade da globalização, o futuro de cada país depende cada vez mais de decisões externas, tomadas em sedes políticas além dos limites nacionais<sup>17</sup>.

Por fim, em terceiro lugar, diante desta contextualização interdisciplinar, como exemplo de concretização do fenômeno da globalização que exige a atuação estatal (por meio do modelo da regulamentação administrativa levantado no início do tópic), citam-se os contornos da atual pandemia da COVID-19.

Para tanto, em breve identificação da origem histórica, cumpre lembrar que a Organização Mundial da Saúde (OMS) ratificou o primeiro caso humano de infecção por Sars-CoV-2, oficialmente, na cidade de Wuhan, na China, em dezembro de 2019. Os pacientes iniciais tinham ligação em comum com um mercado atacadista de alimentos da cidade, sendo proprietários de bancas, funcionários e frequentadores, o que sugeriu o local como fonte inicial do surto, motivo pelo qual foi fechado em janeiro de 2020, após amostras ambientais retiradas no mercado testarem positivo para SARS-CoV-2<sup>18</sup>.

Neste sentido, remete-se à análise da origem e repercussão global pandêmica de Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>19</sup>:

Em dezembro de 2019 foram diagnosticadas, na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, os primeiros casos de infec-

16 FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

17 ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación em el Estado constitucional de derecho**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 109-110. No original: “Sabemos que ‘crisis del Estado’ significa basicamente crisis de la soberania estatal, que se manifesta em la dislocación de crecientes porciones de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales. Em la época de la globalización, el futuro de cada país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas, tomadas em sedes políticas supranacionales (tradução livre).”

18 WORLD HEALTH ORGANIZATION. Origin of the severe acute respiratory syndrome coronavirus-2 (SARS-CoV-2), the virus causing COVID-19. Situation Report – 94. Disponível em: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200423-sitrep-94-covid-19.pdf?sfvrsn=b8304bf0\\_4](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200423-sitrep-94-covid-19.pdf?sfvrsn=b8304bf0_4). No original: While some of the earliest known cases had a link to a wholesale food market in Wuhan, some did not. Many of the initial patients were either stall owners, market employees, or regular visitors to this market. Environmental samples taken from this market in December 2019 tested positive for SARS-CoV-2, further suggesting that the market in Wuhan City was the source of this outbreak or played a role in the initial amplification of the outbreak. The market was closed on 1 January 2020 (tradução livre).

19 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da COVID-19 provinda da República Popular da China. *In*: Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 23, abr/jun de 2020.

ção de uma nova espécie de coronavírus<sup>20</sup>, causador da doença COVID-19, responsável por transtornos respiratórios agudos. O tecnicamente chamado coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (Sars-Cov-2) espalhou-se rapidamente por todo o globo terrestre a partir de janeiro de 2020, dizimando milhares de vidas ao redor do mundo, notadamente idosos e cidadãos com doenças preexistentes. A Organização Mundial da Saúde, a partir de março de 2020, reconheceu tratar-se de uma pandemia mundial, já alastrada por todos os continentes.

A facilidade de transmissão, decorrente do contato com superfícies contaminadas por gotículas respiratórias, impediu a contenção da COVID-19, que encontrou no fenômeno da globalização um caminho aberto para adentrar no território de inúmeros Estados. Em 24 de agosto de 2020, apenas 10 países não tinham notícia de casos de infecção pelo **SARS-CoV-2**<sup>21</sup>, sendo que outros 188 países já tinham ao menos um caso confirmado. Ademais, o número de casos confirmados chegou a 24.776.988 e o número de óbitos em decorrência da COVID-19 contabilizava 837.979 pessoas (CORONAVIRUS RESOURCE CENTER, 2020)<sup>22</sup>, especialmente pela facilidade dos deslocamentos de pessoas e produtos contaminadas ao redor do globo.

Destaca-se que, dentre os países com casos confirmados, o Brasil constava, em agosto de 2020, na qualidade de segundo lugar na *ranking* mundial, com 3.804.803 casos. De igual modo, registrava o segundo maior número de óbitos decorrentes da COVID-19, contabilizando 119.504 mortes<sup>23</sup>.

Em 16 de abril de 2020, após o reconhecimento do status pandêmico, a OMS publicou orientações provisórias que forneceram conselhos sobre como gerenciar o risco decorrente do surgimento de casos da COVID-19<sup>24</sup>. Uma série de anexos foi desenvolvida para ajudar a orientar os países por meio do ajuste de várias medidas de saúde pública em contextos diferentes.

Em resposta à COVID-19, países em todo o mundo implementaram uma série de medidas sociais e de saúde pública, incluindo restrições de movimen-

---

20 Neste ponto cumpre salientar que o presente capítulo não tem o objetivo de identificar a origem do vírus, bem como não tem a finalidade de apurar eventual responsabilização jurídica de países no plano internacional pela pandemia, mas sim revelar que a globalização possibilitou seu espalhamento ao redor do globo em curto espaço de tempo, independentemente do local de sua origem.

21 BBC (British Broadcasting Corporation). Countries without coronavirus: See how many and where Covid-19 cases. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-53831063>. Acesso em: 29 ago. 2020.

22 CORONAVIRUS RESOURCE CENTER, Johns Hopkins University & Medicine. COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU). Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 29 ago. 2020.

23 CORONAVIRUS RESOURCE CENTER, Johns Hopkins University & Medicine. COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU). Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 29 ago. 2020.

24 WORLD HEALTH ORGANIZATION. (2020). **Considerations in adjusting public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance**, 16 abril 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/considerations-in-adjusting-public-health-and-social-measures-in-the-context-of-covid-19-interim-guidance>. Acesso em: 29 ago. 2020.

to, fechamento parcial ou total de locais públicos e privados, quarentena em áreas geográficas específicas e outras restrições. Conforme a epidemiologia local da doença mudava, os países deveriam ajustar essas medidas adequadamente, até a intensidade da transmissão diminuir, para, então, retomar gradualmente a atividade ordinária.

Portanto, evidenciava-se a atual imprescindibilidade do estabelecimento de medidas de proteção, incluindo diretrizes para permitir a prevenção da COVID-19, cujo *status* pandêmico foi potencializado pelo fenômeno da globalização. Assim sendo, verifica-se que, para devida consecução de seus fins, especificamente para atender o interesse público de superar os reflexos negativos da pandemia, faz-se essencial a regulação da sociedade pelos Agentes Políticos, sendo que o principal instrumento disponível para efetivar essa regulação se encontra na figura de Atos Administrativos Discricionários.

### 3. OS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS EM PROL DA ATENUAÇÃO DOS REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Considerando a prévia contextualização, o presente tópico tem por objetivo demonstrar, sob o viés do plano brasileiro do Direito Administrativo contemporâneo, que a pandemia da Covid-19 implicou o aumento de emissão de atos discricionários pelos Agentes Políticos em prol da manutenção da ordem pública, e, conseqüentemente, refletiu na ampliação das demandas judiciais que têm por objeto a análise do Mérito Administrativo dos referidos atos discricionários.

E, justamente, nesse aspecto, revela-se primordial, em primeiro lugar, traçar os conceitos de três categorias: Agentes Políticos, Atos Administrativos Discricionários e Mérito Administrativo. Para, subsequentemente, em segundo lugar, relacionar a utilização dessas categorias com a possibilidade de atenuação dos efeitos negativos da pandemia no cenário nacional brasileiro.

O Direito Administrativo, como parcela da ciência jurídica, ao analisar seu objeto, identifica gêneros, espécies, classes, fundamentos e teorias, sempre observando que a organização do Estado tem se tornado cada vez mais complexa, notadamente pela obrigatoriedade de atendimento dos interesses heterogêneos encontrados em uma sociedade pluralista, organizada em rede<sup>25</sup>.

Dentre as categorias estudadas pelo Direito Administrativo, a primeira relevante para este tópico é denominada Agente Político. Trata-se de espécie do gênero Agente Público, sendo este conceituado como “todas aquelas pessoas físicas que, a qualquer título, executam função pública como prepostos do Estado, como integrantes dos órgãos públicos, cuja vontade é imputada

25 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 16.

à pessoa jurídica, compõem, assim, a trilogia fundamental que dá o perfil da Administração: órgãos, agentes e funções<sup>26</sup>.

Os Agentes Políticos são identificados por serem “os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos de cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”<sup>27</sup>. Em uma análise específica voltada para o capítulo em destaque, no plano municipal, destaca-se a figura do prefeito como Agente Político membro do Poder Executivo; no plano estadual, destaca-se a figura do Governador; e, no âmbito da União, o Presidente da República, cujas investiduras por meio da eleição, por representação democrática<sup>28</sup>.

A função atribuída aos Agentes Políticos pela ordem programática constitucional brasileira possui natureza político-administrativa, pois envolve, primordialmente, decisões que visam atender à concretização dos direitos e deveres dos administrados, por meio da manifestação do Estado.

A influência das demandas sociais na tomada de decisões é evidente, sendo que, no contexto brasileiro da pandemia da COVID-19, houve um direcionamento na tomada dessas decisões pelos Agentes Políticos na busca de atenuação dos efeitos negativos do vírus em todas as áreas de sua atuação político-administrativa.

O exercício dessa função pelos Agentes Políticos pode ser concretizado em diversos instrumentos jurídicos previstos no âmbito do Direito Administrativo, porém, para os fins do presente capítulo, estuda-se especificamente a sua materialização pelos denominados Atos Administrativos Discricionários, revelados aqui como segunda categoria de destaque deste tópico.

Para Hely Lopes Meirelles, Ato Administrativo “é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”<sup>29</sup>.

O Direito Administrativo brasileiro distingue tais Atos Administrativos entre discricionários e vinculados. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, atos vinculados são “os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos”<sup>30</sup>. Logo, nesse

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 34.ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 452.

27 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 245-246.

28 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 212.

29 MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 420.

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 424.

caso, o administrador não interfere com nenhuma apreciação subjetiva, pois a lei fixa rigorosamente todos os elementos do Ato Administrativo (competência, forma, finalidade, motivo e objeto)<sup>31</sup>.

Por outro lado, no que diz respeito aos atos discricionários, o plano normativo vincula somente três elementos dos Atos Administrativos: a competência, a forma e a finalidade. Assim, nesta segunda espécie, para o agente público resta a liberdade ou discricionariedade para escolher ou optar, dentro dos limites legais, na indicação dos elementos de motivo e objeto. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>32</sup>

Portanto, quanto aos atos discricionários a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo administrador em um caso concreto, existindo margem de liberdade para a atuação dos agentes públicos na formação de convicção da tomada de decisão, a partir da análise da conveniência e da oportunidade inerente a atividade do administrador público, que forma o denominado Mérito Administrativo, terceira categoria de destaque no tópico.

O Mérito Administrativo, presente nos atos discricionários, é o exercício da margem de liberdade entre as opções conferidas pela lei, é o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo agente público, é a materialização da convicção quanto à opção do administrador na análise do caso concreto<sup>33</sup>.

Essa fórmula permite afirmar que, diante de situações do mundo real, a escolha do que é conveniente e oportuno para a expedição do Ato Administrativo compete exclusivamente ao Agente Político, isto porque cabe a este o juízo de atribuição de valor administrativo, especialmente por ter proximidade com a demanda invocada.

Ademais, referida discricionariedade na formação do Mérito Administrativo também tem fundamento na impossibilidade de o legislador, quando da redação da norma autorizadora da expedição de ato discricionário, prever todas as situações e sempre engessá-las no formato de atos vinculados.

31 MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 341.

32 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 430.

33 SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual didático de Direito Administrativo**. 8.ed. Salvador: Juspodvm, 2020, p. 320-321.

Portanto, o Mérito Administrativo se revela, justamente, na liberdade do administrador formar um juízo de valor quanto à conveniência e quanto à oportunidade do Ato Administrativo, em uma análise discricionária, dentro dos limites da lei – estampados não só no formato de regras, mas também de princípios, especialmente da proporcionalidade e da razoabilidade.

Superada a indicação das três categorias supramencionadas, passa-se à segunda parte deste tópico, que se fixa na apreciação da utilização dos atos discricionários no combate aos reflexos negativos da pandemia da COVID-19, com intuito de atender as demandas da coletividade, em um plano de atuação estatal de urgência, que atinge todas as áreas político-administrativas.

Se a pandemia da COVID-19, cuja propagação restou ampliada pela fluidez na mobilidade espacial decorrente do fenômeno da globalização, gerou reflexos em diversas áreas de apreciação, compete aos Agentes Políticos atuar para mitigar seus efeitos negativos e garantir a ordem pública, em especial no âmbito da saúde e da economia.

Nessa linha de pensamento, proliferaram-se os Atos Administrativos Discricionários regulamentares, em outras palavras, ampliou-se o número de decretos editados pelos membros do Poder Executivo que tem por objeto a regulamentação da liberdade individual dos munícipes, que instituem normas de comportamento mediante a apreciação das necessidades locais ou regionais.

Referidos decretos, ao serem redigidos, editados e publicados, pelos Agentes Políticos, passam pela apreciação do denominado Mérito Administrativo, dentro dos limites legais, e, podem gerar limitações para os administrados, dentre as quais se destacam as regras de contenção da propagação do vírus, tais como: deveres em forma de medidas sanitárias e de higiene pessoal; o isolamento social com fechamento do comércio local, a suspensão das aulas presenciais, a proibição de funcionamento de atividades de setores não essenciais; a quarentena domiciliar de pessoas contaminadas; e, até mesmo a determinação do *lockdown*.

Tal preocupação do Agente Político com a atenuação dos efeitos da pandemia projetada como resultado um Ato Administrativo que pode ser observado pelo destinatário da norma sob um viés de perspectiva dicotômica.

A primeira, a aceitação na recepção da norma regulamentar emanada no ato administrativo discricionário, em especial pelos administrados que consideram necessárias as medidas de contenção do vírus, seja pelas medidas mais simples, como por deveres de higiene pessoal, seja por medidas mais invasivas, como o isolamento social, a suspensão de atividades laborais e educacionais presenciais, até mesmo o *lockdown*.

A segunda, oposta à primeira, que indica uma não aceitação da norma

prevista no Ato Administrativo, e, conseqüentemente, uma possibilidade de enfrentamento desta por meio judicial, considerando o Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição, que conduz o referido Ato Administrativo discricionário a uma apreciação pelo Poder Judiciário invocado.

E, justamente nesse contexto, desponta a problemática central do capítulo, identificada no seguinte questionamento: Quais limites devem ser observados no controle externo do Poder Judiciário quanto ao Mérito Administrativo na regulamentação do isolamento social na pandemia pelos Agentes Políticos do Estado?

Em virtude da extensão infinita da análise de respostas para a referida problemática, optou-se por uma delimitação espacial, sendo que no tópico seguinte serão apreciados somente julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário Estadual do Paraná, sob a influência da proximidade dos autores com os órgãos julgadores. Igualmente, também se realizou uma delimitação qualitativa, que diz respeito a análise exclusiva de julgamentos que extrapolam os limites da apreciação da legalidade do Ato Administrativo objeto da demanda, e, adentram no Mérito Administrativo deste. Por fim, no tocante à delimitação temporal, fixou-se um lapso temporal curto, porém, satisfatório para indicar exemplos do objeto da presente pesquisa, que compreende a julgamentos ocorridos nos meses de março até agosto de 2020.

#### **4. A APRECIÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO DO PARANÁ: OFENSA À AUTONOMIA DO AGENTE POLÍTICO PELA REANÁLISE DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

O presente subitem tem por objetivo demonstrar que em julgados recentes do Poder Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, identifica-se uma flexibilização ou ofensa do limite legal no controle externo, na medida em que o Mérito Administrativo do Agente Político tem sido analisado, reformado, mantido ou superado, por meio de decisões liminares, sentenças, decisões monocráticas e acórdãos de órgãos do referido Poder Judiciário estadual.

Porém, antes de analisar propriamente o teor dos julgamentos, faz-se relevante revelar o conceito de Controle Externo para o Direito Administrativo. Nas lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>34</sup>, trata-se da espécie de controle decorrente de órgão integrante de estrutura na qual não se insere o agente público controlado.

Marçal Justen Filho<sup>35</sup> define o controle externo como: “o dever-poder

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 312.

35 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 306.

atribuído constitucionalmente e instituído por lei como competência específica de certos poderes e órgãos, tendo por objeto identificar e prevenir defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias para tanto”.

Assim, o objeto do presente subitem, ao apreciar a sujeição dos Atos Administrativos emanados dos Agentes Políticos que compõem o Poder Executivo dos entes municipais, ao controle de fiscalização, correção e anulação por órgãos do Poder Judiciário, revela um controle que se classifica como controle externo.

Com relação aos atos discricionários, o controle externo é possível, porém, terá que respeitar a opção legítima assegurada à Administração Pública, e deverá apreciar aspectos relacionados, somente, à legalidade do Ato Administrativo, sem substituir os critérios de escolha quanto ao Mérito, em outras palavras, não pode invadir os aspectos reservados a apreciação subjetiva do administrador público na definição do ato controlado<sup>36</sup>.

Isto porque, o controle do Mérito se concentra na verificação da conveniência e oportunidade do Ato Administrativo, que, do ponto de vista da formação da convicção, somente pode ser realizado por aquele competente por praticar o referido Ato Administrativo. Portanto, o Poder Judiciário não pode adentrar a discricionariedade da Administração Pública se houve opções válidas e legítimas, sob pena de violação da independência e autonomia administrativa<sup>37</sup>.

Além do fato do controle externo praticado pelo Poder Judiciário enfrentar os limites da competência do Poder Executivo para apreciar o Mérito Administrativo, tem-se que eventual exame da oportunidade e da conveniência do Ato Administrativo discricionário pelo magistrado pode ensejar na ofensa ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes. Quanto ao tema:

É bem sabido que não compete ao Poder Judiciário o exame do Mérito Administrativo em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes. Este mandamento, no entanto, não é absoluto em seu conteúdo e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional autoaplicável.<sup>38</sup>

Neste ponto, “é relevante observar que, quando o Judiciário analisa políticas públicas fixadas e implementadas pelos demais Poderes, ele caminha em areias movediças”<sup>39</sup>, em especial quando os fundamentos dos defensores do controle judicial decorrem de conceitos jurídicos indeterminados, como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade, mínimo existencial.

36 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32.ed. Rio de Janeiro, 2019, p. 315.

37 NOHARA, Irene Patricia. Direito Administrativo. 9.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

38 Tribunal Regional Federal da 4ª Região – 4ª Vara Federal de Niterói/RJ – Processo nº 0001786-77.2018.4.02.5102 – Autor: João Gilberto Araújo Pontes e outros. Réu: União Federal e outros. Julgado em: 09/01/2018.

39 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 320.

Tal caminhar impreciso do Poder Judiciário não pode justificar ingerência do controle externo na liberdade de tomada de decisões discricionárias do administrador público, quando o Ato Administrativo estiver dentro dos limites legais, e, portanto, for emanado com respeito ao princípio expresso da legalidade.

Após esta devida contextualização inaugural, indica-se expressamente que, dentro dos limites indicados expressamente acima, os principais julgamentos que envolveram a análise pelo Poder Judiciário paranaense de Atos Administrativos Discricionários emitidos por Agentes Políticos no enfrentamento a pandemia da COVID-19, serão analisados de forma pormenorizada ao longo do texto vindouro.

O primeiro caso indicado na pesquisa faz referência ao julgamento proferido no Agravo de Instrumento – Processo nº 0018276-63.2020.8.16.0000<sup>40</sup>, pelo Desembargador Luiz Mateus de Lima, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no qual figura como agravante o Município de Maringá/PR e como agravado Jean Carlos Marques Silva.

No referido Agravo de Instrumento, o Município de Maringá fundamentou que é dever dos municípios adotar as medidas necessárias ao enfrentamento da pandemia da COVID-19, defendendo a legalidade e constitucionalidade do Decreto Municipal que estabeleceu ‘toque de recolher’ por tempo determinado, cujo teor fora atacado pelo particular na referida demanda judicial.

Em decisão liminar, o Desembargador Relator concedeu efeito suspensivo ao Recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Maringá, mas, ao fazê-lo, extrapolou os limites de sua competência de exame da norma executiva, analisando também seu Mérito Administrativo, ao adentrar na apreciação dos motivos que indicam a oportunidade e a conveniência da manutenção do Decreto do Poder Executivo, conforme se demonstra a seguir:

Com efeito, dentro de cada realidade local, os governos municipais têm poder para adotar medidas de política sanitária, como isolamento social, quarentena, restrição de locomoção e definição de atividades essenciais, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341.

**Desta forma, embora seja uma providência excepcional, o denominado “toque de recolher” se ampara pelas particularidades de cada cidade, sendo que a comunidade de Maringá conta, em grande parte, com jovens habituados a participar de atividades festivas noturnas que geram aglomeração e não se compatibilizam, nos dias de hoje, com os cuidados que todos devemos tomar para evitar um número maior de pacientes**

40 PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0018276-63.2020.8.16.0000**. Agravante: Município de Maringá/PR. Agravado: Jean Carlos Marques Silva. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. Julgado em 29/04/2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/33666028/5a+C%C3%AD-vel+1827663.2020.8.16.0000HCCOVID19S.pdf/89f9f7cf-ebff-2b5f-fef1-bca7cef330ca>. Acesso em 30 ago. 2020.

**infectados e, conseqüentemente, de mortes.**

Destarte, o Gabinete Integrado de Acompanhamento à Epidemia do Novo Coronavírus (GIACCovid-19) identificou “a necessidade de se manter o isolamento social em todos os municípios do Paraná, da forma mais abrangente possível”.

[...]

**Finalmente, de destacar que inexistente qualquer ‘perigo de dano’, muito pelo contrário, o objetivo da medida é justamente proteger a coletividade maringense de uma propagação desenfreada do (sic) Covid-19, doença de alta transmissibilidade e letalidade, como também evitar um colapso no Sistema de Saúde Municipal.**

Isto posto, concedo o efeito suspensivo para o fim de sobrestar a decisão de primeiro grau e restabelecer os efeitos do Decreto Municipal nº 464/2020.<sup>41</sup> (grifamos)

Destaca-se da referida decisão que o órgão julgador apreciou fatos locais particulares, como o número de jovens do município recorrente, bem como o hábito deste grupo da comunidade em frequentar atividades festivas noturnas que geram aglomeração, para expressar que a medida municipal do ‘toque de recolher’ prevista no Decreto do Poder Executivo foi oportuna e conveniente, fato que indica ofensa pelo Poder Judiciário ao princípio da separação dos poderes e à competência exclusiva do Agente Político Municipal de formar convicção quanto ao Mérito Administrativo do ato discricionário.

O segundo caso relevante diz respeito ao Mandado de Segurança – Processo nº 0017992-55.2020.8.16.0000, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, no qual figura como impetrante o Município de Guaratuba/PR, e como impetrado o próprio Poder Judiciário do Estado do Paraná<sup>42</sup>.

O referido Mandado de Segurança tem por objeto o Decreto Municipal nº 23.337/2020, cujo artigo 2º proibiu o acesso, trânsito e permanência de pessoas nas praias no município de Guaratuba, Estado do Paraná.

Em primeira análise, foi proferida decisão que concedeu a ordem para liberar o acesso às praias, superando o Mérito Administrativo do Agente Político Municipal, sob o fundamento de abuso de autoridade do Decreto do Poder Executivo, uma vez que o município restringiu a liberdade dos cidadãos sem

41 PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0018276-63.2020.8.16.0000**. Agravante: Município de Maringá/PR. Agravado: Jean Carlos Marques Silva. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. Julgado em 29/04/2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/33666028/5a+C%C3%AD-vel+1827663.2020.8.16.0000HCCOVID19S.pdf/89f9f7cf-ebff-2b5f-fe11-bca7cef330ca>. Acesso em 30 ago. 2020.

42 PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0017992-55.2020.8.16.0000**. Impetrante: Município de Guaratuba/PR. Impetrado: Desembargador Relator da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná. Rel. Des. Paulo Edison de Macedo Pacheco. Julgado em 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/33666028/MS+Guaratuba/86d247e7-e978-a133-1035-55e668fced8a>. Acesso em: 30 ago. 2020.

qualquer respaldo legal ou científico.

O Poder Executivo do município recorreu. E, justamente da apreciação deste recurso que se encontra a flagrante análise do Mérito Administrativo, pela indicação de critérios pelo órgão julgador que se revestem da roupagem de análise da oportunidade e conveniência, exclusivas do Poder Executivo Municipal, conforme trecho a seguir delineado:

[...] é preciso levar em conta que as medidas restritivas adotadas pelo art. 2º do Decreto 23.337/2020 do Município de Guaratuba visam a prevenção da pandemia da COVID-19, doença altamente transmissível e com expressiva taxa de letalidade, situação que determina a proteção rápida e efetiva do direito à vida.

**Caso não seja concedida a tutela de urgência de suspensão da decisão proferida pela autoridade coatora, Desembargador José Maurício Pinto de Almeida, certamente as praias, faixas de areia, calçadões, baías e rios do Município de Guaratuba poderão ser tomados de aglomeração nos próximos dias, inclusive em feriados, em flagrante e injustificável prejuízo a todo o esforço que se tem feito para continuidade do isolamento social tão necessário para a preservação do maior número possível de vítimas durante o período em que perdurar essa lamentável pandemia que assola a população mundial.<sup>43</sup> (grifamos)**

De acordo com o Desembargador, relator da ação mandamental, “as medidas restritivas foram tomadas para a prevenção de grave pandemia que gera calamidade pública já reconhecida no âmbito nacional”<sup>44</sup>, motivo pelo qual, em verdadeira reanálise do Mérito Administrativo, reformou a ordem anterior, e, conseqüentemente, determinou o reestabelecimento da aplicação das normas previstas no Art. 2º do Decreto Municipal nº 23.337/2020, editado pelo prefeito de Guaratuba/PR.

O terceiro caso levantado na pesquisa revela o Agravo de Instrumento – Processo nº 0030747-14.2020.8.16.0000<sup>45</sup>, apreciado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, no qual figura como agravante um clube do município de Londrina – Paraná, que buscou no Poder Judiciário Estadual a reabertura da sede recreativa para seus frequentadores. Na petição inicial, a associação questionou as determinações municipais sucessivamente renovadas que impedem a abertura do local, materializadas em Decretos do Poder Executivo Municipal.

43 PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0017992-55.2020.8.16.0000**. Impetrante: Município de Guaratuba/PR. Impetrado: Desembargador Relator da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná. Rel. Des. Paulo Edison de Macedo Pacheco. Julgado em 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/33666028/MS+Guaratuba/86d247e7-e978-a133-1035-55e668fced8a>. Acesso em: 30 ago. 2020.

