

**TRANSFORMAÇÕES DO
DIREITO ADMINISTRATIVO:
O ESTADO ADMINISTRATIVO
30 ANOS DEPOIS
DA CONSTITUIÇÃO
DE 1988**



**Transformações do Direito Administrativo:
O Estado Administrativo 30 anos depois
da Constituição de 1988**

Edição produzida pela FGV Direito Rio
Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/diretorio

**Transformações do Direito Administrativo:
O Estado Administrativo 30 anos depois
da Constituição de 1988**

Organizadores

Daniel Wunder Hachem
Fernando Leal
José Vicente Santos de Mendonça

EDIÇÃO FGV Direito Rio

Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil

Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2018

Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial da FGV Direito Rio e consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thaís Mesquita

Capa: Andreza Moreira – Tangente Design

Diagramação: Andreza Moreira – Tangente Design

1ª revisão: Erika Alonso

2ª revisão: Marcia Glenadel Gnanni

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Transformações do direito administrativo : o estado administrativo 30 anos depois da constituição de 1988 / Organizadores Daniel Wunder Hachem, Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça. - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2018.
634 p.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-9597-032-8

1. Direito administrativo – Brasil. 2. Brasil. [Constituição (1988)]. I. Hachem, Daniel Wunder. II. Leal, Fernando Angelo Ribeiro. III. Mendonça, José Vicente Santos de. IV. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

CDD – 341.30981

SUMÁRIO

Apresentação da obra “Transformações do Direito Administrativo: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988”	7
<i>Daniel Wunder Hachem, Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça</i>	
1. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões e a prorrogação como meio de recomposição	9
<i>Alexandre Foch Arigony</i>	
2. Trinta anos de controle da Administração Pública: À espera de um giro de eficiência	27
<i>Anna Carolina Migueis Pereira</i>	
3. Medidas provisórias 30 anos depois: Sua utilização no Governo Temer	62
<i>Antônio Augusto Bastos</i>	
4. Em busca do interesse público perdido: As quatro dimensões de um instituto constitucionalmente domesticado	94
<i>Bruno Arcanjo</i>	
5. A consideração das consequências práticas nas decisões dos órgãos de controle e a Avaliação de Impacto Regulatório (AIR)	129
<i>Carla Maria Gonçalves</i>	
6. Eficiência administrativa e o modelo regulatório brasileiro: O desenho institucional das Agências Reguladoras	160
<i>Clayton Couto dos Santos</i>	
7. O Sistema Financeiro Nacional nos 30 anos da Constituição Cidadã: Entre bancos comunitários e Fintechs	185
<i>Daniela Juliano Silva</i>	
8. Coordenação regulatória e AIR como instrumentos para aproximação entre regulação e políticas públicas	214
<i>Eduardo Calasans Rodrigues</i>	
9. Transparência, acesso à informação e Administração Pública: Êxitos e obstáculos do Poder Executivo Federal nos 30 anos da Constituição de 1988	232
<i>Felipe Pereira Maroubo</i>	
10. Transformações do Direito Administrativo: Mediação como possibilidade à ampliação da eficiência administrativa	271
<i>Fernanda Schuhli Bourges</i>	
11. Fundo Amazônia: Um estudo de caso da iniciativa do governo brasileiro para combater o desmatamento e seu enquadramento (ou não) no conceito de fomento	296
<i>Gabriel Rebello Esteves Areal</i>	

SUMÁRIO

12. O interesse público como limite das demandas judiciais no direito administrativo.....	321
<i>Graziela de Caro Reis Machado</i>	
13. O reconhecimento da juridicidade dos acordos substitutivos pelo TCU – o estudo de caso do TAC da Anatel.....	352
<i>Ludimila Santos Derbli</i>	
14. Estado administrativo, ordem econômica e Constituição: Uma proposta para além do “princípio da subsidiariedade”.....	370
<i>Luiz Augusto da Silva e Clara Dantas</i>	
15. Desafios atuais para a tutela do direito fundamental à privacidade: Lei Geral de Proteção de Dados, consentimento e regulação.....	398
<i>Marina Cyrino e Douglas Leite</i>	
16. Estado administrativo nos Estados Unidos e Brasil: Um modelo construído pela jurisprudência.....	419
<i>Matheus Meott Silvestre</i>	
17. Os limites para a intervenção estatal na economia através de sociedades de propósito específico.....	448
<i>Pedro Burdman da Fontoura</i>	
18. O Projeto de Lei n. 8.889/2017 e a política de conteúdo local para o serviço de fornecimento de conteúdo audiovisual por demanda.....	470
<i>Pedro Henrique Christofaro</i>	
19. Riscos, controvérsias e objeções éticas relevantes para o <i>design</i> e a aplicação do <i>nudge</i> como ferramenta regulatória no Brasil.....	508
<i>Pedro Henrique Pinheiro</i>	
20. A recente proposta de institucionalização do uso da AIR pelas agências reguladoras federais, e algumas lições dos modelos americano e europeu.....	523
<i>Pedro Pamplona Cotia</i>	
21. Teubner e a reflexividade administrativa.....	553
<i>Rafael Berzotti</i>	
22. Regulação e controle: Um acerto de “contas”.....	584
<i>Sandro Zachariades Sabença</i>	
23. O princípio da legalidade e a interpretação da Lei n. 9.873/99 às avessas.....	610
<i>Valdecyr Gomes</i>	

Apresentação da obra “Transformações do Direito Administrativo: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988”

Daniel Wunder Hachem

Fernando Leal

José Vicente Santos de Mendonça

A presente obra reúne os trabalhos apresentados pelos discentes participantes do III Seminário de Integração entre os Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da FGV Direito Rio e das Faculdades de Direito da PUCPR, UERJ e UFPR.

Seguindo o bem-sucedido formato dos encontros de 2016 e 2017, no dia 05 de dezembro de 2018, professores e alunos dos Programas de Pós-Graduação das quatro instituições e, ainda, discentes de outros Programas se reuniram (desta vez nas dependências da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro), para trocar impressões sobre pesquisas em andamento. Nas palestras realizadas, na parte da manhã, participaram, em duas mesas de debates, os professores Sérgio Guerra e Diego Werneck Arguelhes, da FGV Direito Rio; André Cyrino e Gustavo Binenbojm, da UERJ; Daniel Wunder Hachem (PUCPR e UFPR) e Márcia Carla Pereira Ribeiro (PUCPR e UFPR). Conduziram as discussões os professores Natasha Salinas (FGV Direito Rio) e José Vicente Santos de Mendonça (UERJ).

Como se nota, no ano de 2018 o seminário de integração se expandiu, incorporando dois consolidados Programas de Pós-Graduação *stricto sensu*, ambos do estado do Paraná. Além disso, o evento de 2018 recebeu o maior número de artigos enviados para os Grupos de Trabalho de sua história. Os dois fatores representam marcas importantes para a consolidação do seminário como arena especial de debates sobre temas relevantes do Direito Público brasileiro, um dos seus principais objetivos desde a sua concepção.

Assim como nos eventos anteriores, os professores apresentaram suas ideias e elas foram questionadas, com espaço para réplicas e tréplicas. Um diálogo, como indicado na apresentação da

primeira obra da série “Transformações do Direito Administrativo”, aberto entre iguais, sem a força da autoridade, que já determina, de antemão, o vencedor com base em credenciais externas ao argumento. Um debate, e não uma disputa em dois rounds em que um fala, outro diverge, e a audiência tira suas próprias conclusões – conclusões que, muitas vezes, equivalem às opiniões que se trouxe de casa.

Os textos dos alunos foram lidos e debatidos entre os professores e os próprios alunos. Neste ano, além da participação dos três organizadores, os debates foram conduzidos pelos professores André Cyrino (UERJ), Leandro Molhano Ribeiro e Natasha Schmitt Caccia Salinas, ambos da FGV Direito Rio. Aos três, somos imensamente gratos.

Os 23 artigos aprovados pela comissão de seleção foram distribuídos em dois grupos de trabalho: **Constituição e Estado Administrativo** (dos quais participaram os professores Daniel Wunder Hachem, Fernando Leal e Natasha Salinas) e **Economia e Regulação** (que contou com as participações dos professores José Vicente Santos de Mendonça, André Cyrino e Leandro Molhano Ribeiro). Para os presentes, seguindo a tradição que os seminários de integração inauguraram, foi oportunidade singular de vivência no país de um tipo diferente de academia. O resultado dessas interações pode ser visto nas próximas páginas, que reúnem as versões finais dos trabalhos selecionados e discutidos.

O fio condutor desta terceira edição do evento foi o mote das transformações no Direito Administrativo, com ênfase nos trinta anos das aproximações, diretas ou indiretas, bem-sucedidas ou problematizáveis, entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional.

Assim como nas outras duas edições, a obra segue orientada no espírito crítico e, ao mesmo tempo, construtivo, que deve nortear o desenvolvimento de trabalhos acadêmicos; nas relações de respeito, admiração e amizade que aproximam os docentes e discentes das quatro instituições; e no enfrentamento de tema atual e relevante para a pesquisa em Direito Público no país.

Alexandre Foch Arigony

O equilíbrio econômico- financeiro dos contratos de concessões e a prorrogação como meio de recomposição

1

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões e a prorrogação como meio de recomposição

Alexandre Foch Arigony¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo tratar do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessões de serviços públicos e os meios de recomposição em caso de acontecimento de evento grave e imprevisível, com enfoque na possibilidade da prorrogação como mecanismo de restauração da equação inicial do contrato. O trabalho inicia com a abordagem do conceito de equilíbrio econômico-financeiro e sua aplicação nos contratos de concessão de serviço público. Em seguida, passa aos mecanismos de recomposição da equação contratual inicial, focando a prorrogação. O problema do presente trabalho é a verificação da possibilidade da prorrogação dos contratos de concessão diante da ruptura do equilíbrio econômico-financeiro. A hipótese é de que a admissão dos prorrogação é lícita e pode se revelar uma forma que garante economicidade ao Poder Público e aos usuários do serviço.

Palavras-chave: Concessões de serviço público. Equilíbrio econômico-financeiro. Mecanismos de recomposição. Prorrogação contratual.

Abstract

The purpose of this article is to deal with the economic and financial balance in public service concession contracts and the means of rebalance in the event of a serious and unforeseeable event, focusing on the possibility of renewal as a mechanism of rebalance of the initial contract equation. The work begins with the approach of the concept of economic-financial balance and its application in public service concession contracts. Then, the mechanisms of rebalancing of the initial contractual equation are discussed, focusing on the extension. The problem of the present

¹ Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Procurador do Município de Niterói. Advogado. E-mail: afarigony@gmail.com.



work is the verification of the possibility of the extension of the concession contracts before the rupture of the economic-financial balance. The hypothesis is that the admission of the extensions is lawful and may prove to be a form that guarantees economy to the Public Power and to the users of the service.

Keywords: Public service concessions. Economic-financial balance. Rebalancing mechanisms. Contract extension.

1. Introdução

Os contratos administrativos de concessões têm como objeto serviços públicos econômicos², tais como rodovias, portos, aeroportos, ferrovias. Por vezes, a Administração Pública utiliza tais contratos como estratégia regulatória no setor, o que tem sido chamado pela doutrina de *regulação por contrato* (GARCIA, 2017, p. 441).

Esses contratos administrativos de concessões de serviço públicos têm três características peculiares: (i) objetos complexos, com diversas obrigações a serem cumpridas pelo concessionário ao longo do contrato; (ii) mutabilidade; e (iii) prazo determinado de longa duração, por vezes alcançando várias décadas³.

A lógica econômica que rege as concessões de serviços públicos é a seguinte: o concessionário deve realizar ingentes investimentos no objeto da contratação, que serão pagos durante os muitos anos de concessão. O prazo é, inequivocamente, um dos elementos fundamentais que concorrem para a determinação do valor da equação econômico-financeira. O prazo longo, portanto, é o mecanismo pelo qual o concessionário pode ser remunerado pelos usuários, mantendo-se a modicidade das tarifas (OLIVEIRA, R., 2017, p. 300).

Em razão do longo prazo dos contratos de concessões, há inúmeras situações que rotineiramente afetam o equilíbrio econômico-financeiro de tais contratos que, no limite, podem comprometer a própria

2 No âmbito das parcerias público-privadas (PPPs), há a possibilidade de concessão de serviços administrativos (ou seja, não necessariamente serviços *públicos* em sentido estrito).

3 Embora a Lei nº 8.987/95 não preveja prazos mínimo, nem máximos, a Lei nº 9.074 especifica o prazo de 25 anos para determinadas concessões (art. 1º, parágrafo 2º) e a Lei nº 11.079/04 determina que o prazo será "*compatível com a amortização dos investimentos realizados*", com prazo não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação.

prestação de determinado serviço público indispensável à população. A depender do tamanho do desequilíbrio, o concessionário pode ficar, inclusive, materialmente impossibilitado de prestar o serviço.

A salvaguarda contra a instabilidade desses contratos é a incolumidade da equação econômico-financeira inicial do contrato: esta deve ser mantida diante de quaisquer fatos, naturais ou humanos, que alterem substancialmente os elementos constitutivos do contrato, excetuando-se as alterações decorrentes de fatos previsíveis, inerentes à própria álea da economia e que nada tenha a ver com a atuação do Estado (ARAGÃO, 2013b, p. 605).

Para manter a equação inicial, as principais opções destacadas pela doutrina são: (i) indenização ao concessionário; (ii) aumento da tarifa do serviço prestado; (iii) aumento da base pagante; e (iv) prorrogação do prazo do contrato (BARROSO, 2007).

O presente artigo examina os principais meios de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de concessões, apresentando as vantagens e as desvantagens de cada um, focando a prorrogação do contrato de concessão.

A justificativa do presente trabalho consiste na relevância dos contratos administrativos que envolvem concessões, com posição de destaque nas políticas governamentais, bem como nas controvérsias jurídicas que os meios de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de tais avenças geram⁴. O problema de pesquisa deste artigo é a verificação da possibilidade e da viabilidade da prorrogação dos contratos administrativos de concessão.

A hipótese é de que a prorrogação dos contratos administrativos de concessão é constitucional e pode se revelar o meio de recomposição mais eficiente para o Estado, para o concessionário e para os usuários do serviço.

O plano de trabalho é o seguinte: inicialmente, examina-se o entendimento acerca do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público e a repartição dos riscos nas concessões

4 No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a concessionária Barcas S.A. - Transportes Marítimos pede indenização de mais de R\$ 100 milhões de reais por alegado desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos de Transporte Aquaviários de Passageiros, Cargas e Veículos (Processo nº 0069271-98.2017.8.19.0001).



de serviços públicos para, em seguida, analisar os meios de recomposição, focando a prorrogação do contrato de concessão.

2. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público

O equilíbrio econômico-financeiro tem sede constitucional (CF, art. 37, XXI: “*mantidas as condições efetivas da proposta*”) e legal (Lei nº 8.987, art. 9º, § 2º; Lei nº 9.074, art. 35). Em face da sua longa duração e de visar ao exercício de uma atividade-fim do Estado, há uma especial preocupação do legislador e dos tribunais em manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões (ARAGÃO, 2013a, p. 439)⁵.

Trata-se de relação de proporcional equivalência entre as obrigações assumidas pelo contratado e a remuneração que lhe corresponderá, nos termos do contrato de concessão. A remuneração tarifária visa a cobrir as despesas do concessionário e a realização da perspectiva de remuneração justa que impulsionou o agente privado a engajar-se no certame licitatório (GUERRA, 2015, p. 316).

A ideia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato parte da necessidade de se assegurar toda uma complexa gama de relações, sejam jurídicas, econômicas ou mesmo sociais. Assim, o equilíbrio é uma premissa essencial dos contratos de concessão, impondo a equivalência entre as prestações executadas por uma das partes e a contrapartida obrigacional expressa em valor assumida pela outra (GARCIA, 2016, p. 354).

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviço público é intangível. Essa intangibilidade é

5 Embora doutrina e jurisprudência reconheçam a necessidade, em tese, de manutenção do equilíbrio econômico, há intensos debates na prática sobre quais *situações concretas* autorizam o reequilíbrio. Além disso, há discussão jurídica acerca do *cálculo* correto. Confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico nas concessões de rodovias: Critério de aferição. Governet. *Boletim de licitações e contratos*, v. 24, 2007. p. 332-337; MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, v. 1, 2016. p. 337-356; GUERRA, Sérgio. Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALBACH SCHWIND, Rafael (Orgs.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015. p. 309-328.

essencial em função da mutabilidade do contrato de concessão, da boa-fé objetiva nas relações contratuais e da segurança jurídica.

No decorrer da longa duração dos contratos de concessão de serviços públicos, é comum a existência de eventos não previstos pelas partes contratantes que causam desequilíbrio na equação econômico-financeira de tais avenças. Caso as condições que foram previstas no momento da apresentação da proposta do contrato não sejam mais as mesmas em razão de acontecimento imprevisível de graves consequências, a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro pode ser acionada pelas partes.

Assim, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é a principal garantia de ambas as partes. Se houver aumento dos custos incorridos pelo particular, este pode se valer do equilíbrio econômico-financeiro para que o contrato seja reajustado em seu favor. Por outro lado, se os custos diminuírem, o Poder Público poderá invocar tal cláusula a fim de pagar uma quantia inferior àquela originalmente estipulada⁶ (OLIVEIRA, R., 2017, p. 262-263).

Essa proteção da estabilidade da equação das concessões ocorre não apenas diante da alteração administrativa unilateral de cláusulas do contrato, o que de fato representa um fator extra de instabilização contratual, como diante de fatos imprevisíveis em geral, decorrentes de fato do príncipe, teoria da imprevisão, interferências não previstas, fatos da Administração, caso fortuito e a força maior.

Aplica-se à hipótese a teoria dos custos de transação, cuja base conceitual aponta no sentido de que a proposta econômica oferecida pelo parceiro privado (consubstanciando, assim, uma

6 Recentemente, o Tribunal de Contas de União determinou que órgãos e entidades da Administração Pública Federal adotassem as medidas necessárias à revisão dos contratos firmados com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento concedida pelo art. 7º da Lei nº 12.546/2011 e pelo art. 2º do Decreto 7.828/2012: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão no 671/2018 Plenário, Pedido de Reexame, Relator Ministro: Aroldo Cedraz. "Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem adotar as medidas necessárias à revisão dos contratos de prestação de serviços ainda vigentes, firmados com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento propiciada pelo art. 7º da Lei 12.546/2011 e pelo art. 2º do Decreto 7.828/2012, atentando para os efeitos retroativos às datas de início da desoneração mencionadas na legislação, bem como à obtenção, na via administrativa, do ressarcimento dos valores pagos a maior em relação aos contratos de prestação de serviços já encerrados, celebrados com empresas beneficiadas pela aludida desoneração."



decisão empresarial) reflete uma avaliação sobre todos os custos – diretos e indiretos – necessários à obtenção da vantagem econômica buscada (GARCIA, 2016, p. 356)⁷. Portanto, a previsão de reequilíbrio econômico-financeiro dá segurança quanto à continuidade do contrato e conclusão satisfatória do seu objeto, permite a obtenção da proposta mais vantajosa pela diminuição de contingenciamento que os licitantes projetarão sobre as propostas econômicas e concede garantia ao contratado contra a maior mutabilidade dos contratos administrativos, notadamente a capacidade de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública contratante (GARCIA, 2016, p. 356-357).

Nos contratos de vigência de longo prazo, a completude é um verdadeiro ideal intangível. Não só pelo fato de que a complexidade das relações modernas e a rapidez das alterações tecnológicas, por si só, já seriam fatores determinantes para se reconhecer a inviabilidade de se endereçar *ex ante* todas as questões (JUSTEN FILHO, 2016). Assim, a incompletude dos contratos administrativos de duração continuada é intrínseca ao seu próprio conteúdo, sendo eles naturalmente incompletos e mutáveis ao longo do tempo da execução (OLIVEIRA, C., 2017, p. 193).

Portanto, a ideia de equilíbrio econômico-financeiro da equação original do contrato de concessão, antes de ser um privilégio de o particular que contrata com o Poder Público, tem por objetivo reduzir os custos das contratações públicas, que costumam ser superiores às contratações privadas em razão de inúmeros outros fatores ligados ao Estado que causam incerteza, em benefício de toda a coletividade (PAZETO, 2003, p. 227).