44 Idem, p. 8.

45 PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0030747-14.2020.8.16.0000**. Agravante: Londrina Country Club. Agravado: Prefeito do Município de Londrina/PR. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. Julgado em: 10 jun. 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/36348397/2020+06+5a+c%3C3%ADvel+clube+de+Londrina/59be75ae-f912-d7b0-e33b-d049733dfcf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

Nesse caso, houve apreciação do Mérito dos Atos Administrativos do Agente Político Municipal tanto pelo órgão julgador de 1º grau quanto pelo revisor em sede de 2º grau. Ao apreciar o pedido liminar, o Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública de Londrina – Paraná negou a reabertura do autor da ação, sob o fundamento de que as atividades do clube não são consideradas essenciais. A decisão apreciou a finalidade e a importância do isolamento social para o controle da pandemia causada pelo novo coronavírus (SARS-Cov-2):

A medida de quarentena tem um objetivo claro e notório: reduzir a aglomeração de pessoas e, com isso, atenuar o ritmo de contágio do (*sic*) Covid-19; de tal modo que os estabelecimentos hospitalares tenham leitos suficientes para absorver os pacientes mais graves que neles buscarem atendimento emergencial. Baseadas em recomendações técnicas e na recente experiência de outros países (China, Itália, Reino Unido, França, Espanha, Austrália etc), temem as autoridades sanitárias que, a não serem implementadas medidas de distanciamento social, poderá haver uma catástrofe sem paralelo em termos de número de óbitos de pessoas contaminadas pelo vírus. Eis aqui o fundamento constitucional que confere razoabilidade e adequação aos decretos municipais impugnados: optou-se por restringir temporariamente a liberdade de empreender e de trabalhar, com vistas a prestigiar, no caso concreto, o direito fundamental à vida e à saúde de toda a coletividade<sup>46</sup>. (grifamos)

Diante da referida decisão, o clube recorreu ao Tribunal de Justiça do Paraná. Porém, a 5ª Câmara Cível do Tribunal manteve a determinação anterior, ponderando que a reabertura contraria os esforços das autoridades para evitar a disseminação do vírus.

[...]

Por mais que as atividades desenvolvidas na associação contribuam para a higidez física e mental de seus frequentadores e, ainda que adotadas todas as medidas de contingência que, além disso, deveriam estar sujeitas a uma severa fiscalização, acabaria por prevalecer o interesse de poucos em detrimento do risco ofertado para muitos, sendo que até mesmo os associados e funcionários, ainda que com a adoção de todas as medidas de segurança, também estariam expostos desnecessariamente. [...] O momento chama a sociedade à responsabilização e à conjunção de esforços para a resolução das questões, prevalecendo o interesse coletivo sobre o particular<sup>47</sup>.

Portanto, evidente, nestes dois julgados do mesmo processo que ambos os magistrados, de 1ª grau e 2º grau, ofendem a discricionariedade do Poder Executivo do Município de Londrina – Paraná, ao apreciar a demanda judicial sob o olhar da conveniência e da oportunidade do Ato Administrativo, revedo o Mérito deste.

46 Idem, p. 3.

47 Ibidem, p. 4.

O quarto caso faz referência ao julgamento de 1ª Instância do Mandado de Segurança – Processo nº 0000712-70.2020.8.16.0162<sup>48</sup>, pela Vara Única de Sertanópolis/PR, na referida demanda judicial figura como impetrante Getúlio Vargas Soares e como impetrados o Prefeito de Sertanópolis e o Município de Sertanópolis/PR.

Na ação, o autor apontou como ato abusivo o Decreto Municipal nº 69/2020, de 16 de abril de 2020, do Prefeito do Município de Sertanópolis – Estado do Paraná, que regulamentou as medidas restritivas para o enfrentamento da COVID-19, dentre as quais figura o impedimento de ingresso de pessoas idosas em estabelecimentos comerciais que continuassem a funcionar, com o objetivo de evitar a exposição de pessoas consideradas do grupo de risco.

O impetrante fundamentou seu pedido de suspensão do ato por ele considerado abusivo no fato de que ele e sua esposa não possuem familiares que possam realizar a aquisição de produtos básicos e essenciais à subsistência do casal, o que configuraria afronta à Constituição Federal e ao Estatuto do Idoso.

A decisão do órgão de 1º grau reconheceu que o autor do Mandado de Segurança tinha direito líquido e certo de frequentar os estabelecimentos comerciais, mesmo estando em grupo de risco por ser pessoa idosa, motivo pelo qual entendeu que o Decreto do Prefeito Municipal não poderia produzir efeitos em seu desfavor:

[...] *In casu*, embora os idosos sejam o grupo com o maior risco de óbito em caso de contaminação e, portanto, objeto de maior atenção e proteção do Poder Público no momento atual, não se mostra razoável impedir de forma radical o seu acesso a todos os estabelecimentos comerciais em funcionamento, sob pena de privá-los dos itens mais essenciais à sua sobrevivência.

**Ora, ainda que o Decreto Municipal contemple exceção, na hipótese de o idoso, assim como ocorre com o impetrante, não possuir familiar que possa realizar compras em seu lugar, referido ato municipal coloca a pessoa acima de 60 anos em situação desconfortável, a de demonstrar fato negativo (ausência de qualquer outro familiar disponível) como condição para adentrar estabelecimento e satisfazer suas necessidades pessoais básicas.**

[...]

Assim, sem se olvidar da melhor das intenções do ente municipal, voltada a resguardar a saúde dos idosos, tenho que o Decreto Municipal em voga retira direito líquido e certo do impetrante e das demais pessoas presentes em sua faixa etária, de forma que, em sede de cognição sumária, resta

48 PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0000712-70.2020.8.16.0162**. Impetrante: Getúlio Vargas Soares. Impetrado: Município de Sertanópolis/PR. Juíza Karen de Azevedo Malaguido. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/36348397/decis%C3%A3o+liminar.pdf/c1d8a73d-0d-84-d419-66c5-39a5fc76377d>. Acesso em: 30 ago. 2020.

caracterizada o *fumus boni juris*.<sup>49</sup>

A análise do trecho revela que a magistrada em primeira instância, em cognição sumária para conceder a liminar pretendida pelo impetrante, com o objetivo afastar os efeitos do Decreto nº 69/2020, adentrou a verificação do Mérito do Decreto do Prefeito do Município, na medida em que apreciou a oportunidade ou conveniência da proibição de idosos frequentarem estabelecimentos comerciais, com a superação da discricionariedade do Agente Político do Poder Executivo Municipal, que indicava inoportuno e inconveniente a livre circulação deste grupo de risco na cidade.

O quinto e o sexto caso identificados no presente tópico, referem-se a análise conjunta dos Processos nº 0016375-60.2020.8.16.0000<sup>50</sup> e 0017227-84.2020.8.16.0000<sup>51</sup>. Nestes, os Municípios de Marechal Cândido Rondon e Curiúva buscaram o Tribunal de Justiça do Paraná para retirar a eficácia de decisões do 1º Grau de Jurisdição que suspenderam os efeitos de Decretos Municipais que autorizavam a reabertura generalizada do comércio em ambas as cidades.

Quanto ao Decreto Municipal nº 88/2020 do Poder Executivo de Marechal Cândido Rondon – Paraná, o autor da ação alegou que a cidade contava com apenas um caso suspeito da COVID-19 e outro confirmado, motivo pelo qual não havia justificativa para ser mantida a decisão judicial de 1º Grau que suspendeu os efeitos do Ato Administrativo que garantia a abertura do comércio em geral. Neste momento o Município argumentou que o Poder Judiciário não poderia invadir a competência do Prefeito em atos relacionados à administração local.

O Decreto nº 90/2020 do Município de Curiúva – Paraná, por sua vez, autorizava o funcionamento de lojas de comércio varejista e atacadista de qualquer espécie, salões de beleza e barbearias, lanchonetes, restaurantes, escritórios e consultórios, determinando o isolamento domiciliar apenas das pessoas consideradas integrantes do grupo de risco, e teve seus efeitos suspensos por uma decisão de 1º grau; sendo que, junto ao 2º Grau, na ação que busca a suspensão da decisão de 1º grau, o Município argumentou que cabe a ele legislar sobre questões de interesse local e que a situação de isolamento compromete a saúde financeira dos cidadãos.

Ao analisar as questões apresentadas nas duas demandas judiciais, o Pre-

49 Idem, p. 3.

50 PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0016375-60.2020.8.16.0000**. Autor: Município de Marechal Cândido Rondon. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira. Julgado em: 15 abr. 2020. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/id/34464148](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/id/34464148). Acesso em: 30 ago. 2020.

51 PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0017227-84.2020.8.16.0000**. Autor: Município de Curiúva. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira. Julgado em: 15 abr. 2020. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/id/34464148](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/id/34464148). Acesso em: 30 ago. 2020.

sidente do Tribunal de Justiça, competente para apreciar, negou os pedidos dos Municípios e manteve a suspensão dos decretos. Entretanto, mais uma vez, depreende-se que houve apreciação da conveniência e oportunidade dos Atos Administrativos Discricionários pelo Poder Judiciário.

Isto porque, segundo o Chefe do Poder Judiciário estadual, as determinações do 1º Grau de Jurisdição não causam gravame à ordem pública, conforme as evidências científicas que denotam a necessidade da manutenção do distanciamento social. Ademais, o Desembargador destacou que as decisões liminares entenderam que os decretos favoráveis à reabertura do comércio entravam em conflito com as determinações estaduais voltadas ao controle da pandemia da COVID-19. Na decisão, ainda, o órgão julgador fundamentou pela necessidade de esforços conjuntos dos entes públicos para conter a propagação do novo coronavírus (SARS-Cov-2):

Necessário ter em mente neste momento que a organização do combate à pandemia deve ocorrer de maneira global, ficando a política estratégica a cargo do Estado. De nada adianta o controle da COVID-19 no Município de Cascavel, por exemplo, se em Município próximo, o vírus SARS-Cov-2 continuar contaminando seus cidadãos, o que forçosamente ocorrerá, até por meio do comércio que se pretende preservar<sup>52</sup>.

Assim, restou evidenciado na amostragem detalhada neste tópico que, os Atos Administrativos editados para contornar os efeitos negativos da pandemia da COVID-19 apreciados pelo Poder Judiciário do Estado do Paraná, receberam nova carga valorativa da oportunidade e conveniência, ou seja, nova apreciação do Mérito Administrativo, que extrapolou os limites da sujeição do controle externo que deve ser realizado pelo Poder Judiciário.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do Direito Administrativo Contemporâneo, tema central da obra, em composição interdisciplinar com aspectos do Direito Internacional Público e da Gestão Pública, revelou a importância do objeto do presente capítulo no cenário brasileiro e global, pois identificou problemática relevante que decorre de fatos que extrapolam os limites territoriais nacionais.

O vírus SARS-CoV-2 teve propagação ampliada pela fluidez na mobilidade espacial decorrente do fenômeno da globalização, atribuindo-lhe *status* de pandemia e gerando reflexos em quase todos os países do mundo. A necessidade dos Estados agirem por meio de seus agentes públicos, com intuito de conter os efeitos negativos da referida pandemia, demonstrado ao longo do texto, propiciou a edição de Atos Administrativos Discricionários que regulamentam a vida em sociedade, especialmente para prever regras de limitação

52 Idem, p. 2

da liberdade individual em prol da saúde coletiva.

Nesse cenário, a apreciação do denominado Mérito Administrativo, dentro dos limites legais, pelo Agente Político, ao formar sua convicção quanto à necessidade local de fixação de regras de contenção da propagação do vírus (tais como o isolamento social com fechamento do comércio local, a suspensão das aulas, a proibição de funcionamento de atividades de setores não-essenciais, a quarentena domiciliar de pessoas contaminadas e até mesmo a determinação do *lockdown*), gerou como resultado Atos Administrativos que podem ser observados pelos destinatários da norma sob um viés de perspectiva dicotômica.

De um lado, a aceitação na recepção da norma regulamentar emanada no Ato Administrativo discricionário, em especial pelos administrados que consideraram necessárias as medidas de contenção do vírus. Do outro lado, a não aceitação da norma prevista no Ato Administrativo, e, conseqüentemente, a possibilidade de enfrentamento desta por meio judicial, que conduz o referido Ato Administrativo discricionário à apreciação pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, a análise de julgados do Poder Judiciário do Estado do Paraná, proporcionou um indicativo de resposta a problemática central do capítulo, identificada quanto à não observância dos limites no controle externo do Poder Judiciário, relativamente ao Mérito Administrativo presente na regulamentação do isolamento social. A princípio, um Ato Administrativo Discricionário editado pelo Poder Executivo não pode ter todos seus elementos apreciados pelo Poder Judiciário, na execução do controle externo. Porém, demonstrou-se que o Poder Judiciário do Estado do Paraná, entre março e agosto de 2020, ou seja, em recentes e destacados julgamentos, houve flexibilização do limite legal de análise do Mérito Administrativo, de modo a ofender a discricionariedade do Agente Político na regulamentação das medidas locais de contenção da propagação do vírus.

## REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación em el Estado constitucional de derecho**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita Baptista. **Assimetrias globais no Direito internacional contemporâneo: tratamento especial e diferenciado e cooperação internacional como possíveis soluções**. 2.ed. Londrina: Thoth, 2020.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BBC (British Broadcasting Corporation). **Countries without coronavirus: See how many and where Covid-19 cases**. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-53831063>. Acesso em: 29 ago. 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – 4ª Vara Federal de Niterói/RJ – **Processo nº**

**0001786-77.2018.4.02.5102** – Autor: João Gilberto Araújo Pontes e outros. Réu: União Federal e outros. Julgado em: 09/01/2018. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Orgs.). Reforma do Estado e administração pública gerencial.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo.** 34.ed. São Atlas, 2020.

CENCI, Elve Miguel; TEIXEIRA, Miguel Salih El Kadri. **Soberania em tempos de globalização.** *In: Diritto & Diritti*, v. 15, p. 1-18, 2009.

CORONAVIRUS RESOURCE CENTER. Johns Hopkins University & Medicine. **COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU).** Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 29 ago. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (orgs.). **Desafios da globalização.** Petrópolis: Vozes, 1997.

FARIA, José Eduardo. A globalização econômica e sua arquitetura jurídica (dez tendências do direito contemporâneo). *In: Revista da Academia Judicial*, Ano I, São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas.** São Paulo: Malheiros, 2015.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise.** São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2002.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização.** 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade Global.** São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da COVID-19 provinda da República Popular da China. *In: Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 23, abr/jun de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MUNIZ, Tânia Lobo. Reflexões sobre as relações internacionais globalizadas e as relações de consumo. *In: Estudos em Direito Negocial e relações de consumo.* KEMPFER, Marlene; ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger (orgs.). Birigui: Boreal, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** 9.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0018276-63.2020.8.16.0000.** Agravante: Município de Maringá/PR. Agravado: Jean Carlos Marques Silva. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. Julgado em 29/04/2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/33666028/5a+C%C3%ADvel+1827663.2020.8.16.0000HCCOVID19S.pdf/89f9f7cf-ebff-2b5f-fef1-bca7cef330ca>. Acesso em 30 ago. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0017992-55.2020.8.16.0000.** Impetrante: Município de Guaratuba/PR. Impetrado: Desembargador Relator da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça

do Paraná. Rel. Des. Paulo Edison de Macedo Pacheco. Julgado em 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/33666028/MS+Guaratuba/86d247e7-e978-a133-1035-55e-668fced8a>. Acesso em: 30 ago. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0030747-14.2020.8.16.0000**. Agravante: Londrina Country Club. Agravado: Prefeito do Município de Londrina/PR. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. Julgado em: 10 jun. 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/document-s/18319/36348397/2020+06+5a+c%C3%ADvel+clube+de+Londrina/59be75ae-f912-d7b0-e33b-d-049733dffcf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0000712-70.2020.8.16.0162**. Impetrante: Getúlio Vargas Soares. Impetrado: Município de Sertanópolis/PR. Juíza Karen de Azevedo Malaguido. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/36348397/decis%C3%A3o+liminar.pdf/c1d8a-73d-0d84-d419-66c5-39a5fc76377d>. Acesso em: 30 ago. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0016375-60.2020.8.16.0000**. Autor: Município de Marechal Cândido Rondon. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira. Julgado em: 15 abr. 2020. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/id/34464148](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/id/34464148). Acesso em: 30 ago. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0017227-84.2020.8.16.0000**. Autor: Município de Curitiba. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira. Julgado em: 15 abr. 2020. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/id/34464148](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/id/34464148). Acesso em: 30 ago. 2020.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual didático de Direito Administrativo**. 8.ed. Salvador: Juspodvm, 2020.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Origin of the severe acute respiratory syndrome coronavirus-2 (SARS-CoV-2), the virus causing COVID-19**. Situation Report – 94. Disponível em: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200423-sitrep-94-covid-19.pdf?sfvrsn=b8304bf0\\_4](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200423-sitrep-94-covid-19.pdf?sfvrsn=b8304bf0_4). Acesso em: 29 ago. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Considerations in adjusting public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance, 16 april 2020**. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/considerations-in-adjusting-public-health-and-social-measures-in-the-context-of-covid-19-interim-guidance>. Acesso em: 29 ago. 2020.

# 15. IMPACTOS DOS PRECEDENTES VINCULANTES NA ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA REALIDADE?

Lívia Ferruzzi Possari

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Graduada em Processo Civil pelo CESUSC. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). E-mail: liviafpossari@gmail.com

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. A evolução do princípio da legalidade na atividade administrativa; 2.1. A legalidade no “contencioso administrativo” francês: da aplicação pretoriana à consolidação como elemento fundamentador dos atos administrativos; 2.2. Similaridades do contexto europeu com o desenvolvimento da “Justiça Administrativa” brasileira; 3. A jurisdicionalização dos conflitos administrativos e o congestionamento do sistema judiciário; 3.1. “Justiça em Números”: as demandas judiciais em dados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ); 3.2. O CPC/2015 e os incidentes de formação de precedentes vinculantes: celeridade e segurança jurídica; 3.3. Precedentes vinculantes formados pelos tribunais locais; 3.4. O Direito Público no panorama catarinense: temas julgados em sede de IRDR e IAC; 4. Impactos dos precedentes vinculantes na atividade da Administração Pública: uma realidade?; 4.1. Influência na atuação administrativa endoprocessual; 4.2. Influência na atuação administrativa extraprocessual; 5. Considerações finais; Referências;

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Poder Público é considerado reiteradas vezes o maior litigante do país, panorama que decorre dos próprios conflitos gerados pelo desenvolvimento de relações jurídicas complexas entre os cidadãos e o Estado, além da garantia de amplo acesso à justiça conferida pelo processo de constitucionalização que permeia o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo.

Diante deste cenário, o ramo de direito processual civil permite a aplicação de certos mecanismos que proporcionam um julgamento mais célere e com maior segurança jurídica às partes envolvidas, especialmente no que tange ao tratamento isonômico para demandas similares, com base na utilização das técnicas de formação de precedentes vinculantes previstos no art. 927 do CPC/2015.

Através de uma análise estatística, é possível verificar que o Tribunal de Justiça catarinense vem julgando diversos temas relacionados ao Direito

Administrativo em sede de incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e de assunção de competência (IAC), firmando teses vinculantes que deverão ser observadas por toda a Corte Estadual, inclusive pelos magistrados a ela vinculados.

Logo, no âmbito do Poder Judiciário, o aludido panorama permite uma resposta evidentemente mais célere às partes envolvidas nas demandas que concernem ao Direito Público, trazendo maior segurança jurídica e eficiência, tanto para o particular, quanto para a Fazenda Pública.

O que se indaga neste estudo é se a formação de tais precedentes vinculantes pelo Poder Judiciário (que, como visto, vem ganhando cada vez mais espaço nas Cortes Estaduais, a exemplo do Estado de Santa Catarina) provoca um verdadeiro impacto na atividade administrativa, seja em caráter endoprocessual ou extraprocessual – questionamento que pode ser realizado sob a ótica do “princípio da legalidade”.

Assim, o presente artigo parte da evolução do conceito de “legalidade administrativa” conforme cada contexto histórico vivido, revelando o Direito como uma manifestação cultural que, nas palavras de Roberto Omar Berizonce, “no se construye como un sistema puro pretendidamente exento de toda contaminación ideológica, ni al margen de los influjos del poder en cada circunstancia histórica o de las propias tradiciones que conforman las estructuras sociales y económicas”.<sup>1</sup>

## 2. A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A “atividade administrativa” pode ser conceituada como “a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade, de âmbito federal, estadual e municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum”. De acordo com Fernanda Marinela, ela “representa toda atividade desenvolvida pela Administração, protegendo os interesses da coletividade, e decorre do fato de o Brasil ser uma República, em que toda atividade desenvolvida deve privilegiar a coisa pública”.<sup>2</sup>

Isto posto, considerando o propósito da atuação da Administração Pública em resguardar o interesse público, o art. 37, *caput*, da Carta Magna de 1988 estabeleceu expressamente os princípios que devem nortear a atividade do Poder Público, quais sejam, os princípios da “legalidade, impessoalidade,

1 BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. in **Processo em Jornadas**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldos Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 855-880.

2 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30.08.20.

moralidade, publicidade e eficiência”, revelando “as diretrizes fundamentais da Administração”.<sup>3</sup>

Quanto ao princípio da legalidade, José dos Santos Carvalho Filho resalta que este “é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração”, pois “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei”, tendo por origem mais próxima a própria “criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita”.<sup>4</sup>

Entretanto, instaurado o atual Estado Democrático de Direito, a observância pelo Poder Público tão só à legalidade estrita não parece ser o bastante para fundamentar ou legitimar os atos realizados pela Administração: é necessária a obediência ao Direito como um todo, o que traz um viés “ampliado” do princípio da legalidade em si, consolidado no “princípio da juridicidade”.

Nessa linha, a juridicidade “vem se afirmando na doutrina e na jurisprudência mais modernas como uma nova acepção (não uma superação) do princípio da legalidade”, apresentando-se “como a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais”.<sup>5</sup>

Para que se analise a aplicabilidade dos precedentes vinculantes pela Administração Pública a partir deste sentido mais amplo de legalidade, faz-se necessária uma retomada histórica acerca da origem e evolução da Justiça Administrativa brasileira, em que o princípio da legalidade tomou diversos contornos, a depender de cada contexto – conjuntura que pode ser comparada ao desenvolvimento do “contencioso administrativo” europeu.

## 2.1. A LEGALIDADE NO “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” FRANCÊS: DA APLICAÇÃO PRETORIANA À CONSOLIDAÇÃO COMO ELEMENTO FUNDAMENTADOR DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A evolução do que se entende por “legalidade administrativa” pode ser avaliada a partir da origem e desenvolvimento do “contencioso administrativo” na França, marcado por momentos históricos que ensejaram reformas no Direito Administrativo como tentativas de ruptura com o passado, o que atingiu diretamente a noção de princípio da legalidade.

Com um estudo realizado sob a ótica da psicanálise, o doutrinador português Vasco Pereira da Silva analisou a história do Direito Administrativo no contexto europeu, distinguindo as etapas de evolução do “contencioso admi-

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

4 Idem.

5 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 58.

nistrativo” francês em três grandes momentos: a “fase do pecado original”, a “fase do batismo” e a “fase da crisma”.<sup>6</sup>

A “fase do pecado original” se deu em um cenário pós-revolução, marcado por ideais liberais e uma rígida delimitação dos poderes de intervenção estatal na esfera jurídica dos indivíduos – o que também atingiu a atividade dos magistrados, cabendo-lhes apenas a realização de tarefas meramente declaratórias.<sup>7</sup>

Esse panorama demonstrava o anseio por abolir os privilégios típicos do Antigo Regime, em que o magistrado agia de forma arbitrária para conceder os interesses do clero e da nobreza. Logo, moldou-se a convicção de que a liberdade e a igualdade, enquanto ideais próprios da Revolução Francesa, só seriam alcançáveis quando a atuação dos sujeitos do Poder Judiciário fosse passiva, limitada e sem margens para interpretação.<sup>8</sup>

Convém salientar que, “em princípio, a ideia de limitar o poder do juiz teve uma intenção legítima – pois o Judiciário possuía relações com o Antigo Regime. Contudo, depois, ela passou a ser utilizada para dar guarida às pretensões da burguesia”, motivo pelo qual “um poder de julgar que estivesse limitado a afirmar a autoridade da lei seria perfeito”.<sup>9</sup>

Portanto, embora a Revolução Francesa tenha sido o grande marco interruptivo de abusos desacerbados da nobreza às custas da sociedade, é imperioso afastar a ideia romantizada que muitas vezes acerca tal momento histórico, já que a ruptura com o Antigo Regime não significou uma verdadeira mudança de postura quanto à realização das vontades do administrador, no âmbito dos conflitos com o particular.

Ora, havia um desajuste no “quadro teórico da separação dos poderes”, uma vez que o *Conseil d’Etat* não apenas desenvolvia a interpretação a ser dada pela lei, mas acabava por substituir o papel do legislador através da consolidação de sua jurisprudência.<sup>10</sup>

Dessa forma, este mesmo princípio da legalidade agia como legitimador das atuações administrativas, em um panorama onde a verdadeira proteção do indivíduo não estava em pauta; em um cenário em que a “separação dos poderes” passou a funcionar como espécie de máscara para a realização dos

6 SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 6.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 35-36.

8 LESSA NETO, João Luiz. O novo código de processo civil, racionalismo e os meios adequados de resolução de disputas no Brasil. In: **Processo civil comparado**. João Calvão da Silva, Leonardo Carneiro da Cunha, Maria José Capelo, Osvir Guimarães Thomaz (organizadores). São Paulo: Forense, 2017, p. 29-48.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 37.

10 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Editora Almedina, 2017, p. 269-270.

interesses do administrador; e sem que houvesse a possibilidade de controle de atos pelos magistrados, já que atuavam como meros expectadores, declarando a lei.<sup>11</sup>

Retomando os ensinamentos de Vasco Pereira da Silva – voltados às etapas de evolução do Direito Administrativo no cenário europeu –, a “fase de batismo” consolidou-se com a vinda do Estado Social, culminando na “fase de crisma” do Estado Pós-Social, através de processos de constitucionalização e europeização que reafirmaram a natureza jurisdicional do antigo “contencioso administrativo”.<sup>12</sup>

A legalidade administrativa (que antes detinha um caráter “proibitivo”, nos moldes dos ideais liberais) tomou novos contornos, passando a apresentar um cunho “habilitador” para a atuação da Administração Pública, agindo o princípio da legalidade também como instrumento de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, diante da permanente preocupação com a efetivação dos direitos dos particulares – o que, somado ao amplo acesso à justiça, ensejou o aumento demasiado do número de demandas judiciais envolvendo o Poder Público.

Analisando as grandes fases de evolução do “contencioso administrativo” europeu e transportando tais ideias para a história brasileira, é possível realizar comparações diante das diferentes formas de governo assumidas ao longo do tempo, as quais ensejaram nossos próprios “traumas”, trazendo a necessidade de rompimento com as “heranças” do nosso passado para buscar uma Justiça Administrativa equilibrada, entre a proteção do indivíduo e o resguardo do interesse público – conforme será abordado a seguir.

## 2.2. SIMILARIDADES DO CONTEXTO EUROPEU COM O DESENVOLVIMENTO DA “JUSTIÇA ADMINISTRATIVA” BRASILEIRA

Durante o Brasil Império, uma grande variedade de órgãos exercia a função contenciosa-administrativa, e, embora a época contasse com os “Juizes dos feitos da Coroa e Fazenda”, o sistema vigente não conferia garantias para que esses magistrados pudessem atuar de forma autônoma e imparcial.<sup>13</sup>

Após a Independência de 1822, as instituições brasileiras passaram por um período de renovação, com a extinção de diversos órgãos administrativos que detinham funções contenciosas e jurisdicionais, em uma tentativa de rompimento com os “traumas” vivenciados pelos cidadãos diante de uma Admi-

11 Idem.

12 SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 6.

13 SOUZA, Rafael Soares. **Justiça Administrativa: o sistema brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014, p. 56-57.

nistração autoritária e privilegiada.<sup>14</sup>

A referida conjuntura, porém, não permaneceu assim por muito tempo: alguns anos após a outorga da Constituição de 1824, diversos decretos foram editados para trazer restrições à intervenção judicial, além de o Conselho de Estado ter sido restaurado em 1841, resgatando a força do “contencioso administrativo” no país e atribuindo novamente um aspecto de expectador ao juiz quanto aos conflitos entre a Administração Pública e os indivíduos.<sup>15</sup>

Por sua vez, a República no Brasil “marcou o despertar de maior interesse pelo Direito Público em geral e, em especial, pelo Direito Administrativo”.<sup>16</sup> O período republicano trouxe o rompimento – de uma vez por todas – com o antigo “contencioso administrativo”, sendo criado um sistema uno de jurisdição, a quem competiria julgar as questões entre particulares e administrador.

Contudo, a imposição abrupta deste sistema unitário jurisdicional ensejou certas precariedades, como a própria subordinação dos juízes às vontades das oligarquias, sendo impossível a implementação de uma isonomia processual plena. Aliás, se algum magistrado tivesse a “veleidade de afrontar alguma das oligarquias estaduais, sem o apoio de outra ou do governo federal, sua ação seria inútil por carência de meios materiais para efetivar sua decisão”.<sup>17</sup>

A partir da promulgação da Carta Magna de 1988, o país passou por um verdadeiro processo de constitucionalização da Justiça Administrativa, assim como ocorreu na Europa, com maior facilidade de acesso à justiça e ampla ênfase à tutela dos direitos dos indivíduos.

A ideia por trás da necessária observância, pela Administração, ao princípio da legalidade passou de um viés de “proibição” do Estado liberal para um caráter de “fundamentação” dos atos deste Estado “provedor”, determinando que a ação administrativa se dê também para garantir o direito subjetivo do cidadão, estando os seus atos sob o crivo do controle legal pelo Poder Judiciário.

Entretanto, a ampliação das facilidades de acesso à justiça, aliada “à reticência do Poder Público em enxergar o cidadão como um verdadeiro sujeito de direitos, canalizou todos os conflitos para a única porta aberta disponível:

14 *Ibidem*, p. 57-58.

15 *Ibidem*, p. 60.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30.08.20.

17 SOUZA, Rafael Soares. **Justiça Administrativa**: o sistema brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014, p. 71.

o Judiciário”.<sup>18</sup>

Diante disso, “a constitucionalização dos direitos infraconstitucionais e a ampliação do acesso à justiça, pela Constituição Federal de 1988, também contribuíram para agravar a crise na prestação jurisdicional, marcada pelo excesso de processos e pela morosidade da tutela judicial”,<sup>19</sup> culminando em um sistema judiciário congestionado.

### 3. A JURISDICIONALIZAÇÃO DOS CONFLITOS ADMINISTRATIVOS E O CONGESTIONAMENTO DO SISTEMA JUDICIÁRIO

O grande volume de demandas que congestionam o sistema judiciário brasileiro não se atribui tão somente aos conflitos entre a Administração Pública e os particulares. Na verdade, “o aumento populacional, a ampliação do acesso à informação e à educação, somados ao crescimento e padronização das relações jurídicas, com a distribuição seriada de produtos e serviços, tornou exponencial e uniforme o crescimento de litígios”.<sup>20</sup>

Porém, a Fazenda Pública é reiteradas vezes considerada a maior litigante do país, “título” que certamente decorre do próprio desenvolvimento das relações jurídicas entre o administrador e o particular – que se tornam cada vez mais complexas -, e da possibilidade de os cidadãos postularem a efetivação de seus direitos perante um amplo acesso à justiça.

Essa jurisdicionalização em massa dos conflitos administrativos sobrecarregou e congestionou o sistema judiciário, o que torna necessário o surgimento de mecanismos que possam auxiliar neste aspecto, trazendo celeridade para a solução das demandas.

E não só a duração razoável do processo deve estar em jogo, mas também a segurança jurídica das partes envolvidas, visto que os confrontos entre particulares e a Administração Pública são predominantemente repetitivos, exigindo respostas isonômicas para casos idênticos, sob pena de violação ao princípio da igualdade.

#### 3.1. “JUSTIÇA EM NÚMEROS”: AS DEMANDAS JUDICIAIS EM DADOS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Anualmente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realiza um relatório

<sup>18</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>19</sup> CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. in **Novo CPC Doutrina Seleccionada – vol. 6**: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 359-387.

<sup>20</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil. in **Novo CPC Doutrina Seleccionada – vol. 6**: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 313-357.

estatístico denominado “Justiça em Números”, abordando diversos aspectos de produtividade das unidades do Poder Judiciário do país, com o intuito de mapear e demonstrar o panorama do sistema forense brasileiro.

De acordo com o estudo realizado pelo aludido órgão no ano de 2019, cerca de 66% (sessenta e seis por cento) das unidades judiciárias do país atuam em forma de juízo único ou com competência exclusiva de demandas cíveis ou criminais. Já as demais varas da primeira instância trabalham somente com competências específicas, seja de forma exclusiva, seja cumulando mais de uma especialização.<sup>21</sup>

Dentre elas, o órgão apontou a existência de 452 (quatrocentas e cinquenta e duas) unidades judiciárias de primeiro grau com competência exclusiva para julgar demandas relativas à execução fiscal, ou que envolvam a Fazenda Pública.<sup>22</sup>

E, justamente nestas varas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constatou a maior taxa de congestionamento de processos em tramitação, atingindo patamares próximos a 90% (noventa por cento), como no caso do Poder Judiciário Catarinense, em que se alcançou, no ano de 2019, a taxa de congestionamento de 94,5% (noventa e quatro vírgula cinco por cento) das varas exclusivas de execução fiscal ou da Fazenda Pública.<sup>23</sup>

Tal contexto decorre principalmente do grande volume de demandas relacionadas ao Poder Público, que atua frequentemente no polo ativo e passivo das ações judiciais, de modo que, conquanto a média de processos baixados seja a maior em comparação com as demais varas de competências exclusivas (a exemplo das varas da infância e juventude), ainda resta um número expressivo de demandas em tramitação nas varas da Fazenda Pública.<sup>24</sup>

É a partir deste cenário que os mecanismos de uniformização de jurisprudência tomam relevância especial, sobretudo no que tange aos incidentes de formação de precedentes vinculantes e de observância obrigatória pelos magistrados, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC).

Isso porque os mencionados instrumentos visam não só integralizar e harmonizar as decisões dos diversos órgãos julgadores dos tribunais locais e magistrados a eles vinculados, como também trazer celeridade, segurança jurídica e eficiência na resposta a ser dada às partes do processo – sejam particulares ou o próprio Poder Público.

21 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 24 jul. 2020.

22 Idem.

23 Idem.

24 Idem.

### 3.2. O CPC/2015 E OS INCIDENTES DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES: CELERIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

Consolidado a partir de diversos princípios constitucionais, o CPC/2015 demonstra a crescente preocupação, no ramo do direito processual civil, com a utilização de institutos e ferramentas que maximizem a efetivação das tutelas dos jurisdicionados, além de trazer mecanismos para lidar com alguns cenários negativos que, existentes no panorama do dia a dia forense brasileiro, a todos causam inquietação.

Um exemplo das inovações apresentadas pelo CPC/2015 é o rol de precedentes vinculantes previsto em seu art. 927, o qual dispõe o seguinte:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

O mencionado excerto legal mostra-se cada vez mais relevante, visto que “a incessante pregação pelo acesso à Justiça avoluma o número de feitos, a mais das vezes envolvendo as mesmas questões de fato e de direito”, o que torna necessária a previsibilidade de julgamento nos casos que são similares.<sup>25</sup> Assim, o art. 927 do CPC/2015 pode ser visto como uma “forma segura de realizar, concretamente, o princípio da isonomia, de berço constitucional, e, de forma mais ampla, da própria segurança jurídica”.<sup>26</sup>

No que tange aos precedentes vinculantes formados a partir de casos repetitivos (dispostos no art. 927, III, do CPC/2015), o novo Código de Processo Civil destacou que este “microsistema” será composto por três tipos de decisão, que, conforme elencados no art. 928, dão-se pelo julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), pelo julgamento dos recursos especiais repetitivos, e pelo julgamento dos recursos extraordinários repetitivos.

Tais técnicas “possuem como objetivos principais gerir as causas repetitivas e viabilizar uma resposta uniforme a todos os processos que versem sobre a mesma questão de direito”,<sup>27</sup> mostrando-se como um verdadeiro mecanismo

25 ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 334.

26 BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

27 MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O incidente de resolução de demandas repetitivas e os Juizados Especiais. in **Panorama Atual do Novo CPC – vol. 3**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. São Paulo: Empório do Direito, 2019, p. 163-176.

para garantir celeridade e segurança jurídica às partes envolvidas, já que “a falta de uniformidade dos julgamentos, (...) derivada e calcada tão só na interpretação discrepante dos julgadores, desaponta e revolta os destinatários da atividade jurisdicional”.<sup>28</sup>

Além do julgamento de demandas e recursos repetitivos, o art. 927, III, do CPC/2015 também impõe a observância obrigatória, pelos magistrados e tribunais, dos precedentes formados em sede de incidente de assunção de competência (IAC), técnica diversa e que não deve ser confundida com o “microsistema” de casos repetitivos, mas que também proporciona segurança jurídica ao impedir o proferimento de decisões antagônicas para casos idênticos, consolidando uma tese vinculante que deverá ser observada pelos julgadores.

Para fins de recorte do tema deste artigo, salienta-se que o estudo se dará no âmbito da formação de precedentes vinculantes pelos tribunais locais, tanto por meio do incidente de assunção de competência (IAC) – não exclusivo às Cortes de 2º grau –, quanto pelo julgamento de casos repetitivos – que, para os mencionados órgãos julgadores, restringe-se ao incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

### 3.3. PRECEDENTES VINCULANTES FORMADOS PELOS TRIBUNAIS LOCAIS

O novo Código de Processo Civil elencou diversas possibilidades de formação de precedentes vinculantes pelos tribunais locais, como através da edição de súmulas e a consolidação de orientação pelo órgão máximo que os integra. O presente estudo, todavia, será feito apenas no que tange à fixação de teses, pelas Cortes de 2º grau, por meio de julgamentos realizados em sede de IRDR e IAC.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) está previsto no art. 976 e seguintes do CPC/2015, podendo ser “instaurado perante o tribunal quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, face à efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito”,<sup>29</sup> com o intuito de consolidar uma tese que ensejará “a necessidade de obediência hermenêutica dos magistrados”.<sup>30</sup>

Dessa forma, percebe-se que o “incidente de resolução de demandas repetitivas visa a racionalizar a atividade judiciária e compatibilizar vertical-

28 ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 415.

29 CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. in **Novo CPC Doutrina Seleccionada** – vol. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Coordenador Geral: Freddie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 359-387.

30 ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. in **Novo CPC Doutrina Seleccionada** – vol. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Coordenador Geral: Freddie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 447-467.

mente as decisões judiciais, prestigiando os valores da economia e igualdade no processo”,<sup>31</sup> cuja inspiração se deu “no procedimento-modelo alemão (Musterverfahren), por intermédio do qual, eleita uma causa-piloto, decidem-se as questões comuns a todos os casos paralelos”.<sup>32</sup>

Por sua vez, o incidente de assunção de competência (IAC) é previsto no art. 947 do CPC/2015, segundo o qual “é admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

Da leitura do mencionado excerto legal, verifica-se a existência de um requisito positivo e de um requisito negativo para que o incidente possa ser adotado, isto é, a presença de “uma relevante questão de direito com grande repercussão social, mas essa questão não pode estar replicada em diversos processos”.<sup>33</sup>

Importa ressaltar que os incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e de assunção de competência (IAC) não se confundem, tratando-se de “mecanismos distintos que não se sobrepõem um pelo outro, mas permitem atuação em situações distintas”.<sup>34</sup>

Neste último instituto, “o deslocamento da competência aparece como importante consequência (...), pois permitirá que a questão relevante seja julgada por órgão colegiado de maior composição”,<sup>35</sup> garantindo “a segurança jurídica e previsibilidade da interpretação do ordenamento jurídico vigente no país, evitando que matérias semelhantes sejam decididas de forma conflitante nos diversos tribunais”.<sup>36</sup>

Apresentados tais institutos, passa-se a uma breve análise acerca dos temas que envolvem questões de Direito Público já julgados em sede de IRDR e IAC pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), a fim de ressaltar a abrangente aplicabilidade dos mencionados incidentes nas demandas compostas pelo Poder Público.

31 WELSCH, Gisele Mazzoni. Aspectos relevantes e critérios necessários na formação de precedentes vinculantes nas demandas repetitivas. in **Processo em Jornadas**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldos Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 361-390.

32 CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. in **Novo CPC Doutrina Seleccionada – vol. 6**: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 359-387.

33 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

34 THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/>. Acesso em: 30.08.20.

35 Idem.

36 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. 3**. 53. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

### 3.4. O DIREITO PÚBLICO NO PANORAMA CATARINENSE: TEMAS JULGADOS EM SEDE DE IRDR E IAC

Até o momento, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) já julgou 16 (dezesesseis) temas em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), com mais 5 (cinco) admitidos e em tramitação. Dos 21 (vinte e um) temas ora mencionados, 17 (dezesete) envolvem questões relativas à Fazenda Pública – conforme se infere da Tabela de Temas do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes do TJSC.<sup>37</sup>

A título de exemplificação, cita-se o Tema n. 03 (julgado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público do TJSC, sob relatoria do Desembargador Hélio do Valle Pereira), cuja tese vinculante dispõe que “o servidor público estadual tem direito à indenização por licenças-prêmios e especiais quando encerrado seu vínculo com a Administração, afastado o art. 190-A da Lei Complementar 381/2007 (...) como possível impedimento” – impactando indubitavelmente as demandas sobre o assunto e que envolvem o Poder Público.

De mais a mais, a Corte Estadual catarinense já julgou 18 (dezoito) temas em sede de incidente de assunção de competência (IAC), dentre os quais 10 (dez) tratam de temáticas inerentes ao Direito Administrativo – como, por exemplo, o Tema n. 15 afetado para averiguar se a vedação imposta aos detentores de mandato Legislativo, quanto a firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, estende-se ou não aos ajustes resultantes de processos licitatórios, ou se haveria exceção à mencionada regra por estes se tratarem de cláusulas uniformes.

A partir dos dados supramencionados, é possível verificar que o Tribunal de Justiça catarinense vem julgando diversos temas relacionados ao Direito Administrativo (que integra o rol do Direito Público<sup>38</sup>) em sede de incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e de assunção de competência (IAC), formando teses vinculantes que deverão ser observadas por toda a Corte Estadual, inclusive pelos magistrados a ela vinculados.

Logo, no âmbito do Poder Judiciário, o aludido panorama permite uma resposta evidentemente mais célere às partes que compõem as demandas que concernem ao Direito Público, trazendo maior segurança jurídica e eficiência – tanto para o particular, quanto para a Fazenda Pública.

O que se indaga neste estudo é se a formação de tais precedentes vinculantes pelo Poder Judiciário (que, como visto, vem ganhando cada vez mais espaço nas Cortes Estaduais, a exemplo do Estado de Santa Catarina) provoca um ver-

37 NUGEP (TJSC). Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/3133632/3200197/IRDR-COM-PLETA/7ab8e228-b5c3-a8ee-8654-2f18a6e23141>. Acesso em: 24 jul. 2020.

38 COUTO, Reinaldo. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

dadeiro impacto na atuação administrativa, seja em caráter endoprocessual ou extraprocessual – questionamento que será abordado no tópico a seguir.

#### 4. IMPACTOS DOS PRECEDENTES VINCULANTES NA ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA REALIDADE?

Como visto, a formação e aplicação de precedentes vinculantes pelo Poder Judiciário traz diversos benefícios à atividade judicial em si, garantindo maior segurança jurídica às partes, além de possibilitar a abreviação do trâmite processual, tornando a “jurisdição mais eficiente”.<sup>39</sup>

O que se questiona, contudo, é se tais precedentes vinculantes ensejarão algum respaldo ou impacto na atividade administrativa, conjuntura que pode ser averiguada tanto a partir da esfera endoprocessual (dentro do processo, pela atuação dos advogados públicos), quanto da esfera extraprocessual (para além do processo, no âmbito puramente administrativo).

De início, salienta-se que a discussão acerca do nível de vinculatividade dos precedentes previstos no rol do art. 927 do CPC/2015 (a depender de sua previsão, ou não, na CRFB/88) traz grande respaldo na seara do presente questionamento, isto é, se a administração deve ou não se sujeitar às teses vinculantes formadas pelo Poder Judiciário.

Isso porque há certa divergência de entendimento na doutrina processual civil sobre a própria constitucionalidade de alguns incisos do art. 927 do CPC/2015, uma vez que o Código de Processo Civil teria previsto hipóteses de precedentes de observância obrigatória que não foram dispostos com eficácia *erga omnes* na Carta Magna de 1988.

É o que alerta Araken de Assis, ao destacar ser “duvidosa a constitucionalidade do art. 927, III e IV”.<sup>40</sup> Na mesma linha, Gonçalves ressalta que “o disposto no art. 927 do CPC traz certa perplexidade”, uma vez que “a lei criou hipóteses de precedente vinculante que não estão previstas na Constituição Federal”, como é o exemplo das “decisões proferidas em incidente de assunção de competência e de incidente de resolução de demandas repetitivas” inexistindo previsão constitucional de que tais precedentes tenham eficácia vinculante, *erga omnes*.<sup>41</sup>

39 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a ratio decidendi sem rediscuti-la. in **Processo em Jornadas**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldos Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 325-334.

40 ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 343.

41 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Curso de Direito Processual Civil**: execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões – vol. 3. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

De uma forma ou de outra, a inconstitucionalidade dos mencionados artigos legais ainda não fora declarada, de modo que o caráter vinculante dos precedentes elencados no art. 927 do CPC/2015 para os tribunais e magistrados a eles vinculados permanece hígido, nos termos da legislação processual vigente.

Esta celeuma pode ser utilizada também como parâmetro para definir se a Administração Pública estará, ou não, vinculada aos precedentes vinculantes formados pelo Poder Judiciário: se o efeito *erga omnes* é previsto no texto constitucional (como no caso da súmula vinculante e das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade – respectivamente previstas no art. 103-A e no art. 102, § 2º, da CRFB/88), haveria necessidade de observância obrigatória. Caso contrário, o efeito do precedente para a atividade administrativa seria apenas a nível persuasivo.

Além deste ponto, há outro viés que merece destaque no presente questionamento: ao prever as normas sobre os precedentes vinculantes e sua observância obrigatória, é possível dizer que o CPC/2015 imprimiu a estes institutos um caráter de alcance para além do processo judicial – também chamado de “alcance panprocessual” –, externando quase um “desejo” do legislador de que as soluções aplicadas a determinada celeuma jurídica tenha efeitos externos à jurisdição.<sup>42</sup>

Essa intenção legislativa pode ser percebida a partir da leitura do art. 985, § 2º, do CPC/2015, segundo o qual, “se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado”, deverá haver comunicação do resultado do julgamento “ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

Verifica-se, assim, que estes julgamentos apresentam uma natureza que ultrapassa a lide em si, pois “não se refletem apenas dentro da jurisdição”, vindo a delimitar inclusive “a atuação das atividades administrativas de órgão, ente ou agência reguladora”.<sup>43</sup>

E há respaldo na aplicabilidade de tal entendimento, uma vez que a legislação processual civil permite e incentiva a formação do precedente vinculante de maneira qualificada e democrática – através, por exemplo, da atuação de *amicus curiae*, com a “participação discursiva dos diversos agentes e segmentos que venham a ser afetados pela interpretação da questão jurídica debatida”.<sup>44</sup>

42 OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública**: limites e possibilidades de aplicação. 2. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 154.

43 OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública**: limites e possibilidades de aplicação. 2. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 156.

44 WELSCH, Gisele Mazzoni. Aspectos relevantes e critérios necessários na formação de precedentes vinculantes nas demandas repetitivas. in **Processo em Jornadas**. Coordenadores: Paulo Henrique dos

Nessa linha, a Administração Pública poderá participar de “um diálogo institucional” no momento da formação do precedente, o que democratiza as novas teses firmadas pelo Poder Judiciário, além de poder qualificá-las tecnicamente, “considerando a especialização desses órgãos ou agentes, como, por exemplo, as agências reguladoras”.<sup>45</sup>

Em sendo assim, “a admissão do *amicus curiae* tem o intuito de ampliar os mecanismos de participação da sociedade no processo e contribuir para acentuar o seu caráter democrático”,<sup>46</sup> imprimindo aos precedentes vinculantes um “maior grau de legitimidade e aceitabilidade social e institucional”<sup>47</sup> – sendo esta uma nuance que corrobora com uma atuação administrativa em consonância com o entendimento fixado nas teses vinculantes.

Um outro aspecto que pode ser trazido para a presente discussão é o seguinte: o princípio da legalidade passou por evolução de acordo com cada momento histórico em que esteve inserido, já tendo funcionado como legitimador da atividade administrativa em busca da realização dos próprios interesses, passando posteriormente a incidir como elemento fundamentador da atuação do Poder Público para resguardar o interesse comum, em observância às proteções dos indivíduos.

Atualmente, entretanto, a atuação do administrador com fulcro tão somente na legalidade estrita não se mostra suficiente, diante do grande processo de constitucionalização e complexidade das relações jurídicas desenvolvidas entre Administração Pública e os cidadãos, emanando a necessidade de uma atividade administrativa com respaldo no Direito como um todo – isto é, a partir de viés de juridicidade.

Ora, diante do novo contexto de jurisdição imposto pelo constitucionalismo contemporâneo, tem-se que “o isolamento da Administração Pública em um mundo legislado não cumpre os demais princípios constitucionais a ela vinculantes, notadamente o da eficiência, da moralidade e da igualdade”.<sup>48</sup>

É que “a atividade administrativa encontra-se sujeita a outros deveres que lhe reivindicam atuações positivas, e que nem sempre estarão positivados

---

Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldos Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 361-390.

45 Idem.

46 MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Aspectos Destacados da Repercussão Geral no Novo CPC. in **Processo em Jornadas**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldos Vasconcelos e André Orthmann. - Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 781-789.

47 FREIRE, Alexandre. O incidente de resolução de recursos extraordinários repetitivos. in **Panorama Atual do Novo CPC** – vol. 3. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. São Paulo: Empório do Direito, 2019, p. 13-42.

48 OLIVEIRA, Weber Luiz de. Precedentes Judiciais na Administração Pública. in **Revista de Processo (REPRO)** vol. 251 (jan. 2016), direito jurisprudencial. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.251.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.17.PDF). Acesso em: 30 ago. 2020.

em lei. Essa nova atuação passa, portanto, a ser regida pelo princípio da juridicidade”, devendo o administrador “atuar em respeito aos princípios constitucionais explícitos e implícitos”.<sup>49</sup>

Portanto, deixar de lado as benesses que os precedentes judiciais possibilitam à atividade administrativa, com base tão somente na “clássica conceitualização de separação dos poderes e na legalidade estrita, acabaria por trazer sensíveis prejuízos no que diz respeito à integração e coesão do direito”.<sup>50</sup>

Diante disso, pode-se afirmar que a análise da atividade administrativa a partir do princípio da juridicidade (ou seja, da legalidade em um sentido mais amplo) embasa a existência de vinculação, ainda que indireta, da Administração Pública às teses consolidadas pelo Poder Judiciário por meio da formação de precedentes vinculantes – como é o caso do incidente de assunção de competência (IAC) e do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

#### 4.1. INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA ENDOPROCESSUAL

A formação de precedentes vinculantes pelo Poder Judiciário causa impacto direto na atuação da Administração Pública endoprocessual, isto é, a partir da atividade dos advogados públicos, especialmente no que tange à “preservação da estabilidade, da integridade e da coerência do sistema jurídico”.<sup>51</sup>

Nesse sentido, torna-se necessário que a advocacia pública se desprenda de eventuais amarras carregadas das origens pretorianas do “contencioso administrativo” que litigava em busca de interesses próprios, a fim de resgatar a sua funcionalidade “como advocacia de Estado e não de governo”, possuindo “o dever institucional de garantir, de forma preventiva e/ou repressiva, a juridicidade dos atos estatais”.<sup>52</sup>

E o que se conclui a partir disto? Que a atuação da Administração no contexto endoprocessual deve ir além das interpretações com fundamento na estrita legalidade, partindo “da concepção do princípio da juridicidade”, com “submissão dos atos estatais não apenas ao princípio da legalidade, mas, também, aos demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos”, sendo “imperioso que os advogados públicos, na interpretação administrativa, levem

49 PEREIRA, Aline Carvalho; FERREIRA, Fernanda Macedo. Vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais: uma análise do papel da advocacia pública na efetivação de direito fundamentais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 1, 2015, p. 367-380.

50 IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ARAÚJO, Flávio de. Administração Pública e sua Relação com os Precedentes Judiciais. *Revista Jurídica* v. 2, n. 55, Curitiba, 2019, p. 607-642.

51 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

52 Idem.

em consideração os precedentes judiciais vinculantes”.<sup>53</sup>

Diante disso, “o comprometimento do advogado público com os precedentes judiciais significa não fechar os olhos às reiteradas decisões que já reconheçam um determinado direito, apenas em nome de uma atuação evidentemente protelatória”.<sup>54</sup>

De mais a mais, a legislação permite a edição de súmulas internas ao âmbito administrativo que prevejam hipóteses de dispensa de apresentação de contestação, bem como a interposição de recursos em demandas judiciais que, por exemplo, tratem de temáticas já consolidadas pelo Poder Judiciário – conferindo um caráter legal à atuação Administrativa de acordo com os precedentes vinculantes no âmbito dos processos judiciais.

#### 4.2. INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA EXTRAPROCESSUAL

O questionamento acerca da influência dos precedentes vinculantes na atividade administrativa extraprocessual possui um viés mais delicado: deveria o administrador, objetivando consolidar os direitos dos cidadãos de forma “espontânea” já na esfera administrativa, aplicar um entendimento firmado em tese vinculante pelo Poder Judiciário, sem que esta interpretação esteja expressamente prevista em lei?

Por um lado, a ideia merece guarida pelo simples fato de que “o ordenamento jurídico continua produzindo uma quebra de isonomia beneficiando apenas os cidadãos que acionam o Poder Judiciário, em detrimento daqueles que se submetem à falta de eficiência na prestação dos serviços públicos”, de modo que, “no fim das contas, o elemento decisivo à efetivação de um direito é a possibilidade concreta de se demandar em juízo”.<sup>55</sup>

Na verdade, há situações em que resta evidente que “a Administração Pública, ao invés de perseguir a melhor consecução de seus objetivos (frise-se, o alcance do interesse público), com o menor custo possível, acaba por afogar o Judiciário e por não tutelar efetivamente os direitos fundamentais do cidadão”.<sup>56</sup>

E o mencionado panorama é inaceitável, já que a efetivação dos direitos subjetivos dos cidadãos não poderia estar à mercê do necessário ajuizamento de demandas judiciais, quando a sua concretização já poderia se dar na seara

53 Idem.

54 PEREIRA, Aline Carvalho; FERREIRA, Fernanda Macedo. Vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais: uma análise do papel da advocacia pública na efetivação de direitos fundamentais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 1, 2015, p. 367-380.