2.1 Equilíbrio econômico-financeiro e a repartição dos riscos

Nos contratos de concessão administrativa, de acordo com a doutrina tradicional, o risco do negócio é do concessionário (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II), salvo os riscos imprevisíveis ou decorrentes de alterações unilaterais impostas pela Administração Pública.

7 A possibilidade de a Administração Pública fazer um ajuste consensual acerca de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo reduz a incerteza do particular e, tendencialmente, o valor da sua proposta. Em favor dessa possibilidade, v. GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 392-393.

Contudo, recentemente, diversos contratos administrativos vêm prevendo a assunção de parte dos riscos empresariais pelo Poder Público (ARAGÃO, 2013b, p. 617).

Com a repartição de partes dos riscos ordinários do negócio entre poder concedente e concessionário, há uma considerável diminuição dos riscos, podendo o concessionário oferecer uma proposta mais econômica ao Estado e aos consumidores, uma vez que ele não terá de inserir todo o risco do negócio no cálculo do valor que pretende cobrar. A adoção de um modelo que reduza o risco do concessionário corresponde a uma decisão política estratégica do Estado e não conflita com o vigente sistema jurídico (FURTADO, 2013, p. 472-473).

O compartilhamento de riscos deve ser concebido a partir de uma alocação dos riscos para a parte que melhor puder gerenciá-lo em concreto. Dessa forma, para saber as situações que dão ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, passa a ser necessário analisar o próprio instrumento contratual, que deve, ao máximo, discriminar as diversas hipóteses. Essa divisão tende a facilitar as enormes dificuldades práticas de se diferenciar quais são as áleas ordinárias e quais são as extraordinárias. Embora *em tese* não haja grandes dificuldades, *em concreto* tal divisão gera controvérsias no âmbito da jurisprudência de todos os tribunais.

O professor ARAGÃO (2013b, p. 623) entende inclusive que os critérios de divisão de riscos nas concessões podem ser mitigados, ainda que essa possibilidade não tenha sido prevista inicialmente no contrato de concessão⁸.

A exposição da Administração a riscos conhecidos e gerenciáveis é uma das vertentes do dever de probidade administrativa, com reflexos nas noções de economicidade e de eficiência. Em suma: o correto manejo dos riscos representa o atendimento do dever de

8 “A depender da magnitude das consequências práticas de eventual rompimento contratual por culpa da concessionária (casos os fatos “previsíveis” tenham sido muito onerosos para ela) ou de eventual sobrecarga para os usuários/poder concedente (caso os fatos “imprevisíveis” sejam economicamente excessivos para eles), entendemos que o modelo tradicional de divisão de riscos pode, excepcionalmente, ser temperado pela realidade verificada mesmo quando outro compartilhamento de riscos não tiver sido previsto no contrato.”



boa administração (GARCIA, 2016, p. 358). O sucesso de uma concessão pressupõe a correta definição do modelo de recomposição do equilíbrio do contrato, e este modelo requer cuidadoso exame dos riscos do empreendimento (FURTADO, 2013, p. 474).

3. Meios de recomposição

Examinada a essencialidade do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, bem como a necessidade de compartilhamento de riscos de acordo com o caso concreto, passa-se às medidas necessárias para recompor a equação contratual inicial quando ocorre a situação que acarreta desequilíbrio contratual significativo cuja álea é extraordinária.

Exemplo recente desta situação ocorreu com a promulgação da Lei nº 13.103/2015, que prevê em seu artigo 17, a *isenção* aos veículos de transporte de carga que circularem vazios da cobrança de pedágio sobre os eixos que mantiverem suspensos⁹, benefício que abrange as vias terrestres federais, estaduais e municipais, a teor do parágrafo primeiro do referido dispositivo. Os contratos administrativos assinados antes da entrada em vigor da mencionada lei não tinham como prever essa hipótese, razão pela qual os concessionários fazem jus ao reequilíbrio da equação originária. Nesse caso, o próprio legislador já afirmou que esse benefício é causa de reequilíbrio da equação inicial do contrato¹⁰.

Destaque-se que a decisão acerca do meio de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro está tipicamente na esfera da discricionariedade administrativa¹¹. Cabe ao administrador definir a solução que considere mais adequada para o interesse público, levando em conta dois elementos aos quais o sistema jurídico conferiu especial relevância em matéria de concessões: (i) a modicidade

⁹ O termo *isenção* não foi utilizado em seu sentido jurídico-tributário, pois o *pedágio* não tem natureza tributária, mas sim de *preço público*, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI no 800). Ademais, o pedágio diferencia-se do extinto *selo-pedágio*, este com natureza jurídica de tributo.

¹⁰ Lei nº 13.103/2015, art. 17, § 6º, incluído pela Lei nº 13.711/2018: “O aumento do valor do pedágio para os usuários da rodovia a fim de compensar a isenção de que trata o caput deste artigo somente será adotado após esgotadas as demais alternativas de *reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos*.”

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AC nº 3.980. Relator: Ministro Dias Toffoli.

das tarifas; e (ii) o interesse dos usuários. Além disso, e em qualquer circunstância, a decisão administrativa deve observar o parâmetro da proporcionalidade (BARROSO, 2007).

A recomposição do equilíbrio pode ser efetuada sob dois prismas, através de instrumentos que concedam alguma vantagem ou que compensem a desvantagem do concessionário, ambos os casos em relação à equação do contrato original.

Uma primeira possibilidade é o pagamento de uma indenização por parte do Poder Público ao concessionário¹². As partes devem estabelecer os prazos de pagamento e as importâncias devidas. Nesse caso, a totalidade da sociedade, através dos tributos, paga, ainda que indiretamente, para compensar o desequilíbrio econômico-financeiro de um determinado contrato de concessão que, inicialmente, seria custeado basicamente pelos próprios usuários do referido serviço. Ademais, em geral, o Estado não tem somas significativas de dinheiro prontas para serem desembolsadas em prol de um serviço que já foi concedido, em detrimento de outras áreas sociais relevantes:

Por outro lado, no mundo dos fatos, é público e notório que os governos – federal, estaduais e municipais – estão quebrados. A palavra é essa. Há casos em que não há dinheiro em caixa para pagar a folha de salários – que são suspensos ou parcelados ou escalonados. Há décadas o Brasil não vivia situação tão trágica – e não há ninguém imune a isso (exceção feita à União, que pode emitir moeda). Muito embora apresente sinais de melhora, fato é que a arrecadação declinou (a economia em recessão tem tal efeito) e os gastos públicos precisam ser controlados (quando menos, em decorrência da EC nº 95/2016, que estabeleceu teto para o orçamento público. Logo, é inviável assumir novas despesas (imprescindíveis para obras e serviços), sob pena de prejudicar outras (MOREIRA, 2018, p. 132-135).

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Recurso Extraordinário nº 571.969-DF*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. *Recurso Especial nº 1.248237-DF*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.



A segunda opção possível é o aumento da tarifa do serviço prestado. Essa hipótese permite que os usuários do serviço saibam exatamente qual é o valor que cada um deles precisa pagar a mais em razão do desequilíbrio econômico. Há a vantagem de um maior controle social em razão da maior transparência quanto aos custos. A questão reside no montante que será acrescido, eis que as tarifas devem respeitar a modicidade tarifária (Lei nº 8.987, art. 6º, § 1º) (MARQUES NETO, 2002, p. 427). Por vezes, o aumento do valor da tarifa pode inviabilizar a fruição do serviço por diversos usuários. Nesse sentido, o próprio legislador já previu expressamente hipótese que esta deva ser a última alternativa a ser implementada¹³. Embora não seja uma regra-geral para todas as situações, certamente pode funcionar como um importante vetor interpretativo para casos análogos. Há uma nítida preocupação do legislador em manter as tarifas em patamares de modicidade, de modo a possibilitar a fruição do serviço pelos usuários sem onerá-los excessivamente.

Outra alternativa é o aumento da base pagante de usuários. Trata-se de uma alternativa interessante, ao menos em abstrato. Todavia, a viabilidade dessa opção dependerá, por evidente, das circunstâncias do caso concreto (BARROSO, 2007). Não são todas as situações em que é isso é factível. Por exemplo, se ocorrer um desequilíbrio em determinada concessão metroviária, por vezes não será possível aumentar o número de usuários pagantes. Ou mesmo a instalação de uma praça de pedágio em determinado local de rodovia pode não ser uma opção viável, pois os possíveis afetados podem não ter condições financeiras de arcar com o novo pedágio¹⁴. Portanto, essa alternativa demanda um estudo de viabilidade no caso concreto.

Diante das considerações acima, parte da doutrina sustenta, seja pela possível violação à modicidade tarifária, seja em razão da impossibilidade material de aplicação de outros meios de

¹³ Lei nº 13.103/2015, art. 17, § 6º, incluído pela Lei nº 13.711/2018: "O aumento do valor do pedágio para os usuários da rodovia a fim de compensar a isenção de que trata o caput deste artigo somente será adotado após esgotadas as demais alternativas de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos".

¹⁴ Há diversos casos em que o Poder Judiciário concede antecipação de tutela para desobrigar um grupo de pessoas do pagamento de pedágio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2016/08/tj-determina-isencao-de-pedagio-para-moradores-de-jambeiro-na-tamoios.html>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

reequilíbrio contratual, que a prorrogação deve ser prestigiada como forma alternativa e igualmente lícita de recompor a equação econômico-financeira inicial (PAZETO, 2003, p. 239).

3.1 A prorrogação do contrato de concessão

Sob o ponto de vista jurídico, a prorrogação é o mecanismo de recomposição que mais gera controvérsia. O art. 175, parágrafo único, I da Constituição Federal determina que a lei deve prever a prorrogação dos contratos. Em cumprimento ao comando constitucional, o art. 23, XII da Lei nº 8.987/95 dispõe ser cláusula essencial do contrato as condições para sua prorrogação. Além disso, diante de acontecimento extraordinário, é possível a prorrogação ainda que não expressamente prevista no contrato.

Inicialmente, em relação à possibilidade jurídica da prorrogação das concessões quando consta previsão expressa no ato convocatório e no contrato de concessão, uma vez cumpridos os seus requisitos legais, será direito do concessionário¹⁵. Alguns autores sustentam o descabimento jurídico e econômico da previsão no edital e no contrato de concessão da prorrogação do prazo contratual. De acordo com esse entendimento, a prorrogação asseguraria ao concessionário uma vantagem incompatível com o princípio da isonomia, uma vez que o concessionário seria mantido na concessão por mais alguns anos em detrimento dos demais competidores e da livre iniciativa.

Contudo, se há previsão no edital e no contrato de concessão acerca das condições para a prorrogação, no momento da licitação todos os licitantes têm conhecimento que o contrato de concessão poderia vir a ser prorrogado, na forma estipulada. Por vezes, as cláusulas contratuais podem prever termos amplos e abstratos, aumentando o grau de discricionariedade do administrador, ou, por outro lado, podem determinar termos mais estritos, diminuindo a sua margem de apreciação (BINENBOJM, 2016, p. 207-256; GARCIA, 2016, p. 419).

15 No âmbito do setor elétrico, confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a medida provisória nº 579/2012. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e administração pública* - estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, v. 1, 2013. p. 915.



A doutrina destaca as vantagens das prorrogações dos contratos de concessões, sendo a eficiência uma delas. Segundo Moreira (2018, p. 135), “[a] escolha racional é óbvia: é mais eficiente que os novos entrantes tendam a participar sozinhos das licitações para os novos contratos – e que os antigos se concentrem nos já existentes”. Segundo o raciocínio, portanto, a prorrogação geraria vantagens nas duas pontas: tanto nas licitações que precisam ser imediatamente realizadas como nos próprios contratos hoje em vigor.

A maior controvérsia ocorre quando a prorrogação funciona como instrumento de recomposição da equação econômico-financeira do contrato sem previsão legal, mas diante de uma situação de álea extraordinária não atribuível ao concessionário. Nesse caso, estende-se o prazo de exploração do serviço público para garantir a manutenção da relação original entre encargos e vantagens, sendo uma alternativa ao poder concedente aos outros mecanismos acima citados, isto é, de pagamento de indenização pelo Poder Público, de aumento de tarifa aos usuários e de acréscimo da base de usuários pagantes.

A ideia é verificar se a opção pela prorrogação é constitucional e atua em favor do princípio da economicidade. Conforme leciona a doutrina, esse princípio “indica os caminhos da atividade produtiva para direções que interessam muito mais à coletividade do que aos interesses imediatos e egoísticos dos agentes de produção”¹⁶, sendo distinto do conteúdo meramente econômico, uma vez que critério normativo da economicidade tem um fundamento ético.

De um lado, o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência pela inconstitucionalidade da utilização da prorrogação do contrato de concessão como meio de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando não há previsão expressa deste mecanismo do edital e no contrato de concessão, sob pena de violação da regra constitucional da licitação das contratações públicas:

O STJ entende que, fixado estabelecido prazo de duração para o contrato, não pode a Administração alterar

16 CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*. São Paulo: RT, 1973. p. 326-327, apud SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência - A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41.

essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, porquanto tal prorrogação implicaria quebra da regra da licitação, ainda que, *in casu*, se verifique a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato com o reconhecimento de que as concessionárias dos serviços devam ser indenizadas¹⁷.

Diversamente, outra parcela da doutrina sustenta que não há inconstitucionalidade na prorrogação para fins de reequilíbrio, mesmo sem previsão contratual expressa, sendo uma decorrência lógica da necessidade de manutenção do equilíbrio da equação contratual. Não é possível antecipar as hipóteses supervenientes que possam vir a impactar o contrato (GARCIA, 2017, p. 450-454). Sendo uma situação absolutamente extraordinária, não se exige que haja prévia previsão contratual (JUSTEN FILHO, 2016):

Sendo assim, não se pode exigir previsão no edital da licitação ou no contrato para que haja a prorrogação-ampliação para fins de recomposição da equação econômico-financeira. A quebra da equação será uma hipótese extraordinária, derivada de um evento atípico, que foge à normalidade da execução contratual. Não precisa contar com previsão contratual expressa. Cabe até mesmo em face de previsão legal que vede a prorrogação-ampliação.

Nem se diga que a previsão do art. 23, XII, da Lei 8.987/1995 imporia a necessidade de previsão contratual da prorrogação até mesmo para fins de reequilíbrio. A norma apenas prevê que é cláusula essencial dos contratos de concessão a previsão das condições de sua prorrogação (ordinária). Não se afasta a possibilidade de prorrogação em situações excepcionais, decorrentes de circunstâncias não conhecidas ou controláveis na época da celebração do contrato¹⁸.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.549.406/SC*, Rel. Ministro: Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 06/09/2016.

18 O autor reiterou a sua posição em outra oportunidade. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prorrogacao-contratual-a-proposito-da-lei-13-4482017-12062017>>. Acesso em: 11 nov. 2018.



No âmbito de julgamento do conhecido Decreto dos Portos, o Tribunal de Contas da União não descartou a possibilidade de eventos *extraordinários* serem aptos a fundamentar eventual prorrogação de concessão¹⁹. A Corte de Contas fez uma interpretação pela constitucionalidade, em abstrato, do instituto da prorrogação do contrato de concessão diante de acontecimento considerado como álea extraordinária. Esse mecanismo pode se revelar legítimo se presentes as circunstâncias que autorizam o reequilíbrio da equação original do contrato de concessão.

Neste caso, a prorrogação para reequilibrar a equação do contrato não funciona como forma de prolongar o contrato para viabilizar novas obras ou serviços a serem prestados em período posterior e acrescido ao determinado no edital de licitação, considerando que os encargos já foram calculados para serem amortizados no prazo inicial (JUSTEN FILHO, 2016)²⁰. Nesta última hipótese, por evidente, haveria violação à regra da licitação e da isonomia entre os particulares.

Em análise de caso concreto envolvendo eventual prorrogação de contrato de concessão de rodovia diante de alteração unilateral do contrato por parte da Administração, também é possível colher manifestação pelas vantagens competitivas da prorrogação dos contratos de concessão (BARROSO, 2007):

Afora o aspecto jurídico, relativo aos direitos emergentes do contrato de concessão, é intuitivo que a consulente, que já é responsável cotidianamente pela manutenção, reforço, melhoramento e operação da Ponte e seus acessos, terá um custo menor para implementar as obras solicitadas pelo Poder Público do que qualquer outro interessado. Nesse contexto, e na linha do que já se expôs em tese, a

19 BRASIL. Tribunal de Contas de União. *Acórdão nº 1.446/2018*. O TCU avaliou a regularidade dos Decretos Presidenciais nºs 9.048/2017 e 8.033/2013 e limitou a sua aplicação a contratos portuários celebrados sob regramento jurídico anterior. No caso analisado, entendeu-se não ter havido a demonstração *individualizada* dos motivos ensejadores da majoração do prazo de vigência máximo possível dos contratos já assinados

20 “[O] prazo da outorga determina o montante total da remuneração a ser obtida pelo prestador do serviço. Logo, a ampliação do prazo é um meio de assegurar a viabilidade econômico-financeira de uma outorga custeada por tarifas mais reduzidas ou com encargos mais elevados.”

opção de encarregá-la do serviço atende aos princípios da eficiência e da economicidade, na medida em que uma competição objetiva seria inviável na hipótese, pois um dos interessados pode, legitimamente, oferecer vantagens ao Poder Público que os demais não podem. Não há que se falar, portanto, em prejuízo à moralidade administrativa ou aos princípios da isonomia e impessoalidade.

Dessa forma, a prorrogação pode ser mecanismo eficiente e razoável para reequilibrar a equação inicial do contrato, desde que, na hipótese, o próprio contratado não tenha dado causa ao desequilíbrio econômico-financeiro.

É questão de o administrador avaliar qual é a medida mais adequada, considerando os interesses dos usuários, do concessionário e do próprio Estado. A discricionariedade do administrador público para a eventual escolha da prorrogação não é ampla ou destituída de balizas jurídicas. Ele deve se pautar no princípio da proporcionalidade, bem como na modicidade tarifária e no melhor interesse do usuário do serviço. Deve demonstrar as razões jurídicas pelas quais a solução adotada é, no caso concreto, a menos onerosa comparativamente com as demais, ponderando os custos e os benefícios, bem como as diversas variáveis que estão em jogo (GARCIA, 2016, p. 375).

4. Conclusão

O presente artigo apresentou uma pesquisa sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões comuns de serviços públicos, com foco nos mecanismos para recompor a equação original do contrato.

Os contratos de concessões de serviços têm objetos complexos e são de longa duração, ainda que a legislação não determine, em todos os casos, os prazos mínimos e máximo. Assim, tais contratos são informados pelo princípio da mutabilidade, podendo ser necessário efetuar alguns ajustes de acordo com situações imprevisíveis e de graves consequências, que venham a desequilibrar a equação originária.



O equilíbrio econômico e financeiro de um contrato de concessão é o resultado de uma equação complexa que se estabelece no momento da aceitação, pelo poder concedente, da proposta do concessionário, a qual contém as receitas, ordinárias e extraordinárias, da concessão, a taxa de remuneração da empresa e as despesas necessárias para a execução do objeto do contrato de forma adequada durante o prazo determinado no edital.

Examinaram-se os instrumentos disponíveis para reequilibrar a equação do contrato de concessão, dentre os quais: a indenização ao concessionário, o aumento da tarifa do serviço prestado, o aumento da base de usuários pagante e, por fim, e com ênfase, a prorrogação da concessão.

Conforme exposto, a prorrogação da concessão é instrumento legítimo para reequilibrar a concessão, sendo possível ao poder concedente utilizar-se deste mecanismo mesmo não sendo prevista originalmente no edital ou na minuta de contrato, desde que tenha ocorrido fato superveniente que não pudesse ter sido previsto pelas partes e de consequências graves, mas o novo prazo deve ser apenas o suficiente para amortizar os investimentos previstos no termo aditivo, garantindo o retorno do particular.

5. Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- . *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). *Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

- GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- _____. *Licitações e contratos administrativos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- _____. Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALBACH SCHWIND, Rafael (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 309-382.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 23, mar./abr. 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a medida provisória no 579/2012. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e administração pública - estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, v. 1, 2013. p. 903-919.
- _____. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. *Boletim de Licitações e Contratos* (BLC). São Paulo, n. 7, ano 15, p. 415-428, jul. 2002.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de Concessão: Porque Precisamos Pensar Seriamente na sua Prorrogação. *Revista Zênite de Licitações e Contratos (ILC)*, janeiro de 2018, p. 132-135.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, v. 1, 2016. p. 337-356.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. Contratos administrativos de longo prazo: entre a incompletude e a certeza da mudança, uma proposta regulatória. In: GUERRA, Sérgio. *Teoria do Estado Regulador* (Org.). Curitiba: Juruá, 2017. v. III.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Método, 2017.
- PAZETO, Márcio Alceu. Prorrogação de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Anna Carolina Migueis Pereira

**Trinta anos de controle
da Administração Pública:
À espera de um giro
de eficiência**

2

Trinta anos de controle da Administração Pública: À espera de um giro de eficiência¹

Anna Carolina Migueis Pereira²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise sobre a evolução do controle da Administração Pública brasileira ao longo dos trinta anos de vigência da Constituição de 1988 e, com isso, identificar possíveis pontos de persistência de ineficiências na atividade de controle da Administração Pública. Embora tenham ocorrido nos últimos anos conquistas consideráveis no combate à corrupção, parece haver, ainda, lugar para avanços na seara da eficiência do controle administrativo. Pretende-se investigar quais seriam estes espaços e, assim, contribuir para o aprimoramento do próprio controle e, por consequência, da gestão administrativa. Propõe-se, para tanto, a superação da visão meramente punitivista de que ao controlador caberia apenas “vigiar e punir”³ o gestor público, passando-se a uma abordagem mais colaborativa e, ao mesmo tempo, mais realista e pragmática por parte das instâncias de controle, em sintonia com os ideais do pragmatismo jurídico.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Controle da Administração Pública. Pragmatismo. Eficiência. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Lei nº 13.655/2018.

Abstract

This article aims to analyze the evolution of the control of Brazilian Public Administration through the thirty years of the Constitution of 1988 and, with this, identify possible points where

1 O título parafraseia a expressão “giro empírico-pragmático” utilizada por Gustavo Binenbojm para se referir às transformações da Administração Pública brasileira (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

2 Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Convidada da Pós-Graduação e de Cursos de Extensão da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito Rio e do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: annacmigueis@gmail.com.

3 Referência à homônima obra ontológica de FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalheite. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

the inefficiencies persist in the activity of controlling the Public Administration. Even though it is possible to point out considerable achievements in recent years when it comes to the struggle against corruption, there still seems to exist room for progress in the area of efficiency of the administrative control. The intention here is to investigate what these spaces would be and, thus, contribute to the improvement of the control and, consequently, of the administrative management. Therefore, our proposal goes through overcoming the merely punitive view that exists nowadays, which imposes that the controller should only “monitor and punish” the public manager, moving to a more collaborative and at the same time more realistic and pragmatic approach by part of the control instances, in line with the ideals of legal pragmatism.

Key Words: Administrative Law. Control of Administrative Action. Pragmatism. Efficiency. Introduction to the Brazilian Legal System Act. Law #13,655/2018.

1. Introdução

Os órgãos de controle da Administração Pública surgem e se fortalecem em contextos de desconfiança democrática, tendo como objetivo garantir que agentes políticos eleitos por meio do processo eleitoral majoritário mantenham suas promessas de campanha e pressioná-los para atuar na direção do interesse da coletividade⁴.

No ano do trigésimo aniversário da Constituição de 1988, o atual contexto brasileiro, após o descortinamento do *modus operandi* da política tradicional do país pela Operação Lava Jato e todos os seus desdobramentos, tem, indubitavelmente, contribuído para o fortalecimento dos órgãos de controle e da democracia vigiada (*watchdog democracy*) – muito embora nem sempre essa fiscalização de fato resulte em um combate efetivo à ineficiência administrativa e à própria corrupção. Apesar dos evidentes avanços

4 Pierre Rosanvallon assevera que essa desconfiança do processo democrático expressa-se de três maneiras, que, em conjunto, formam o que o autor denomina contrademocracia: poderes de vigilância (*la surveillance* ou *powers of oversight*); formas de obstrução (*l'empêchement* ou *forms of prevention*) e submissão a julgamentos (*le jugement* ou *testing of judgement*). (ROSANVALLON, Pierre. *Counter-democracy: Politics in an Age of Distrust*. Tradução de Arthur Goldhammer. New York: Cambridge University Press. 2008).

recentes neste último ponto, ainda há muito em que se avançar, como se pretende demonstrar ao longo deste artigo.

Os órgãos de controle têm, assim, se mostrado parte importante no fortalecimento das instituições no país e podem representar relevante foco de resistência democrática tanto no enfrentamento da corrupção quanto, de forma mais ampla, frente a tentativas de avanço autoritário que têm sido observadas em diversas partes do mundo⁵ – inclusive no Brasil.

Nessa esteira, autores internacionais de peso, como Mark Tushnet e Jack Balkin, costumam destacar que uma imprensa livre⁶ e um Poder Judiciário independente são elementos essenciais da manutenção das instituições democráticas⁷. O sistema jurídico brasileiro, por sua vez, é marcado pela múltipla existência de órgãos de controle independentes, o que faz com que, além do Judiciário, outras instituições também apareçam como protagonistas deste processo, tais como os Tribunais de Contas e do Ministério Público.

O Relatório Anual de Atividades do Tribunal de Contas da União (TCU) de 2017 aponta, por exemplo, que suas decisões em

5 “Even so, the United States still has many other republican defenses. We still have an independent judiciary, regular elections, and a free press. Many other countries that have eventually succumbed to autocracy are not so fortunate. Moreover, in the United States, from the Founding onward, lawyers have played a crucial role in defending the republic: in staffing an independent judiciary; in promoting rule of law values in the bureaucracy; and in bringing cases to protect constitutional rights and check executive overreach. Once again, many other countries that have become autocratic are not as fortunate as the United States”. (BALKIN, Jack. Constitutional Rot. In: *Can It Happen Here?: Authoritarianism in America*, Cass R. Sunstein, ed. (2018, Forthcoming) Yale Law School, Public Law Research Paper N° 604 . p. 5-6).

6 “Institutional pluralism, we think, has an important role to play. The United States still has a vigorous press, and a judiciary that generally seems inclined to stand up to direct attacks upon the press. The more immediate threat to a robust public sphere based on a shared epistemic ground is the delegitimation and marginalization of news sources that (by and large) hew to norms of empirical verification and nonpartisanship. The willingness of socioeconomic elites to demand high-quality news, and to decry exogenous efforts to distort the informational environment either by official or unofficial means, will be of much importance” HUQ, Aziz Z.; GINSBURG, Tom. *How to Lose a Constitutional Democracy* (January 18, 2017). UCLA Law Review, Vol. 65, Forthcoming; U of Chicago, Public Law Working Paper N° 642. p. 76. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2901776>>. Acesso em: 30 set. 2018.

7 “Ginsburg and Moustafa (2008) provide a helpful catalogue of the ‘functions of courts in authoritarian states’. Courts are used to (1) establish social control and sideline political opponents,(2) bolster a regime’s claim to “legal” legitimacy, (3) strengthen administrative compliance within the state’s own bureaucratic machinery and solve coordination problems among competing factions within the regime, (4) facilitate trade and investment, and (5) implement controversial policies so as to allow political distance from core elements of the regime. (Ginsburg and Moustafa 2008)” (TUSHNET, Mark. *Authoritarian Constitutionalism: some conceptual issues*. Constitutions in Authoritarian Regimes. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 40).

sede de controle posterior de despesas representaram a economia de R\$ 10,907 bilhões (dez bilhões seiscentos e novecentos e sete milhões de reais), valor 5,65 (cinco vírgula sessenta e cinco) vezes maior do que o custo de funcionamento do Tribunal, ao passo que, no controle prévio, a adoção de medidas cautelares representou economia de R\$ 20,947 bilhões (vinte bilhões novecentos e quarenta e sete milhões de reais)⁸.

O Ministério Público Federal (MPF)⁹, por sua vez, aponta eficiência no combate à corrupção por meio da ação de improbidade administrativa. No ano de 2017, foram ajuizadas 2.371 ações contra agentes públicos, alcançando gestores, ex-gestores e servidores, além de particulares que se beneficiaram das irregularidades e causaram prejuízo aos cofres públicos. Este número representa um aumento de 62% (sessenta e dois por cento) em relação ao ano de 2014 e de 30% (trinta por cento) em relação a 2016, o que demonstra uma tendência punitivista de aumento do ajuizamento de ações por improbidade administrativa no Brasil. Destaca-se, ainda, que, por meio dos acordos de leniência e colaboração premiada, o MPF desde 2013 recuperou R\$ 24 bilhões (vinte e quatro bilhões de reais). Por fim, em 2017, foram deflagradas mais de 40 (quarenta) operações de combate à corrupção com a colaboração de outros órgãos¹⁰.

De antemão, uma possível crítica aos dados apresentados tanto pelo TCU quanto pelo MPF é ausência de maiores – quaisquer, na verdade – explicações nos documentos onde se encontram sobre a metodologia utilizada para seu cálculo. Em relação ao TCU, não é explicado como se chegou às economias apontadas nem que custos não incorridos foram considerados para mensurá-las. Já em relação às informações relativas aos custos de funcionamento do Tribunal, também não fica claro se foram levadas em conta apenas

8 Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/relatorio-de-atividades-do-tribunal-de-contas-da-uniao-2017.htm>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

9 O elevado grau de independência e isenção nos mecanismos de recrutamento (concurso público) do Ministério Público brasileiro é destacado como experiência positiva em países em desenvolvimento por Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka em obra seminal sobre o combate à corrupção (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*. Cambridge: Cambridge Press, 2016).

10 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/balanco-de-2017-aponta-eficiencia-do-mpf-no-combate-a-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

as despesas de custeio ou foram também incluídas as despesas de pessoal. No que tange ao MPF, não se informa quantas dessas ações por improbidade tiveram a inicial recebida e quantas foram extintas após defesa prévia, em quantas houve condenações nem, tampouco, qual o percentual que os valores efetivamente recuperados representam daqueles prometidos pelos colaboradores.

Ainda que tomada como fato a acuidade das quantias apontadas, elas não são capazes de fazer frente ao enorme desperdício anual de recursos públicos gerado pela corrupção, calculado em torno de 2% (dois por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro¹¹. Considerando que, em 2017, o PIB nacional foi de R\$ 6,51 trilhões (seis trilhões quinhentos e dez bilhões de reais), após crescimento de 1% (um por cento) em relação a 2016¹², a corrupção representou uma perda de R\$ 130,2 bilhões (cento e trinta bilhões e duzentos milhões de reais) – e isso somente ao longo de um único ano.

Na mesma esteira, poder-se-ia, ainda, cogitar sobre quantos bilhões de reais são desperdiçados anualmente com a ineficiência da Administração, cujas contratações são historicamente marcadas pelo *rent-seeking* dos fornecedores¹³ e por contratações cujo objeto nem sempre é concluído ou, frequentemente, é entregue em período superior ao inicialmente previsto – e por um valor final consideravelmente superior àquele inicialmente estimado –, o que, ao final, eleva o custo de oportunidade do projeto, na medida em que a demora na entrega e o encarecimento do valor final acabam por inviabilizar ou retardar outras políticas públicas.

Ademais, seria possível perquirir quais seriam os custos de funcionamento dos próprios órgãos de controle – não apenas dos custos diretos (tais como as já mencionadas despesas com pessoal e custeio), mas também dos custos indiretos oriundos de suas decisões. A título de exemplo, os órgãos de controle quando impõem

11 Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/4932664/o-alto-custo-da-corrupcao-para-o-pib>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

12 Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-02/pib-brasileiro-cresceu-1-em-2017-diz-fgv>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

13 Para um comentário bem-humorado, porém certo, sobre os efeitos da seleção adversa nas contratações públicas, vide: CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. *O que Homem-Aranha nos ensina sobre contratos administrativos* – Quando o Estado cria seus próprios vilões. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-homem-aranha-nos-ensina-sobre-contratos-administrativos-03082018>. Acesso em: 8 ago. 2018.

medidas que determinam a paralisação de obras públicas acabam por gerar custos relativos à deterioração de equipamentos e insumos, bem como à ociosidade de funcionários e maquinário.

No reverso desta moeda, são também fatos amplamente noticiados¹⁴ a recessão econômica e a queda na arrecadação tributária enfrentadas pelo país, que levaram à revisão da meta fiscal para o biênio 2017-2018, passando a estimar déficit fiscal de R\$ 159 bilhões (cento e cinquenta e nove bilhões de reais)¹⁵.

Parte dessa ineficiência e, em alguma medida, dessa escassez de recursos poderia ser mitigada por meio de uma atuação mais eficiente dos órgãos de controle. Se, por um lado, é verdade que, ao longo destes trinta anos de vigência do texto constitucional, houve avanços no combate à corrupção que não podem ser ignorados¹⁶, é igualmente inegável que ainda há muito espaço para avanços no que se refere à contribuição dos órgãos de controle para a eficiência administrativa.

Afinal, não raro os controladores contribuem para o agravamento do desperdício orçamentário, ora determinando a suspensão da execução de projetos até que sejam atendidas inúmeras exigências (nem sempre razoáveis – afinal, se o gestor público erra, o controlador também não é infalível¹⁷), ora proferindo decisões

14 Como visto, o PIB brasileiro em 2016 teve queda de 3,6% (três vírgula seis por cento) em relação a 2015. Já a arrecadação tributária federal em 2016 caiu 2,97% (dois vírgula noventa e sete por cento) em relação ao exercício anterior, apresentando o pior resultado em seis anos. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-01/arrecadacao-cai-297-e-fica-em-r-1289-trilhoes-em-2016-diz-receita-federal>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

15 Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKCNIAVIPK-OBRDN>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

16 Em março de 2018, a Operação Lava Jato, maior símbolo dos avanços no combate à corrupção no país, completou quatro anos. Os desdobramentos da operação atingiram cinco ex-presidentes e os principais políticos do governo e oposição. Por meio dos acordos de colaboração e de leniência já firmados, está prevista a recuperação de cerca de R\$ 12 bilhões para os cofres públicos. Desse total, R\$ 1,9 bilhão já foi devolvido. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/os-4-anos-da-operacao-lava-jato-em-numeros-16032018>> e <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-03/lava-jato-completa-4-anos-neste-sabado-veja-numeros-da-operacao>>. Acesso em: 10 ago.2018.

17 Paraphrasing Eduardo Jordão: "Assim como os controladores podem corrigir erros, eles também podem desfazer acertos. O controlador não é infalível". JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da Administração Pública*. Colunistas Direito do Estado. N. 183. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em: 8 ago. 2018. No mesmo sentido: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise de ineficiência pelo controle*. Colunistas Direito do Estado. N. 71. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

contraditórias em relação às determinações exaradas de outras instâncias controladoras.

Este artigo tem, assim, por objetivo analisar o modelo de controle da Administração Pública Federal trazido pela Constituição de 1988 e, a partir desta descrição, identificar possíveis pontos de ineficiência na atividade de controle da Administração Pública, pretendendo – ainda que modestamente – contribuir para o seu aprimoramento e, por consequência, para o aperfeiçoamento da gestão administrativa.

Para fins de organização estrutural, será adotado como recorte o sistema de controle existente apenas no âmbito da Administração Federal, não sendo objeto de estudo deste trabalho as instâncias estaduais e municipais. Os problemas de coordenação apontados levarão em conta apenas os múltiplos controladores existentes na esfera federal, destacando-se, no entanto, que o problema pode se mostrar ainda mais complexo se considerados os atores existentes nos demais níveis federativos.

2. O sistema de controle da Administração Pública federal na Constituição de 1988¹⁸

O controle da Administração Pública brasileira é eminentemente fragmentado, marcado pela existência simultânea de diversas instâncias de controle, sem que haja qualquer mecanismo de coordenação entre elas. A Constituição de 1988, em seu art. 70¹⁹, estabelece que a atividade fiscalizatória do poder público será exercida por meio de um sistema de controle interno, exercido dentro do próprio Poder Executivo, e outro externo, a cargo do Poder Legislativo.

18 Para um panorama mais aprofundado desse sistema, consultar: FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

19 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

O controle interno não foi objeto de maiores minúcias no texto constitucional. Em âmbito federal, no entanto, pode-se afirmar que ele é exercido por duas instâncias: a Advocacia-Geral da União (AGU), que realiza um controle de natureza jurídica acerca da legalidade da atuação administrativa, e o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União (CGU), cuja atuação se volta mais para aspectos contábeis, orçamentários e patrimoniais.

No que se refere à AGU, o art. 131 da Constituição de 1988²⁰ prevê que à Advocacia-Geral da União compete a representação judicial e extrajudicial da Administração Pública Federal direta e indireta, bem como o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. A Lei Orgânica da AGU deixa claro o papel do órgão no controle interno da Administração Federal, estabelecendo como atribuição do Advogado-Geral da União “assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração”²¹ e da Consultoria Geral da União, órgão interno da AGU, “assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica”²².

O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União (CGU), por outro lado, não consta do texto constitucional. Sua criação – ao menos na versão atual – deu-se em 2016, por meio da polêmica²³ Lei nº 13.341/2016 (fruto de conversão da Medida Provisória nº 726/2016), que, em meio a debates sobre o risco de enfraquecimento do sistema de controle interno da Administração, retirou da antiga Controladoria-Geral da União o status de órgão autônomo ao criar o atual Ministério da Transparência. Até 2016, no entanto, a CGU era um órgão vinculado diretamente ao

20 Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

21 Lei Complementar nº 73/93, art. 4º, VIII.

22 Lei Complementar nº 73/93, art. 11, V.

23 Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/05/26/Qual-%C3%A9-o-impacto-de-transformar-a-CGU-o-%C3%B3rg%C3%A3o-anticorrup%C3%A7%C3%A3o-do-governo-em-um-minist%C3%A9rio>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Presidente da República, que exercia, na forma da hoje revogada Lei nº 10.683/2003, competências “atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, às atividades de ouvidoria-geral e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da Administração Pública Federal”²⁴.

Já na esfera do controle externo, embora a Constituição disponha que este será realizado pelo Congresso Nacional, o papel do Legislativo no controle da Administração é precipuamente político; isto é, o controle do Poder Legislativo sobre o Executivo é, majoritariamente, político, exercido por meio dos julgamentos dos crimes de responsabilidade (*impeachment*). Os crimes de responsabilidade são disciplinados pela Lei nº 1.079/50, cujos arts. 4º a 13 trazem uma série de tipos abertos que caracterizam crimes de responsabilidade.

A título de exemplo, o art. 4º da Lei nº 1.079/50 considera crime de responsabilidade “os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: a existência da União; o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados; o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna do país; a probidade na administração; a lei orçamentária; a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos; e cumprimento das decisões judiciárias”. O dispositivo legal, em sua literalidade, trata como crime de responsabilidade quaisquer atos que atentem contra a Constituição, sendo o seu rol de incisos meramente exemplificativo – como deixa clara a utilização do advérbio “especialmente” –, evidenciando o caráter aberto dos tipos sancionadores do crime de responsabilidade.

Essa opção do legislador faz com que haja espaços para o Legislativo deliberar, no exercício de sua atividade política, se determinada conduta representa, ou não, ato atentatório contra “o livre exercício dos poderes” ou “a lei orçamentária” para fins de caracterização de crime de responsabilidade. Não há uma definição exata de quais comportamentos enquadram-se nos tipos sancionadores ali trazidos; o *enquadramento* em si é sujeito a alguma esfera de controle político pelo Legislativo.

24 Lei nº 1.0683/2003, art. 17, caput.

A Ciência Política afirma, nessa esteira, que o Legislativo atua como *veto player* no desenho institucional da Constituição de 1998, na medida em que, caso o Presidente da República conte com altas taxas de reprovação no Legislativo, o escrutínio sobre pedidos de abertura de processos de *impeachment* tende a se tornar mais rígido. Os tipos abertos da Lei nº 1.079/50 acabariam, assim, por permitir a deflagração de procedimento de apuração de crime de responsabilidade em relação a condutas situadas em uma zona cinzenta, sempre que o interesse do Parlamento seja de realizar uma espécie de “*recall*” do Chefe do Poder Executivo²⁵.

O presente artigo, no entanto, não tem como objetivo aprofundar o sistema de controle político da Administração. Seu foco reside na análise do controle jurídico do poder público federal, como já pontuado. E, neste tocante, ao longo das três décadas de vigência do texto constitucional, é evidente o protagonismo de dois órgãos independentes de controle externo: o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União.

O Ministério Público da União divide-se em quatro órgãos: Federal, Militar, do Trabalho e do Distrito Federal e Territórios (CF/88, art. 128, I). Dentre suas funções institucionais, inserem-se “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” e “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (CF/88, art. 129, II, III e VI).