55 PEREIRA, Aline Carvalho; FERREIRA, Fernanda Macedo. Vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais: uma análise do papel da advocacia pública na efetivação de direitos fundamentais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 1, 2015, p. 367-380.

56 Idem.

administrativa.<sup>57</sup>

Logo, ainda que a interpretação dada pelo Poder Judiciário a certo excerto legal não esteja expressamente prevista, o que se espera da Administração Pública é uma atuação extraprocessual condizente com seus princípios norteadores, dentre os quais também está a moralidade e a eficiência.

De outro vértice, Celso Hiroshi Iocohama defende o seguinte:

“(...) para aplicação do precedente judicial na Administração Pública, em uma seara extraprocessual, deve-se concretizar uma ponte formatada pelo texto constitucional que dê azo à utilização dos precedentes judiciais no cotidiano da Administração Pública, para que assim se atinja uma integração do direito entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”.<sup>58</sup>

Isso porque uma “encampação” automática da nova interpretação dada à lei pelo Poder Judiciário, sem que haja previsão legal expressa no mesmo sentido, poderia gerar indiretamente uma “infração ao princípio democrático, da separação dos poderes e de responsabilização dos agentes envolvidos, que poderia se dar na esfera administrativa, civil e criminal”.<sup>59</sup>

Diante disso, o cenário ideal para a atuação da Administração Pública conforme os precedentes vinculantes, no âmbito extraprocessual, seria a partir da criação de “mecanismos hábeis capazes de gerar integração do Direito dentre as esferas de poder”, estes de “envergadura constitucional”, em “benefício de uma isonomia e da segurança jurídica almejada por toda sociedade”.<sup>60</sup>

Neste aspecto, “uma solução que se reputa adequada (...) é a edição de uma norma autorizativa regulamentadora para aplicação de precedentes vinculantes pela Administração Pública”, o que geraria “o exercício de uma racionalidade transversal (três sistemas entrelaçados – legislativo, judiciário e administrativo), pois, com base empírica do que está sendo julgado nos precedentes vinculantes, pode-se, ou não, adotá-los”.<sup>61</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de um resgate histórico sobre o desenvolvimento da Justiça Administrativa no Brasil – sinalizando algumas semelhanças com a evolução do “contencioso administrativo” europeu -, o presente estudo demonstrou que o

57 Idem.

58 IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ARAÚJO, Flávio de. Administração Pública e sua Relação com os Precedentes Judiciais. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 55, Curitiba, 2019, p. 607-642.

59 OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública**: limites e possibilidades de aplicação. 2. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 244.

60 IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ARAÚJO, Flávio de. Administração Pública e sua Relação com os Precedentes Judiciais. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 55, Curitiba, 2019, p. 607-642.

61 OLIVEIRA, Weber Luiz de. Precedentes Judiciais na Administração Pública. in **Revista de Processo (REPRO)**, vol. 251 (jan. 2016), direito jurisprudencial. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim\\_bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.251.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim_bibli_bol_2006/RPro_n.251.17.PDF). Acesso em: 30 ago. 2020.

princípio da legalidade teve, ao longo dos anos, aplicação com diferentes respaldos, passando de um viés pretoriano para um elemento fundamentador e habilitador da atividade administrativa.

Outrossim, diante do aumento da complexidade das relações jurídicas entre o administrador e os particulares – bem como após um processo de constitucionalização dos seus conflitos e consequente amplitude do acesso à justiça –, o número de demandas judiciais envolvendo o Poder Público cresceu demasiadamente, o que faz exsurgir a necessidade de buscar meios para trazer celeridade e segurança jurídica às partes envolvidas.

Isto posto, foram destacadas algumas novidades trazidas pelo CPC/2015 com o intuito de uniformizar e estabilizar a jurisprudência, como os incidentes de formação de precedentes vinculantes. E para fins de recorte do tema abordado, o estudo foi concentrado nos tribunais locais, a partir da análise da fixação de teses de observância obrigatória por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e do incidente de assunção de competência (IAC).

Os mencionados institutos, como visto, permitem o alcance de uma maior previsibilidade dos julgados acerca de casos similares, resguardando a credibilidade do Poder Judiciário e a isonomia de tratamento dado às soluções das lides que permeiam situações iguais – benefícios que certamente também se dão nas demandas que envolvem a Administração Pública.

E para demonstrar que os precedentes vinculantes vem sendo amplamente formados, utilizou-se como exemplo o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), que já apreciou diversos temas relativos ao Direito Público em sede de IRDR e IAC, com a consolidação de várias teses que certamente causam impacto direto no julgamento das demandas que envolvem o Poder Público.

Diante de todo esse cenário, o presente artigo indagou se tal panorama também atinge diretamente a atividade administrativa em si, seja no âmbito endoprocessual (isto é, dentro dos processos judiciais, através do papel dos advogados públicos), seja no âmbito extraprocessual (ou seja, na atuação puramente administrativa, prévia a conflitos jurisdicionalizados).

É a partir deste contexto que a juridicidade toma maior relevância, a qual, consolidada como um viés mais amplo do próprio princípio da legalidade, poderia permitir a atividade da Administração Pública em consonância com as teses firmadas nos julgamentos de precedentes vinculantes.

Por outro lado, a existência de regulamentação de ordem constitucional para possibilitar tal atuação ensejaria o seu máximo aproveitamento, inclusive na esfera extraprocessual, realizando-se a atividade administrativa a

partir da interpretação legal dada pelo Poder Judiciário ao formar os precedentes vinculantes, o que efetivamente traria segurança jurídica, igualdade e eficiência – tanto para o sistema judiciário, quanto para as relações entre Administração e particular.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. in **Novo CPC Doutrina Seleccionada – vol. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. in **Proceso em Jornadas**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldos Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 855-880.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. in **Novo CPC Doutrina Seleccionada – vol. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 24 jul. 2020.
- COUTO, Reinaldo. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- FREIRE, Alexandre. O incidente de resolução de recursos extraordinários repetitivos. in **Panorama Atual do Novo CPC – vol. 3**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. São Paulo: Empório do Direito, 2019.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Curso de Direito Processual Civil: execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões – vol. 3**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ARAÚJO, Flávio de. Administração Pública e sua Relação com os Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 55, Curitiba, 2019, p. 607-642.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a ratio decidendi sem rediscuti-la. in **Proceso em Jornadas**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldos Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 325-334.
- LESSA NETO, João Luiz. O novo código de processo civil, racionalismo e os meios adequados de resolução de disputas no Brasil. In: **Processo civil comparado**. João Calvão da Silva, Leonardo Carneiro da Cunha, Maria José Capelo, Osvir Guimarães Thomaz (organizadores). São Paulo: Forense, 2017.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Dispo-

nível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil. in **Novo CPC Doutrina Selecionada – vol. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Aspectos Destacados da Repercussão Geral no Novo CPC. in **Processo em Jornadas**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldos Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O incidente de resolução de demandas repetitivas e os Juizados Especiais. in **Panorama Atual do Novo CPC – vol. 3**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. São Paulo: Empório do Direito, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública: limites e possibilidades de aplicação**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Precedentes Judiciais na Administração Pública. in **Revista de Processo (REPRO)**, vol. 251 (jan. 2016), direito jurisprudencial. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.251.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.17.PDF). Acesso em: 30 ago. 2020.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Editora Almedina, 2017.

PEREIRA, Aline Carvalho; FERREIRA, Fernanda Macedo. Vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais: uma análise do papel da advocacia pública na efetivação de direito fundamentais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, 2015, p. 367-380.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

SOUZA, Rafael Soares. **Justiça Administrativa: o sistema brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. 3**. 53. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

WELSCH, Gisele Mazzoni. Aspectos relevantes e critérios necessários na formação de precedentes vinculantes nas demandas repetitivas. in **Processo em Jornadas**. Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldos Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

# 16. REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO SANCIONADORA ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA

Gustavo Costa Ferreira

Advogado. Mestre em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC. Pós-graduado em Direito Público e em Direito Tributário. Especialista em Compliance pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – GVLAW.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Infracionalidade de empresa e fundamentos da responsabilização sancionadora das pessoas jurídicas; 3. Regimes disponíveis de endereçamento da infracionalidade de empresa, identidades e diferenças entre eles; 3.1. Existem diferenças substanciais entre responsabilização civil e responsabilização sancionadora; 3.2. Não existem diferenças substanciais entre a responsabilização administrativa sancionadora ou criminal da pessoa jurídica; 4. Dificuldades e problemas centrais inerentes à responsabilização sancionadora das pessoas jurídicas; 5. O regime de responsabilização sancionadora das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro; 5.1. A ação das pessoas jurídicas; 5.2. A culpabilidade das pessoas jurídicas; 5.3 Sobre a inconstitucionalidade da responsabilização sancionadora objetiva das pessoas jurídicas; 6. Considerações finais; Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho pretende propor critérios mais claros de responsabilização da pessoa jurídica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador brasileiro, com o fito de se assegurar mais efetividade à política repressiva às infrações empresariais.

A relevância do tema é corroborada pelos noticiários, tomados por escândalos de corrupção empresarial endêmica e de tragédias ambientais no seio da atividade econômica. Daí porque as ferramentas legais que se propõem à punição de ilícitos praticados pelas e no âmbito das pessoas jurídicas devem ser bem compreendidas com a finalidade de serem efetivamente aplicadas, primeiro, viabilizando-se a adoção de comportamentos, pelos entes coletivos, que evitem a sua recidiva em práticas infracionais; depois, evitando-se que nulidades prosperem nos processos de responsabilização, o que ameaçaria sua eficácia prática.

A investigação é conduzida em torno do seguinte problema central: existem critérios próprios para a responsabilização das pessoas jurídicas no

Direito Administrativo Sancionador Brasileiro? Em caso afirmativo, quais critérios são esses?

Antes de serem endereçadas tais indagações, será abordada a problemática da punição das pessoas jurídicas em virtude das infrações cometidas por elas e/ou praticadas no seu seio. Serão estudadas as principais ordens de razões que demandam o endereçamento das práticas infracionais dos entes coletivos, quais os regimes de responsabilização disponíveis para tanto, bem como se há um ou uns preferíveis em relação a outro/outros. Serão também examinados os principais problemas que se enfrenta na tarefa de responsabilização sancionadora das pessoas jurídicas (de agora em diante, RSPJ).

Ao final, será proposto um de regime de responsabilização sancionadora das pessoas jurídicas no Direito Administrativo Sancionador brasileiro, apresentando-se critérios para aferição da ação e culpabilidade delas.

## 2. INFRACIONALIDADE DE EMPRESA E FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO SANCIONADORA DAS PESSOAS JURÍDICAS

As empresas<sup>1</sup> desempenham papel relevante e central em nossa sociedade. Contribuem para geração de emprego, para o progresso econômico, bem como para o avanço tecnológico e científico. Com os recursos e ativos que dispõem, conseguem alcançar metas e objetivos, muitas vezes, inimagináveis ou mesmo impossíveis ao indivíduo. Há sociedades empresárias, inclusive, cujo tamanho, ativos financeiros e poderio transcendem as fronteiras de boa parte dos Estados-nações.

Não é menos verdade que essa capacidade para contribuir em prol do progresso e bem-estar social, em dimensões inimagináveis a um indivíduo, é idêntica à capacidade que detêm para causar o mal. Assim, justamente, por causa do tamanho, da complexidade e do controle de vastos recursos, elas têm aptidão de se envolverem em práticas infracionais que amesquinham, em gravidade, aquelas que poderiam ser perpetradas por indivíduos<sup>2</sup>, podendo causar danos catastróficos<sup>3</sup>.

- 
- 1 Em atenção ao termo ‘empresa’, faz-se a mesma ressalva feita por Heloisa Estellita em sua obra ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros de empresas. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 35: “tomaremos a liberdade de usar a expressão empresa, no decorrer deste texto, como uma metonímia da sociedade empresária, assim designando a **pessoa jurídica** que é titular da empresa”.
  - 2 Como bem observou Sara Sun Beale, “*because of their size, complexity, and control of vast resources, corporations have the ability to engage in misconduct that dwarfs that which could be accomplished by individual*” (BEALE, Sara Sun. A response to the critics of corporate criminal liability. **American Criminal Law Review**, v. 46, 2009, p. 1484).
  - 3 A expressão “catastrophic harm” foi utilizada por David M. Uhlmann ao descrever os danos que podem resultar dos crimes corporativos (UHLMANN, David M. The pendulum swings: reconsidering corporate criminal prosecution. **University of California Davis Law Review**, v. 49, 2016, p. 1.273).

Nas últimas duas décadas, testemunhou-se uma série de escândalos de infrações empresariais com efeitos perniciosos, difusos, transfronteiriços e, muitas vezes, incomensuráveis. Eventos que desencadearam, em escala mundial, crises financeiras, políticas e/ou catástrofes ambientais sem precedentes. São exemplos recentes disso a crise financeira de 2008, que teve como protagonistas algumas instituições financeiras norte-americanas<sup>4</sup>, e o desastre ambiental de 2010, decorrente do derramamento de petróleo no golfo do México em virtude da explosão em uma plataforma de petróleo titularizada e operada por empresas transnacionais. São, também, exemplos ilustrativos do que se está a afirmar o caso Enron, de 2001, consistente em fraudes e manipulações contábeis institucionalizadas e incentivadas pelo alto escalão da empresa, que levou à queda a sétima maior empresa nos Estados Unidos à época<sup>5</sup>; o caso da Siemens, de 2008, que revelou prática endêmica de pagamento de subornos e propinas em contratos públicos firmados por essa empresa, em proporções globais; e o caso da Petrobrás, referentes a ilícitos apurados no âmbito da operação lava jato. No Brasil, não se poderia deixar de apontar, ainda, as graves catástrofes ambientais, com perdas de vidas humanas, engatilhadas pelo rompimento da barragem de Fundão, na cidade de Mariana/MG, em 2015, e, agora mais recentemente, em 2019, na cidade de Brumadinho/MG, que estavam sob a administração de empresas.

Casos como esses provocam forte ressonância social, despertam indignação da sociedade, que espera e exige responsabilização dos envolvidos, não só com a reparação dos danos experimentados pelas vítimas, mas, sobretudo, com a imposição de penalidades aos responsáveis. Só a imposição de pena é capaz de saciar o sentimento social que exige vingança do infrator, assim como só ela é capaz de manifestar a desaprovação social diante de tais condutas transgressoras, propagando a mensagem às sociedades empresárias malfeitoras que, primeiro, comportamentos quejandos não serão tolerados e, segundo, elas deverão conformar sua atuação a padrões de diligência mínimos.

Há quem afirme que muito dos crimes mais perigosos à sociedade originam-se da atividade e de incentivos empresariais<sup>6</sup>. Esse cenário reforça a premissa na construção e/ou aprimoramento de uma política repressiva para endereçar a criminalidade econômica<sup>7</sup>, notadamente aquilo que se tem denomina-

4 Sobre as ondas de críticas direcionadas à incapacidade do Departamento de Justiça Americano (*Department of Justice*, de agora em diante DOJ) em apresentar denúncias criminais contra as “mega” instituições financeiras responsáveis pela crise de 2008, Cf. GOLUMBIC, Court E; LICHY, Albert D. The “Too Big to Jail” Effect and the Impact on the Justice Department’s Corporate Charging Policy. *Hastings Law Journal*, v. 65, 2014. p. 1293-1238.

5 WEISSMAN, Andrew; NEWMAN, David. Rethinking criminal corporate liability. *Indiana Law Journal*, v. 82, n. 2, 2007. p. 423.

6 MAGLIE, Cristina de. Models of corporate criminal liability in comparative law. *University Global Studies Law Review*, Washington, v. 4, issue 3, p. 547-565, 2005. p. 563.

7 Adota-se um conceito amplo de criminalidade econômica, que compreende infrações administrativas e crimes, seguindo aquela conceituação defendida por Schünemann: “*entiendo por delitos económicos, en el sentido más amplio, todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella*”

do de “criminalidade de empresa”, isto é, “o conjunto dos crimes econômicos praticados por pessoas naturais no contexto do exercício da atividade econômica da empresa”<sup>8,9</sup>. Uma das soluções propostas para tal problema é, justamente, a implementação de técnicas repressivas que vão além da punição individual dos envolvidos nos desvios de empresa<sup>10</sup>, mirando diretamente os entes coletivos<sup>11</sup>.

O problema é que, nesse contexto, a prática do ilícito ocorre em complexas estruturas empresariais, criadas por regras de descentralização, distribuição e organização de responsabilidades entre diversos setores da empresa. Por meio da especialização e descentralização de seus setores, almeja-se deixá-los mais responsivos às flutuações de mercados e inovações tecnológicas, de modo que a antiga estrutura hierárquica piramidal está relegada, cada dia mais, ao passado. A divisão de funções, em sentido horizontal, e divisão de trabalho, em sentido vertical, é nota características das modernas sociedades empresariais que tem como consequência direta a **difusão e fragmentação de responsabilidades**<sup>12</sup>.

Com efeito, não raras as vezes, “o resultado delitivo somente seja reconduzível a um aglomerado de ações e omissões, as quais, isoladamente, pouco representam em termos de reunião dos elementos que permitiriam ao agente compreender o caráter injusto de seu comportamento”<sup>13</sup>, o que Heloisa Estellita denominou de “fragmentação objetiva” na prática da conduta típica. Condição que é agravada com a segmentação e canalização de informação<sup>14</sup>, fenômeno também

(SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brockner y Juan Antonio Lascurain Sanchez. *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, ano 1, fascículo 2, 1982, p. 529).

8 ESTELLITA, 2017, p. 34.

9 Schünemann diferencia a “criminalidade de empresa”, delitos econômicos em que “*se cometen a partir de una empresa o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa*”, dos delitos econômicos (i) cometidos à margem de um empresa, (ii) cometidos dentro da empresa contra a empresa mesma e, ainda, (iii) cometidos por membro particulares contra outros membros da empresa, esses dois últimos chamados de “criminalidade na empresa”. Diz o jurista que os delitos da “*criminalidade na empresa*” podem se submeter sem dificuldade nas regras dos delitos comuns, enquanto os delitos de “criminalidade de empresa” ensejam questões de política-crime distintas, mais complexas, como por exemplo, “*la influencia criminógena de una ‘actitud criminal de grupo’, las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico-penal, y los problemas de averiguación del verdadero*”. Ele afirma, então, que a “criminalidade de empresa” é a parte mais importante da criminalidade econômica, não só do ponto de vista prático, como também do ponto de vista da teoria jurídico-penal e da política criminal (SCHÜNEMANN, 1982, p. 529-531).

10 Prestigiar-se-á, neste artigo, o neologismo “infracionalidade” de empresa no lugar de “criminalidade de empresa”, sem qualquer pretensão de ser inovador, apenas para melhor transmitir a amplitude do conceito aqui utilizado, que abarca injustos penais e extrapenais.

11 Como bem observado por Blanca Lozano Cutanda: “*la sanción aplicada únicamente a los individuos que participaron en la comisión del delito o la infracción no opera sobre la causa generadora del hecho ilícito, que resulta inmune respecto del beneficio directa o indirectamente obtenido con el mismo y que puede seguir atentando impunemente contra el ordenamiento con el concurso de otros ejecutores materiales*” (LOZANO CUTANDA, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 diciembre). *Revista de Administración Pública*, Madrid (Espanha), v. 129, 1992, p. 230).

12 MAGLIE, Cristina de. Models of corporate criminal liability in comparative law. *University Global Studies Law Review*, Washington, v. 4, n. 3, p. 547-565, 2005, p. 560.

13 ESTELLITA, 2017, p. 40.

14 Alerta Schünemann que, em virtude das modernas estruturas organizacionais corporativas, “el órgano inmediato de ejecución se da cuenta sólo insuficientemente de las consecuencias de su propio modo

verificável nessas complexas estruturas corporativas, o que viabiliza, ainda, uma “fragmentação subjetiva” na prática do delito, isto é, “o agente pode contribuir objetivamente para a prática de um injusto, desconhecendo as contribuições dos demais e, assim, não tendo como compreender o significado criminoso de sua contribuição”<sup>15</sup>. Com efeito, o empregado que trabalha em determinado setor, certamente, não tem pleno conhecimento do que acontece nos demais setores da empresa. Esse empregado pode não se dar conta de que uma sua conduta, aparentemente inofensiva, quando combinada com condutas de outros indivíduos da empresa, pode contribuir decisivamente para a perpetração de um ilícito. Como bem colocado por De Maglie, nesse caso, a ação de cada indivíduo é uma causa do ilícito perpetrado, mas nenhum indivíduo pode ser reputado como seu responsável<sup>16</sup>. Afinal, nenhum deles reúnem, integralmente, os pressupostos necessários à responsabilização sancionadora.

Esse modelo organizacional empresarial, descrito anteriormente, permite, então, o fenômeno da “irresponsabilidade organizada”<sup>17</sup>, que acontece quando a empresa e sua estrutura organizativa é projetada para impossibilitar a atribuição de responsabilidade a indivíduos concretos<sup>18</sup>, ou, mesmo que não projetada para essa finalidade, acaba produzindo essa impossibilidade em função da fragmentação objetiva e subjetiva da prática do ilícito, isto é, da dissociação dos diferentes elementos do ilícito entre diversas pessoas físicas integradas na estrutura da empresa<sup>19</sup>.

Fato é que as peculiaridades da sociedade moderna tornam inviável se pensar em uma política repressiva de ilícitos sem se cogitar na responsabilidade sancionadora das pessoas jurídicas (doravante, RSPJ), adicionalmente àquela que mira os indivíduos envolvidos em práticas transgressoras, seja como maneira de se demonstrar a desaprovação da conduta das pessoas jurídicas, impondo-lhe as sanções correspondentes<sup>20</sup>, seja como maneira de perseguir uma readequação das atividades empresariais aos comportamentos exigidos pela lei<sup>21</sup>, seja, por fim, para servir apenas de instrumentos de coação para lo-

de actuación, a causa de la división del trabajo y de la canalización de información en la empresa” (SCHÜNEMANN, 1982, p. 533).

15 ESTELLITA, 2017, p. 40.

16 MAGLIE, 2005, p. 560.

17 SCHÜNEMANN, 1982, p. 533.

18 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015, página XI.

19 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución ideológica de la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. **Derecho Penal y Criminología**. (Ejemplar dedicado a: Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal), v. 29, n. 86, p. 129-148, 2008, p. 134, nota de rodapé n. 21.

20 Advogando que essa é a finalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica: SEPINWALL, Amy J. Guilty by Proxy: Expanding the Boundaries of Responsibility in the Face of Corporate Crime. **Hastings Law Journal**, v. 63, 2011, passim; UHLMANN, David M. The pendulum swings: reconsidering corporate prosecution. **University of California Davis Law Review**, v. 49, 2016, p. 1264 e 1267.

21 Aquilo que David Uhlmann chama de *line-drawing function* e *norm-setting function*: UHLMANN, 2016, p. 1260-1264.

grar a cooperação da pessoa jurídica na reunião de provas contra as pessoas físicas envolvidas na prática do ilícito<sup>22,23</sup>. Pelo termo “responsabilidade sancionadora”, pretende-se designar a responsabilidade do ente coletivo nos campos do Direito Punitivo, tanto penal, como administrativo. Responsabilidade que atrai a imposição de medidas afliativas aos que são considerados responsáveis pela prática de um delito e que, portanto, diferencia-se do regime de responsabilização civil, que gravita em torno da imposição de uma medida ressarcitória face a constatação da existência de um dano ressarcível<sup>24</sup>.

Inclusive, o Estado Brasileiro se comprometeu, perante organismos internacionais, a viabilizar a punição de pessoas jurídicas, como é o caso (i) da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de 1997, ratificada internamente em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 3.678, de 30 de novembro de 2000<sup>25</sup>; e (ii) da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção de 2003, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005<sup>26</sup>, e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006<sup>27</sup>. Dentre outros compromissos, referidos diplomas internacionais determinam aos seus signatários a responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em esquemas de corrupção, responsabilização essa que deveria, preferencialmente, ser de índole penal e, se isso não fosse possível em razão

- 
- 22 Defendendo que essa finalidade instrumental é a finalidade precípua da RSPJ, Cf., DISKANT, Edward B. Comparative corporate criminal liability: exploring the uniquely american doctrine through comparative criminal procedure. *Yale Law Journal*, v. 118, issue 1, p. 126-176, 2008, passim.
- 23 Essa função é bastante mais clara nos Estados Unidos, sobretudo após o Memorando de Sally Q. Yates (doravante, Memorando Yates), *Deputy Attorney General* do país, de 09 de setembro de 2015, que condicionou a celebração de acordos de leniência com empresas envolvidas em ilícitos à oferta de informações e provas sobre os indivíduos partícipes no delito. Cf. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of the Deputy Attorney General. Washington, Sep. 9, 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. Acesso em: 30 de agosto de 2020.
- 24 A respeito das diferentes medidas que impõem carga nas pessoas, confira: COSTA FERREIRA, Gustavo. **Responsabilidade Sancionadora da Pessoa Jurídica**: critérios para aferição da sua ação e culpabilidade no direito administrativo sancionador. 1 ed., Belo Horizonte: Dialética, 2019, p. 71-77.
- 25 BRASIL. Casa Civil. **Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm). Acesso em: 30 de agosto de 2020.
- 26 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005**. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-348-18-maio-2005-536880-convencao-28439-pl.html>. Acesso em 30 de agosto de 2020.
- 27 Para uma análise das Convenções Anticorrupção da OEA e da OCDE Cf. RAMINA, Larissa. Tratamento Jurídico Internacional da Corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da O.E.A e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da O.C.D.E. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional** (impresso), Belo Horizonte: Fórum, v. 11, p. 186-198, 2003; BRASIL. Casa Civil. **Decreto n° 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm). Acesso em: 30 de agosto de 2020.

do sistema jurídico do país signatário, de índole não-penal com a imposição de sanções “eficazes, proporcionais e dissuasivas”, nos termos do art. 2º e 3º(2), da mencionada Convenção da OCDE<sup>28</sup> e do art. 26 da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção<sup>29</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil endereça o tema em duas oportunidades. Primeiro, ao dispor da ordem econômica e financeira, no artigo 173, § 5º<sup>30</sup>, o constituinte estabeleceu que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. Segundo, ao dispor do meio ambiente, no artigo 225, § 3º, o constituinte ponderou que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Ambos os dispositivos, portanto, trazem mandamentos que determinam a punição de pessoas jurídicas. Essa determinação pode ser interpretada de duas formas distintas. Pode-se interpretá-la como uma autorização pontual, excepcional e taxativa, significando que só será constitucional a punição de pessoas jurídicas naquelas hipóteses expressamente previstas pelo constituinte, quais sejam, em virtude de ilícitos relacionados à ordem econômica e financeira, à economia popular e/ou ao meio ambiente. Ou, ainda, pode-se interpretá-la como uma aclaração do constituinte com intuito de evidenciar que o sancionamento dos entes coletivos é não só autorizado, mas que, também, convive de maneira pacífica com direitos e garantias constitucionais que possam, aparentemente, conflitar com ela, tal como a garantia da culpabilidade. Sob essa perspectiva, estaria franqueada a responsabilidade sancionadora da pessoa jurídica em qualquer seara. A segunda interpretação é a que se reputa mais razoável e mais consentânea com o sistema constitucional brasileiro, já

---

28 Artigo 2 Responsabilidade de Pessoas Jurídicas. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

Artigo 3. (2) Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.

29 Artigo 26 Responsabilidade das pessoas jurídicas (1). Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. (2). Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. (3). Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. (4). Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

30 BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cciv\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/cciv_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2019.

que permite uma proteção robusta de relevantes interesses difusos e coletivos potencialmente colocados em perigo pelo grave e atual problema da infracionalidade de empresa. Além disso, não se pode deixar de reconhecer que o constituinte, em momento algum, expressou, nem mesmo deu a entender, que a responsabilidade sancionadora da pessoa jurídica seria excepcional, sendo inviável extrair essa interpretação da ordem constitucional brasileira.

Em suma, a RSPJ é medida necessária que encontra fundamento em questões de ordem pragmático-social, haja vista a acentuada infracionalidade de empresa e a conseqüente necessidade de o ordenamento jurídico endereçar adequada e eficazmente esse problema; bem como em questões de ordem jurídico-normativa, uma vez que se trata de compromisso assumido internacionalmente e imposto constitucionalmente ao Estado Brasileiro.

### 3. REGIMES DISPONÍVEIS DE ENDEREÇAMENTO DA INFRAACIONALIDADE DE EMPRESA, IDENTIDADES E DIFERENÇAS ENTRE ELAS

Os ilícitos podem ser endereçados pelo legislador por meio de três regimes de responsabilização distintos: o civil, o administrativo (sancionador) e o criminal. Tais regimes não são auto excludentes e é possível se cogitar, no plano teórico, do aproveitamento deles de maneira concomitante, desde que não haja violação, em concreto, à garantia do *ne bis in idem*<sup>31</sup>. A assertiva vale, também, para as infrações de empresa, seara na qual o legislador tem igual liberdade de configuração normativa<sup>32</sup>. Isso não significa, contudo, que inexista uma aptidão maior entre algum(ns) desses regimes para veicular a repressão à infracionalidade de empresa. Cuidar-se-á dessa questão a seguir sob duas vertentes.

#### 3.1. EXISTEM DIFERENCIAS SUBSTANCIAIS ENTRE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E RESPONSABILIZAÇÃO SANCIONADORA

De plano, antecipa-se que o regime de responsabilização civil é inapto para endereçar, como protagonista, as infrações de empresa. Primeiro porque, por força das questões de ordem pragmática-social e de ordem jurídico-normativa anteriormente expostas, exige-se que seja imposta punição às empresas delinquentes como medida de política repressiva do ilícito. Essa função, entretanto, é alheia ao regime de responsabilização civil, cujo enfoque repousa na compensação da vítima, não na punição do agressor e tampouco na prevenção do malfeito, propósitos os quais, repita-se, circunscrevem-se ao Direito Sancio-

31 Para uma análise mais aprofundada da garantia do *ne bis in idem* no Direito Administrativo Sancionador, cf.: COSTA FERREIRA, 2019, p. 129-143.

32 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p 134.

nador, tanto criminal, como administrativo<sup>33</sup>. Aliás, a doutrina reconhece que a evolução do regime de responsabilização civil passou, justamente, pela inversão do seu eixo gravitacional da culpa do ofensor em direção à reparação do dano<sup>34</sup>. Não é por outro motivo que o regime de responsabilização civil é mais flexível do que o regime sancionatório, cuja incidência atrai uma série de direitos e garantias fundamentais aos acusados<sup>35</sup>. Dito de outro modo, a imposição de punição ao malfeitor só pode ocorrer no bojo do Direito Punitivo, jamais no âmbito da responsabilidade civil. Aliás, defender que o regime de responsabilização civil seja apto ao endereçamento da questão *sub oculis* é ignorar a sua evolução para o paradigma do dano, tão festejada pela doutrina.

Vale destacar, ainda, que o candidato mais cotado para assumir essa função no âmbito do regime de responsabilização civil – o instituto do *dano moral coletivo* –, sob a perspectiva técnico-jurídica, não passa de uma sanção pecuniária, já que, como confessado pelos seus defensores, pressupõe finalidade retributiva-punitiva e, a toda evidência, sua alegada finalidade compensatória é tão abstrata que é praticamente inexistente. O instituto é, na verdade, uma multa, com natureza punitiva. Falar, então, que se poderia endereçar a infracionalidade de empresa por meio da responsabilização civil e seu dano moral coletivo ou é um retrocesso evolutivo da disciplina ou é uma logomaquia ou, ainda, um contrassenso. É certo, contudo, que o dano moral coletivo, independente do seu rótulo “descolado”, é materialmente uma sanção pecuniária, de sorte que deve atrair, impreterivelmente, o regime jurídico sancionador, com todas as suas consequências garantísticas inerentes, e não o regime de responsabilização civil. Ora, nem ao legislador, nem à doutrina é lícito manipular os rótulos jurídicos para diminuir os direitos e garantias dos cidadãos. O que deve preponderar é a natureza sancionadora do dano moral coletivo, não seu nome de batismo.

Outro motivo que reforça a inaptidão do regime de responsabilização civil

33 Sobre as teorias a respeito das finalidades subjacentes à imposição das sanções administrativa, cf.: COSTA FERREIRA, 2019, p. 54-71.

34 Nesse sentido, Rafael Peteffi leciona que com “base nesta perspectiva, desenvolvida após a Revolução Industrial, que os autores asseveraram que houve uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil, antes preocupada em encontrar o caráter culposo da conduta do agente, atualmente voltada para a reparação do dano” (SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4). Marina Celina Bodin de Moraes esclarece que “a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12).

35 Sobre os direitos e garantias atraídos pela incidência do regime jurídico administrativo sancionador, confira, dentre outros: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000; MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. São Paulo: Malheiros, 2007; FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul./dez., 2012; OSÓRIO, 2015 e COSTA FERREIRA, 2019.

para endereçar as infrações de empresa é sua incapacidade ou sua capacidade minúscula para estigmatizar o transgressor. O efeito estigmatizante é o fator preponderante segundo o qual se argumenta a preferência da responsabilização criminal da pessoa jurídica nos Estados Unidos, em detrimento do regime de responsabilização civil (*civil torts*), inclusive do *punitive damages*<sup>36</sup>. Justamente por isso, a responsabilização civil seria menos promissora na tarefa de moldar e instigar comportamentos obsequiosos à lei, podendo ser encarada, inclusive, como uma mensagem no sentido de que a prática do delito é precificável<sup>37</sup>.

Logo, reputa-se que os regimes de responsabilização sancionadora são preferíveis ao regime de responsabilização civil para o fim de endereçar a questão da infracionalidade de empresa, porque mais aptos a lograr os objetivos de repreender os infratores; mais aptos a prevenir o cometimento de novas infrações, tanto pela pessoa jurídica sancionada, quanto pelos demais membros da sociedade, bem como mais aptos a apaziguar/mitigar o sentimento social de revolta deflagrado pela prática delitiva empresarial.

### 3.2. NÃO EXISTEM DIFERENÇAS SUBSTANCIAIS ENTRE A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA SANCIONADORA OU CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA

Adota-se, aqui, a premissa de que os ilícitos criminal e administrativo são ontologicamente idênticos, ou seja, de que não existe diferença de substância, de essência, entre eles<sup>38</sup>. A diferença seria dogmática apenas<sup>39</sup>. Tais ordens de ilícitos são manifestações diversas de um poder punitivo unitário do Estado e, precisamente em razão disso, perseguem a mesma finalidade retributivo-preventiva. Essa marca finalística é traço comum ao Direito Administrativo Sancionador e ao Direito Penal. Ainda, há de se destacar o leque das possíveis sanções administrativas passíveis de serem impingidas diante da prática de uma infração administrativa, em relação ao seu conteúdo, é idêntico ao uni-

36 Nesse sentido, Cf. “*The social stigma of criminal entity blame can hurt firms badly and they badly want to avoid it*” (BUELL, Samuel W. The blaming function of entity criminal liability. **Indiana Law Journal**, v. 81, p. 473-537, 2006. p. 506); DISKANT, 2008, p. 126 e nota de rodapé n. 3; “*criminal enforcement may have the ability to change the culture of organizations in ways that civil penalties cannot. The stigma of a criminal conviction extends beyond reputational harm in the marketplace; it also extends to the internal dynamics of a corporation. I would suggest that criminal prosecution may have an effect in the board room and in the corporate suite in ways that civil enforcement does not.*” (UHLMANN, 2016, p. 1256). Reconhecendo o estigma criminal mais forte quando se trata de pessoa físicas condenadas, mas não quando se trata de pessoas jurídicas, Cf. EDGERTON, Henry. Corporate criminal responsibility. **Yale Law Journal**, v. 36, n. 6, 1927, p. 839.

37 Assim, Samuel Buell explica que “*the criminal process can impose a unique form of reputational sanction, the effects of which can flow through to institutional members in ways that promise to deter individual wrongdoing and promote group endeavors toward compliance. No non-criminal legal process can fully replicate these effects*” (BUELL, 2006, p. 491). Mais adiante, ele explica que a condenação criminal da pessoa jurídica “*expresses a degree of condemnation that civil liability lacks. Civil liability conveys the message that corporate crime is merely priced and is therefore less effective at shaping preferences against crime and inducing law-abiding behavior*” (BUELL, 2006, p. 519-520).

38 Os fundamentos da adoção dessa premissa podem ser conferidos em: COSTA FERREIRA, 2019, p. 54 a 71.

39 OSÓRIO, 2015, p. 126-7.

verso de sanções criminais possíveis de serem impostas em razão da prática de um crime, excepcionada, por óbvio, a pena restritiva de liberdade<sup>40,41</sup>. Portanto, diante da impossibilidade real de se prender uma pessoa jurídica, conclui-se que são exatamente iguais as sanções passíveis de serem impostas à pessoa jurídica na esfera criminal e na esfera administrativa sancionadora.

Mais do que isso, impõe reconhecer que, materialmente, não há qualquer diferença entre a pena criminal e a administrativa disponíveis à pessoa jurídica.

Ademais, alguns apontam que haveria uma diferença na gravidade do estigma causado em uma seara sancionadora e a outra<sup>42</sup>. Outros defendem inexistir o efeito estigmatizante na esfera sancionadora extrapenal<sup>43</sup>. Por exemplo, Cristina de Maglie, jurista italiana, defende que o estigma seja efeito exclusivo da condenação criminal. Ela assevera que, na Alemanha e na Itália, onde inexistem sanções criminais às pessoas jurídicas e elas são rotuladas como sanções administrativas, a comunidade as reputa menos sérias e menos estigmatizantes, mesmo quando são impostas perante a justiça penal<sup>44</sup>. Mas, há, também, quem entenda que nem sequer seja possível falar em estigma em relação à pessoa jurídica<sup>45</sup>.

Ora, se o efeito estigmatizante causado pela sanção é aferido pela compreensão e reação social negativas a respeito da sua imposição ao condenado, no Brasil, parece que a responsabilidade penal da pessoa jurídica causa mais perplexidade do que estigma. Diante da notícia da condenação criminal de

40 Cf.: COSTA FERREIRA, 2019, p. 78-82.

41 Rememore-se, tão somente, a possibilidade de constrição de liberdade, em sede administrativa, quando se trata das transgressões militares, como já se pontuou mais de uma vez.

42 É a opinião de Santiago Mir Puig, por exemplo: *“la mayor gravedad de la pena criminal ha de verse entonces en términos simbólicos, por razón del reproche ético- social mucho mayor que conlleva una condena penal. Un ejemplo ilustrará lo que quiero decir: si un ministro del Gobierno es condenado penalmente por haber cometido un delito, es evidente que debe dimitir, porque nadie entendería que un “delincuente” convicto pudiera integrar el Gobierno del país; en cambio, ningún ministro debe dimitir por el hecho de que se le haya impuesto una sanción administrativa (aunque consista en una multa de importe más elevado que de ciertas multas penales)”* (PUIG, Santiago Mir. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Espanha, n. 6, 2004, p. 9).

43 Há de se reconhecer, pelo menos, que o tratamento diferenciado do reincidente, considerado uma das manifestações do efeito estigmatizante da imposição da sanção criminal e administrativa sancionadora, é instituto frequente nas searas administrativas sancionadoras, veja, por exemplo, o art. 17, V, do Decreto 8.420/2015, que prevê um aumento na dosimetria da multa do art. 6º, da Lei 12.846/13 para “o caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior”. Sobre a reincidência como um dos estigmas da criminalização (e, portanto, do sancionamento administrativo), cf. BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

44 MAGLIE, 2005, p. 562.

45 Henry Edgerton afirma que *“a corporation’s conviction of crime, no matter what crime, can neither hang any one nor deprive any one of a day’s liberty. Neither can it, normally, injure any one’s reputation”* (EDGERTON, 1927, p. 838). No mesmo sentido, Orlandino Gleizer entende ser impossível uma “afirmação estigmatizante” em relação à pessoa jurídica. Cf. GLEIZER, Orlandino. Culpabilidade e pessoa jurídica. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). **Comentários ao direito penal econômico brasileiro**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 394-405.

uma pessoa jurídica a reação mais comum entre os brasileiros, segundo se extrai da experiência do dia-a-dia, é um apontamento, acompanhado de uma dose de sarcasmo, de que pessoa jurídica não pode ir para a cadeia. Não raras as vezes, a condenação criminal do ente coletivo é associada à sua impunidade. Por outro lado, notícias sobre condenações administrativas sancionadoras pela lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) são carregadas de estigma e negativa repercussão social. O que se quer dizer com tudo isso é que o estigma não é critério relevante para diferenciar a pena administrativa da pena criminal e, mesmo que fosse, o estigma não estaria, necessariamente, presente em uma esfera e tampouco estaria, necessariamente, ausente na outra esfera.

Chega-se, então, a duas conclusões a partir da premissa da identidade ontológica entre os ilícitos, com a conseqüente constatação de que inexiste diferença de substância entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade administrativa sancionadora da pessoa jurídica. A primeira delas é que impe-ra, no âmbito da política repressiva para as pessoas jurídicas, ampla liberdade de configuração normativa do legislador, maior, inclusive, do que aquela existente no âmbito das infrações praticadas por pessoa física. A segunda conclusão, muitas vezes ignorada, é a de que tudo que se disse e o que se disser sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica é aplicável, na medida do possível, respeitadas as legítimas matizações entre regimes, à sua responsabilidade administrativa sancionadora<sup>46</sup>. Dito de outro modo, é inviável admitir-se a responsabilidade sancionadora da pessoa jurídica no Direito Administrativo Sancionador e não a admitir no Direito Penal, e vice-versa<sup>47, 48</sup>.

#### 4. DIFICULDADES E PROBLEMAS CENTRAIS INERENTES À RESPONSABILIZAÇÃO SANCIONADORA DAS PESSOAS JURÍDICAS

A questão da responsabilidade sancionadora das pessoas jurídicas sempre gravita em torno de duas celeumas centrais relacionadas à (in)capacidade de ação da pessoa jurídica e à sua (in)capacidade de culpabilidade, ou, como diriam os americanos, a problemática do *actus reus* e da *mens rea* do ente cole-

46 GÓMEZ TOMILLO, Manuel. La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento. **Revista de Administración Pública**, n. 203, 2017, p. 65.

47 Luis Gracia Martín concorda com essa conclusão ao defender a impossibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica tanto nos domínios criminais, quanto nos domínios administrativos sancionatórios, Cf. MARTÍN, Luis Gracia. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, v. 5, 2015, passim.

48 Foffani explica que “*la historia, por tanto, va hacia una siempre creciente responsabilización de las personas jurídicas: la opción político-criminal que parece tener más futuro por delante es la de una abierta responsabilización penal; o quizá, en alternativa, la de una superación de las tradicionales barreras entre Derecho penal y otros Derechos sancionadores extrapenales. Es decir, un levantamiento de las fronteras, con la creación de formas híbridas e intermedias de responsabilidad, capaces de comprender entre sus destinatarios a las personas jurídicas*” (FOFFANI, Luigi. Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas? **Revista Nuevo Foro Penal**, Mellin (Colombia), v. 6, n. 75, p. 41-52, 2010. p. 43).

tivo<sup>49</sup>. O nó górdio da RSPJ traduz-se, portanto, na indagação de se é possível construir conceitos de ação e culpabilidade válidos para a pessoa jurídica<sup>50</sup>. O tema encontra dificuldades iniciais no aforismo latino do *societas delinquere non potest*, tradicionalmente consagrado nos países de tradição romano-germânica.

Suplantada a problemática do “se”, depara-se com outra questão, igualmente intrincada, acerca do “como” se deve imputar uma ação à pessoa jurídica e “como” seria sua culpabilidade<sup>51</sup>. O ponto mais sensível dessa última celeuma é aquele relacionado com a culpabilidade. Três posturas distintas têm se digladiado entre os estudiosos<sup>52</sup>. A primeira defende a desnecessidade da exigência de culpabilidade para a pessoa jurídica, descartável de plano em face da exigência da culpabilidade no âmbito do Direito Sancionador<sup>53</sup>. A segunda propugna por uma atribuição, uma transferência da culpabilidade de pessoa(s) física(s) à pessoa jurídica, grupo no qual se inserem as chamadas teorias atributivas ou teorias de heteroresponsabilidade ou teorias atomísticas<sup>54</sup>. A terceira advoga a existência de uma culpabilidade própria, específica dos entes coletivos, teorias que partem dessa premissa são chamadas de teorias por responsabilidade própria, de autorresponsabilidade ou holísticas. Como se note, as diversas teorias de responsabilização punitiva da pessoa jurídica fornecerão respostas diferentes às problemática do “se” e do “como”.

Outras questões colaterais, também interessantes, circundam a RSPJ. Por exemplo, como evitar que as sanções impostas à pessoa jurídica, eminentemente de natureza pecuniárias, sejam transformadas em custos da atividade ou “preço do delito”, fulminando o carácter retributivo-preventivo da pena<sup>55</sup>? Como evitar a (fácil) burla à sanção imposta à pessoa jurídica com sua dissolução irregular e/ou com criação de outra sociedade empresarial com idêntico objeto social? A RSPJ é compatível com as teorias modernas de desconsideração da pessoa jurídica

49 MOOHR, Geraldine Szotts. Of bad apples and bad trees: considering fault-based liability for the compliant corporation. *The American Criminal Law Review*, v. 44, issue, 4, p. 1.343-1.364, 2007. passim.

50 MARTÍN, Luís Gracia, 2015, p. 17.

51 LOZANO CUTANDA, 1992, p. 223.

52 GÓMEZ TOMILLO, 2017, p. 64.

53 Cf. COSTA FERREIRA, 2019, p. 143 a 161.

54 Para um inventário dessas teorias de responsabilização sancionadora das pessoas jurídicas confira: COSTA FERREIRA, 2019, p. 177 a 209.

55 Como bem pontuado por Blanca Lozano Cutanda: “La sanción administrativa ordinaria, la multa, puede resultar poco eficaz frente a la persona jurídica, pues cuando el montante de la misma no alcanza al beneficio directa o indirectamente obtenido con el ilícito, la sociedad la amortiza fácilmente, integrándola en sus costes de producción, con el consiguiente quebranto de la finalidad preventiva y disuasoria de la sanción” (LOZANO CUTANDA, 1992, p. 234). Os americanos chamam esse problema de *deterrence trap*: “Deterrence faces several formidable obstacles as a framing conceit for corporate punishment. One, referred to as the “deterrence trap,” asks whether fines can, as a general rule, go high enough to influence corporate conduct (Coffee 1981). As the potential profit from crime increases and the chance of detection by authorities decreases, criminal law needs to impose greater and greater fines to deter effectively. But there is a ceiling to how high fines can go for any corporation—the value of its assets. Beyond that figure, fines can have no additional deterrent value. (DIAMANTIS, Mihailis E.; LAUFER, William S. Prosecution and punishment of corporate criminality. *Annual Review of Law and Social Science*, (no prelo), p. 13).

dica<sup>56,57</sup>? Outra a questão interessante se relaciona à (im)possibilidade de responsabilização de entes coletivos despersonalizados<sup>58</sup>. Esclareça-se, porém, que tais questões não constituem o objeto central de preocupação deste texto.

## 5. ENFIM, O REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO SANCIONADORA DAS PESSOAS JURÍDICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, como já se pontuou, o constituinte previu/determinou a possibilidade de imposição de punição às pessoas jurídicas por infrações a elas imputáveis em duas ocasiões: no artigo 173, parágrafo quinto, e no artigo 225, parágrafo terceiro. Ao prever essa possibilidade e, ao mesmo tempo, assegurar, ainda que apenas implicitamente, a garantia da culpabilidade aos acusados, o constituinte deixa imune a dúvidas que, no sistema constitucional brasileiro, é possível reconhecer-se capacidade de ação e de culpabilidade aos entes coletivos. Portanto, os intérpretes e aplicadores do direito deveriam se debruçar sobre a pergunta do “como”, e não mais sobre a pergunta do “se”, é possível construir conceitos de ação e culpabilidade válidos para a pessoa jurídica. Buscar-se-á dar uma resposta possível a tal indagação, sem qualquer pretensão de exaurir o tema, a começar por aquela que se reputa a menos problemática: conceito de ação da pessoa jurídica.

### 5.1. A AÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

O conceito de ação das pessoas jurídicas é menos problemático do que o da sua culpabilidade, porque o próprio ordenamento jurídico, ao acolher a ficção dos entes coletivos personalizados, prevê critérios claros de como o ente ficcional terá atuação reconhecida. Assim, em relação à conduta da pessoa jurídica, o processo de imputação não deve ser diferente daqueles, tradicionalmente, consagrados pelo ordenamento jurídico para lhe reconhecer atuação.

O leitor pode, a essa altura, estar confuso ou mesmo ter a impressão de que se está sendo contraditório. Afinal de contas, defendeu-se, subcapítulos atrás, que há diferença substancial entre o regime de responsabilização civil

56 Afirma Miguel Bajo Fernández que “*la tendencia a la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas discurre en sentido contrario al principio del «levantamiento del velo» de las personas jurídicas que trata de desvelar qué persona física se encuentra detrás de la actividad social, con el fin de hacerla responsable sin que la persona jurídica le sirva de escudo*” (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Culpabilidad y persona jurídica. In: CONGRESO HISPANO-ITALIANO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO, 1. 1998, *Anais...*, 1998, p. 23).

57 Cf. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; COSTA FERREIRA, Gustavo. Sobre a descon sideração da personalidade jurídica no âmbito da Lei 12.846/13. In: BASSO, Ana Paula Basso; SALEME, Ricardo Edson; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunas. (co-ords.). DIREITO administrativo e gestão pública e Direito urbanístico, cidade e alteridade. Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. p. 215-239.

58 A esse respeito, confira: PUIG, Manuel Rebollo. Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores. *Revista Ius et Veritas*, n. 53, p. 220-245, 2016.

e os regimes de responsabilização sancionadora, agora se defende que o processo de imputação de ação às pessoas jurídicas não deve ser diferente daqueles consagrados pelo ordenamento jurídico para lhes reconhecer atuação, que são todos – e senão todos, a maioria – extraídos do Direito Civil-empresarial. Porém, a contradição é apenas aparente e não sobrevive a uma análise atenta do que ora se propõe. Perceba-se que se defende a utilização dos critérios consagrados pelo ordenamento jurídico para reconhecer atuação às pessoas jurídicas, o que é diferente de submeter a responsabilidade sancionadora dessas aos mesmos critérios de responsabilização civil do ente coletivo pelos ilícitos lhe imputáveis, tese que não se defende, definitivamente. A diferença, apesar de difícil de ser vista num primeiro momento, existe. São duas disciplinas jurídicas distintas, conquanto estejam previstas ambas no bojo do Código Civil: o Direito Civil-empresarial, que trata de regular a ficção da pessoa jurídica, e o Direito de Responsabilidade Civil, que busca indenização das vítimas em razão de atos ilícitos que lhe causaram danos. A conclusão é que se tratando a pessoa jurídica de uma ficção jurídica regulada pelo Direito Civil-empresarial, a análise da sua ação não pode se desprender dessa disciplina de base.

Assim, a teoria da identificação ou do *alter ego* é absolutamente válida para identificar a ação da pessoa jurídica, de modo que será conduta do ente coletivo aquela praticada por pessoa cuja conduta, em dadas circunstâncias, o ordenamento jurídico reconhece como se da pessoa jurídica fosse<sup>59</sup>. Exemplo claro disso é a atuação dos administradores que, nos limites dos poderes lhes conferidos, obrigam a pessoa jurídica, a teor do que impõem os artigos 47 e artigos 1.022, do Código Civil Brasil<sup>60</sup>.

Da mesma forma, a teoria da *respondeat superior*<sup>61</sup>, em sua interpretação mais estrita, é válida para reconhecimento da conduta da pessoa jurídica na ação de seus representantes, mandatários e prepostos desde que a conduta praticada por eles esteja, explícita ou implicitamente, autorizada no escopo da representação, mandato e preposição<sup>62</sup>. Aliás, esse raciocínio é deduzível da disciplina legal dos

59 Sobre maiores detalhes sobre teoria do *alter ego*, Cf.: COSTA FERREIRA, 2019, p. 189 a 191.

60 “Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.” E “Art. 1.022. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador.” (BRASIL. Casa Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 30 de agosto de 2019.)

61 “A teoria do respondeat superior preconiza que a pessoa jurídica será criminalmente responsável pelos atos delitivos dos seus “agentes”, (i) quando cometidos no escopo da “agência”, (ii) em ou para o benefício da empresa. Trata-se de um modelo atributivo de responsabilização porque a conduta (*actus reus*) e a culpabilidade (*mens rea*) do “agente” da pessoa jurídica são a ela imputados, razão pela qual é, também, denominada de responsabilidade vicária (*vicarious liability*) e, a depender da amplitude da sua aplicação, é também considerada como responsabilidade objetiva (*strict liability*). (COSTA FERREIRA, 2019, p. 187). Para aprofundamento, Cf.: COSTA FERREIRA, 2019, p. 184 a 189.

62 Inclusive, critério semelhante a esse foi adotado pela Ministra Rosa Weber no julgamento do Recurso Extraordinário 548.181. Cf. páginas 55 e 66 do referido acórdão: “Por primeiro, é preciso que a ‘infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado’,

citados institutos. Em relação ao representante, o artigo 116, do Código Civil, é claro ao estabelecer que “a manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado”. Já em relação ao mandatário, o artigo 663, do Código Civil, estabelece que “sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante”. Vale lembrar que o mandato pode ser expresso, tácito, verbal ou escrito, por força do artigo 656<sup>63</sup>, do mesmo diploma. O agente, por seu turno, tem competência legal para realizar certos negócios em favor do proponente, desde que obedecendo às instruções recebidas desse, nos termos do artigo 710, *caput* e parágrafo único, e artigo 712, do Código Civil<sup>64</sup>. Por último, os prepostos, quando com autorização expressa da pessoa jurídica, podem negociar e participar de operações em seu favor, nos termos do artigo 1.170, do Código Civil<sup>65</sup>.