25 Para aprofundamento nas ideias aqui tratadas vide: STEARNS, Maxwell L.; ZYWICKI, Todd J. *Public choice concepts and applications in law*. St. Paul, Thompson Reuters, 2009; MASHAW, Jerry L. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997; FARBER, Daniel A. e FRICKEY, Philip P. *Law and public choice. A critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991. Especificamente em relação ao modelo de presidencialismo de coalizção brasileiro, vide: MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2013 e PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILLE, Eric. Presidencialismo de coalizção e recompensas paralelas. In: *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Org. Magda Inácio e Lucio Rennó, Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 207-234.

O Ministério Público atua, portanto, em duas esferas: a penal e a civil. Na esfera penal, o controle da Administração se faz de forma indireta, por meio da tipificação de uma série de crimes contra a Administração Pública²⁶. Esse controle é indireto porque não recai sobre a pessoa jurídica integrante da Administração, mas, sim, sobre as pessoas que mantêm relações com a Administração, sejam agentes públicos, sejam particulares que celebram instrumentos negociais (contratos, convênios e afins) com o Estado.

Na esfera civil, o controle externo exercido pelo Ministério Público se faz tanto sobre particulares e agentes públicos, quanto sobre as pessoas jurídicas integrantes da Administração. O principal instrumento desse controle externo de natureza civil é a ação civil pública, em suas três espécies: comum, regida pela Lei nº 7.347/85; por improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º da Constituição de 1988 e disciplinada pela Lei nº 8.429/92; e por ato de corrupção, regulamentada pela Lei nº 12.846/2013²⁷.

A ação civil pública comum (ACP) é espécie de ação coletiva que visa à tutela do patrimônio público e de interesses coletivos em geral, tornando-a importante instrumento de controle da atuação administrativa e da gestão de recursos públicos. A Lei nº 7.347/85 atribui legitimidade ativa para propô-la ao Ministério Público, aos entes federativos, à Defensoria Pública e a associações da sociedade civil²⁸. Além disso, mesmo nas ações em que o MP

26 Código Penal, arts. 312 e 337-A, que preveem tipos penais como o peculato (“apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”), a concussão (“exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”), a corrupção ativa (“apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”), corrupção passiva (“solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”) e a prevaricação (“retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”).

27 A jurisprudência do STJ considera a ação por improbidade administrativa uma espécie de ação civil pública. Neste sentido: REsp 1366721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014).

28 A legitimidade da Defensoria Pública decorre do art. 5º, II, da Lei 7.347/85 acrescido pela Lei nº 11.448, de 2007). No julgamento da ADI nº 3.943, proposta pela CONAMP, o STF, sob a relatoria da Min. Carmen Lúcia, confirmou a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Inf. Stf 784). No mesmo sentido dispõe a própria Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC nº 90/94) em seu art. 4º, VII, VIII, X e XI.

não é autor, atua obrigatoriamente como fiscal da lei e cabe ao órgão assumir a ação em caso de abandono ou desistência injustificada por associação legitimada – o que demonstra a relevância do papel do Ministério Público nas ACPs.

Já a ação civil pública por improbidade administrativa (AIA) objetiva tutelar (e, sobretudo, punir) atos que importem enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação a princípios da boa administração pública. A legitimidade ativa para a ação é do Ministério Público ou da pessoa jurídica lesada pelo ato ímprobo, muito embora este atue necessariamente como *custus legis* nas ações propostas pela pessoa jurídica lesada. A legitimidade passiva, por outro lado, recai precipuamente sobre agentes públicos que incorram em condutas tipificadas na Lei nº 8.429/92, mas sendo possível, desde que na mesma ação²⁹, a responsabilização de terceiros que também se beneficiem de atos de improbidade, inclusive pessoas jurídicas³⁰. Nas ações propostas pelo MP, a pessoa jurídica prejudicada pelo ato será intimada para informar se deseja ingressar no polo ativo (na hipótese de concordar com a existência de ato de improbidade), no polo passivo (no caso de discordar da ilegalidade do ato) ou se não possui interesse no feito (na hipótese de entender que o ato não trouxe reflexos para o Estado)³¹.

Enquanto nas ACPs comuns os pedidos giram em torno de obrigações de fazer e/ou reparação de danos morais e patrimoniais, a Lei nº 8.429/92 possui evidente viés sancionador, prevenindo, em seu art. 12, penas de caráter civil, eleitoral e administrativo, tais como: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

29 STJ, REsp 1.460.532/DF. 1ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 04/08/2017. Entendimento consolidado, inclusive, em Tese pelo Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-08/fimde-editado-stj-divulga-14-teses-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 30 set. 2018.

30 STJ, REsp 1.038.762/RJ. 2ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ 18/08/2009. No mesmo sentido: REsp 970.393/CE, 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJ 21/06/2012.

31 Lei nº 8.429/92, art. 17, § 3º.

Muito embora o caráter pessoal das sanções na ação por improbidade administrativa evidencie que o foco da Lei nº 8.429/92 recai sobre agentes públicos, o fato de a pessoa jurídica lesada poder ingressar no polo passivo demonstra que a AIA é também um instrumento de controle da Administração em si, uma vez que o poder público também se sujeitará às suas sanções, naquilo que for cabível (ou seja, sobretudo às sanções de multa e reparação integral do dano), caso incluído em eventual condenação.

O regramento das ações por improbidade administrativa expõe, ainda, duas características do sistema de controle da Administração Pública brasileira trazido pela Constituição de 1988: a abertura dos tipos sancionadores e a ênfase na punição àqueles que pratiquem atos lesivos – em oposição a desenhos institucionais alternativos que pudessem favorecer o aprimoramento da gestão pública a partir da atuação dos órgãos de controle.

A abertura das espécies sancionadoras pode ser observada na baixa densidade normativa dos tipos previstos nos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.429/92, principalmente os do art. 11, que trata da improbidade por violação a princípios (por exemplo, “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”). Ademais, os caputs dos dispositivos também deixam clara a natureza exemplificativa dos róis ali enumerados ao se valerem das palavras “qualquer” e “notadamente”.

A tipicidade aberta em matéria de improbidade – e no controle da Administração em geral – possui vantagens e desvantagens. Por um lado, facilita a responsabilização daqueles que, de fato, incorrem em condutas antijurídicas, ao reduzir o espaço para a fraude à lei. Por outro, contudo, traz insegurança jurídica, na medida em que não detalha os comportamentos que caracterizam o tipo sancionador, assim como permite que cada controlador construa a sua própria interpretação sobre os limites e os contornos de cada infração.

O punitivismo de sistema de controle pátrio, por sua vez, é percebido no art. 17, § 1º da Lei nº 8.429/92, que veda transação, acordo ou conciliação nas ações por improbidade administrativa. Em 2015, a Medida Provisória nº 703 pretendeu revogar referido dispositivo

e, com isso, autorizar a celebração de termos de ajustamento de conduta no âmbito da AIA – tal qual, desde 1990, o art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85 já admite para as ACPs comuns; no entanto, a Medida Provisória em questão não foi convertida em lei e perdeu sua vigência. Mais recentemente, com a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei nº 13.655/2018, pode-se reacender o debate sobre a possibilidade de celebração de acordos em ações por improbidade, uma vez que o art. 27 do diploma legal passou a prever a possibilidade de celebração de “compromisso processual entre os envolvidos” em processos sancionadores (inclusive judiciais)³².

A vedação à celebração de acordos em ações por improbidade ilustra o certo afã punitivista do sistema de controle brasileiro, mais preocupado com punir aqueles que entenda terem praticado condutas ímprobas do que com fomentar contribuir para o aprimoramento da atividade administrativa e a qualificação de agentes públicos. Em vez de incentivar o compromisso da Administração em se aperfeiçoar, a Lei nº 8.429/92 opta por simplesmente buscar a responsabilização dos indivíduos cujo comportamento possa ser enquadrado em algum de seus amplos tipos legais.

Mais recentemente, o Ministério Público ganhou, ainda, atribuição para propor ação com fundamento na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), editada após as manifestações de junho de 2013 com a promessa de reforçar a punição a pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção (assim definidos no próprio diploma legal). Isso porque, muito embora o entendimento majoritário sustente a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas por improbidade administrativa³³, boa parte das sanções da Lei nº 8.429/92 foi desenhada tendo-se em mente a pessoa física do agente público (por exemplo, as sanções de perda da função pública e de suspensão dos

32 Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

33 STJ, REsp 1.038.762/RJ, 2ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ 18/08/2009. No mesmo sentido: REsp 970.393/CE, 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJ 21/06/2012.

direitos políticos), e não pessoas jurídicas, o que pode gerar uma “subpunção” destas últimas.

Nesse sentido, apesar de a Lei nº 12.846/2013 aplicar-se também aos dirigentes da pessoa jurídica, seu foco reside justamente nas companhias, trazendo penalidades especialmente projetadas para elas. O art. 19 demonstra esta vocação ao conferir aos entes federativos e ao *Parquet* legitimidade para ajuizar ação contra pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos à Administração Pública (“atos de corrupção”) com vistas à aplicação das penas de: perdimento de bens, dinheiros e valores acrescidos ilícitamente; suspensão ou interdição parcial de atividades; dissolução compulsória; e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos. O MP também pode requerer, nas ações anticorrupção que ajuizar, a aplicação das sanções que podem ser aplicadas pela Administração em sede de processo administrativo, a saber: multa e publicação extraordinária da decisão condenatória. A Lei Anticorrupção prevê, ainda, a obrigação de reparação integral do dano ao erário.

O rol dos atos lesivos à Administração, para fins de aplicação das penalidades previstas na Lei Anticorrupção, está previsto de maneira taxativa no art. 5º da Lei nº 12.846/2013³⁴ – diversamente do que ocorre na Lei de Improbidade, que, como visto, adota tipos excessivamente abertos. Se, por um lado, a técnica legislativa aqui traz mais segurança aos destinatários da lei, por outro, gera-se

34 São eles: (i) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; (ii) comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; (iii) comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; (iv) no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; e (v) dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

um problema de coordenação entre instrumentos e instâncias de controle, na medida em que o conceito de corrupção trazido pela Lei nº 12.846/2013 é diverso daquele adotado no direito penal e, ainda, distinto da definição de “improbidade administrativa” – esta última mais ampla de natureza do que o conceito de “corrupção”.

A Lei nº 12.846/2013 não é um instrumento de controle direto da Administração em si, já que se volta principalmente para a punição de pessoas jurídicas (e seus dirigentes) que pratiquem atos de corrupção contra o poder público – e não para as pessoas jurídicas integrantes da Administração ou os agentes públicos que a apresentam. Contudo, em um sentido mais amplo, a lei pode ser considerada parte integrante do sistema de controle, tendo em vista que visa à tutela da probidade administrativa.

Além do Ministério Público da União, o controle externo da Administração Federal é também exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), órgão autônomo auxiliar do Poder Legislativo (art. 71, CF/88) a quem compete a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receita” (art. 70, CF/88).

O TCU exerce competências típicas de controle da Administração em sentido estrito, competindo-lhe, por exemplo, “apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento”; “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”; “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”; “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”; “assinar prazo para que o

órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”; e “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”.

A atividade do TCU envolve um controle abrangente da Administração, inclusive no que se refere ao mérito da atuação administrativa, o que pode ser percebido pela redação do art. 70 da CF/88, que expressamente menciona uma fiscalização contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial quanto à legitimidade e à economicidade de despesas. Além disso, as competências arroladas no art. 71 denotam a amplitude das atribuições do Tribunal de Contas, que, na sua atividade fiscalizatória, incluem até mesmo a sustação de atos administrativos e a aplicação de sanções aos responsáveis por danos ao erário.

A mera leitura do art. 71 da Constituição permite constatar que o legislador constituinte conferiu, desde a gênese da CF/88, competências bastante amplas ao Tribunal de Contas da União. No entanto, ao longo das três décadas de vigência do texto constitucional, a Corte paulatinamente alargou, com chancela da jurisprudência dos tribunais superiores³⁵, ainda mais suas competências, construindo entendimentos bastante ampliativos de suas próprias atribuições. Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, o TCU pretende se tornar “o grande regulador brasileiro”³⁶.

As atribuições do TCU, somadas à análise já realizada sobre as competências do Ministério Público e das instituições de controle interno, expõem outra característica do controle da Administração Pública brasileira: a sobreposição de órgãos de controle. Existem múltiplas instâncias de controle no Brasil, muitas vezes exercendo competências concorrentes e sem coordenação.

35 A título de exemplo, pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal considera constitucional que os Tribunais de Contas determinem à Administração que exerça a autotutela e anule contratos administrativos, muito embora as Cortes de Contas não possuam competência direta para, elas próprias, promoverem de plano a anulação do instrumento bilateral, como evidencia o art. 71, X e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988. Vide: STF, MS 23.550/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Na mesma esteira de ampliação das competências dos Tribunais de Contas, o STF também admite a imposição de medidas de natureza cautelar por estes órgãos. Vide: SS3.789/MA, Min. Cezar Peluso. DJ 17/04/2009. e MS 24.510. Plenário. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 19/11/2003.

36 Entrevista concedida à Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDA, vol. 6, julho - setembro 2018. Ed. Revista dos Tribunais.

nação entre elas. Esse sistema fragmentado tem por objetivo fortalecer o controle da Administração, ao conferir-lhe múltiplas facetas; entretanto, produz uma série de externalidades (em sua maioria negativas), sobretudo no que se refere (i) à insegurança jurídica de interpretações diversas exaradas por órgãos de controle distintos acerca do mesmo fato; e (ii) à competição por protagonismo entre órgãos de controle, que pode produzir decisões descalibradas em busca de apoio da comunidade jurídica e da própria sociedade civil.

3. Características e imperfeições do sistema de controle da administração brasileira

A seção anterior, ao descrever em linhas gerais o sistema de controle da Administração Federal, abordou três características que marcam o modelo adotado pela Constituição de 1988 e pela ordem infraconstitucional que a ela se seguiu: (i) a abertura dos tipos sancionadores; (ii) a ênfase na punição de ilícitos em detrimento de sua prevenção e do aprimoramento da atividade administrativo; e (iii) a sobreposição e a ausência de coordenação e definição clara de competências entre os órgãos de controle.

A combinação dessas três características pode gerar uma série de distorções no sistema de controle público brasileiro, com decisões contraditórias emanadas de controladores distintos, os quais passam a disputar protagonismo e quem dá a última palavra. A abertura dos tipos sancionadores contribui ainda mais para o agravamento deste quadro, na medida em que favorece o voluntarismo destes órgãos, podendo cada dar uma interpretação diversa à norma sancionadora; o MP pode entender que uma determinada conduta configura improbidade, enquanto o TCU entende que o mesmo comportamento não representa ilegalidade – e vice-versa. Muito embora estes não façam parte do escopo do presente trabalho, pode-se destacar que o problema se torna ainda mais grave se levarmos em conta, ainda, a existência de controladores em outras esferas federativas.

Toda essa volatilidade traz uma insegurança jurídica altamente indesejável para a ordem jurídica brasileira e contribui para afastar das fileiras da Administração Pública gestores que poderiam atuar de forma bem-intencionada, porém têm medo de se submeter ao decisionismo dos órgãos de controle. Surge, nesse contexto, o “direito administrativo do medo”³⁷.

No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma identificam sete impasses do controle da Administração no Brasil, a saber: (i) captura das competências públicas, com deslocamento de competências administrativas para órgãos e entes com maior prestígio, mas não raro desprovidos de capacidade institucional para lidar com a gestão pública; (ii) neopatrimonialismo, caracterizado por um controle exercido de acordo com as predileções pessoais e a orientação jurídica do controlador; (iii) desvirtuamento da atividade-fim, na medida em que os gestores, temerosos de sanções, passam a priorizar o atendimento de demandas dos controladores, em detrimento da execução da atividade-fim da Administração; (iv) limitação dos reais efeitos do controle no combate à corrupção; (v) gestão de defesa, isto é, o administrador de boa-fé torna-se refém dos órgãos de controle; (vi) competição institucional de órgãos de controle entre si; e (vii) decisões instáveis e mutáveis³⁸.

O deslocamento de competências administrativas para as instâncias de controle é ocasionado pela falta de confiança em algumas instituições e sobreposição de confiança em outras, o que ocasiona a consequente captura de competência públicas para essas instituições. A título exemplificativo, se ilustra que o Ministério Público é a terceira instituição mais confiável do país e o Governo Federal

³⁷ Expressão que vem, nos últimos anos, permeando colunas jurídicas e, mais recentemente, artigos científicos: Vide: RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere* e o *Direito Administrativo como caixa de ferramentas*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em: 30 set. 2018. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 30 set. 2018. CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. *Revista de Direito Viçosa*. V. 9. N. 01/2017. P. 189-216.

³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

a terceira menos confiável³⁹. Deste modo, os órgãos de controle, como o próprio Ministério Público, militam no sentido de assumir competências que seriam constitucionalmente reservadas a órgãos e entidades do Poder Executivo, como, por exemplo, a regulação de setores técnicos da economia por meio de agências reguladoras, as quais têm sido objeto de profundas ingerências por parte do TCU⁴⁰.

Por sua vez, o neopatrimonialismo caracteriza-se pela orientação de controle por meio de predileções pessoais e orientação jurídica do funcionário controlador. Trata-se, aqui, do fenômeno do voluntarismo e do decisionismo do controlador – o qual, em última instância, pode ocasionar episódios de abuso de poder, sobretudo caso de decisões e determinações oriundas de um único membro do órgão de controle. As deliberações em órgãos colegiados tendem a reduzir os espaços para esse subjetivismo, evitando o exercício de “ilhas de poder” pela pessoa física na função de controle.

Já a inversão da atividade-fim (terceiro impasse) ocorre quando, em razão do expressivo poder do controlador e a insegurança com sanções diuturnamente aplicadas aos gestores, o temor passa a subverter a prioridade das pautas. O administrador público, em vez que se dedicar à consecução das políticas públicas definidas em seu plano de governo, opta por atender, quase que exclusivamente, às demandas e determinações oriundas de controladoras. Neste cenário, constatam-se dois efeitos comportamentais do gestor: no primeiro, o gestor pode ser estimulado a uma atuação ineficiente, de modo a esperar um posicionamento do controlador para tão-somente apresentar uma versão final da decisão; e, em segundo lugar, até por insegurança e receio, o gestor passa a levar a decisão administrativa para análise do controlador. A descaracterização da discricionariedade do gestor fica latente e as prioridades passam a ser as demandas do controlador.

O quarto impasse diz respeito a uma dúvida sobre se, de fato, os mecanismos da cultura de controle são realmente eficazes na prática ao combate à corrupção. Partindo de uma ideia geral de que o

39 Cf. Relatório ICJ Brasil (1º a 4º Trimestre de 2014), ano 6, p. 24.

40 Vide: Entrevista concedida pelo Prof. Carlos Ari Sundfeld à *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDA*, vol. 6, julho - setembro 2018. Ed. Revista dos Tribunais.

exercício da discricionariedade administrativa pelo gestor ocasiona atos de corrupção, a cultura do controle chega a: (i) quanto a maior a margem de liberdade conferida aos gestores públicos para atuar (discricionariedade), maior o risco de corrupção; (ii) quanto maior a incidência de controles, maior a certeza de que a administração atue dentro dos quadrantes da legalidade; (iii) instituições de controle fortes, dotadas de irrestrita independência funcional e avantajados recursos, barrariam a corrupção; (iv) a corrupção na máquina pública seria contida por meio de punições exemplares, as quais constrangeriam novas práticas delitivas e infracionais públicas.

Entretanto, este entendimento excessivamente otimista em relação às potencialidades do controle não considera as ineficiências e limitações do próprio modelo, algumas, inclusive, já apontadas aqui. Não são levados em conta, por exemplo, os riscos que emanam da insegurança jurídica gerada pela sobreposição de controladores nem, tampouco, os custos econômicos gerados pelo atendimento às formulações dos controladoras – inclusive no que se refere à produção de novos incentivos para a corrupção, dadas as dificuldades de se atender, pelos veículos hodiernos, a essas determinações⁴¹. Excesso de controle pode ser tão prejudicial para o combate à corrupção e à ineficiência administrativa quanto a sua ausência – realidade ignorada pelos entusiastas acrílicos do modelo⁴².