A teoria da identificação e a teoria do *respondeat superior* são especialmen-

---

ou seja, tem-se aqui o princípio da pertinência do ato à pessoa jurídica, em moldes análogos ao previsto pelo Código Penal francês no art. 121-2: ‘*Les personnes morales, à l’exclusion de l’Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants*’. Em suma, é necessário verificar, ao longo da investigação ou do procedimento penal, se o ato apontado como lesivo decorreu do processo normal de deliberação interna da corporação, se o círculo decisório interno ao ente coletivo foi observado, ou se houve aceitação da pessoa jurídica, no sentido da ciência, pelos órgãos internos de deliberação, do que se estava a cometer e da aceitação, ou absoluta inércia para impedi-lo, o que dependerá da organização própria de cada empresa. [...] Não será qualquer atuação de qualquer dos indivíduos ou unidades vinculadas à empresa que poderá acarretar a atribuição do fato lesivo à pessoa jurídica; indispensável que a pessoa, indivíduos ou unidades participantes do processo de deliberação ou da execução do ato estivessem a atuar de acordo com os padrões e objetivos da empresa, ou seja, estivessem a cumprir com suas funções e atividades ordinárias definidas expressa ou implicitamente pelo corpo social com vista a atender o objetivo da atividade econômica organizada. O fato deve ter realizado em nome ou sob o amparo da representação social [...] Para além disso, necessário que a infração seja cometida no interesse ou benefício da entidade de modo a afastar a possibilidade de atribuição do fato ilícito ao ente moral se o indivíduo ou órgão interno responsável pelo ato tenha atuado unicamente para satisfação de interesse próprio, em busca de vantagem unicamente pessoal, ou ainda em detrimento consciente dos interesses e fins da empresa.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. Ementa: Recurso extraordinário. Direito penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na Constituição da República. Relatora: Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, 06 jun. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em: 30 de agosto de 2019).

63 “Art. 656. O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito.” (BRASIL. Casa Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 30 de agosto de 2019.)

64 “Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada. Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos”. E “Art. 712. O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente.” (BRASIL. Casa Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 30 de agosto de 2019.)

65 “Art. 1.170. O preposto, salvo autorização expressa, não pode negociar por conta própria ou de terceiro, nem participar, embora indiretamente, de operação do mesmo gênero da que lhe foi cometida, sob pena de responder por perdas e danos e de serem retidos pelo preponente os lucros da operação.” (BRASIL. Casa Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 30 de agosto de 2019.)

te válidas para pessoas jurídicas que possuem uma organização piramidal, tais como as micro e pequenas empresas, bem como empresas familiares. Vale pontuar, ainda, que não se trata de responsabilidade vicária, nem tampouco de se aceitar violação à garantia da responsabilidade pelo fato próprio. Como dito, a pessoa jurídica, como ente ficcional que é, necessita de pessoas físicas para agir, de sorte que quando o ordenamento jurídico reconhece a atuação do ente coletivo em determinadas condutas individuais, o indivíduo é a própria pessoa jurídica, ou melhor, a sua conduta é, na verdade, conduta da pessoa jurídica, não se podendo falar de responsabilidade pelo fato de terceiro, mas, sim, pelo fato da própria pessoa jurídica.

Por outro lado, para fazer frente à irresponsabilidade organizada e, sobretudo, à fragmentação objetiva da prática delitiva, pode-se aferir a conduta da pessoa jurídica a partir da agregação dos comportamentos dos seus vários colaboradores, que, de alguma forma, contribuíram para a prática delitiva<sup>66</sup>. A única condição a ser colocada é que o ordenamento jurídico reconheça que cada uma das condutas individuais a serem agregadas, naquela situação concreta, representem a atuação da pessoa jurídica, tal como ocorre nas condutas dos administradores, representantes, mandatários, agentes e prepostos, nas circunstâncias previstas nos dispositivos citados acima, evitando-se, assim, a punição do ente coletivo por fato de terceiro. Dito de outro modo, a teoria da agregação só se aplica para agregar condutas de indivíduos e imputá-las à pessoa jurídica quando e se tais condutas individuais são reconhecidas pelo sistema jurídico como se da pessoa jurídica fossem.

Ainda para fazer frente ao fenômeno da irresponsabilidade organizada, pode-se aferir a conduta da pessoa jurídica na forma com que está estruturada sua organização ou, ainda, na sua organização precária, deficiente ou mesmo inexistente, desde que constatada que tais falhas organizativas contribuíram **causalmente** para a ocorrência da infração, como sua co-causadora. Por exemplo, dada organização empresarial, como um setor estruturado para pagamento de propinas a agentes públicos, além de revelar a culpabilidade do ente coletivo, pode prover uma contribuição causal definitiva para a prática da infração ao prover ao indivíduo relacionado à pessoa jurídica os meios sem os quais ele não poderia cometer o ato infracional. Essa análise será especialmente relevante para as grandes empresas com estrutura e organização complexa, marcadas pela divisão horizontal e vertical de tarefas e funções.

Seja como for, o ônus é da acusação para argumentar e, depois, para provar, onde e porque se é possível reconhecer, a luz do ordenamento jurídico brasileiro, atuação da pessoa jurídica no caso concreto.

<sup>66</sup> Trata-se da chamada *aggregation doctrine*. Para maiores aprofundamentos, cf.: COSTA FERREIRA, 2019, p. 191 a 192.

## 5.2. A CULPABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS

Filia-se ao entendimento de que o paradigma da culpabilidade é irrenunciável no Direito Sancionador<sup>67</sup>, seja como *conditio sine qua non* à responsabilização sancionadora do acusado, seja como medida da sanção a ser imposta ao sancionado.

A culpabilidade está associada ao merecimento da pena e, sobretudo, à reprovabilidade da conduta do acusado<sup>68,69</sup>, característica que decorre, necessariamente, da adesão à teoria da finalidade retributivo-preventiva da sanção administrativa. A culpabilidade é condição para que não haja uma instrumentalização do sancionado ao se lhe impor uma pena, encontrando fundamento, pois, igualmente, na dignidade da pessoa humana<sup>70</sup>, prevista no art. 1º, III, da Constituição da República. Assim, a imposição de uma pena não pode ser norteadada apenas pela sua utilidade social preventiva, deve, também, basear-se no merecimento do autor, na sua reprovabilidade pessoal, mantendo-se dentro do marco da sua culpabilidade.

Entende-se que é, sim, possível fazer esse juízo de reproche em relação

67 Entende-se que o verdadeiro ônus argumentativo deveria recair sobre os ombros daqueles que defendem que a culpabilidade é dispensável, pois, afinal, essa seria a posição menos tradicional e consagrada no sistema constitucional brasileiro. Apesar disso, pode-se, resumidamente, elencar os seguintes argumentos em favor da indispensabilidade da garantia da culpabilidade: (i) ela é consequência inexorável do reconhecimento da finalidade retributivo-preventiva das sanções administrativas; (ii) deriva da opção por um Estado de Direito; (iii) é inerente à lógica e racionalidade constitucionalmente exigíveis do sistema repressivo; (iv) é fundamentada na e fundamenta a garantia tipicidade, provendo cidadão de o mínimo de calculabilidade e previsibilidade no seu agir a fim de possibilitá-lo a evitação da incursão em condutas ilegais; (v) é exigência da princípio da proporcionalidade, porque a finalidade preventiva da sanção só pode ser alcançada, adequadamente, se a imposição da medida afliativa se basear na culpabilidade do sancionado; por fim, (vi) a culpabilidade é condição para que não haja uma instrumentalização da pessoa ao se lhe impor uma pena, encontrando fundamento, pois, igualmente, na dignidade da pessoa humana. Para um aprofundamento desses argumentos, cf.: COSTA FERREIRA, 2019, p. 143 a 161.

68 Nesse sentido, Günther Jakobs leciona que “como fundamento da necessidade de vincular a legitimidade da pena a uma reprovação, isto é, como razão do princípio da culpabilidade, se aduz que só dessa maneira se pode evitar a instrumentalização de uma pessoa ao impor a pena. Nesse sentido, argumenta-se que quem impõe um pena sem que a pessoa que vai ser castigada mereça uma reprovação pelo fato cometido, ou, em todo caso, quando merece uma reprovação menor a que corresponderia à medida da pena, inclui aquela pessoa – diferente do que ocorre no caso da pena merecida – entre os objetos do direito das coisas. Dito de outro modo: argumenta-se que a pena não deve reger-se exclusivamente pela utilidade pública que se pode esperar dela, e sim que se deve manter dentro do marco da culpabilidade do autor.” (JAKOBS, Günther. Fundamentos do direito penal. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012, p. 14).

69 Adriano Teixeira, ao explicar as críticas feitas pelos retributivistas aos utilitaristas, assinala que: “la teoría utilitarista daría lugar a que el autor no sea tratado como una persona autónoma, sino que sería instrumentalizado como un mero medio para realizar fines ajenos (prevención, neutralización, etc.). En este punto, se recurre al principio de prohibición de instrumentalización, formulado por Kant [...]. Como consecuencia de ello, únicamente la pena retributiva estaría éticamente justificada en este sentido, pues respetaría la dignidad humana de la persona y trataría al autor como un individuo autónomo.” (TEIXEIRA, Adriano. Las teorías retributivas em el pensamiento angloamericano contemporáneo. **En letra: Derecho Penal**. Año IV, n. 7, p. 35-77, 2018, 2018, p. 66).

70 “Sabe-se, a bem da verdade, que o chamado princípio da culpabilidade apresenta uma conexão com a dignidade humana, portanto, também com a ideia de que o ser humano não pode ser instrumentalizado, degradado a simples meio para fins alheios, o que aconteceria caso não fosse punido em razão da sua culpabilidade.” (GRECO, Luís. **As razões do direito penal**. Quatro estudos. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 66).

às pessoas jurídicas, senão de maneira idêntica ao que se faz para as pessoas físicas, pelo menos, de maneira funcionalmente equivalente.

A culpabilidade da pessoa jurídica opera de modo a inviabilizar a imposição de sanções quando isso possa redundar na punição de ente coletivo que **não** tenha atuado de maneira reprovável, que ocorreria quando houvesse (1) a punição de pessoa coletiva que tenha atuado diligentemente e como espera o ordenamento jurídico no que tange ao endereçamento do risco empresarial inerente as suas atividades; (2) a punição de pessoa jurídica por infração que ela não poderia evitar; (3) a punição de ente coletivo que tenha sido vítima da pessoa física perpetradora do ato lesivo e/ou (4) na punição de pessoa jurídica que não possa, de algum modo, ser, causalmente, associada à prática do resultado lesivo. Os itens 1 a 4 acima são, pois, condições negativas à responsabilização sancionadora da pessoa jurídica de modo que, se verificadas no caso concreto, afastam sua culpabilidade. Apesar disso, podem ser colocado de maneira afirmativa, da seguinte forma: haverá culpabilidade institucional quando (1) a pessoa coletiva não atuou diligentemente e como espera o ordenamento jurídico no que tange ao endereçamento do risco empresarial inerente as suas atividades; (2) quando podia, razoavelmente, evitar a infração; (3) quando não foi vítima da pessoa física perpetradora do ato lesivo e/ou (4) quando se pode associá-la, causalmente, à prática do resultado lesivo.

No que tange ao item 1 acima, tem-se que reconhecer como premissa fundamental que o ordenamento jurídico possui expectativas de comportamento em relação às pessoas jurídica, expectativas que criam para elas deveres de diligência. Notadamente, espera-se que os entes coletivos atuem no adequado endereçamento dos riscos infracionais inerentes à sua atividade, atuando na prevenção do cometimento de infrações por seus representantes e na prevenção de que tais atos infracionais ocorram em seu benefício<sup>71</sup>. Esse dever de diligência fica claro ao se analisar as hipóteses sancionadoras albergadas na Lei 9.605/98 e na Lei 12.846/13, que expressamente endereçam a questão da responsabilidade sancionadora das pessoas jurídicas. A tabela abaixo compila os seus dispositivos que abordam a temática a evidenciar que ambas as hipóteses de responsabilização gravitam em torno da punição da pessoa jurídica por infrações perpetradas no seu interesse e em seu benefício:

---

71 Samuel Buell afirma que a punição das empresas com base na avaliação da sua performance no dever de prevenir e punir a prática delitativa representa o que há de moderno na responsabilização criminal (e, portanto, sancionadora) da pessoa jurídica. Nesse sentido: *“punishing organizations by assessing their performance in light of a legal responsibility for deterring and punishing crime is entrenched within the modern practice of entity criminal liability. It is generally agreed that an optimal liability scheme for deterring individual misconduct should include not only enterprise liability, but also a mix of strict vicarious liability and a secondary form of liability that rewards or penalizes organizations on the basis of their deterrence efforts, as in the federal sentencing scheme”* (BUELL, 2006, p. 487).

**Quadro 3 – Quadro comparativo das hipóteses responsabilizadoras das pessoas jurídicas da Lei 9.605/98 e da Lei 12.846/13**

Lei 9.605/98	Lei 12.846/13
Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, <b>no interesse ou benefício da sua entidade.</b>	Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados <b>em seu interesse ou benefício</b> , exclusivo ou não.

Fonte: Adaptado da Lei 9.605/98 e da Lei 12.846/13.

O exame do cumprimento ou não desse dever de diligência coincidirá, em boa parte, com o exame da culpabilidade da pessoa jurídica e, nesse mister, o julgador poderá encontrar subsídios, sobretudo, nos modelos teóricos de autorresponsabilidade<sup>72</sup>. Assim, o descumprimento do referido dever de diligência pode se manifestar no defeito organizacional da empresa, que se organizou de maneira deficiente ignorando os riscos infracionais inerentes a sua atividade – culpabilidade por defeito da organização<sup>73</sup>. Pode se manifestar na cultura e políticas corporativas, seja pela inexistência de regras claras no sentido de que a prática de condutas ilícitas pelos membros e colaboradores da pessoa jurídicas não serão toleradas, seja pela existência de política e cultura empresariais que incentivam, toleram ou induzem atos infracionais, por exemplo, ao colocarem demasiada pressão nos colaboradores para obtenção de resultados independentemente dos meios, ou se omitirem na punição de colaboradores que atuam à margem da legalidade – *corporate ethos doctrine*<sup>74</sup> e modelo construtivista de responsabilidade<sup>75</sup>. Ainda, a abordagem inferencial<sup>76</sup> pode ser utilizada

72 Sobre as teorias de autorresponsabilidade, referentes à responsabilização sancionadora da pessoa jurídica, confira: COSTA FERREIRA, 2019, p. 192 a 203.

73 A teoria foi concebida, originariamente, pelo jurista Alemão Klaus Tiedemann. Sob essa perspectiva, a falta de cuidado ou vigilância empresarial em relação às práticas delitivas seria o comportamento reprovável que conformaria sua culpabilidade e, uma vez presente a culpabilidade, o ato delitivo do indivíduo seria tomado como próprio da pessoa jurídica (COSTA FERREIRA, 2019, p. 194). É dizer, a responsabilização da pessoa jurídica não repousaria numa falha individual de algum de seus membros em relação ao seu dever de controle e fiscalização, mas, sim, em uma deficiência organizativa decorrente de uma equivocada ponderação dos riscos empresariais, conforme explica Günther Heine (*apud* COSTA FERREIRA, 2019, p. 194).

74 A teoria do *corporate ethos* foi, inicialmente desenvolvida por Pamela Bucy (BUCY, Pamela H. *Corporate Ethos: a standard for imposing corporate criminal liability. Minnesota Law Review*, v. 75, 1991, *passim*). Conforme se explicamos alhures, Bucy defende que cada empresa é única e constrói sua identidade a partir de uma combinação complexa de fatores formais e informais. Esses fatores formais e informações podem incentivar ou desincentivar comportamentos infracionais e, segundo a estudiosa, tais fatores são identificáveis, observáveis e maleáveis. Em outras palavras, a cultura empresarial seria um representante (*proxy*) da culpabilidade da pessoa jurídica. (COSTA FERREIRA, 2019, p. 200).

75 O modelo construtivista foi concebido por Carlos Gómez-Jara Díez (*in* A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015). Para aprofundamento, confira também: COSTA FERREIRA, 2019, p. 195 a 198.

76 A teoria do *inferential approach* (abordagem inferencial) é defendida por . Cf.: DIAMANTIS, Mihailis E. *Corporate criminal minds. Notre Dame Law Review*, v. 91, n. 5, p. 2.049-2.090, 2016. Consoante asseveramos alhures, “A abordagem proposta por Diamantis é bastante simples, demanda que os julgadores façam o que eles fizeram desde sempre: inferir a culpabilidade dos acusados a partir dos

para extrair uma culpabilidade da pessoa jurídica dos seus atos corporativos e das circunstâncias da prática delitiva.

Dois benefícios relevantes são resultantes do modelo proposto: primeiro, a apuração da culpabilidade da pessoa jurídica não está, de nenhum modo, vinculada à culpabilidade de pessoas físicas a ela relacionadas, o que torna o modelo adequado em vista do fenômeno da irresponsabilidade organizada; segundo, os programas *compliance* podem servir como prova exculpatória da pessoa jurídica<sup>77</sup>, desde que provada sua efetividade. Obviamente, tal dever de diligência (de prevenção) é incompatível com a imposição de obrigações irrazoáveis ou impossíveis à pessoa jurídica. Afinal, *ad impossibilia nemo tenetur*. Reconhece-se, pois, que a adoção de medidas preventivas a práticas infracionais, dificilmente, logrará a eliminação completa do risco de cometimento dessas, laborará apenas na mitigação desse risco. Assim, eventual prática de uma infração, no bojo da pessoa jurídica, será apenas um indício de que o programa de prevenção adotado não era adequado. A partir desse indício, deve recair sobre os ombros do ente coletivo acusado o ônus de provar que a infração foi cometida apesar da adequação e efetividade de seu programa de *compliance*<sup>78</sup>. Por outro lado, se um ato lesivo foi praticado com autorização e/ou participação da alta direção da empresa, será muito difícil referido programa de conformidade operar como elemento exculpatório ou mesmo atenuante da culpabilidade.

No que se refere ao item 2, a culpabilidade da pessoa jurídica deve ser afastada quando se verificar que a infração ocorrida não poderia ter sido evitada pelo ente coletivo. Em outros termos, será culpável apenas a pessoa jurídica que, no caso concreto, poderia, razoavelmente, ter evitado a perpetração da infração. A evitabilidade da prática infracional deve levar em consideração dois elementos principais: primeiro, o esforço que a pessoa jurídica teria de desempenhar para evitar a prática desviante, esforço que deve ser medido a partir da estrutura, porte, faturamento e atividade da pessoa jurídica; segundo, deve-se avaliar se pessoas jurídicas, com semelhantes características e em situação análoga, teriam evitado a infração. Em outros termos, reconhecer-se-á culpabilidade do ente coletivo se a infração pudesse ter sido evitada com um esforço razoável da pessoa

---

seus atos e das circunstâncias da prática delitiva. É o que ele chamou de abordagem inferencial (*inferential approach*). Sua proposta teórica sustenta em achados recentes da ciência cognitiva e psicologia social que dão conta que o mecanismo de atribuição de estado mental a indivíduos é idêntico àquele de atribuição de estado mental à grupo de pessoas, como as pessoas jurídicas. Assim, tanto em relação às pessoas físicas, quanto em relação às organizações, deve-se inferir sua culpabilidade a partir do comportamento observado e de pistas contextuais.” (COSTA FERREIRA, 2019, p. 202).

77 Admitem os programas de *compliance* como prova potencialmente exculpatória da pessoa jurídica: GÓMEZ TOMILLO, 2017, p. 85-88; LLORIA GARCIA, Paz. Responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos relacionados con el mercado de valores. *Actualidad Jurídica Iberoamericana – IDIBE*, n. 7, p. 23-51, 2017, p. 40; FOFFANI, 2010, p. 51; GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, passim; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pessoa jurídica e culpabilidade no direito penal econômico. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). **Comentários ao direito penal econômico brasileiro**. Belo Horizonte: D’Placido, 2018, p. 372, 374.

78 GÓMEZ TOMILLO, 2017, p. 85.

jurídica e, ainda, se se concluir que pessoas jurídicas com semelhantes características, em situação idêntica, teriam logrado êxito em evitá-la.

O item 3 é óbvio e dispensa maiores digressões: não se pode considerar como merecedora de sanção a pessoa jurídica que, na verdade, foi vítima da infração perpetrada por um(as) pessoa(s) física(s) a ela relacionada(s). Também é óbvio o item 4 que reconhece inexistir culpabilidade da pessoa jurídica, e, portanto, não ser ela merecedora de qualquer punição, quando não possa ser, de algum modo, associada à prática do injusto. Afinal, também a pessoa jurídica só pode ser culpável por fatos próprios.

Os critérios aqui propostos dotam de racionalidade e coerência a política repressiva às práticas infracionais de empresa. Como pontos positivos, pode-se destacar a possibilidade de fazer frente ao fenômeno da irresponsabilidade organizada e a função de promover uma cultura de diligência e obediência ao Direito, ao se permitir à pessoa jurídica a adoção de boas práticas que possam evitar o seu sancionamento e, ao mesmo tempo, diminuir as probabilidades da prática desviante ocorrer no seio da sua atividade.

### 5.3. SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO SANCIONADORA OBJETIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS

Entende-se que a consequência garantística mais conhecida da garantia da culpabilidade se traduz na exigência dolo ou culpa para fins de responsabilização sancionadora do acusado – culpabilidade *stricto sensu*<sup>79,80</sup>. Enunciando em outros termos, é vedada a responsabilidade objetiva (sem culpa ou dolo) do sujeito<sup>81</sup>.

No campo do Direito Penal, dolo e culpa não são elementos exclusivos da culpabilidade, pertencem também aos elementos da tipicidade e antijuridicida-

79 Em sentido contrário, Daniel Ferreira defende que “em regra, as infrações administrativas independem do elemento subjetivo, bastando o mero animus, o que não inibe estipulação legislativa em contrário, de modo que são objetivas as infrações administrativas de mera voluntariedade, para as quais normalmente não se exige o dolo ou a culpa.” (FERREIRA, 2012, p. 174).

80 Alejandro Nieto afirma que “el primer corolario de la exigencia de la culpabilidad es la *exclusión de la responsabilidad objetiva*.” (NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 3. ed. ampl. Madrid: Tecnos, 2002, p. 345).

81 Nesse sentido, Cf. BACA ONETO, Víctor Sebastián. El de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, n. 219, p. 318; BAJO FERNÁNDEZ, 1998, p. 15; LOZANO CUTANDA, 1992, p. 214; MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez., 2005, p. 31; NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 139; OLIVARES, Gonzalo Quintero. La autotutela, los límites de la administración pública y los principios inspiradores del derecho penal. *Revista de Administración Pública*, Madrid (Espanha), v. 129, 1991. p. 265 e 267; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 26 e 33; OSÓRIO, 2015, p. 372-378; PUIG, Manuel Rebollo. Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones. In: PUIG, Manuel Rebollo; BENÍTEZ, Mariano López; PORRAS; Eloísa Carbonell; MONTANER, Luis Cosculluela. *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*. Madrid: Iustel, 2015, passim; VITTA, Herald Garcia. A sanção no direito administrativo. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 37 e 43; entre outros.

de da infração<sup>82</sup>. Inclusive, após a teoria finalista penal, eles foram transformados em elementos da tipicidade, restando na culpabilidade “somente aquelas circunstâncias que condicionam a **reprovabilidade** da conduta contrária ao Direito, e o objeto de reprovação repousa no injusto”<sup>83</sup>. Com isso, dolo e culpa passaram a ser pressupostos da reprovabilidade de uma conduta<sup>84</sup>, de sorte que o juízo de reprovabilidade só é viável diante de uma conduta culposa ou dolosa.

Assim, pode-se afirmar que dolo e culpa são, na verdade, condições de possibilidade da garantia da culpabilidade, de tal modo que a ausência de elemento subjetivo do infrator, automaticamente, implicará na impossibilidade de se aferir a sua culpabilidade. Para que fique mais claro, só é possível aferir a reprovabilidade da conduta, se essa conduta foi voluntária e/ou consciente. Por exemplo, não é possível fazer juízo de reprovação de uma ação realizada por um autômato. Conclui-se, então, que também em relação às pessoas jurídicas a culpabilidade exige como sua condição necessária o dolo ou culpa na conduta infracional e, portanto, responsabilidade subjetiva.

Mas não é só. Dolo e culpa são consequências mandatórias da garantia da tipicidade, porque se consciência e vontade para prática da infração fossem desnecessárias à imposição da medida afliativa, seria igualmente desnecessária a garantia da tipicidade, cuja razão de ser consiste na possibilidade de permitir a antecipação do comportamento proibido e, com isso, a sua evitação pelo potencial infrator<sup>85</sup>. Logo, só se poderia permitir a responsabilização objetiva da pessoa jurídica se fosse constitucionalmente possível afastar em seu desfavor, também, a garantia da tipicidade. Em outros termos, afastar a garantia da responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica é tão inconstitucional quanto afastar a garantia da tipicidade. Mais do que isso, admitir a possibilidade de responsabilização objetiva do ente coletivo é, necessariamente, admitir a possibilidade de não vigorar a garantia da tipicidade às pessoas jurídicas. Inclusive, admitindo como possível o sancionamento da pessoa jurídica mesmo quando a infração da qual é acusado não esteja previamente definida em instrumento normativo competente.

82 Hans Welzel explica que “do exposto é possível deduzir que ‘pertencem’ à culpabilidade não apenas a vontade de ação, em geral, mas também o dolo, em particular (como uma espécie de vontade de ação). A polêmica entre a doutrina da ação causal e a doutrina da ação finalista não versa, porém, sobre o problema de se o dolo pertence **também** à culpabilidade (como possível portador), mas apenas se pertence **unicamente** à culpabilidade.” (WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. 3. ed. rev. e ampl. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 112).

83 MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 326.

84 Mais uma vez, Hans Welzel contribui com a seguinte explicação: “À culpabilidade, no sentido do Direito Penal, ‘pertencem’ todos os elementos do delito prévios a ela: ação (conduta), tipicidade e antijuridicidade; somente uma ação (ou conduta) típica e antijurídica pode ser culpável; só ela pode ser portadora, no Direito Penal, da reprovabilidade da culpabilidade. Não obstante, ainda que todos os elementos sejam também constitutivos para o juízo de culpabilidade (reprovabilidade), não são *apenas* elementos da culpabilidade. Por isso, a vontade de ação – ainda que seja **também** portadora da reprovabilidade da culpabilidade – é **antes** um elemento da **ação**; o **dolo** é antes um elemento do **tipo** dos delitos dolosos e com isso um pressuposto material da antijuridicidade desses delitos; a vontade de ação, que como consequência de uma falta de observância do cuidado devido realiza de forma *não dolosa* o tipo, é antes um pressuposto da antijuridicidade dos delitos culposos.” (WELZEL, 2011, p. 112)

85 Cf. COSTA FERREIRA, 2019, p. 110-113.

Lembre-se, ainda, que a vedação à responsabilização sancionadora objetiva, em relação às pessoas jurídicas, também pode ser extraída do mandamento inserto no artigo 37, §6º, da Constituição. Afinal, se a própria Constituição condiciona aos padrões de dolo ou culpa a responsabilidade do seu agente público por danos causados a terceiro, seria indefensável a inexigibilidade de idênticas balizas no âmbito da responsabilização sancionadora, que veicula imposição de medidas afliativas, mais gravosas do que simples medidas de reparatórias, razão pela qual se submetem a regime jurídico mais estrito do que essas.