A quinta premissa apontada por Floriano Neto e Juliana de Palma trata do exercício da gestão pública de defesa em detrimento de uma gestão pública proativa. Este comportamento, aqui já referido por meio da expressão “direito administrativo do medo”, ocorreria devido ao temor dos gestores de exercerem a discricionariedade, ainda que de boa-fé, e, eventualmente, esbarrarem em um entendi-

41 No mesmo sentido: “É certo que as irregularidades praticadas no âmbito do serviço público têm um elevado custo social e material. Entretanto, também as políticas voltadas para a redução dessas irregularidades têm seu custo. E esse pode ser tanto direto (representado pelas estruturas específicas de controle, em termos de recursos humanos e materiais) como indireto (traduzido, de modo abrangente, pela perda de eficiência organizacional, ou, em outras palavras, pelo aumento da burocracia). Com efeito, um dos principais instigadores da criação de rotinas excessivas na administração pública tem sido, precisamente, o desejo de controlar os desvios. Entretanto, paradoxalmente, é consenso entre os especialistas que o excesso de burocracia é um importante fator a estimular – e não a inibir – a ocorrência de atos de corrupção”. SANTOS, Homero. O controle da Administração Pública. *Revista TCU*. p. 20. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/998/1072>>. Acesso em: 30 set. 2018.

42 Vide, por exemplo, MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

mento do controlador que penalize a gestão pública proativa e criativa com responsabilização pessoal. Assim, os gestores ficam retraídos e acabam dedicando mais tempo a se proteger do controlador do que a buscar soluções criativas ao protagonismo dos problemas públicos que merecem a sua atenção.

Os autores prosseguem tratando da competição institucional pela concentração do poder de controle. Nesta sexta premissa, discute-se a atuação de órgãos de controle que, em vez de buscar cooperação para atender a um fim comum, muitas vezes competem entre si para manutenção ou aumento de competência de controle, o que denota uma falta de maturidade institucional dos controladores para cooperar.

Essa sobreposição de controle, como já pontuado, contribui para a insegurança jurídica do modelo de controle desenhado pela Constituinte de 1988, a qual é agravada pelo sétimo e último impasse versado por Neto e Palma: a instabilidade e a mutabilidade das decisões dos controladores. A manifestação mais expressiva deste diagnóstico se consubstancia principalmente em decisões liminares que analisam de forma sumária – e passível de reforma a qualquer tempo – o risco do dano e a probabilidade do direito, podendo suspender a tomada de decisões administrativas complexas que demandam pronta implementação.

Medidas de natureza cautelar podem acabar produzindo mais problemas do que pretendiam evitar. Não raro determinam a suspensão de procedimentos licitatórios e contratos administrativos e, com isso, geram graves riscos de descontinuidade de serviços públicos. Essas determinações produzem, ainda, uma série de custos econômicos relativos à paralisação dos trabalhos, tanto no que tange à deterioração de bens e equipamentos quanto no que se refere à necessidade de celebração de contratos emergenciais, frequentemente mais caros⁴³, a fim de evitar a descontinuidade de serviços essenciais.

⁴³ De acordo com o art. 24, IV da Lei nº 8.666/93, a contratação emergencial por dispensa de licitação somente pode perdurar por 180 (cento e oitenta) dias, sem possibilidade de contratação. O prazo mais curto faz com que os contratados apresentem preços mais elevados do que poderiam apresentar no caso de contratações mais longas. Além disso, o contratado, ao apresentar sua proposta de preços, leva em conta que a Administração se encontra em situação de urgência e, portanto, é possível que se disponha a desembolsar um valor mais alto para evitar a descontinuidade de serviços públicos essenciais.

Os impasses do controle público apresentados pelos autores ilustram exatamente o argumento aqui trazido de que, após trinta anos de vigência da Carta de 1988, o atual cenário é de evidente expansão e fortalecimento dos órgãos de controle. Esse modelo, contudo, apresenta vantagens e desvantagens. Se, de um lado, propiciou avanços no combate à corrupção e no fortalecimento das instituições democráticas, por outro, ainda há muitas imperfeições a serem equacionadas. A próxima seção pretende trazer algumas propostas para a sua mitigação.

4. Em busca do aprimoramento do modelo vigente

No presente artigo, são abordadas três destas falhas no atual sistema de controle da Administração Pública brasileira: (i) a abertura dos tipos sancionadores; (ii) a ênfase na punição de ilícitos em detrimento de sua prevenção e do aprimoramento da atividade administrativo; e (iii) a sobreposição e a ausência de coordenação e definição clara de competências entre os órgãos de controle.

A abertura dos tipos sancionadores causa insegurança jurídica e dificulta a adequação da conduta de gestores públicos e colaboradores da Administração (serviços públicos, prestadores de serviços, pessoas jurídicas contratadas e afins), na medida em que não se pode definir exatamente quais comportamentos enquadram-se nos tipos sancionadores. A situação é agravada pelo fato de cada norma sancionadora trazer os seus próprios tipos, como já pontuado anteriormente.

A fim de trazer maior coesão ao sistema de controle brasileiro propõe-se a unificação legislativa do sistema de controle, por meio da consolidação de uma única que lei trate, com maior densidade normativa, dos conceitos de corrupção e de improbidade administrativa. A fim de promover maior segurança jurídica, esta lei única deverá definir de forma mais clara quais condutas caracterizam-se como cada uma e, portanto, ensejam a aplicação das respectivas sanções legais⁴⁴. A definição mais precisa dos tipos sancionadores

⁴⁴ Reconhece-se, aqui, a impossibilidade real do ideal de completude do direito. A proposta ora apresentada possui natureza mais singela, defendendo-se a existência de espaço para uma unificação e clarificação do sistema de controle da Administração Pública brasileira – sem, de forma alguma, considerar-se que esta seria uma panaceia definitiva para os defeitos►

e unificada em um único ato normativo reduz o espaço de decisionismo dos controladores e do “controle de opinião”⁴⁵ (isto é, baseado em divergências de interpretação) e, com isso, pode trazer maior segurança jurídica à atuação administrativa.

Por outro lado, é igualmente necessário que a nova norma, oriunda da simplificação legislativa aqui proposta, deixe espaço para a punição de condutas que, em sua essência, pretendam fraudar o espírito das normas anticorruptivas, ainda que, do ponto de vista formal, pretendam atendê-las, como pontua a autora italiana Maria de Benedetto⁴⁶. A simplificação da ação de improbidade é, inclusive, medida proposta pela Transparência Internacional, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), para o aperfeiçoamento do combate à corrupção no Brasil⁴⁷.

44 que esta atividade apresenta. Como aponta Eduardo Jordão, “Para os gestores públicos e as instituições administrativas, esta cultura idealizada e irrealista consiste num grande problema. Encarregadas de interpretar o direito para aplicá-lo ao caso concreto, veem-se posteriormente submetidos ao controle realizado por outras instituições. Como, a despeito da teoria em contrário, o direito é frequentemente indeterminado, não é raro que os órgãos de controle possuam interpretações diferentes da do administrador a propósito de qual seria a solução específica a ser adotada em determinado caso. E, com base nesta teoria idealizada e irrealista, mesmo que a interpretação da administração tenha sido razoável, acham que há espaço para anulações, suspensões, punições e repressões”. (JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, nov. 2018, p. 67).

45 Como pontua José Vicente Santos de Mendonça: “É plausível supor que, com base em categorias tão amplas, parte do exercício do controle público esconda simples discordâncias de opiniões entre controladores e controlados – um (ii) controle de opinião sobre a interpretação jurídica de normas ou de práticas”. (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, nov. 2018, p. 45).

46 “De um lado, a inflação legislativa amplia a burocracia, a discricionariedade administrativa e os monopólios, criando condições mais favoráveis para a corrupção. Por outro lado, super-regulação aumenta as oportunidades para a *“compliance criativa”*, tornando possível atender à literalidade da lei, mas fraudando seu espírito”. Tradução livre de: BENEDETTO, Maria De. *Understanding and preventing corruption: a regulatory approach*. In: *Preventing corruption and promoting good government and public integrity* (Org.: Auguti Cerrillo-I-Martiniz e Juli Ponce), Bruxelas: 2017, p. 55-68.

47 “É melhorada também a resposta à corrupção no âmbito da improbidade administrativa. Dá-se um tratamento mais adequado para casos de ausência de prestação de contas, ampliando a possibilidade de ressarcimento do Erário. Para agilizar ações de improbidade, propõe-se a extinção da fase duplicada de defesa prévia e a especialização de varas, aproveitando-se a experiência de sucesso que foram as varas especializadas em lavagem de dinheiro. Num paralelo ao acordo penal, é previsto o procedimento abreviado na Lei de Improbidade, existente em outros países, o qual permite a redução da pena do réu que confessar os fatos e entrar em acordo sobre suas consequências jurídicas. Sugere-se também a simplificação do sistema de prescrição da improbidade, que hoje faz remissão a centenas de leis estaduais e municipais, o que gera um tratamento dispar conforme a carreira a que pertence o servidor público.” *Novas Medidas Contra a Corrupção: Apresentação*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18167>>. Acesso em: 30 set. 2018.

Já em relação à ênfase no punitivismo, destacou-se a necessidade de uma mudança de cultura nos órgãos de controle brasileiro, hoje muito mais preocupados em “vigiar e punir” do que em promover medidas de aprimoramento institucional da Administração. O TCU, por exemplo, possui em diversos acórdãos em que impõe sanções a gestores públicos que teriam agido em desconformidade com o que considera que deveria ser o “administrador médio” – em verdade, algo muito mais próximo de um “administrador Hércules”⁴⁸ do que, de fato, com a média dos gestores brasileiros⁴⁹.

Deve-se, pois, em sintonia com as disposições da nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, buscar uma nova perspectiva de maior aproximação da Administração, preocupada em entender o contexto em que ela se encontra e as limitações que enfrenta e, ainda, em contribuir para o seu aprimoramento, por meio de três frentes de atuação: investimento dos órgãos de controle em capacitação de agentes públicos, preferência a medidas de caráter pedagógico e adoção de posturas mais consequencialistas.

A primeira delas refere-se a investimentos dos órgãos de controle na capacitação de servidores do Executivo, sobretudo aqueles que lidam diretamente com licitações, contratos administrativos e parcerias da Administração, principais gargalos de dispêndio público para além das despesas de pessoal e de custeio – e, conseqüentemente, de corrupção. Os órgãos de controle, em especial o TCU, possuem em seus quadros servidores altamente especializados em auditoria pública, que podem contribuir para a capacitação de agentes do Executivo que lidam diariamente com contratações públicas, muitas vezes sem

48 Referência ao conceito de juiz Hércules de Ronald Dworkin: “Em seu papel, Hércules deverá não só desenvolver as possíveis teorias capazes de justificar os diferentes aspectos do sistema, mas também testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla, sendo que, quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 168).

49 No mesmo sentido: “Dentre as várias métricas que o TCU se vale para responsabilizar, a do administrador médio é a mais pitoresca. Nada menos de 133 acórdãos se referem a ela. O teste consiste em comparar o comportamento avaliado com o esperado do administrador médio, tomado como razoável (“razoabilidade da conduta”); se a carapuça do administrador médio não servir, responsabiliza-se”. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Quem é o administrador médio do TCU?* Disponível em: <https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 30 set. 2018.

a devida formação profissional para tanto, em especial em entes federativos menores⁵⁰. Ao encontro desta ideia, o estudo da Transparência Internacional sugere a edição de lei que crie o Programa de Prevenção da Corrupção na Gestão Municipal, de adesão voluntária, o qual concederia benefícios para transferências voluntárias da União a Municípios que se comprometessem com a adoção de medidas anticorruptivas, dentre as quais a capacitação de seus servidores.

A segunda relaciona-se com a preferência pela expedição de recomendações de caráter não sancionador, tratando-se as medidas punitivas como *ultima ratio*, nos casos em que as indicações não sejam atendidas nem devidamente justificadas pela Administração a impossibilidade de cumprimento. A abertura para o diálogo com o poder público é fundamental para que este possa, a partir das dificuldades fáticas enfrentadas pela Administração, na linha do novo art. 22 da LINDB⁵¹, apresentar os motivos pelos quais não é possível atender a determinadas recomendações dos órgãos de controle e, assim, buscar construir, em conjunto, alternativas viáveis para o aprimoramento da gestão pública.

Ainda na vertente da preferência por medidas de caráter pedagógico, vale destacar que a introdução do art. 28 à LINDB

50 Essa realidade é apontada com perfeita acuidade por Eduardo Jordão ao comentar a aplicação do art. 22 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018: "A respeito da natureza das dificuldades que poderão ser referidas, a maior parte dos comentaristas têm citado dificuldades e obstáculos materiais, temporários, orçamentários e de pessoal. Estas são, afinal, as mais óbvias circunstâncias que podem impedir a implementação de uma dada política pública. Além disso, são as dificuldades mais frequentemente reportadas pela imprensa em relação à administração pública em todo o país: falta de verbas, tempo escasso para planejar e executar a ação, déficit de pessoal, baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis, deficiências de material de escritório, de infraestrutura mínima de trabalho, entre outras. Esta contextualização exigida pelo projeto visaria, ainda, a dar conta da heterogeneidade da administração pública brasileira. As normas nacionais parecem pressupor que os diferentes níveis da administração pública, em diferentes localizações geográficas, teriam as mesmas condições para implantação do direito. Mas a verdade é que as condições orçamentárias, materiais e de pessoal variam grandemente dentro do país. A atenção a estas disparidades é relevante para interpretar adequadamente a legislação administrativa no tocante a pequenos municípios do interior do país. E não faz sentido aplicar e interpretar a legislação relevante aos seus gestores da mesma forma que a um gestor de uma grande e rica capital brasileira". (JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *RDA - Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, nov. 2018, p. 76).

51 Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

significou o reconhecimento, no direito brasileiro, de uma “cláusula geral do erro administrativo”⁵², ao prever que “o agente público somente responderá por suas decisões e opiniões técnicas no caso de dolo ou erro grosseiro”. Nesse sentido, o ordenamento pátrio atualmente vigente considera que somente há responsabilidade de agentes públicos quando atuam de forma deliberada (dolo) ou por erro grosseiro. A culpa leve está, assim, fora do alcance da responsabilização do gestor.

A alteração legislativa evidencia a intenção do legislador de superar o afã punitivista do sistema brasileiro de controle e de re-direcionamento do eixo de atuação dos órgãos de controle para ações de natureza recomendatória, que busquem aprimorar e difundir melhores práticas administrativas, em vez de simplesmente punir agentes públicos que, dentro das limitações de pessoal, estrutura, recursos e tempo que enfrentam diariamente, eventualmente cometem deslizes de menor lesividade ou interpretam a norma jurídica de maneira diversa do controlador.

Por fim, a terceira frente para a superação do fetiche punitivista dos órgãos de controle volta-se para a adoção de uma postura mais consequencialista quando da análise de ações do Executivo e da determinação de sua suspensão ou cessão, nos moldes do art. 20 da nova LINDB⁵³. Nesses casos, deve-se perquirir a gravosidade da medida que o próprio controlador pretende adotar, entendendo-se que a intervenção do controlador do sentido de suspender a atuação administrativa pode produzir resultados ainda mais gravosos

52 Expressão que dá título ao comentário de Gustavo Binbenbojm e André Cyrino ao art. 28 da LINDB em volume especial da Revista de Direito Administrativo. Vejamos: “Nessa toada, é impacto imediato do art. 28 da LINDB a reconfiguração da noção de administrador médio. Longe de ser um *médium*, capaz de antecipar juízos dos órgãos de controle e avaliar todas as consequências, ele deve ser tomado como um sujeito que erra, como qualquer pessoa. Erros que não forem grosseiros deverão ser permitidos. Ainda que esse ponto demande avanço da jurisprudência e da doutrina na definição dos contornos desse administrador médio, fato é que já se tem, com o art. 28, um avanço. O administrador médio jamais pode ser alguém irreal. É gente de carne e osso que erra. Principalmente quando tenta fazer diferente” (BINENBOJIM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, nov. 2018, p. 215).

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

do que a sua continuidade⁵⁴. Deve-se buscar, assim, soluções mais ponderadas, que evitem o desvio público, mas não comprometam a continuidade de serviços essenciais. No caso de licitações e contratos administrativos, por exemplo, em vez de determinar a sua suspensão ou a sua rescisão, é possível cogitar de uma solução de transição, em que o órgão de controle adote prazos razoáveis para a re-licitação, a partir da oitiva da Administração e da fixação de parâmetros para a nova contratação.

Não se trata de uma visão romantizada sobre as possibilidades jurídicas da indicação de consequências. Nem sempre é possível prever todos os desdobramentos de uma determinada ação – seja da Administração, seja do controlador. O papel do art. 21 da LINDB parece ser mais de transformação do discurso e da *ratio decidendi* dos controladores; de superação uma mera retórica principiológica carregada de conceitos jurídicos indeterminados (e, pois, de insegurança jurídica) e adoção de análises mais conectadas com a realidade e os impactos que nela poderão advir das decisões controladoras⁵⁵.

É certo que também há riscos na postura consequencialista, para além da impossibilidade de previsão de todos os impactos que uma decisão pode gerar.

54 Não se trata, aqui, do “consequencialismo” criticado por Conrado Hübner Mendes (Disponível em: <<https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>>). Afinal, considerar que a suspensão de um certame, licitações ou da execução de um contrato administrativo pode ocasionar a descontinuidade do serviço público objeto daquele certame/ contrato parece uma consequência bastante lógica e direta da medida, não sendo necessários profundos conhecimentos econométricos para se chegar a esse risco.

55 Antecipando possíveis críticas à adoção da postura consequencialista pelo legislador ao promover alterações na LINDB, José Vicente Santos de Mendonça traz as seguintes ponderações: “Começemos com a mais imediata, e que justificou críticas desde quando a alteração na LINDB era projeto de lei: (será que a exigência do caput do art. 21 é suprarrogatória? *A resposta depende do quão exatas se espera que sejam as consequências indicadas. Se se espera que as consequências devam ser indicadas em nível ótimo de ocorrência e de exatidão, então a norma é impossível. Nenhum julgador possui bola de cristal. [...] O que torna isso possível é admitir que as autoridades julgadoras possam indicar consequências relativamente imprecisas. Os estados adiantados devem ser certos ou prováveis, o que significa dizer que, no segundo caso, “as consequências indicadas na decisão podem não ocorrer”. O que se requer é que se indique tanto elas quanto sua evidenciação empírica, e que a probabilidade de sua ocorrência seja significativa. Daí a segunda pergunta: (ii) se não se exige que as consequências sejam precisas – pois seria impossível –, então a norma se cumpre de modo retórico? Basta abrir capítulo na decisão, copiar-e-colar parágrafos sobre “indicação das consequências”, e a exigência teria sido cumprida? Neste caso, o art. 21, caput, não traria ganho na racionalidade da invalidação, mas levaria a que o *estilo da decisão* fosse alterado”. (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, nov. 2018, p. 54-55).*

A uma, porque o operador do direito não é treinado para funcionar a partir dessa linguagem mais pragmática – toda a formação jurídica brasileira nos últimos trinta anos pautou-se na construção de teorias de efetividade constitucional e força normativa dos princípios⁵⁶. Operar numa lógica de consequências exigiria uma reconfiguração do código a que o jurista se habituou desde a vigência da “Carta Cidadã”.

A duas, porque dificilmente uma decisão terá possíveis consequências positivas ou negativas. É comum que uma mesma decisão possa ter efeitos louváveis e outros nem tanto. Assim, é possível que o controlador, ao proferir uma determinada decisão, foque apenas nas externalidades positivas de sua atuação, deixando – propositalmente – de abordar as consequências negativas. O *cherry picking*⁵⁷ de consequências poderia levar a um desvirtuamento da postura consequencialista⁵⁸.

Não obstante os riscos e dificuldades inerentes à adoção de uma postura mais consequencialista, esta nova linguagem imposta pelo art. 21 da LINDB traz um saldo positivo, uma vez que assegura maior objetividade à argumentação de controladores e decisores. Afinal, apontar consequências – ainda que de forma imprecisa e/ou incompleta – parece mais objetivo (e, portanto, mais transparente e passível de argumentação dialética pelos controlados) do

56 Conforme importação das lições de: HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. In: Konrad Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. No Brasil, vide: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

57 Expressão em inglês que faz referência a uma escolha pensada dentre opções disponíveis.

58 Problema similar é apontado por Fernando Leal e Diego Werneck Arguelhes em relação à operacionalização da teoria das capacidades institucionais: “Considerar aspectos empíricos e comparar as habilidades e limites concretos de diferentes instituições são, portanto, os principais méritos anunciados pelo argumento das capacidades institucionais. É o que torna o recurso à expressão CIs diferente de apelar para a separação de poderes ou outro critério jurídico-formal de alocação de competências (um uso reduntante), de enfatizar a possibilidade de erros na aplicação da teoria (um uso banal), ou de fazer um raciocínio puramente legislativo de alocação ideal de competências (um uso absurdo, nos nossos termos). É também o que determina esse caráter mais ou menos vantajoso de um modelo de decisão, dadas as capacidades reais de uma instituição relativamente a outra. Além disso, como vimos, o argumento só se completa se também são considerados os efeitos dinâmicos relacionados à adoção de uma certa estratégia de decisão”. (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização o argumento de “capacidades institucionais”. *Revista de Estudos Institucionais* – REI. Vol. 2. 1. Jan/jul 2016. p. 201). O argumento, no entanto, começou a ser desenvolvido pelos autores em trabalho anterior, publicado em 2011: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011.

que simplesmente aludir à dignidade da pessoa humana como uma espécie de “supertrunfo”⁵⁹ decisório.

Passando-se para a última falha do sistema de controle da Administração Pública aqui abordada – a saber, a sobreposição de órgãos de controle –, esta talvez seja a imperfeição que exige maiores esforços para a sua mitigação, na medida em que envolve a construção de pontes entre órgãos a que a Constituição confere ampla autonomia. E, do ponto de vista pragmático, nenhuma instância decisória deseja abrir mão de parcela de seu poder. No entanto, é fundamental que os diversos órgãos de controle busquem não só um maior diálogo com a Administração Pública, mas também uma maior aproximação entre si, com vistas a reduzir a insegurança jurídica gerada pela produção de decisões e entendimentos contraditórios.

A falta de coordenação entre instâncias controladoras gera insegurança jurídica no sistema pátrio, sobretudo quando somada à abertura dos tipos sancionadores – interpretados pelos diferentes órgãos de controle cada um à sua maneira. O TCU pode entender que determinada conduta do gestor configura ilegalidade/irregularidade de despesa e aplicar uma das sanções previstas na Lei nº 8.443/92 (mais comumente, a multa), enquanto o MPF pode arquivar inquérito civil sobre o mesmo fato por entender que não havia ali indícios de improbidade administrativa, por exemplo.

A existência de múltiplos controladores – inclusive de opinião – tem o louvável objetivo de desincentivar práticas de corrupção, ao lançar diferentes focos de luz e supervisão na Administração. Todavia, quando excessivamente descoordenada, pode representar entraves à Administração que culminam em “apagão das canetas”⁶⁰, com gestores tão intimados de serem sancionados que simplesmente não decidem e não desenvolvem políticas públicas.

59 A concepção dos direitos como “trunfos” também é trabalhada por DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

60 Expressão utilizada por: MARQUES NETO, Floriano Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. *Consultor Jurídico - CONJUR*. 25 de maio de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

O problema da sobreposição de controle também é objeto de estudo pela Transparência Internacional, que, no estudo desenvolvido em parceria com a FGV, propõe a criação, por meio de Emenda à Constituição, de um Conselho Nacional de Estado, vinculado ao Poder Legislativo, com competência para a edição de súmulas vinculantes, dentre outros temas, em matéria de prevenção à corrupção e processos de contratações públicas⁶¹. A medida é polêmica – justamente por mexer com a autonomia de controladores – e de difícil aprovação, haja vista demandar a edição de Emenda Constitucional. Contudo, poderia contribuir sensivelmente para o aperfeiçoamento do controle público no Brasil, principalmente se a composição do órgão abrisse espaço para os diversos controladores existentes, bem como para a própria Administração e para a sociedade civil, criando-se mais um mecanismo de participação democrática direta.

5. Conclusão

O sistema de controle público brasileiro na Constituição de 1988 é marcado pela multiplicidade e independência de órgãos de controle. Essas instâncias, ao longo das três décadas de vigência do texto constitucional, ampliaram e fortaleceram em larga medida suas competências e sua atuação, contribuindo para o aperfeiçoamento do combate à corrupção e das próprias instituições democráticas no país.

No entanto, ainda persistem falhas no sistema de controle da Administração. O presente artigo, após breve descrição do modelo vigente, identificou três destas imperfeições (a abertura dos tipos sancionadores, a ênfase na punição de ilícitos em detrimento de sua prevenção e do aprimoramento da atividade administrativo e a sobreposição e a ausência de coordenação e definição clara de competências entre os órgãos de controle) e pretendeu trazer algumas medidas que, à luz das alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018, podem contribuir para a sua mitigação.

⁶¹ Disponível em: <<http://novasmedidas.transparenciainternacional.org.br/wikilegis/bill/84>>. Acesso em: 30 set. 2018.

As proposições aqui feitas envolvem, principalmente, uma mudança de cultura dos órgãos de controle, no sentido de superar o afã punitivista ainda hoje observado e buscar construir um maior diálogo com a Administração e os próprios controladores, não obstante a medida implique, em alguma medida, abrir mão do poder individual que cada controlador hoje possui – o que nem sempre é fácil de ocorrer.

Muito embora qualquer transformação cultural demande elevado grau de esforço e comprometimento, a consolidação da compreensão de que *nenhum controlador é uma ilha* e de que essas instâncias lidam com Administrações (e administradores) *de carne e osso* – com uma série de limitações de recursos, de pessoal e até mesmo de tempo e, de outra banda, uma infinidade de demandas para atender – parece ser o caminho mais viável para o giro de eficiência de que o sistema de controle público necessita no Brasil.

6. Referências

- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização o argumento de “capacidades institucionais”. *Revista de Estudos Institucionais - REI*. Vol. 2. 1. jan./jul. 2016.
- BALKIN, Jack. Constitutional Rot. In: *Can It Happen Here?: Authoritarianism in America*, Cass R. Sunstein, ed. (2018, Forthcoming) Yale Law School, Public Law Research Paper No. 604.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BENEDETTO, Maria De. *Understanding and preventing corruption: a regulatory approach*. In: *Preventing corruption and promoting good government and public integrity* (Org.: Augutí Cerrillo-I-Martiniz e Juli Ponce), Bruxelas: 2017.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. *RDA - Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, nov. 2018.
- CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. *Revista de Direito Viçosa*. V. 9. N. 01/2017. P. 189-216.
- FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 30 set. 2018.
- HUQ, Aziz Z.; GINSBURG, Tom. *How to Lose a Constitutional Democracy* (January 18, 2017). *UCLA Law Review*, Vol. 65, Forthcoming; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 642. p. 76. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2901776>>. Acesso em: 30 set. 2018.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *RDA - Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, nov. 2018.
- _____. *Controle judicial de uma administração pública complexa - A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MASHAW, Jerry L. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and public choice. A critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2013.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *RDA - Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, nov. 2018.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Quem é o administrador médio do TCU?* Disponível em: <https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 30 set. 2018.
- PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy; RAILE, Eric. Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas. In: *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Org. Magda Inácio e Lucio Rennó. Belo Horizonte: UFMG, 2009.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Direito Administrativo como "caixa de ferramentas"*. Uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- _____. *Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em: 30 set. 2018.

ROSANVALLON, Pierre. *Counter-democracy: Politics in an Age of Distrust*. Tradução de Arthur Goldhammer. New York: Cambridge University Press, 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*. Cambridge: Cambridge Press, 2016.

SANTOS, Homero. O controle da Administração Pública. *Revista TCU*. p. 20. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/998/1072>>. Acesso em: 30 set. 2018.

STEARNS, Maxwell L.; ZYWICKI, Todd J. *Public choice concepts and applications in law*. St. Paul, Thompson Reuters, 2009.

TUSHNET, Mark. *Authoritarian Constitutionalism: some conceptual issues*. Constitutions in Authoritarian Regimes. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Antônio Augusto Bastos

**Medidas provisórias
30 anos depois: Sua
utilização no Governo Temer**

3

Medidas provisórias 30 anos depois: Sua utilização no Governo Temer

Uma análise quantitativa e comparativa com outros governos sobre a edição e aprovação de MPs pela Presidência de Temer até 31.08.2018

Antônio Augusto Bastos¹

Resumo

Passados 30 anos de sua criação pela Constituição de 1988, as Medidas Provisórias (MPs) são parte essencial do ordenamento jurídico e do processo político brasileiro, sendo interessantes para abordar a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo. Partindo dos principais pontos da literatura jurídica e política sobre MPs no contexto do presidencialismo de coalizão, o artigo trata de sua utilização pelo Governo Michel Temer. Isso é feito por meio de uma análise quantitativa sobre (i) o número de MPs editadas; e (ii) o resultado de sua apreciação pelo Legislativo, de forma comparada com os demais governos. Os resultados dessa análise são utilizados para testar as hipóteses adotadas de que (i) o Governo Temer edita mais MPs que os demais governos; e (ii) a edição de MPs é feita sem coordenação com o Legislativo, resultando em número maior de rejeições. Ao final, se conclui que (i) há um moderado aumento de MPs em relação aos governos imediatamente anteriores (Dilma II, I e Lula II) e (ii) o Governo Temer tem pior desempenho na conversão de MPs dentre todos os governos, com grande número de MPs que perderam a eficácia por falta de apreciação legislativa.

Palavras-chave: Medida Provisória. Análise Quantitativa. Governo Temer. Processo Legislativo. Presidencialismo de Coalizão. Relação entre Poderes Executivo e Legislativo Federal. Separação de Poderes.

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com ingresso em 2018. Bacharel em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio), em 2014. Advogado especializado em direito público, infraestrutura e concessões e PPPs, integrante do escritório Portugal Ribeiro Advogados. E-mail: antonio.bastos@fgvmail.br; antonio@portugalribeiro.com.br.

Abstract

30 years after its creation by the 1988 Constitution, the Provisional Measures (“MPs”) are an essential part of Brazilian’s legal system and political arena and an interesting path to tackle the Executive and Legislative branch’s relations and the ability of the presidency to draw support from Congress. Departing from the main arguments of the legal and political literature about MPs and its role in Brazil’s coalition presidentialism, the article is about the use of MPs by Michel Temer’s Government, and it makes a quantitative analysis about (i) the number of MPs, and (ii) the result of their legislative process, comparing the numbers with previous governments. This is to test the hypothesis that (i) Temer’s Government uses more MPs than its antecessors, and (ii) that more MPs are rejected than at other governments, due to lack of legislative support. At the end, it concludes that (i) there is a slight increase at the use of MPs than its immediate antecessors (Dilma II, I and Lula I), and (ii) that Temer’s Government has the worst record of success in MP approvals ever, with a great number of MPs losing its efficacy due to lack of legislative appreciation.

Key Words: Provisional Measure (“*Medida Provisória*”). Quantitative Analysis. Michel Temer’s Government. Lawmaking. Coalition Presidentialism. Legislative and Executive Powers relations in Federal Government of Brazil. Checks and Balances.

1. Introdução

A edição da Constituição de 1988 trouxe novo tipo normativo ao direito brasileiro em seu art. 62: as Medidas Provisórias (MP), ato com força imediata de lei, editado diretamente pela Presidência da República em casos de “relevância e urgência”, com vigência temporária, que deveria ser analisado e aprovado pelo Congresso Nacional para ingressar definitivamente na ordem jurídica. O novo instituto, inédito no processo legislativo brasileiro², abriu um interessante espaço de interação entre os poderes Executivo

2 Apesar de lembrar o Decreto-Lei, ato normativo unilateral que era editado pela Presidência nos períodos autoritários dos Governos Vargas (1937-1945) e Militar (1964-1989), as MPs têm como característica essencial serem sujeitas à análise do Legislativo, o que altera profundamente sua dinâmica, como será explicado.

e Legislativo, sendo instigante para análises sobre a separação de poderes, desenho institucional e prática do processo legislativo. Passados 30 anos, o instituto teve alterações práticas e teóricas, principalmente com a edição da Emenda Constitucional nº 32 de 11.09.2001 (“EEC nº 31/01”), confirmou sua importância e segue como interessante tema da realidade jurídico-política nacional.

Foram editadas pela Presidência da República do Brasil 866 MPs desde a edição da Emenda Constitucional nº 32 de 11.09.2001 (“EC 32/01”) até 20.12.2018³. No mesmo período de 17 anos, foram editadas 3.497 Leis Ordinárias e 53 Leis Complementares, totalizando 3.550 diplomas legislativos⁴. Com isso, tem-se que o número de MPs desde a EC 32/01 corresponde a de 24,39% do número de leis ordinárias e complementares editadas no período. Ou seja, a atividade normativa individual da Presidência é próxima a um quarto da produção legislativa *stricto sensu*. Tais números já demonstram quanto o instituto das MPs é extremamente relevante na produção normativa, no ordenamento jurídico e no funcionamento do sistema político brasileiro.

A apresentação desses dados não tem o propósito de criticar ou louvar o uso das MPs, mas apenas apresentar objetivamente a realidade política brasileira. Em vez de adotar uma perspectiva dogmática jurídica estrita da separação de poderes, é preciso reconhecer a farta produção na literatura da ciência política brasileira sobre o instituto no âmbito de presidencialismo de coalizão brasileiro⁵. Ressalta-se o papel essencial das MPs, ao lado de outros institutos como a iniciativa privativa dos projetos de lei e a utilização do veto, como parte dos poderes legislativos, de agenda e de

3 Dados obtidos do site do Palácio do Planalto sobre legislação, em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/medidas-provisorias-2015-a-2018>>. A EC 31/02 é que estabelece disciplina atual do instituto.

4 As Leis Ordinárias (LO) e as Leis Complementares (LC) são adotadas aqui como parâmetro comparativo como referência da produção legislativa, sendo ambas aprovadas pelo Congresso Nacional pelo processo legislativo ordinário. A título informativo, no mesmo período foram aprovadas 67 Emendas Constitucionais e nenhuma Lei Delegada.

5 Neste é artigo é adotado o marco teórico da ciência política brasileira que analisa o sistema político a partir do paradigma do presidencialismo de coalizão, ideia formulada por Sérgio Abranches no alvorecer do atual período democrático. Em apertada síntese, tem-se que, no sistema brasileiro democrático presidencialista com amplos poderes ao presidente, multipartidário de alta fragmentação e com voto proporcional, o governo passou a ser organizado em grandes coalizões supermajoritárias, que atuam como base de apoio ao presidente. Cf. ABRANCHES, Sérgio. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”. In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31 n. 1, 1988, p. 5-34.

barganha da Presidência da República, exercidos em ambiente de intensa comunicação e trocas entre os poderes Executivo e Legislativo⁶. O sucesso no exercício dessas prerrogativas é importante para formação e manutenção de coligações supermajoritárias, por meio das quais o Executivo consegue ter sucesso em implementar a sua agenda legislativa. Trata-se de cenário complexo de interação institucional que ocorre entre Congresso, base aliada, partidos, governo e oposição, cuja compreensão é prejudicada se não se faz recurso a áreas do conhecimento não jurídicas.

Nesse âmbito, o presente artigo se propõe a analisar, de forma modesta e numa perspectiva interdisciplinar do direito e ciência política, a práxis contemporânea das MPs a partir de dados empíricos sobre sua utilização pelo Governo Michel Temer (2016-2018). A partir dessa análise, busca-se contribuir para a compreensão da realidade conjuntural jurídico-econômica contemporânea, enriquecendo o entendimento sobre o instituto, 30 anos após a sua criação em 1988.

Após o advento do Governo Temer ao poder, com o afastamento de Dilma Rousseff em 12.05.2016 e seu *impeachment* pelo Senado Federal em 31.08.2016, reportagens jornalísticas passaram a noticiar que haveria uma utilização excessiva das MPs. Foi divulgado que Temer seria o presidente com maior edição de MPs, superando as presidências de Dilma e Lula⁷. Além disso, foi colocado que, ao fazê-lo, sua presidência estaria atropelando a autoridade do Congresso Nacional, em tentativa de fazer um *bypass* nos mecanismos

6 Apesar de, a princípio, a ideia do presidencialismo de coalizão levar a prognósticos de uma relação tênue entre Presidência e Congresso, que seria tendente à imobilidade e instabilidade, tem-se que na prática o sistema veio a funcionar de forma bem organizada, com exceção de episódios pontuais (como os *impeachments*). Sobre esse inesperado "sucesso democrático brasileiro", cf., p. ex., FIGUEIREDO, Argelina Cheibub de; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade. *Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, p. 25-32, 2007; e MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2013.

7 Cf. a reportagem do jornal *Estado de São Paulo*, de 9 jan. 2018, com o título "Temer bate recorde em edição de MPs - Presidente supera Dilma e Lula com 1,16 medida com força de lei por semana; parlamentares reclamam e Planalto alega "urgência econômica". Em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,temer-bate-recorde-em-edicao-de-mps,70002144895>>. No mesmo sentido, cf. notícia de *O Tempo*, de 11 jan. 2018, com o título "Temer é Campeão de MPs", disponível em: <<https://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/temer-%C3%A9-o-campe%C3%A3o-de-mps-1.1561413>>. Último acesso, desses e outros sites, em 23 out. 2018.

ordinários de produção legislativa⁸. As críticas mais fortes vieram de parlamentares da oposição, no âmbito de um ambiente polarizado após o processo de *impeachment* de Dilma, que acusaram Temer de uma utilização autocrática e impositiva das MPs⁹.

O Presidente também foi criticado por utilizar o instrumento em questões tidas como de maior importância sem dialogar com o Legislativo, tais como a reforma curricular do Ensino Médio,¹⁰ a desestatização da Eletrobrás¹¹, alteração do marco normativo de saneamento básico¹² e alterações na legislação trabalhista que não foram aprovadas quando da reforma trabalhista empreendida¹³. Tais situações foram criticadas inclusive pelo Presidente da

8 “O excesso de MPs editadas por Michel Temer tem sido alvo de críticas de congressistas, dentre os quais o presidente da Câmara, Rodrigo Maia (DEM-RJ). Eles querem que o Executivo recorra menos a MPs e envie ao Congresso mais propostas na forma de projetos de lei. O governo recorre às MPs porque entram em vigor de imediato e têm tramitação mais rápida que a dos projetos de lei.” Reportagem do *Portal de Notícias GI*, “Desde FHC, Temer é o presidente que, em média, mais edita medidas provisórias” de 19 nov. 2017, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/desde-fhc-temer-e-o-presidente-que-em-media-mais-edita-medidas-provisorias.ghtml>>.

9 Nesse sentido cf. fala do líder da minoria da Câmara, o Deputado José Guimarães (PT-CE), o qual afirmou que o uso do instrumento por Temer demonstraria falta de maioria para discutir projetos do governo: “É um governo sitiado, que não tem uma base parlamentar forte no Congresso e aceitação nenhuma no País. Temer não está preocupado com a história, nem com as posições dele no passado”, Comentário em reportagem da revista *IstoÉ*, de 13 jan. 2017, “Em 7 meses de governo, Temer editou mais MPs que Lula e Dilma no mesmo período”, disponível em: <<https://istoe.com.br/em-7-meses-de-governo-temer-editou-mais-mps-que-lula-e-dilma-no-mesmo-periodo/>>.

Ainda, cf. reportagem do jornal *Destak*, de 24 abr. 2018: “Para o vice-líder do PSOL na Câmara, deputado Chico Alencar (RJ), essa forma de governar, “aos espasmos”, foi uma alternativa que o emedebista encontrou de garantir que as propostas defendidas por ele tenham validade.

“Sem base parlamentar para aprovar qualquer iniciativa mais profunda, na linha que eles defendem, o governo vai aos trancos, atravancando o Congresso que já não lhe dá sustentação. Tudo isso a cinco meses da eleição: paralisia crescente”, alega o parlamentar ao *Destak*.

Mesmo ponto defendido pelo deputado Glauber Braga (PSOL-RJ). Para ele, “o governo utiliza as medidas para diminuir o espaço de tramitação” de assuntos considerados “impopulares” pelos membros do Congresso” Matéria disponível em: <<https://www.destakjornal.com.br/brasil/politica/detalhe/temer-ja-editou-11-medidas-provisorias-em-2018>>.