Em vista disso, é inconstitucional a responsabilização sancionadora objetiva da pessoa jurídica<sup>86</sup>, porque incompatível com a garantia da culpabilidade e da tipicidade. Ainda, a exigência de responsabilização subjetiva é necessária para dotar de coerência o sistema constitucional de responsabilização (ressarcitória e/ou sancionadora), que não poderia admitir, coerentemente, um regime de responsabilização sancionadora cujos pressupostos fossem mais flexíveis do que aqueles existentes no regime de responsabilização civil.

Para arrematar, a análise do dolo e culpa institucionais deve seguir às mesmas regras utilizadas nessa tarefa em relação aos indivíduos, aqui tratada como “abordagem inferencial”, segundo a qual eles devem ser inferidos a partir do comportamento observado e de pistas contextuais<sup>87</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que se pontuou aqui são extraíveis as seguintes conclusões:

- a) a responsabilidade sancionadora da pessoa jurídica é medida necessária que encontra fundamento em questões de ordem pragmático-social, haja vista a acentuada infracionalidade de empresa e necessidade do ordenamento jurídico endereçar, adequada e eficazmente, esse problema; bem como em questões de ordem jurídico-normativa, uma vez que se trata de compromisso assumido internacionalmente e imposto constitucionalmente ao Estado Brasileiro;
- b) os regimes de responsabilização sancionadora são preferíveis ao regime de responsabilização civil para o fim de endereçar a questão da infracionalidade de empresa, porque são mais aptos a lograr os objetivos de punir os infratores e prevenir o cometimento de novas infrações, tanto pela pessoa jurídica sancionada, quanto pelos demais membros da sociedade;
- c) no âmbito da política repressiva frente à infracionalidade das pessoas jurídicas, o legislador possui ampla liberdade de configuração normativa,

86 Contrariamente ao que se defende aqui, boa parte da doutrina admite a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido: “a responsabilidade objetiva [...] é perfeitamente admissível no Direito Sancionatório se se trata de sanção de natureza civil ou administrativa” (GRECO FILHO; RASSI, 2018, p. 768); considerando a responsabilidade objetiva um avanço da Lei 12.836/13: BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; FERREIRA, Daniel. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 3, n. 44, p. 451-472, 2016. p. 454.

87 DIAMANTIS, 2016, p. 2.078 e p. 2.079.

maior, inclusive, do que aquela existente no âmbito da infracionalidade de pessoa física;

- d) tudo o que se disse e o que se disser sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica é aplicável, na medida do possível, respeitadas as legítimas matizações entre regimes, à responsabilidade administrativa sancionadora da pessoa jurídica. Assim, é inviável admitir-se a responsabilidade sancionadora da pessoa jurídica no Direito Administrativo Sancionador e não a admitir no Direito Penal, e vice-versa;
- e) a questão da responsabilidade sancionadora das pessoas jurídicas sempre gravita em torno de duas celemas centrais relacionadas à (in)capacidade de ação da pessoa jurídica e à sua (in)capacidade de culpabilidade: a problemática do “se” é possível e do “como” se construir conceitos de ação e culpabilidade válidos para a pessoa jurídica;
- f) no Brasil, o constituinte, em duas ocasiões – artigo 173, parágrafo quinto, e artigo 225, parágrafo terceiro –, previu/determinou a possibilidade de imposição de punição às pessoas jurídicas por infrações a elas imputáveis. Ao prever essa possibilidade e, ao mesmo tempo, assegurar a garantia da culpabilidade aos acusados, ainda que apenas implicitamente, o constituinte deixa imune a dúvidas que, no sistema constitucional brasileiro, é possível reconhecer-se capacidade de ação e de culpabilidade aos entes coletivos;
- g) o problema da infracionalidade de empresa é um problema global, peculiar à nossa sociedade moderna. Logo, o tema da responsabilização sancionadora das pessoas jurídicas é, também, globalizado, o que afeta, por óbvio, as suas soluções, que tendem a ser, igualmente, globalizadas;
- h) a análise das diversas teorias explicativas da culpabilidade e ação da pessoa jurídica contribui para identificação de critérios responsabilizadores válidos para o Direito Administrativo Sancionador brasileiro;
- i) em relação à conduta da pessoa jurídica, o processo de imputação não deve ser diferente daqueles, tradicionalmente, consagrados pelo ordenamento jurídico para lhe reconhecer atuação;
- j) o paradigma da culpabilidade é irrenunciável no Direito Sancionador, seja como pressuposto à responsabilização sancionadora do acusado, seja como medida da sanção a ser imposta ao sancionado;
- k) em relação às pessoas jurídicas, a culpabilidade opera de modo a inviabilizar a imposição de sanções quando isso possa redundar na punição de ente coletivo que não tenha atuado de maneira reprovável, que ocorreria quando houvesse (1) a punição de ente coletivo que tenha atuado diligentemente e como espera o ordenamento jurídico no que tange ao endereçamento do risco empresarial inerente às suas atividades; (2) a punição de pessoa jurídica por infração que ela não poderia evitar; (3) a punição de ente coletivo que tenha sido vítima da pessoa física perpetradora do ato lesivo ou (4) na punição de pessoa jurídica que não possa, de algum modo, ser, causalmente, associada à prática do resultado lesivo. Os itens 1 a 4 acima são, pois, condições negativas à responsabilização sancionadora da pessoa jurídica de modo que, se verificadas no caso concreto, afastam sua culpabilidade.
- l) dolo e culpa são, na verdade, condições de possibilidade da garantia da cul-

pabilidade, de tal modo que a ausência do elemento subjetivo do infrator, automaticamente, implicará na impossibilidade de se aferir a sua culpabilidade. Dolo e culpa são, ainda, consequências mandatórias da garantia da tipicidade, cuja razão de ser consiste na possibilidade de permitir a antecipação do comportamento proibido e, com isso, a sua evitação pelo potencial infrator. Assim, conclui-se que admitir a possibilidade de responsabilização objetiva do ente coletivo é, necessariamente, admitir a possibilidade de não vigor a garantia da tipicidade em favor das pessoas jurídicas.

- m) é, pois, inconstitucional a responsabilização sancionadora objetiva da pessoa jurídica, porque incompatível com a garantia da culpabilidade e da tipicidade. A exigência de responsabilização subjetiva é necessária para dotar de coerência o sistema constitucional de responsabilização (ressarcitória e/ou sancionadora), que não poderia admitir, coerentemente, um regime de responsabilização sancionadora cujos pressupostos fossem mais fluidos do que aqueles existentes no regime de responsabilização ressarcitória. Por fim, o dolo e culpa institucional devem ser aferidos a partir do comportamento observado e de pistas contextuais, seguindo-se a abordagem inferencial.

## REFERÊNCIAS

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Culpabilidad y persona jurídica. In: CONGRESO HISPANO-ITALIANO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO, 1. 1998, **Anais**, 1998.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005**. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-348-18-maio-2005-536880-convencao-28439-pl.html>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BRASIL. Casa Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm). Acesso em: 27 nov. 2017.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm). Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. Ementa: Recurso extraordinário. Direito penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na Constituição da República. Relatora: Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, 06 jun. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BUCY, Pamela H. Corporate Ethos: a standard for imposing corporate criminal liability. **Minnesota Law Review**, v. 75, 1991.

BUELL, Samuel W. The blaming function of entity criminal liability. *Indiana Law Journal*, v. 81, p. 473-537, 2006.

COSTA FERREIRA, Gustavo. **Responsabilidade Sancionadora da Pessoa Jurídica**: critérios para aferição da sua ação e culpabilidade no direito administrativo sancionador. 1. ed., Belo Horizonte: Dialética, 2019.

CRISTÓVAM, José Sergio da Silva; COSTA FERREIRA, Gustavo. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Lei 12.846/13. In: BASSO, Ana Paula et al. (Coords.). **Direito administrativo e gestão pública e direito urbanístico, cidade e alteridade**. Zaragoza: Prensas de La Universidad de Zaragoza, 2019, p. 215-239. (Recurso eletrônico).

DIAMANTIS, Mihailis E. Corporate criminal minds. *Notre Dame Law Review*, v. 91, n. 5, p. 2.049-2.090, 2016.

DIAMANTIS, Mihailis E.; LAUFER, William S. Prosecution and punishment of corporate criminality. *Annual Review of Law and Social Science*, (no prelo).

DISKANT, Edward B. Comparative corporate criminal liability: exploring the uniquely american doctrine through comparative criminal procedure. *Yale Law Journal*, v. 118, issue 1, p. 126-176, 2008.

EDGERTON, Henry. Corporate criminal responsibility. *Yale Law Journal*, v. 36, n. 6, p. 827-844, 1927.

ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros de empresas. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. *Revistas de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul./dez., 2012.

FOFFANI, Luigi. Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas? *Revista Nuevo Foro Penal*, Mellín (Colombia), v. 6, n. 75, p. 41-52, 2010.

GLEIZER, Orlandino. Culpabilidade e pessoa jurídica. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). **Comentários ao direito penal econômico brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

GOLUMBIC, Court E; LICHY, Albert D. The “Too Big to Jail” Effect and the Impact on the Justice Department’s Corporate Charging Policy. *Hastings Law Journal*, v. 65, 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento. *Revista de Administración Pública*, n. 203, 2017.

GRECO, Luís. **As razões do direito penal**. Quatro estudos. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LLORIA GARCIA, Paz. Responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos relacionados con el mercado de valores. *Actualidad Jurídica Iberoamericana – IDIBE*, n. 7, p. 23-51, 2017.

LOZANO CUTANDA, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 diciembre). *Revista de Administración Pública*, Madrid (Espanha), v. 129, 1992.

MAGLIE, Cristina de. Models of corporate criminal liability in comparative law. *University Global Studies Law Review*, Washington, v. 4, n. 3, p. 547-565, 2005.

MARTÍN, Luís Gracia. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n 18-05, p. 1-95, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**.

São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez., 2005.

MOOHR, Geraldine Szotts. Of bad apples and bad trees: considering fault-based liability for the complicit corporation. **The American Criminal Law Review**, v. 44, issue, 4, p. 1343-1364, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Tecnos, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. La autotutela, los límites de la administración pública y los principios inspiradores del derecho penal. **Revista de Administración Pública**, Madrid (Espanha), v. 129, 1991.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e Sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

PUIG, Manuel Rebollo. Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores. **Revista Ius et Veritas**, n. 53, p. 220-245, 2016.

PUIG, Santiago Mir. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Espanha, n. 6, 2004.

RAMINA, Larissa. Tratamento Jurídico Internacional da Corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da O.E.A e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da O.C.D.E. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional** (impresso), Belo Horizonte: Fórum: v. 11, p. 186-198, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brockner y Juan Antonio Lascurain Sanchez. **Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht**, ano 1, fascículo 2, 1982.

SEPINWALL, Amy J. Guilty by Proxy: Expanding the Boundaries of Responsibility in the Face of Corporate Crime. **Hastings Law Journal**, v. 63, p. 101-145, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución ideológica de la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. **Derecho Penal y Criminología**. (Ejemplar dedicado a: Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal), vol. 29, n. 86, p. 129-148, 2008.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pessoa jurídica e culpabilidade no direito penal econômico. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). **Comentários ao direito penal econômico brasileiro**. Belo Horizonte: D’Placido, 2018.

TEIXEIRA, Adriano. Las teorías retributivas em el pensamiento angloamericano contemporáneo. **En letra: Derecho Penal**. Año IV, n. 7, p. 35-77, 2018.

UHLMANN, David M. The pendulum swings: reconsidering corporate criminal prosecution. **University of California Davis Law Review**, v. 49, 2016, p. 1235-1285.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. Malheiros: São Paulo, 2003.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. 3. ed. rev. e ampl. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## 17. O DIREITO URBANÍSTICO E O PLANEJAMENTO DAS CIDADES INTELIGENTES NO BRASIL

**Laura Covatti dos Santos**

Advogada. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Experiência em Programas de Extensão e Pesquisa. E-mail: lauracovattidossantos@gmail.com – <https://orcid.org/0000-0002-3516-203X>.

**Janaína Rigo Santin**

Advogada. Doutora em Direito pela UFPR, com estágio pós-doutoral na Universidade de Lisboa (bolsa CAPES). Mestre em Direito pela UFSC. Professora Titular da UPF. Docente permanente do Mestrado em Direito, bem como do Doutorado em História da UPF. Colaboradora do PPGD da UCS. E-mail: janainars@upf.br – <https://orcid.org/0000-0001-6547-2752>.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações Iniciais; 2. Poder local, urbanismo e Administração Pública consensual; 3. Interação humana e redes de comunicação e informação; 4. *SMART CITIES*: as novas tecnologias da informação e comunicação aplicadas nas cidades; 5. Considerações finais; Referências.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As mudanças constantes no mundo que resultam na alta complexidade das relações sociais passaram a exigir uma gestão pública mais atualizada e eficiente, capaz de atender às novas demandas de uma sociedade multidimensional e plural. Entretanto, observa-se que o paradigma centralizador e burocrático que imperou no século passado ainda está muito presente na gestão pública brasileira, apesar das inúmeras inovações legislativas destinadas justamente para superar este modelo. As tecnologias da informação e comunicação, cada vez mais promovem mudanças sociais, políticas e econômicas com alta velocidade. Ante essas modificações, surgem grandes desafios aos governos atuais que precisam estar atentos tanto à situação econômica mundial quanto aos problemas mais elementares da população local. Nesse contexto, por estar mais próximo dos cidadãos, o espaço local no qual o Município está inserido tende a promover de forma mais eficiente a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente por facilitar a utilização de métodos de democratização das decisões públicas.

Os grandes avanços tecnológicos deste limiar de século XXI marcam uma sociedade múltipla e em constante mutação. Ante o exposto, a economia também sofre transformações em um nível acelerado, o que vem causando crises mundiais que colocam a prova até mesmo os governos mais estáveis. Estas mudanças, tanto tecnológicas quanto sociais e econômicas exigem am-

plo grau de articulação governamental, visto que os governos atuais ao mesmo tempo em que precisam lidar com problemas macros, necessitam atentar aos problemas palpáveis da população, como saneamento básico, transporte, educação e saúde. Uma administração descentralizada, atenta aos interesses dos cidadãos e que use das novas tecnologias para garantir um espaço dialógico entre sociedade civil e sociedade política por certo será mais flexível e dinâmica para o atendimento destas demandas mais elementares da sociedade, que dizem respeito principalmente à realização dos direitos básicos e do bem-estar dos cidadãos.

Dessa forma, o presente artigo, por meio do método hipotético-dedutivo e da revisão bibliográfica, pretende analisar as peculiaridades impostas às cidades brasileiras em face das novas tecnologias da informação e comunicação, e como elas poderão aproveitar das inúmeras potencialidades da adoção da internet das coisas para se inserir no mercado global de maneira mais democrática e eficiente possível.

## 2. PODER LOCAL, URBANISMO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º parágrafo único, adotou como forma de governo a democracia semidireta, ou seja, o governo é colocado nas mãos de representantes escolhidos pelo povo periodicamente nas urnas eleitorais, mas ainda é garantida a participação do cidadão na gestão pública por meios de instrumentos diretos, previstos na própria Carta. Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro ambas (democracia representativa e participativa) podem conviver conjuntamente. Os representantes são necessários e a opinião do povo deve fundar e legitimar suas decisões. Mas formas participativas de gestão pública precisam conviver com a representatividade, até mesmo para recuperar a legitimidade do poder político, tão carente neste limiar de século XXI.<sup>1</sup>

Quando se fala em Direito Urbanístico no Brasil, a relação sociedade civil e sociedade política torna-se mais nítida, pois é nesse *locus* que o povo consegue conviver diretamente com aquele que o representa. No Município, existe uma maior proximidade entre o gestor público e a cidadania, o que facilita uma gestão pública compartilhada e a definição consensual do desenvolvimento sustentável da cidade.

A verdade é que a comunidade clama pelo real oferecimento de espaços abertos de participação, onde possa expor suas ideias e reivindicar um planeja-

1 Para maior aprofundamento ver: SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI**: novos desafios da cidadania e do Poder Local. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

mento urbano mais voltado aos seus interesses prioritários. Não quer ser mera expectadora de decisões centralizadas do órgão municipal, o qual executa planos urbanísticos e orçamentários antes, e só depois, procura saber (quando procura reeleger-se) sobre a satisfação do povo. O ente público municipal acredita que conhece todo seu espaço de atuação, e que não é necessária a participação dos cidadãos para estabelecer quais as ações de maior urgência e quais as medidas para garantir a sustentabilidade das cidades brasileiras.

Na época em que predominava o meio rural no Brasil, era natural que as pessoas vissem a União como um centro de poder do qual todas as decisões eram tomadas. No entanto, as áreas urbanas foram fortalecidas pelo êxodo rural e rapidamente o Brasil transformou-se em um país urbano. Como resultado dessa transformação, muitos problemas da sociedade não necessitaram mais ser submetidos ao “centro de poder”, podendo ser resolvidos localmente.<sup>2</sup> Não é possível pensar em aprofundamento das instituições democráticas sem a presença do cidadão e de uma gestão democrática e participativa em âmbito local, por ser o espaço “por excelência” na otimização dos mecanismos participativos, já que é onde se situam os cidadãos brasileiros.<sup>3</sup>

Outro ponto interessante a ser sublinhado é que a tecnologia também pode ser capaz de trazer uma nova forma de gestão urbanística local; tudo depende de sua correta utilização pelo Poder Local.<sup>4</sup> Assim, o Município, que já é um palco importante para o exercício da democracia, pode tornar-se ainda mais eficiente no sentido de promover a democracia digital ou governo eletrônico, o que promoveria avanços significativos no desenvolvimento sustentável daquela localidade ou região. Afinal, somente a participação pode garantir que a vontade do povo seja realmente atendida pelo governo.<sup>5</sup>

Trata-se de um novo modelo de administração consensual, previsto em vários diplomas legislativos brasileiros. São eles: o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), em seu artigo 40 parágrafo 4, no que tange ao processo de elaboração do Plano Diretor municipal; e seu artigo 44, no que tange ao processo de elaboração e execução das leis orçamentárias em âmbito municipal, que são o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Também a administração consensual está contemplada no Estatuto das Metrôpoles (Lei 13.089/2015), em seu artigo 6, inciso V; e artigo 12 e parágrafos, quando trata da gestão democrática da cidade e do processo

2 DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local?** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

3 SANTIN, Janaina Rigo; FAVRETTO, Mariane. Poder Local, Participação Popular e Clientelismo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, pp. 126-148, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://direitoestado-sociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo%20corrigido%201.pdf>. Acesso em 14 set. 2020.

4 SANTIN, Janaina Rigo. Poder Local e Gestão Democrática Municipal: uma análise a partir da teoria do discurso em Jürgen Habermas. HERMANY, Ricardo (organizador). **Empoderamento Social Local**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. pp. 419-434.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 35.

colaborativo de elaboração e execução do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado da Metrópole. E, por fim, com *status* constitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), em seus artigos 48 e 49, quando trata dos instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal, bem como as versões simplificadas desses documentos.

Dessa forma, a administração consensual traz uma nova contribuição ao campo político de definição da tomada de decisões por parte dos governantes, criando-se espaços plurais de penetração da sociedade civil nos mecanismos de formação das tutelas jurídico-políticas, a fim de que os cidadãos locais possam participar e fazer negociações que cheguem ao entendimento, que melhor represente o interesse da coletividade.<sup>6</sup> Nas palavras de Odete Medauar,

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entes e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.<sup>7</sup>

As decisões consensuais são dotadas de legitimidade, já que “uma sociedade participante é mais unida e coesa” e faz com que cada uma das pessoas que a integra sinta-se parte dela e de sua administração, além do que “leva-as a criticar a partir do ponto de vista de agentes, e não de espectadores”.<sup>8</sup>

O mecanismo do entendimento é o atributo que leva os atores sociais a chegarem em um consenso sobre algo no mundo. E, por conseguinte, é o princípio constitucional da participação que insere esses indivíduos (atores sociais) na Administração Pública, caracterizando-se como uma forma de controle so-

6 SANTIN, Janaína Rigo; TOAZZA, Vinícius Francisco. O paradigma da linguagem, as audiências públicas e a participação por consensos linguísticos. *Quaestio Iuris*, v. 9, n. 3, pp. 1344-1362, Rio de Janeiro, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2016.20759>.

7 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

8 LUCAS, John Randolph. **Democracia e participação**. Tradução de Cairo Paranhos Rocha. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 112.

cial. Afinal, pelos institutos participativos e consensuais a sociedade civil possibilita que as decisões estatais estejam mais afinadas aos interesses dos cidadãos participantes, aumentando, com isso, a sua legitimidade.

### 3. INTERAÇÃO HUMANA E REDES DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO

A comunicação está inserida nas relações sociais há muitos séculos, chegando a ser considerada um dos hábitos mais antigos da humanidade. Com o decorrer dos tempos, as técnicas foram sendo aperfeiçoadas, tornando-se mais eficazes conforme a sua transformação, como aconteceu, por exemplo, com o telefone, o rádio, a televisão, a informática, as multimídias,<sup>9</sup> a internet e assim por diante.

A comunicação tornou-se um diferencial a partir das proporções que a internet seguiu, da mesma forma como ocorreu com as (TICs) - Tecnologias da Informação e Comunicação, quando uma parte da população se interessou e se adequou a uma nova forma de vida, que sugeria ser mais rápida e hábil para mantê-la informada e conectada, independentemente da distância. Para Castells, “Uma rede é um conjunto de nós interconectados. A formação de redes é uma prática humana muito antiga, mas as redes ganharam vida nova em nosso tempo transformando-se em redes de informação energizadas pela Internet [...]”.<sup>10</sup>

Em nível mundial, a história da internet surgiu em 1969 com o programa Arpanet, uma rede de computadores criada pela *Advanced Research Projects Agency* (ARPA). A sua função se destinava a proteger os dados militares da União Soviética, bem como obter superioridade com relação à tecnologia e aos recursos de pesquisa. O objetivo de um dos departamentos da ARPA, o *Information Processing Techniques Office* (IPTO), era “estimular a pesquisa em computação interativa”, a partir do desenvolvimento de investigações e testes de responsabilidade de cientistas da computação. Na sequência, outros projetos foram sendo criados e executados em prol da segurança da rede militar. Depois desse período, inúmeras conexões em redes foram iniciadas e finalizadas, até o momento em que a Arpanet foi retirada de operação e a internet deixou de estar ligada apenas ao ambiente militar.<sup>11</sup>

Assim, em 1995 a internet começou a ser operada no âmbito privado. Inú-

9 WOLTON, Dominique. **Internet, e depois? Uma teoria crítica das novas mídias**. Tradução de: Isabel Crossetti. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 9.

10 CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de: Maria Luiza X. de A. Borges; Revisão de: Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 7.

11 CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de: Maria Luiza X. de A. Borges; Revisão de: Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 13-15.

meros provedores de serviços da internet elaboraram suas redes e definiram sua forma de comunicação em bases comerciais. Neste sentido:

[...] Embora a Internet tivesse começado na mente dos cientistas da computação no início da década de 1960, uma rede de comunicações por computador tivesse sido formada em 1969, e comunidades dispersas de computação reunindo cientistas e hackers tivessem brotado desde o final da década de 1970, para a maioria das pessoas, para os empresários e para a sociedade em geral, foi em 1995 que ela nasceu [...].<sup>12</sup>

Segundo Lévy, as mídias tradicionais (imprensa, rádio, televisão, cinema e fotografia) foram os principais agentes para que as pessoas se mantivessem mais informadas durante um longo período. Inclusive, a acessibilidade e a transparência fizeram com que os fatos fossem recebidos com imagem e áudio.<sup>13</sup> Nas palavras de Schwab:

A primeira mudança profunda em nossa maneira de viver – a transição do forrageamento (a busca por alimentos) para a agricultura – ocorreu há cerca de 10.000 anos e foi possível graças à domesticação dos animais. A revolução agrícola combinou a força dos animais e a dos seres humanos em benefício da produção, do transporte e da comunicação. Pouco a pouco, a produção de alimentos melhorou, estimulando o crescimento da população e possibilitando assentamentos humanos cada vez maiores. Isso acabou levando à urbanização e ao surgimento das cidades.<sup>14</sup>

Depois da revolução agrícola outras revoluções industriais foram verificadas na história da humanidade – a contar da segunda metade do século XVIII.<sup>15</sup> Importa referir que, “[...] A marca dessas revoluções foi a transição da força muscular para a energia mecânica, a qual evolui até a atual quarta revolução industrial, momento em que a produção humana é aumentada por meio da potência aprimorada da cognição”.<sup>16</sup>

Sob essa perspectiva, assim como houve alteração das relações de produção, também a vida em sociedade apresentou significativas transformações, especialmente na mutação das formas tradicionais de comunicação e de troca de informação para as digitais. Assim, o surgimento da internet representou um marco para a história mundial, o qual sinaliza o uso contínuo das tecnologias no cotidiano do ser humano não só na produção como, também, nas comunicações e na informação.

12 CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.** Tradução de: Maria Luíza X. de A. Borges; Revisão de: Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 19.

13 LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia.** Tradução de: Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 36-37.

14 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 15.

15 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 15.

16 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 15.

Com a conexão do computador e da internet o indivíduo teve a opção de assistir e acompanhar qualquer programa de rádio, de televisão ou de jornal, não se limitando a receber os conteúdos sempre do mesmo destinatário. O espaço começou a se expandir, de modo que, o “internauta” obteve acesso a programação e ao material que desejasse, afinal, a escolha faz parte dessa nova estrutura.<sup>17</sup> Consequentemente, o processo passou:

[...] de um sistema midiático dominado pela *televisão* para uma rede de comunicação que permite a *omnivisão*, que nos possibilitará dirigir o nosso olhar para onde quisermos no espaço, nas escalas de grandeza, nas disciplinas, no tempo e nos mundos virtuais fictícios, mas experimentáveis, que iremos multiplicar no futuro.<sup>18</sup>

Para Pinheiro, “A Internet é mais que um simples meio de comunicação eletrônica, formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas, principalmente, por uma rede mundial de Indivíduos [...]”, afinal, não se submete apenas às pessoas físicas, comunica também as pessoas jurídicas, as instituições e os governos.<sup>19</sup> Portanto, esse mecanismo de interação social passou a ser utilizado assiduamente, representando uma forma mais rápida e econômica de comunicação e de troca de informações.

Hoje, a internet é uma realidade que se consolidou com “[...] *el resultado de un proceso tecnológico, impulsado por el desarrollo de las telecomunicaciones, que permite una difusión de enormes cantidades de información, en tiempo real, y con un grado de interconexión planetaria*”.<sup>20</sup> Ela permitiu a conexão das pessoas por intermédio da rede, aproximando e facilitando o encontro, com isso o indivíduo deixa de apenas receber informação, tornando-se protagonista.

Dessa forma, o desenvolvimento da linguagem, inclusive por meio dos suportes tecnológicos, sinaliza um marco, um fato imprescindível da trajetória da espécie humana, capaz de possibilitar a liberdade de expressão e de pensamento em escalas inimagináveis. Há a capacidade de ter contato com o outro, como também de trocar e receber conhecimento ilimitado, até mesmo porque os novos meios de informação e comunicação não são estáticos.<sup>21</sup>

Dessa forma, neste início do século XXI, influenciado pela internet e após as mudanças com a chegada de uma nova época, transformou-se o cenário

17 LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Tradução de: Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 49-50.