10 Trata-se da MP 746 de 2016 Cf. a reportagem do *Jornal Nexo*, de 23 jul. 2016, a qual coloca que “Governo usa recurso, que depende apenas da assinatura do presidente e de uma aprovação posterior do Congresso, para propor reforma do ensino médio. Falta de diálogo gera reclamações.” Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/09/23/Porque-o-uso-de-Medidas-Provis%C3%B3rias-em-temas-de-alta-relev%C3%A2ncia-%C3%A9-um-problema>>. A MP foi aprovada, tornando-se a Lei nº 13.415 de 2017.

11 Trata-se da MP 814 de 28 de dezembro de 2017. Cf. as seguintes reportagens: da Agência de Notícias do Senado Federal, de 29 dez. 2017, disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/12/29/publicada-nesta-sexta-mp-que-retira-da-lei-proibicao-de-privatizar-a-eletobras>> e da *Folha de S. Paulo*, de 22 maio 2018, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/maia-diz-que-nao-vai-votar-mp-da-privatizacao-da-eletobras.shtml>>. Ela não foi apreciada e teve sua vigência encerrada.

12 Trata-se da MP 844 de 2018, que não foi apreciada e teve sua vigência encerrada.

13 Trata-se da MP 808 de 2017, que não foi apreciada e teve sua vigência encerrada.

Câmara Rodrigo Maia (DEM-RJ)¹⁴, e pelo presidente do Senado Eunício Oliveira (PMDB-CE)¹⁵, ambos integrantes da base aliada.

Por outro lado, representantes do governo e pessoas simpáticas à gestão defendem que a utilização de MPs em número considerável se deu por conta da extensa pauta de reformas empreendida pela Presidência de Temer.

Diante das colocações feitas na mídia e da situação de controvérsias sobre o instituto, o presente artigo tem o objetivo de analisar dados sobre a utilização do instituto das MPs no governo Temer. Isso será feito por dois ângulos, ligados às questões acima expostas: i) que a presidência Temer estava utilizando o instituto em grande número, de forma excessiva, e ii) que essa utilização seria uma forma de tentar impor uma determinada agenda política sem apoio do Congresso Nacional.

As hipóteses adotadas nessa investigação são no mesmo sentido, quais sejam, (a) que há um significativo aumento na atividade legislativa de MPs, superando a série histórica dos governos anteriores, e (b) que as MPs são adotadas com fraca adesão da coalizão supermajoritária de sustentação do governo, o que leva ao insucesso em sua aprovação.

Para seu teste, serão feitas análises simples sobre a edição de MPs no Governo Temer, utilizando as informações disponíveis no portal da legislação do Palácio do Planalto¹⁶. A primeira é comparar a quantidade de edição de MPs com outras presidências, de forma proporcional ao tempo de governo, a fim de testar se a edição é realmente excessiva quando comparado ao histórico brasileiro. Já a segunda análise é o percentual de MPs propostas pelo governo Temer aprovadas em comparação com as MPs propostas por outros governos, a fim de testar se o processo de produção legislativa por medidas provisórias realmente é unilateral.

14 Cf. reportagem do *Jornal o Globo*, de 14 jan. 2017, "Maia diz que edição de MP da reforma trabalhista foi 'grande erro': <<https://oglobo.globo.com/economia/maia-diz-que-edicao-de-mp-da-reforma-trabalhista-foi-grande-erro-22070751>>.

15 Cf. reportagem do portal *IstoÉ*, de 19 out. 2017, "Eunício Oliveira diz que governo "tem de evitar" edição de MPs", disponível em: <<https://istoe.com.br/eunicio-oliveira-diz-que-governo-tem-de-evitar-edicao-de-mps/>>.

16 A relação de todas as MPs editadas no Brasil, anteriores e posteriores à EC nº 32 está disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>>.

É preciso fazer de pronto duas ressalvas metodológicas sobre o trabalho. A primeira é temporal: esta investigação é feita enquanto o Governo Temer ainda está no poder, não sendo assim uma avaliação definitiva quanto à sua atividade de edição de MPs. Por isso, foi necessário fazer um recorte do momento das MPs analisadas, e o marco de recorte ora adotado é 31.08.2018. Não obstante, considerando que a assunção interina de Michel Temer à presidência ocorreu no dia 12.05.2016, tem-se que o marco de 31.11.2018 já considera 933 dos 964 dias de seu governo, ou 96,7% do mandato, quantidade já suficiente para um balanço relevante.

A segunda ressalva é que a rejeição ou não aprovação do número de emendas não é o único dado que pode ser medido para verificar o alinhamento entre a presidência e o Congresso Nacional. No entanto, é fato que quando há uma maior harmonia e concerto entre os poderes, a rejeição de MPs expressa ou tácita é menor. Por isso, tem-se que o percentual de aprovação ou não das MPs será usado aqui como uma *proxy* da relação entre Executivo e Congresso.

A fim de realizar essa análise de maneira apurada e para a boa compreensão do objeto do artigo, é também necessário fazer uma breve retomada da disciplina das MPs no ordenamento jurídico brasileiro atual, ligando o artigo à literatura político-jurídica sobre o tema.

Dessa forma, para atender ao seu objetivo de expor o uso das MPs no Governo Temer, 30 anos após sua criação constitucional, o artigo está organizado da seguinte forma: a seção 1 conceitua brevemente a utilização de MPs no presidencialismo de coalizão contemporâneo, tratando de aspectos essenciais de sua estrutura jurídica e de seu uso político. A seção 2 é o cerne do trabalho, comparando o número de MPs editadas no governo Temer (2.1) e sua taxa de conversão em lei (2.2) com dados de outras presidências. Ao fim, a seção 3 concluiu e apresenta o resultado do teste da hipótese.

2. As Medidas Provisórias no ordenamento jurídico e no sistema político brasileiros

Não é o objetivo deste artigo fazer uma revisão bibliográfica do que já foi produzido sobre o tema, nem uma análise a fundo sobre as MPs. Diversos bons trabalhos já o fizeram, de forma mais

completa e interessante¹⁷. Assim, este item se propõe a apresentar o necessário para conceituar o instituto e seu funcionamento, de modo a possibilitar sua análise no item seguinte.

As MPs são uma das espécies de atos legislativos previstos na Constituição de 1988 em seu art. 59, cuja principal característica é a possibilidade de edição direta e unilateral pela Presidência da República. Historicamente, elas são consideradas como herdeiras dos Decretos-Leis de períodos autoritários¹⁸, encaixados na tradição de centralização política no Brasil com origens no Império. Não obstante, tem-se que na Constituição de 1988 houve uma escolha consciente e democrática sobre a sua adoção, considerando-se que a Presidência precisaria ter os poderes necessários para implementar o seu governo, mas garantindo a participação ativa do Legislativo em sua análise¹⁹. Ou seja, apesar de guardar semelhança, são institutos bem diversos.

O dado crucial para a compreensão do instituto é que as MPs devem ser submetidas ao Congresso Nacional para a transformação em lei, perdendo sua vigência se rejeitadas ou não apreciadas no prazo

17 Sobre o tema, indica-se para o interessado os seguintes estudos: (i) SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 95-211; (ii) ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de Poderes e Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier; Faculdade de Direito da FGV, 2012; (iii) JACOBSEN, Helen Letícia. *Interação estratégica entre os poderes executivo e legislativo: as Medidas Provisórias editadas nos mandatos de Lula e Dilma (2003-2014)*. Pelotas: 2016, dissertação apresentada à Universidade Federal de Pelotas no Mestrado em Ciências Políticas; (iv) FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. O Congresso e as medidas provisórias: abdicação ou delegação? *Novos Estudos*, São Paulo, n. 47, p. 127-154, mar. 1997; (v) LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. *Medidas Provisórias*. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCCHI, Paulo; KERCHER, Fábio (Org.). *Reforma Política e cidadania*. São Paulo: Perseu Abramo, 2003, p. 266-299 (vi) CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. rev., atual., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; e (vii) OLIVEIRA, Clarice G. e JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. *Medida provisória e controle de constitucionalidade: relevância, urgência e pertinência temática*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 7, nº 3, Dez de 2017.

18 SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p 115-121.

19 Sobre os debates na Assembleia Constituinte acerca das MPs, Cf. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001. O Congresso e as medidas provisórias: abdicação ou delegação?, capítulo 5. Destacamos o seguinte trecho: "Ao longo dos trabalhos constituintes não houve, ao que se saiba, qualquer pronunciamento favorável à manutenção do decreto-lei. Ao mesmo tempo, por contraditório que possa parecer, poucos constituintes defenderam que a nova Carta deveria abolir toda e qualquer forma de poder legislativo extraordinário do Executivo. Em geral, as opiniões expressas publicamente por constituintes apontaram para a necessidade de encontrar um sucedâneo para o decreto-lei que mantivesse a prerrogativa do Executivo (editar, em situações de urgência, decretos com força de lei no ato de sua promulgação) sem permitir seu uso abusivo (o recurso do Executivo à prerrogativa extraordinária com vistas a contornar a tramitação ordinária). A questão estava em saber se era possível conciliar esses dois objetivos." (p. 129)

constitucional. A Assembleia Constituinte rejeitou, de forma muito clara, que o silêncio e o decorrer do tempo levassem a sua adoção tácita, como ocorria em relação aos Decretos-Leis²⁰. Assim, trata-se de ato legislativo que, embora a elaboração inicial seja do Executivo, necessita da aprovação do Legislativo para adquirir estabilidade na ordem jurídica, sendo certo que o Congresso poderá aprovar modificações e emendar o diploma. Por isso, sua edição e processo legislativo mostram uma relevante interação entre esses dois poderes²¹.

As MPs são disciplinadas no art. 62 da Constituição, como sendo atos “com força de lei” a serem adotados desde que cumpridos os requisitos de “relevância e urgência”. Originalmente, após sua edição o Congresso deveria apreciá-la em 30 dias, perdendo a MP sua eficácia ao fim desse prazo se não convertida em lei. Ocorre que, na prática, a presidência passou a contornar essa perda de eficácia, na melhor *malandragem* brasileira²², reeditando constantemente as MPs de seu interesse de forma a garantir sua perpetuação prática na ordem jurídica. Assim, as MPs foram sujeitas a uma intensa atividade de reedição ao longo dos anos, inclusive com adições e modificações no seu conteúdo²³. Por exemplo, a MP 2.183-56 de 2001 é a 56ª reedição da MP originária 1.577 de 1997, e a MP 2.176-79 de 2001 é 79ª reedição da MP 1.110 de 1995. Ou seja,

20 Sobre o tema, cf. novamente FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando, idem, p. 132: “[U]m dos pontos consensuais [na Constituinte] foi a necessidade de inverter as consequências do decurso de prazo. A aprovação do decreto por decurso de prazo era vista como aberração autoritária. Em última análise, para os constituintes que se manifestaram sobre o tema seria o decurso de prazo o grande responsável pela possibilidade de o Executivo legislar sozinho. Este poderia usar de sua prerrogativa de maneira abusiva, emitindo grande número de decretos e assim dificultando a apreciação dos mesmos pelo Legislativo. Dito de outra maneira: quanto maior o número de decretos emitidos pelo Executivo, maior a chance de que o prazo para sua apreciação se esgotasse sem que o Congresso tivesse tempo para apreciá-los. Assim, o Executivo lograria aprovar seus projetos sem atender aos preceitos básicos da separação dos poderes, isto é, sem a aprovação expressa da lei pelo Poder Legislativo”.

21 As MPs podem ser entendidas também como um dos instrumentos por meio do qual o poder Legislativo permite a delegação de competências legislativas à Presidência. Sobre o tema, cf. CYRINO, André. “Administração pública e delegações legislativas no Brasil: por uma análise institucional e democrática”. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patricia; et al. (Org.). *Direito público*, 2015, p. 73-95.

22 A malandragem é uma das características imputadas por estudos da sociologia ao brasileiro, estando relacionada à cordialidade e a um apreço à informalidade, dando origem também ao chamado “jeitinho brasileiro”. Sobre o tema, cf. os trabalhos notórios de Sérgio Buarque de Holanda e Roberto da Matta, HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro, 2006, e DA MATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1979.

23 Isso gerou até mesmo uma particularidade na numeração das MPs, adicionando-se ao seu final um número correspondente à quantidade de reedições.

até sua aceitação ou rejeição expressa pelo Legislativo, sua provisoriedade tornou-se facultativa.

Diante desse cenário, o instituto teve sua configuração atual dada pela EC 32/01, que teve o mérito de limitar sua possibilidade de reedições e discipliná-lo de acordo com seus propósitos. O constituinte derivado alterou quase integralmente o art. 62 da Constituição, substituindo o seu parágrafo único por 12 parágrafos. Assim, hoje a norma constitucional estabelece um prazo de 60 dias para sua apreciação por ambas as casas do Congresso Nacional (art. 62, §2º), prorrogado uma única vez por mais 60 dias no caso de não votação (§3º). Após, ela perde a eficácia desde sua edição, e a MP rejeitada ou cuja eficácia tenha sido encerrada por decurso desse prazo de 120 dias não pode ser reeditada na mesma sessão legislativa, ou seja, no mesmo ano de atividades do Congresso Nacional (§ 11). Com isso, ela não pode mais simplesmente ser reeditada.

Vários outros aspectos do instituto foram disciplinados, trazendo novas condicionantes: rol de matérias que não podem ser disciplinadas por MPs, tais como direitos políticos, direito penal e processual penal e civil e questões reservadas à lei complementar (§1º); limitação de MPs na seara tributária (§2º); necessidade de análise pelo Legislativo de seus pressupostos de relevância e urgência (§5º); e o fato da medida provisória entrar em regime de urgência após 45 dias de sua edição, o que tranca pauta do Legislativo para matérias ordinárias não urgentes (§6º), entre outros²⁴.

24 Confira-se o art. 62 na redação atual: "Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III - reservada a lei complementar; IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. ▶

Assim, a EC 32/01 passou a exigir efetivamente a aprovação legislativa para a entrada da matéria em definitivo na ordem jurídica, sendo certo que, em sua apreciação, o Congresso Nacional pode propor e aprovar emendas ao seu texto originário²⁵. Com isso, foi imposto um ônus adicional à presidência, visto que o decurso de prazo tem os mesmos efeitos jurídicos de uma rejeição expressa do Congresso, retirando da MP sua eficácia. Assim, tanto uma rejeição quanto o decurso do prazo sem votação são uma perda da presidência em seu objetivo de tornar definitivas as modificações almejadas²⁶. Por outro lado, a previsão de que, após 45 dias, a MP ganha regime de urgência aumentou os poderes de agenda do Executivo, trazendo uma dimensão estratégica relevante que pode ser utilizada²⁷.

24 § 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto".

25 Por isso, uma MP convertida em Lei pode trazer alterações em relação ao seu conteúdo originário, excluindo, alterando ou incluindo novos dispositivos, havendo significativo espaço para atuação legislativa do Congresso Nacional em sua apreciação das MPs.

26 Embora, por outro lado, a própria propositura da MP já altere o *status quo* normativo.

27 Sobre o tema, Cf. OLIVEIRA, Magali Carvalho. Medidas provisórias e a relação Executivo X Legislativo: uma visão do sobrestamento de pauta. Monografia apresentada no curso de especialização em *Instituições e Processos Políticos do Legislativo da Câmara dos Deputados*. Brasília, 2009, p. 48: "Se por um lado houve limitação do poder de edição de medidas provisórias pela presidência, de outro se ampliaram alguns aspectos do poder de agenda do Executivo. A colocação das MPs na mesma pauta da Câmara e do Senado aliado ao sobrestamento de pauta imposto pelo novo texto constitucional fortaleceu ainda mais o controle que o Executivo detém sobre a pauta das Casas Legislativas, pois além de determinar o quê e quando seria votado, passou também a ter controle sobre as proposições que não são de sua autoria, impedindo-as de serem votadas por meio do abarrotamento de medidas provisórias na pauta".

O processo legislativo de análise de MPs é disciplinado nos parágrafos do próprio art. 62 da Constituição e na Resolução Conjunta do Congresso Nacional nº 01 de 2002 (RCN 01/02). Após sua edição, a MP é enviada à mesa do Congresso Nacional, que deve constituir uma comissão mista de deputados e senadores específica para seu exame. Essa comissão mista analisa a MP, votando e emitindo um parecer sobre ela, que pode ser de aprovação como está, de apresentação de um projeto de lei de conversão (PLV)²⁸ introduzindo modificações, ou de uma rejeição. Após, a matéria é encaminhada à Câmara dos Deputados para sua apreciação direta em Plenário, podendo ser propostas emendas, sendo a decisão em seguida encaminhada para apreciação do Senado Federal, também direto em Plenário. Havendo rejeição ou decurso do prazo de 120 dias, a MP perde eficácia e é arquivada, ocorrendo sua *caducidade*. Com a aprovação, o PLV é enviado à presidência para análise de sanção ou veto.

Além da conversão em Lei (aprovação), rejeição ou perda de eficácia por decurso de prazo, há outros dois destinos possíveis a uma MP: revogada, quando esta perde vigência pela aprovação de outra Lei ou MP sobre as mesmas questões, e prejudicada, quando o seu teor é votado pelo Congresso Nacional em outro processo legislativo que não a MP. Ou seja, são categorias próximas ligadas à obsolescência do instrumento por conta da disciplina de sua matéria em outros diplomas²⁹.

Cabe mencionar rapidamente duas questões específicas das MPs, de entendimentos político e jurídico sobre o tema que surgiram sua *práxis*, que afetam o funcionamento do instituto na realidade política brasileira. São elas: (a) a liberdade que a presidência possui em seu juízo sobre a presença requisitos constitucionais de relevância e urgência; e (b) a prática das emendas jabutis e sua proibição pelo STF.

a) Margem de apreciação ampla dos pressupostos de relevância e urgência: o Judiciário não adota parâmetros estritos para caracterizar o que seria “*relevância e urgência*”, o requisito

²⁸ A sigla PLV é utilizada pois PLC, em termos legislativos, já significa Projeto de Lei Complementar.

²⁹ Essa classificação é adotada no Portal da Legislação do Governo Federal, sendo descrita na p. 100 de JACOBSEN, Helen Letícia. *Interação estratégica entre os poderes executivo e legislativo*: as Medidas Provisórias editadas nos mandatos de Lula e Dilma (2003-2014). Pelotas: 2016, dissertação apresentada à Universidade Federal de Pelotas no Mestrado em Ciências Políticas.

constitucional para a edição de MPs. Isso é veiculado numa jurisprudência deferente e contida, que reconhece a capacidade do Executivo avaliar sua presença, e, secundariamente, do Legislativo quando de sua análise da MP³⁰. Com isso, há ampla margem de apreciação pela presidência acerca da existência desses pressupostos.

- b) A vedação jurisprudencial de emendas jabutis pelo STF:** as emendas jabutis são o apelido dado a questões que são inseridas nos projetos de lei de conversão das MPs, mas que não têm relação com elas³¹. A prática era bem comum, devido ao procedimento legislativo simplificado das MPs, visto que, após apreciação pela Comissão Mista, são submetidas diretamente ao Plenário das casas legislativas para votação. Tal facilitava a inclusão oportunista de outras matérias, evadindo o procedimento ordinário. No julgamento pelo STF da ADI 5127 em 15.10.2015, que versava sobre dispositivo legal inserido em PLV de MP com essa característica, o procedimento foi julgado inconstitucional³².

30 Decisões nesse sentido foram proferidas pelo STF nos seguintes julgados: ADI n. 2.213-MC. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 04.04.02. DJ: 23.04.04; ADI 2.150/DF, Relator Min. Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 11.09.2002, Tribunal Pleno, DJ: 29.11.2002; STF; e ADI 4.048/DF, relator Min. Gilmar Mendes, Medida Cautelar deferida em 14.05.2008. Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Clarice G. e JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Medida provisória e controle de constitucionalidade: relevância, urgência e pertinência temática. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, dez de 2017, p. 764: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se consolidado no sentido de que tal controle de constitucionalidade somente cabe em casos excepcionais, o que corrobora o entendimento do caráter eminentemente político do julgamento sobre a aceitação da medida provisória.

Nesse sentido, em primeiro momento, ao Presidente da República compete avaliar a relevância e urgência. Em segundo momento, ao Congresso Nacional que, admitindo a medida, procederá à aprovação com ou sem alteração no texto original. Excepcionalmente, repisa-se, caberá a interpretação do Judiciário quanto à relevância e urgência. A interpretação jurisprudencial vem como um complemento necessário da Constituição, uma espécie de discricionariedade subordinada, de caráter supletivo e complementar”.

31 O uso da palavra jabuti faz referência à expressão de que “jabuti não sobe em árvore”. Ou seja, se ele estiver na árvore, alguém o colocou lá - uma analogia à inserção de emendas não relacionadas.