18 LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Tradução de: Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 36-37. Grifos do autor.

19 PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 47-48.

20 BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Control tecnológico en el ciberespacio: de redes y espías. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada; MARTIN, Nuria Belloso; SANCHEZ, Helena Nadal (Orgs.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba, SC: Unoesc, 2015. p. 41.

21 FUSINATO, Joni. Imagem e linguagem: o sujeito na sociedade em rede. In: ROVER, Aires José; CARVALHO, Marisa (Orgs.). **O Sujeito de conhecimento na sociedade em rede**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 47-48.

mundial em diversos âmbitos – como por exemplo, social, político, econômico – dando vistas à revolução digital.<sup>22</sup> Esse período inovador foi nomeado diferentemente por vários autores, onde aqui se destaca a expressão adotada por Castells, denominando este século de a “Era da Informação”.<sup>23</sup> As relações sociais se transformaram, e começaram a ser vistas sob uma nova perspectiva, ajustando-se a outras formas de processamento e aplicação das informações, por intermédio das relações digitais.

Entretanto, o sucesso e as dimensões de transformação e adaptação da tecnologia não param por aí, e justificam novas habilidades desenvolvidas em impressionante velocidade. Por certo, a internet proporcionou imensa e ilimitada comunicação entre os seres humanos, seja por e-mail, chat ou outras formas de interação online, capazes de conectar pessoas de maneira desterritorializada. Porém, com o avanço das novas tecnologias da informação e comunicação a internet começou a ser explorada com a finalidade de comunicar as máquinas entre si. Para esse evento “[...] Pesquisadores e profissionais de rede utilizam os termos *máquina para máquina* (M2M, *Machine to Machine*) e *Internet das Coisas* (IoT, *Internet of Things*) para descrever o conceito”, explica Comer.<sup>24</sup>

Logo, a partir da evolução das tecnologias, a interação entre as máquinas demonstrou ser um evento natural, podendo ser presenciado com mais frequência nos últimos anos, inclusive para o desenvolvimento das cidades, tornando a gestão pública mais transparente e eficiente.

#### 4. SMART CITIES: AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO APLICADAS NAS CIDADES

O avanço da sociedade contribuiu para a criação e o aperfeiçoamento de mecanismos tecnológicos gerando expectativas, oportunidades e desafios para as relações. Como resultado da difusão das Novas Tecnologias da Informação e Comunicação vários segmentos foram alcançados, entre eles: as cidades.

Segundo Schwab, fala-se em uma “Revolução” jamais vista e vivida antes, a qual pode ser chamada de Quarta Revolução Industrial, a responsável por mudar significativamente a convivência e a forma como o ser humano desenvolve as suas habilidades e competências. Nas palavras do autor, a imersão tecnológica<sup>25</sup> cria inúmeras possibilidades às pessoas que estiverem conecta-

22 MAGRANI, Eduardo. **Política e internet**: internet como ferramenta político-democrática em dois vetores. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f8e8b1feff822753>. Acesso em: 10 set. 2020. p. 3.

23 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de: Roneide Venâncio Majer; atualização para 6ª edição: Jussara Simões. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 71.

24 COMER, Douglas E. **Redes de computadores e internet**. Tradução de: José Valdeni de Lima, Valter Roesler. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016. p. 498.

25 Para Schwab, “[...] Muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um

das, afinal percebe-se a:

Assombrosa profusão de novidades tecnológicas que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial (IA), robótica, a internet das coisas (IoT, na sigla em inglês), os veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica [...].<sup>26</sup>

Acerca disso, Martinhão considera que “não vivemos uma mera sensação difusa de progresso; temos a certeza de que uma verdadeira revolução nos espera logo à frente. Uma revolução tecnológica em sua base, [...] uma transformação radical de nossas formas de vida”.<sup>27</sup> A Internet das Coisas, por exemplo, representa uma tecnologia digital transformadora, de modo que, a partir dela a comunicação será “máquina-máquina”<sup>28</sup> (essa situação faz surgir questionamentos, especialmente se futuramente a máquina irá substituir as atividades desempenhadas pelo ser humano).

No entanto, para se verificar esse cenário nas cidades brasileiras, imprescindível que haja uma maior conectividade, ou seja, a coletividade precisa utilizar da tecnologia e dos meios de acesso – embora se tenha a consciência de que a internet não alcança todas as regiões do Brasil.<sup>29</sup> Se por um lado, a Quarta Revolução Industrial carrega consigo um potencial visionário, por outro, há uma preocupação desmedida no tocante à desigualdade no acesso.<sup>30</sup>

É importante refletir sobre o que isso pode significar para os países em desenvolvimento. As fases anteriores da revolução industrial ainda não chegaram a muitos cidadãos do mundo, que ainda não têm acesso à eletricidade, à água potável, a saneamento e vários outros equipamentos essenciais vistos como normais nas economias avançadas. Apesar disso, a quarta revolução industrial causará impactos inevitáveis às economias em desenvolvimento.<sup>31</sup>

A idealização da automação na esfera pública, por sua vez, motivou o Poder Público a observar as vantagens advindas com a Internet das Coisas, tratando-se de um mecanismo hábil para auxiliar na gestão. Portanto, “[...] a partir do uso de tecnologias integradas e do processamento massivo de

---

ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois elas constroem e amplificam umas às outras, fundindo as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico”. SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 11.

26 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 11.

27 MARTINHÃO, Maximiliano S. A internet das coisas a serviço das pessoas. In: MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. p. 15.

28 MARTINHÃO, Maximiliano S. A internet das coisas a serviço das pessoas. In: MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. p. 15.

29 MARTINHÃO, Maximiliano S. A internet das coisas a serviço das pessoas. In: MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. p. 15 e 16.

30 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 19-20.

31 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 52.

dados, soluções mais eficazes para problemas como poluição, congestionamentos, criminalidade, eficiência produtiva, entre outros [...]” irão surgir, complementa Magrani.<sup>32</sup>

Sob essa ótica, nota-se que a Quarta Revolução Industrial poderá provocar mudanças significativas nos hábitos e no cotidiano dos cidadãos, inclusive, incentivando no planejamento de uma cidade inteligente. Importa salientar que o acesso às Novas Tecnologias da Informação e Comunicação demonstra ser algo essencial para o desenvolvimento dessa Revolução, por isso os Países e as Cidades precisam da conectividade.<sup>33</sup>

As cidades inteligentes também são conhecidas como *Smart Cities*, a partir de definições adotadas pela União Europeia, “[...] são sistemas de pessoas interagindo e usando energia, materiais, serviços e financiamento para catalisar o desenvolvimento econômico e a melhoria da qualidade de vida [...]”.<sup>34</sup> A partir dessa consideração, percebe-se a imprescindibilidade de existirem sistemas de informação e comunicação à disposição dos cidadãos, assim como estes devem ter dispositivos móveis que permitam o acesso. Neste sentido:

Esses fluxos de interação são considerados inteligentes por fazer uso estratégico de infraestrutura e serviços e de informação e comunicação com planejamento e gestão urbana para dar resposta às necessidades sociais e econômicas da sociedade. De acordo com o Cities in Motion Index, do IESE Business School na Espanha, 10 dimensões indicam o nível de inteligência de uma cidade: governança, administração pública, planejamento urbano, tecnologia, o meio-ambiente, conexões internacionais, coesão social, capital humano e a economia.<sup>35</sup>

A preocupação em proporcionar aos habitantes de uma cidade um lugar com mais qualidade de vida foi alvo de debates entre diversos países. Como resultado, a Agenda em prol do Desenvolvimento Sustentável para 2030 criou 17 (dezessete) objetivos. Dentre eles, destaca-se o de número 11 (onze), o qual defende as Cidades e Comunidades Sustentáveis: “[...] até 2030, aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países [...]”.<sup>36</sup> A pretensão principal está em “Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”,

32 MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. p. 81-82.

33 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 80-81.

34 FGV PROJETOS. **O que é uma cidade inteligente?** Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/noticias/o-que-e-uma-cidade-inteligente>. Acesso em: 19 ago. 2020.

35 FGV PROJETOS. **O que é uma cidade inteligente?** Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/noticias/o-que-e-uma-cidade-inteligente>. Acesso em: 19 ago. 2020.

36 NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods11/>. Acesso em: 02 ago. 2020.

ocasionando uma verdadeira transformação na gestão das cidades.<sup>37</sup>

Nesse contexto, destaca-se a variedade de conceitos que abrangem o termo cidades inteligentes, podendo estar mais direcionados à tecnologia ou ao meio ambiente e à sustentabilidade<sup>38</sup>, por exemplo.<sup>39</sup> Sendo assim, é possível encontrar algumas adversidades ao definir os atributos de uma cidade inteligente<sup>40</sup>, isso porque os vértices apontam para infinitas características e possibilidades. Entretanto, há um consenso de que a consolidação das cidades inteligentes apresentará impactos positivos e também negativos perante toda a sociedade. Desse modo, os reflexos da imersão das tecnologias poderão ser verificados, por exemplo: na gestão pública – ou seja, na forma como os governantes irão executar as suas ações –, no meio ambiente, na mobilidade urbana, na cultura, entre tantos outros.<sup>41</sup>

Entre os impactos positivos, Schwab menciona a transparência na destinação de recursos públicos para melhorar a qualidade de vida da população, diminuir índices de criminalidade, redução de fontes poluentes, governo digital, além de mais oportunidades no mercado de trabalho.<sup>42</sup> No entanto, também há de se perceber os impactos negativos das cidades inteligentes, os quais beiram às questões de privacidade, vigilância, “ataques cibernéticos” e as possíveis falhas nos sistemas tecnológicos – podendo ocasionar um “blackout total”.<sup>43</sup>

- 
- 37 NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://naacoesunidas.org/pos2015/ods11/>. Acesso em: 02 ago. 2020.
- 38 “O planejamento urbano sustentável inteligente utiliza as Tecnologias de informação e comunicação (TIC) e outros meios para orientar e direcionar o uso e o desenvolvimento de terras, tais como os recursos e infraestruturas, a proteção do meio ambiente e a distribuição de serviços ecossistêmicos e humanos de maneira a avaliar estrategicamente e melhorar continuamente a contribuição da cidade para os objetivos ambientais, econômicos e sociais do desenvolvimento sustentável”. GUEDES, André Luis Azevedo; SOARES, Carlos Alberto Pereira; CHINELLI, Christine Kowal [et. al]. O Planejamento Urbano Rumo à Cidade Inteligente. In: GUEDES, André Luis Azevedo; SOARES, Carlos Alberto Pereira; RODRIGUEZ, Martius Vicente Rodriguez y; **Smart Cities: Cidades Inteligentes nas Dimensões: Planejamento, Governança, Mobilidade, Educação e Saúde**. 1ª ed. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/342926201\\_Smart\\_Cities\\_-\\_Cidades\\_Inteligentes\\_nas\\_Dimensoes\\_Planejamento\\_Governanca\\_Mobilidade\\_Educacao\\_e\\_Saude](https://www.researchgate.net/publication/342926201_Smart_Cities_-_Cidades_Inteligentes_nas_Dimensoes_Planejamento_Governanca_Mobilidade_Educacao_e_Saude). Acesso em: 03 ago. 2020. p. 21.
- 39 CSCM DX – 20. **Ranking Connected Smart Cities 2020**. 2020. Disponível em: <http://ranking.connectedsmartcities.com.br/sobre-o-ranking.php>. Acesso em: 04 ago. 2020.
- 40 “O conceito de cidades inteligentes advém da convergência no tempo dos conceitos de cidade inteligente e cidade sustentável, no entanto, ainda na atualidade não há consenso sobre os principais fatores que devem ser considerados para tornar-se uma cidade mais inteligente”. GUEDES, André Luis Azevedo; SOARES, Carlos Alberto Pereira; RODRIGUEZ, Martius Vicente Rodriguez y. (Orgs.). **Smart Cities: Cidades Inteligentes nas Dimensões: Planejamento, Governança, Mobilidade, Educação e Saúde**. 1ª ed. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/342926201\\_Smart\\_Cities\\_-\\_Cidades\\_Inteligentes\\_nas\\_Dimensoes\\_Planejamento\\_Governanca\\_Mobilidade\\_Educacao\\_e\\_Saude](https://www.researchgate.net/publication/342926201_Smart_Cities_-_Cidades_Inteligentes_nas_Dimensoes_Planejamento_Governanca_Mobilidade_Educacao_e_Saude). Acesso em: 03 ago. 2020. p. 17.
- 41 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 135-136.
- 42 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 135-136.
- 43 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 136.

Apesar de ser um conceito relativamente recente, o conceito de *Smart City* já se consolidou como assunto fundamental na discussão global sobre o desenvolvimento sustentável e movimentou um mercado global de soluções tecnológicas, que é estimado a chegar em US\$ 408 bilhões até 2020. Atualmente, cidades de países emergentes estão investindo bilhões de dólares em produtos e serviços inteligentes para sustentar o crescimento econômico e as demandas materiais da nova classe média. Ao mesmo tempo, países desenvolvidos precisam aprimorar a infraestrutura urbana existente para permanecer competitivos. Na busca por soluções para esse desafio, mais da metade das cidades europeias acima de 100.000 habitantes já possuem ou estão implementando iniciativas para se tornarem de fato *Smart Cities*.<sup>44</sup>

Constata-se que a temática cidade inteligente integra as discussões de governos em nível global, motivo pelo qual muitos países deram partida ao processo de planejamento e construção. Em “Cidades progressistas, como Singapura e Barcelona, já estão implementando muitos novos serviços baseados em dados, incluindo soluções de estacionamento, coleta de lixo e iluminação inteligentes”, destaca Schwab.<sup>45</sup>

Muitas cidades conectarão serviços, redes públicas e estradas à internet. Essas cidades inteligentes irão gerenciar sua energia, fluxos de materiais, logística e tráfego [...]. As cidades inteligentes estão continuamente ampliando sua rede tecnológica de sensores e trabalhando em suas plataformas de dados, que serão o centro de conexão dos diferentes projetos tecnológicos e da adição de serviços futuros, com base na ciência da análise de dados e modelagem preditiva.<sup>46</sup>

No ano de 2019 uma lista foi elaborada a fim de apontar as cidades mais inteligentes do Brasil; para tanto, de acordo com o “Ranking Connected Smart Cities”,<sup>47</sup> Campinas (São Paulo) se tornou a cidade referência.<sup>48</sup> Outras cidades também já estiveram ocupando o primeiro lugar da lista em anos anteriores, entre elas: Rio de Janeiro (2015), São Paulo (2016 e 2017) e Curitiba (2018).<sup>49</sup>

44 FGV PROJETOS. **O que é uma cidade inteligente?** Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/noticias/o-que-e-uma-cidade-inteligente>. Acesso em: 19 ago. 2020.

45 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 135.

46 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 135.

47 “A edição 2020 do Ranking Connected Smart Cities coleta dados e informações de todos os municípios brasileiros com **mais de 50 mil habitantes** (segundo estimativa populacional do IBGE em 2019), totalizando **673 cidades**, sendo: 48 com mais de 500 mil habitantes, 274 com 100 a 500 mil habitantes e 349 com 50 a 100 mil habitantes”. CSCM DX – 20. **Ranking Connected Smart Cities 2020**. 2020. Disponível em: <http://ranking.connectedsmartcities.com.br/sobre-o-ranking.php>. Acesso em: 04 ago. 2020. Grifos originais.

48 BRAZIL LAB. **Conheça as cidades mais inteligentes do Brasil em 2019, segundo ranking Connected Smart Cities. 2019**. Disponível em: <https://brazillab.org.br/noticias/conheca-as-cidades-mais-inteligentes-do-brasil-em-2019-segundo-ranking-connected-smart-cities>. Acesso em: 02 ago. 2020.

49 BRAZIL LAB. **Conheça as cidades mais inteligentes do Brasil em 2019, segundo ranking Connected Smart Cities. 2019**. Disponível em: <https://brazillab.org.br/noticias/conheca-as-cidades-mais-inteligentes-do-brasil-em-2019-segundo-ranking-connected-smart-cities>. Acesso em: 02 ago. 2020.

No ano consecutivo (2020), os dados apontam para a primeira posição como cidade inteligente a cidade de São Paulo (SP), na sequência são mencionadas as cidades de Florianópolis (SC), Curitiba (PR), Campinas (SP) e Vitória (ES).<sup>50</sup> O chamado “Ranking CSC 20” contemplou uma pesquisa das 100 (cem) melhores cidades do Brasil, dispondo de diversas cidades das regiões Sul, Sudeste, Nordeste, Centro-Oeste e Norte.<sup>51</sup>

Para integrarem este ranking, são necessários estarem presentes, pelo menos, dois requisitos para a verificação de uma cidade inteligente, quais sejam: a conectividade e o planejamento. Sob a ótica de uma cidade inovadora e tecnológica, torna-se imprescindível o acesso aos meios de informação e comunicação, ao mesmo passo que o planejamento deve ser criterioso para atender às expectativas dos habitantes. Acerca disso, Magrani acredita que o país ainda carece de alguns atributos para de fato se tornar inteligente:

Ou seja, tanto no aspecto de competitividade quanto no de inovação, seja por via pública ou privada, o Brasil deixa a desejar. Fato é que a economia do país tem potencial para se desenvolver caso tenha as estruturas e os incentivos necessários. É justamente nesse contexto que se deve pensar no cenário de hiperconectividade/internet das coisas visando aumentar a produtividade, levar à criação de novos mercados e incentivar a inovação.<sup>52</sup>

A conceituação ampla das chamadas cidades inteligentes remete a uma gama de possibilidades dentro do contexto urbano. No entanto, o objetivo permanece o mesmo: proporcionar qualidade de vida aos cidadãos de modo a minimizar os problemas da cidade – sejam eles relacionados: à segurança pública, à saúde, ao transporte, ao meio ambiente, entre outros. A partir dos rankings de cidades inteligentes brasileiras observados acima, percebe-se o interesse e o empenho de gestores públicos e demais interessados em aprimorar os mecanismos tecnológicos e informacionais das grandes cidades no país, a fim de torná-las mais desenvolvidas. O passo seguinte é lançar este movimento das *smart cities* para as demais cidades de médio e pequeno porte brasileiras, que são a grande maioria dos mais de 5.000 municípios do país.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a globalização e as novas tecnologias da informação e comunicação, as pessoas usufruem da conexão com a internet para expor os seus pensamentos e até mesmo a opinião com relação à política. Na maioria das vezes, essas exposições decorrem da insatisfação com os seus representantes eleitos.

50 CSCM DX – 20. **Ranking CSC 20**: Resultado da pesquisa. 2020. Disponível em: <http://ranking.connectedsmarcities.com.br/resultados.php>. Acesso em: 04 ago. 2020.

51 CSCM DX – 20. **Ranking Connected Smart Cities 2020**. 2020. Disponível em: <http://ranking.connectedsmarcities.com.br/sobre-o-ranking.php>. Acesso em: 04 ago. 2020.

52 MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. p. 76.

No entanto, não adianta apenas pensar, escrever e publicar nas redes sociais, pois esse tipo de comportamento tem o poder de gerar ainda mais insatisfação, posições extremistas e desconfiança com a política.

Torna-se imprescindível que esse compartilhamento de sugestões e de reclamações cheguem até aqueles que detêm o poder e são responsáveis por atender aos anseios da sociedade. É preciso que o poder público abra espaço, nos canais institucionais de poder, para o governo eletrônico e a participação dos cidadãos no processo de planejamento urbano e na formulação de políticas públicas em âmbito municipal. Como assevera Ferguson, “o avanço da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC) e, mais especificamente, da Internet, está sendo alardeado como uma oportunidade de transformar a relação entre governo e cidadãos e entre serviços do governo e consumidores.”<sup>53</sup> Nesse sentido, novas estratégias passam a ser utilizadas para aproveitar melhor as oportunidades trazidas pela internet das coisas e pelo governo eletrônico.

Já dizia Lévy, enquanto abordava sobre a mutação dos meios de comunicação<sup>54</sup> que a democracia não se manterá se estiver ausente a voz do povo. Se o século XX foi marcado pela aproximação entre governantes e as populações devido ao uso da televisão e dos demais meios de comunicação em massa, o século XXI tende a utilizar a internet das coisas e a inteligência artificial, com vistas a conectar pessoas, órgãos, entes e governos em prol de cidades mais inteligentes, sustentáveis e avançadas tecnologicamente. Cidades inseridas de maneira competitiva no mercado global, capazes de aproveitar as suas potencialidades, sem deixar de ter como norte o desenvolvimento sustentável e a qualidade de vida de seus cidadãos.

## REFERÊNCIAS

BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Control tecnológico en el ciberespacio: de redes y espías. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada; MARTIN, Nuria Beloso; SÁNCHEZ, Helena Nadal (Orgs.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba, SC: Unoesc, p. 41-69, 2015.

BRAZIL LAB. **Conheça as cidades mais inteligentes do Brasil em 2019, segundo ranking Connected Smart Cities**. 2019. Disponível em:. Acesso em: 02 ago. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de: Maria Luiza X. de A. Borges; Revisão de: Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

53 FERGUSON, Martin. Estratégias de Governo Eletrônico: o cenário internacional em desenvolvimento. In: CEPIK, Marco; EISENBERG, José (Coord.). **Internet e política: teoria e prática da democracia eletrônica**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2002. p. 103.

54 “A cibercultura – as suas comunidades virtuais, o seu correio electrónico e as suas hiperligações – exige pessoas treinadas para o diálogo sincero e o entremear de pensamentos, não indivíduos formados para a manipulação persuasiva. Abandonemos então esta cultura de argumentos, partidários e acusadores para abrir o caminho a uma geração de justos”. LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 241.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de: Roneide Venâncio Majer; atualização para 6ª edição: Jussara Simões. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COMER, Douglas E. **Redes de computadores e internet**. Tradução de: José Valdeni de Lima, Valter Roesler. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.

CSCM DX – 20. **Ranking Connected Smart Cities 2020**. 2020. Disponível em: <http://ranking.connectedsmartcities.com.br/sobre-o-ranking.php>. Acesso em: 04 ago. 2020.

CSCM DX – 20. **Ranking CSC 20**: Resultado da pesquisa. 2020. Disponível em: <http://ranking.connectedsmartcities.com.br/resultados.php>. Acesso em: 04 ago. 2020.

DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local?** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

FERGUSON, Martin. Estratégias de Governo Eletrônico: o cenário internacional em desenvolvimento. In: CEPIK, Marco; EISENBERG, José (Coord.). **Internet e política**: teoria e prática da democracia eletrônica. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2002.

FGV PROJETOS. **O que é uma cidade inteligente?** Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/noticias/o-que-e-uma-cidade-inteligente>. Acesso em: 19 ago. 2020.

FUSINATO, Joni. Imagem e linguagem: o sujeito na sociedade em rede. In: ROVER, Aires José; CARVALHO, Marisa (Orgs.). **O Sujeito de conhecimento na sociedade em rede**. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 45-57, 2010.

GUEDES, André Luis Azevedo; SOARES, Carlos Alberto Pereira; CHINELLI, Christine Kowal [et. al]. O Planejamento Urbano Rumo à Cidade Inteligente. In: GUEDES, André Luis Azevedo; SOARES, Carlos Alberto Pereira; RODRIGUEZ, Martius Vicente Rodriguez y. (Orgs.). **Smart Cities: Cidades Inteligentes nas Dimensões: Planejamento, Governança, Mobilidade, Educação e Saúde**. 1ª ed. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/342926201\\_Smart\\_Cities\\_-\\_Cidades\\_Inteligentes\\_nas\\_Dimensoes\\_Planejamento\\_Governanca\\_Mobilidade\\_Educacao\\_e\\_Saude](https://www.researchgate.net/publication/342926201_Smart_Cities_-_Cidades_Inteligentes_nas_Dimensoes_Planejamento_Governanca_Mobilidade_Educacao_e_Saude). Acesso em: 03 ago. 2020.

GUEDES, André Luis Azevedo; SOARES, Carlos Alberto Pereira; RODRIGUEZ, Martius Vicente Rodriguez y. (Orgs.). **Smart Cities: Cidades Inteligentes nas Dimensões: Planejamento, Governança, Mobilidade, Educação e Saúde**. 1ª ed. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/342926201\\_Smart\\_Cities\\_-\\_Cidades\\_Inteligentes\\_nas\\_Dimensoes\\_Planejamento\\_Governanca\\_Mobilidade\\_Educacao\\_e\\_Saude](https://www.researchgate.net/publication/342926201_Smart_Cities_-_Cidades_Inteligentes_nas_Dimensoes_Planejamento_Governanca_Mobilidade_Educacao_e_Saude). Acesso em: 03 ago. 2020.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Tradução de: Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

LUCAS, John Randolph. **Democracia e Participação**. Tradução de Cairo Paranhos Rocha. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MAGRANI, Eduardo. **Política e internet**: internet como ferramenta político-democrática em dois vetores. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f8e8b1feff822753>. Acesso em: 10 set. 2020.

MARTINHÃO, Maximiliano S. A internet das coisas a serviço das pessoas. In: MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Transformando nosso mundo**: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods11/>. Acesso em: 02 ago. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI**: novos desafios da cidadania e do Poder Local. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SANTIN, Janaina Rigo. Poder Local e Gestão Democrática Municipal: uma análise a partir da teoria do discurso em Jürgen Habermas. HERMANY, Ricardo (organizador). **Empoderamento Social Local**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. pp. 419-434.

SANTIN, Janaína Rigo; FAVRETTO, Mariane. Poder Local, Participação Popular e Clientelismo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, pp. 126-148, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo%20corrigido%201.pdf>. Acesso em 14 set. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo; TOAZZA, Vinícius Francisco. O paradigma da linguagem, as audiências públicas e a participação por consensos linguísticos. **Questio Iuris**, v. 9, n. 3, pp. 1344-1362, Rio de Janeiro, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2016.20759>.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

WOLTON, Dominique. **Internet, e depois? Uma teoria crítica das novas mídias**. Tradução de: Isabel Crossetti. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

Essa obra, financiada pelo PROEX/CAPES, é resultado de investigações encampadas pelo Grupo de Estudos em Direito Público – GEDIP/CCJ/UFSC, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito UFSC e coordenado pelos Professores doutores José Sérgio da Silva Cristóvam e Pedro de Menezes Niebuhr. Adicionalmente, há colaboração de pesquisadores e professores convidados do PPGD/UFSC e de outras instituições nacionais e estrangeiras. Todos os trabalhos apresentados nesse livro estão conectados pelo complexo desafio de pensar e repensar o Direito Administrativo em seus contornos contemporâneos, o que tem se revelado tarefa árdua para investigadores inseridos num contexto político, social e econômico cada vez mais complexo e, igualmente, marcado, em 2020, pela pandemia de Covid-19.

[...]

É com satisfação que o Grupo de Estudos em Direito Público – GEDIP/CCJ/UFSC, seus coordenadores, pesquisadores e autores convidados disponibilizam obra robusta e relevantíssima para a área do Direito Administrativo brasileiro e seu debate na contemporaneidade. Constitui compromisso íntegro, vívido e valoroso para o GEDIP a contribuição significativa para o avanço da ciência jurídica no Brasil.



**gedip.ufsc**  
grupo de estudos em direito público