32 STF, ADI n. 5127, rel. para acórdão: Min Edson Fachin, j. 15.10.2015, DJe 11.05.2016: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO).

1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória.”

Para finalizar este tópico, são necessárias considerações sobre a utilização das MPs no sistema político brasileiro, a partir da compreensão de seu funcionamento no âmbito de um presidencialismo de coalizão. Esse sistema funciona por meio de uma complexa construção, por um presidente eleito de forma majoritária em um sistema político brasileiro bastante fragmentado e com eleições proporcionais para o Legislativo, de uma extensa base de apoio para possibilitar a governabilidade e a implementação das políticas do governo. Isso porque é necessária uma aliança entre diversos partidos para a obtenção das supermaiorias necessárias para a aprovação de mudanças normativas, especialmente no caso das frequentes Emendas Constitucionais.

Nesse contexto, tem-se que o Executivo é o principal legislador do país, seja pelos projetos de iniciativa privativa, pelo poder de veto ou pela edição de MPs, entre outras capacidades. Mas ele não faz isso sozinho: para exercer tais funções, ele necessita do apoio sistemático e disciplinado de uma coalizão partidária, e na maioria dos governos após a democratização – com exceção notória dos *impeachements*, ele conseguiu exercer razoavelmente bem essa função³³.

Assim, em vez de usurpação dos poderes do Legislativo, que um certo senso comum e uma visão estrita por parte da dogmática jurídica tradicional enxergam na atividade de edição das MPs, tem-se que elas devem ser entendidas como um instrumento que o presidente possui para governar e implementar suas pautas e políticas públicas. Por isso, Marco Aurélio Sampaio, em livro sobre o tema, entende as MPs como parte integrante do diálogo institucional entre Executivo e Legislativo, defendendo que sua natureza jurídica é a de “ato de governo com força de lei, editado no caso de relevância e urgência”, devendo ser compreendido (e controlado) como ato de gestão governamental e instrumento de coalizão partidária³⁴.

33 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub de; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

Nesse artigo de 2007, os autores trazem o dado de que 83% das leis aprovadas após a Constituição de 1988 até foram apresentadas pelo presidente. Neste mesmo artigo, são desenvolvidas as considerações sobre o funcionamento da democracia brasileira, que foram a base da compreensão entende-se como correta do sistema político brasileiro.

34 SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 199 e ss.

Outros estudos também corroboram o caráter da MP como integrante da complexa relação entre governo e Congresso, sendo editada num diálogo entre os poderes no âmbito de desenho político brasileiro. Em trabalho que analisou a edição de MPs desde EC 31/02 até 2008, Pedro Abramovay concluiu que o Legislativo não é apenas espectador mas manifesta-se de forma ativa, promovendo alterações na maioria dos casos e rejeitando as emendas em alguns – por exemplo, com significativo número de emendas apresentadas e com 54,8% das MPs no período convertidas em PLVs por conta de alterações propostas em seu texto, além de exercício do veto pela presidência³⁵.

Neste raciocínio, tem-se que as MPs são importantes instrumentos no sistema jurídico brasileiro, sendo bastante utilizadas, e estão sujeitas a uma disciplina político-jurídica própria de propositura, processo legislativo e aprovação, guiada pela atual disciplina constitucional. Feitos esses esclarecimentos, passa-se a analisar a atividade legislativa de edição de MPs pelo governo de Michel Temer.

3. A edição de Medidas Provisórias no Governo Temer comparada com outros governos

Conforme exposto na introdução, há duas percepções correntes no espaço público e no meio político noticiadas pela mídia ao longo do governo Temer: a) de que haveria um uso muito intenso de MPs pela presidência de Michel Temer, ultrapassando os governos anteriores; e b) que a edição de MPs estaria sendo utilizada sem um alinhamento adequado com o Legislativo, levando a uma postura impositiva do Executivo, sem o apoio parlamentar esperado de uma coalizão governamental ampla de sucesso. Assim, para testar essas afirmativas, propõe-se uma análise comparativa da utilização de MPs pelo governo Temer com as presidências anteriores.

³⁵ ABRAMOVAY, Pedro. *A separação de poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito*. Dissertação apresentada no programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2010, p. 73-92. “Não se pode afirmar que as MPs representem uma usurpação do poder de legislar por parte do Executivo. Existe uma real participação do Legislativo neste processo, participação que se dá expressamente na quase totalidade dos casos. O Congresso não apenas se manifesta como altera e rejeita MPs enviadas pelo Executivo demonstrando que o controle exercido pelo parlamento é extremamente ativo. [...] [O parlamento] não é um mero expectador do processo legislativo, mas protagonista, ao lado do Executivo na elaboração dessas normas.”

Isso é feito nos dois itens a seguir, com a comparação entre as presidências do Brasil na: a) quantidade de MPs editadas, proporcional aos dias de governo, o que demonstra a intensidade da utilização desse instituto (2.a); e b) verificando qual é o nível de sucesso da presidência na aprovação das MPs pelo Congresso Nacional, o que demonstra o nível de coordenação e diálogo entre Executivo e Legislativo, ao verificar se a base de apoio governamental consegue fazer avançar as pautas governamentais e as políticas públicas nelas vinculadas (2.b).

Para esse estudo, se recorreu principalmente a uma fonte primária e uma secundária. A primária é o portal de legislação do Palácio do Planalto, que apresenta uma lista de todas as MPs editadas, posteriores e anteriores à EC 32/01, consignando também o resultado de sua análise pelo Congresso Nacional³⁶. A secundária é a dissertação de Helen Jacobsen sobre as MPs editadas nos mandatos de Lula I e II e Dilma I (2003-2014), que faz uma extensa e profunda análise de dados sobre as MPs editadas nesses governos, comparando também com os governos anteriores (Sarney, Collor, Itamar e FHC I e II)³⁷.

Como explicado na introdução, já que durante a elaboração desse artigo Temer ainda é presidente, foi adotada a data de 31.11.2018 como recorte dos dados avaliados MPs. Assim, para a análise quantitativa, foram consideradas as MPs editadas até o dia 31.08.2018, o que compreende um universo de análise de 134 MPs editadas, a primeira delas sendo a MP 726/2016 de 12.05.2016 e a última a MP 859/2018 de 26.11.2018.

Já para análise de resultado da tramitação legislativa das MPs, a questão é mais complexa, porque considerar todas as medidas editadas até esta data incluiria MPs que ainda estão em seu prazo de vigência e avaliação pelo Legislativo. Por isso, se recuou 120 dias a partir de 31.11.2018. Isso estabelece a data de 02.08.2018 como data limite de edição das MPs consideradas neste estudo, afim de garantir que todas já tenham seu resultado legislativo. Com isso, tem-se um universo de 122 MPs editadas pelo governo Temer, sendo a última a MP 847/2018 de 31.07.2018.

³⁶ Lista das MPs editadas no Brasil. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

³⁷ JACOBSEN, Helen Leticia. *Interação estratégica entre os poderes executivo e legislativo: as Medidas Provisórias editadas nos mandatos de Lula e Dilma (2003-2014)*. Pelotas: 2016, dissertação apresentada à Universidade Federal de Pelotas no Mestrado em Ciências Políticas.

3.1 Quantidade de MPs editadas comparada com os Presidentes da República após a redemocratização

Aqui, a proposta é comparar a intensidade de edição de MPs pelo Governo Temer com todos os governos brasileiros após a redemocratização, quais sejam: Sarney (de 05.10.1988 a 14.03.1990), Collor (de 15.05.1990 a 29.12.1992), Itamar (29.12.1992 a 31.12.1994), FHC I (de 01.01.1995 a 31.12.1998), FHC II (01.01.1999 a 31.12.2002), Lula I (01.01.2003 a 31.12.2006), Lula II (01.01.2007 a 31.12.2010), Dilma I (01.01.2011 a 31.12.2014), Dilma II (01.01.2015 a 11.05.2016)³⁸. Como os mandatos de Sarney, Collor, Itamar e Dilma II não foram em sua íntegra (o primeiro por ser iniciado antes da constituição, e os demais por conta dos *impeachments* de 1992 e 2016), foi importante considerar a quantidade de dias por mandatos para fazer a devida análise comparativa de edição das MPs proporcional ao período de governo³⁹.

Para tratar do número de MPs produzidas, é necessário fazer um esclarecimento metodológico sobre sua contagem anteriormente à EC 32/01. Isso porque antes dela, como já explicado, as MPs eram frequentemente reeditadas, levando a um número bruto que não reflete a sua real titularidade. Por isso, na contagem da edição de MPs anterior à emenda, ou seja, nos governos Sarney, Collor, Itamar, FHC I e parte de FHC II, foi considerada apenas edição das MPs originais. Isso traz algumas dificuldades, visto que essa abordagem não é apta para captar as modificações incrementais que eram inseridas nas MPs ao longo de suas reedições, ainda mais considerando-se a questão das emendas jabutis⁴⁰.

38 Para Dilma II, considera-se como fim do governo o seu afastamento pela Câmara dos Deputados em 12.05.2018, que resultou na assunção de Temer como presidente interino. Como se sabe, o impeachment foi aprovado no Senado em 31.08.2016 resultando na perda do mandato de Dilma e assunção definitiva da presidência por Temer.

39 O governo Sarney teve 526 dias, ou 16 meses e 10 dias; o governo Collor teve 1.020 dias, ou 33 meses e 7 dias; o governo Itamar teve 732 dias, ou 24 meses e dois dias (lembrando que, à época, o mandato presidencial era de 5 anos, visto que anterior à Emenda Constitucional nº 16, que o reduziu para 4 anos e permitiu a reeleição). Os governos FHC I e II, Lula I e II e Dilma I tiveram sua duração integral de 1460 dias, ou 48 meses. Já Dilma II teve 496 dias, ou 15 meses e 10 dias. Assim, o governo Temer terá ao seu final um total de 964 dias, ou 31 meses e 20 dias.

40 Em virtude dessa diferença, alguns autores optam por fazer recortes temporais mais restritos, não comparando o período pós-EC 32/01 com o anterior. É o caso por exemplo de Pedro Abramovay, o qual afirma que: "É preciso também que se advirta que a mudança no sistema de edição e conversão em lei de medidas provisórias foi tamanha que a comparação não é óbvia. Podemos ter uma ideia da direção da mudança, mas não é possível estabelecer com segurança com o tamanho do impacto. Isso se deve, sobretudo à mudança com relação às reedições. [...] Antes da EC 32 o sistema era muito menos claro. [...] se a reedição deveria ser uma cópia fiel do texto editado, isso não acontecia em grande parte das vezes. [...] O que se pretende, portanto, é deixar claro que, em primeiro lugar, a comparação entre os poderes não pode ser feita, com relação a boa parte dos dados, de maneira taxativa".

No entanto, considera-se que essa metodologia é a mais indicada para uma análise comparativa nos períodos antes e após a EC 32/01, a aquela adotada na dissertação de Helen Jacobsen. Por isso, para indicação do número de MPs originais no período anterior à EC 31/01, foram utilizados os dados apresentados por essa autora⁴¹.

Para comparar proporcionalmente o número de MPs ao tempo de governo, são adotadas duas variáveis: intervalo de dias médio entre a edição de MPs, e a média de edição de MPs por mês de governo. Quanto menor o intervalo de dias entre MPs e maior o número médio de MPs por mês, mais intenso é o uso desse instrumento pela presidência.

Assim, na tabela abaixo, são relacionados os seguintes dados por governo: número total de MPs editadas, dias de governo, intervalo de dias entre média da emissão de MPs e média de MPs editadas por mês de governo. Para o governo FHC II, foram inseridos os subcampos relativos aos períodos pré e pós EC 32/01, Confira-se:

Tabela 1 - Número de MPs editadas, média de intervalo de dias e média mensal por mandato presidencial

Governo	Número de MPs editadas	Dias	Meses	Intervalo de dias/MP	MP/Mês
Temer	134	932	30,60	6,96	4,38
Dilma II	59	496	16,33	8,41	3,61
Dilma I	154	1460	48,00	9,48	3,21
Lula II	179	1460	48,00	8,16	3,73
Lula I	240	1460	48,00	6,08	5,00
FHC II	209	1460	48,00	6,99	4,35
<i>pós-EC 32</i>	<i>102</i>	<i>476</i>	<i>15,67</i>	4,67	6,51
<i>pré-EC 32</i>	<i>107</i>	<i>984</i>	<i>32,33</i>	9,20	3,31
FHC I	161	1460	48,00	9,07	3,35
Itamar	141	731	24,07	5,18	5,86
Collor	89	1020	33,47	11,46	2,66
Sarney	125	526	17,33	4,21	7,21
Total	1491	11005	358,82	7,38	4,16

Fonte: JACOBSEN, Helen Letícia, *op. cit.* p. 66; Brasil, Governo Federal, Palácio do Planalto.

41 JACOBSEN, Helen Letícia, *idem*, p. 64-72.

A análise atenta deste levantamento revela várias questões interessantes. Primeiramente, quanto ao número absoluto, revela-se um aumento das MPs originais desde Sarney até Lula I, com uma diminuição a partir de Lula II – o que é influenciado pela menor quantidade de dias de governo em Sarney, Collor, Itamar, Dilma II e Temer. Assim, é necessário partir para a análise proporcional, sendo dada preferência ao dado da média mensal, por ser de mais fácil visualização intuitiva do que o intervalo de dias entre a edição de MPs.

Os dados demonstram que governos que mais editaram MPs proporcionalmente foram Sarney, com o impressionante índice de 7,21 MPs/mês, Itamar com 5,86 MP/mês e Lula I, com 5,00 MP/mês. Assim, nos números iniciais proporcionais, a presidência de Temer é quarta que mais utilizou de MPs, com a média de 4,38 MPs por mês de governo.

No entanto, há razões para caracterizar o número de MPs do governo Sarney como inflado em relação aos demais governos. Isso ocorreu sobre o fato de a MP ter sido introduzida no meio de seu mandato, quando ainda havia um aprendizado sobre o uso desse novo instituto, e a indefinição sobre a possibilidade de edição das MPs no início do mandato. Além disso, houve também o fenômeno de 9 Decretos-Leis anteriores à Constituição que foram transformados nas nove primeiras MPs originárias, aumento seu número⁴².

É possível imaginar que um pouco desse aumento insuscetível de comparação tenha se estendido para os governos Collor⁴³ e Itamar, que ainda estariam em período de maturação no uso do instrumento⁴⁴. No mais, lembra-se que as MPs à época foram editadas antes da EC 32/01, o que, embora não torne a comparação impossível, também deve ser considerado.

42 JACOBSEN, Helen Letícia, *idem*, p. 68.

43 Apesar de o governo Collor ter o menor número proporcional de MPs, tem-se que isso ocorreu por causa da crise política intensa que levou à perda da governabilidade e isolamento da presidência em relação ao Congresso em 1991 e 1992; houve intensa atividade de edição de MPs no originária no ano de 1990, com 76 das 89 MPs apresentadas em seu governo sendo propostas em 1990. Cf. JACOBSEN, Helen Letícia, *idem*, p. 70-71

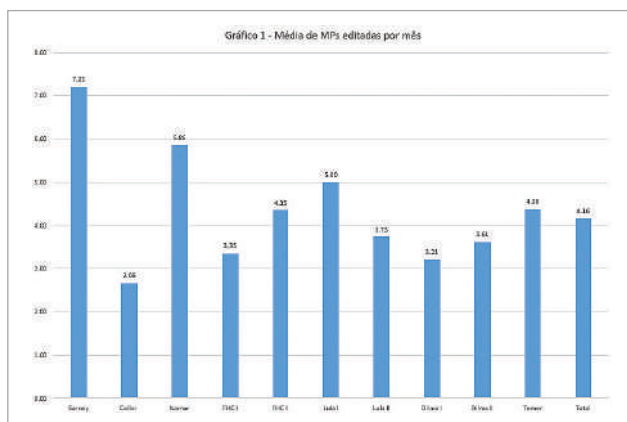
44 Um fator que pode ter contribuído para o alto número de MPs nos três primeiros governos (vide nota acima) foi o alto processo de inflação monetária no período, o que ensejou a edição de MPs para reajuste de preços quando da implementação dos planos econômicos Verão, Collor e Real via MPs.

Após a alta utilização de MPs no governo Itamar, com uma média de 5,20 por mês, houve uma queda no governo FHC com 3,32 MPs/mês. No segundo mandato, o número cresceu para 4,35 por mês, sendo especialmente relevante analisar a intensidade do uso das MPs antes e após a EC 32/01: antes, a média do governo era similar à de FHC I, com 3,24 MPs/mês, enquanto que posteriormente, a média aumentou bastante para 6,51 MPs/mês. Assim, é possível conjecturar que EC 32/01 tenha resultado em aumento do número de MPs.

O governo Lula I é o que mais utilizou o instituto em números absolutos, com 240 MPs editadas. Além disso possui uma média de 5 MPs editadas/mês, o maior índice da história brasileira recente pós-EC 32/01, razão pela qual tem-se que serve de melhor parâmetro de comparação com a atividade de edição de MPs por Temer. Já Lula II e Dilma I observaram quedas em número absolutos e proporcionais na utilização de MPs, com o total de 179 e 154 e a média de 3,73 e 3,21, respectivamente. Em Dilma II, a Presidenta aumentou o número proporcional de edição das MPs, com uma média de 3,61 enviadas por mês ao Congresso até o seu impeachment, num total de 59 MPs em seu curto segundo mandato.

O advento do governo Temer, objeto deste estudo, trouxe aumento proporcional no número de MPs em relação aos mandatos anteriores, chegando até 11.31.2018 em uma média de 4,38 emendas por mês.

Para melhor visualização sobre a edição proporcional de MPs conforme o exposto, apresenta-se um gráfico dos dados por ano:



Fonte: Dados da Tabela 1.

Diante do exposto, tem-se que o governo Temer realmente significou um aumento no número de MPs editadas nos últimos 10 anos, em Lula II, Dilma I e Dilma II, com a taxa de 4,38 de MPs por mês. Essa atividade também superou a utilização do instrumento em FHC I e ficou acima, porém próxima, da edição de MPs em FHC II.

No entanto, o governo Temer é superado na história recente pela primeira presidência de Lula que editou o maior número proporcional de MPs pós-EC 32/02, com a média de 5,00 MPs/mês,⁴⁵ além de pelos governos Sarney e Itamar como exposto.

3.2 Sucesso na aprovação de MPs comparada com os governos após a EC 31/01

Para tratar do resultado da apreciação pelo Congresso Nacional das MPs enviadas pelas diversas presidências, foi necessário trabalhar apenas com os dados posteriores à EC 32/01. Isso porque, no sistema anterior em que as MPs podiam ser reeditadas, não é possível estabelecer com precisão o resultado do processo legislativo visto que, com o fim do prazo de análise, a MP poderia ser reeditada e não perder a vigência. Por isso, não há como estabelecer um critério de comparação razoável no tocante ao resultado da tramitação legislativa das MPs entre os períodos anterior e posterior à EC 32/01. O presidente simplesmente não era vencido no jogo legislativo se a MP não fosse votada no prazo, bastando optar por expedir uma nova MP sobre a mesma matéria⁴⁶.

Por isso, nesta seção são considerados os governos FHC após a EC 32/01, Lula I, Lula II, Dilma I, Dilma II e Temer até 02.08.2018.

Como explicado no item 1, há quatro resultados possíveis para o resultado do processo de tramitação legislativa das MPs após a EC 32/01: conversão em lei, rejeição, fim da vigência, revogada e prejudicada. A *conversão em lei* é a aprovação da MP pelo Congresso Nacional, após votação primeiro na Câmara dos Deputados e depois no Senado federal, com ou sem modificações, e a posterior

⁴⁵ A edição de MPs por FHC II após a EC 32 supera a de Lula, com 6,80 MPs/mês conforme já exposto. No entanto, o parâmetro de comparação utilizado neste trabalho é a totalidade do mandato presencial, para evitar comparações indevidas.

⁴⁶ Em relação às MPs anteriores à EC 32/01, o site de Legislação do Palácio do Planalto inclusive não apresenta em sua tabela listando as MPs no campo relativo à situação da MP.

promulgação da matéria como lei pela presidência após a análise de sanção ou veto. *Rejeição* é quando a MP vai à votação no plenário de uma das casas do Congresso Nacional e não é aprovada, seja por não serem reconhecidos pelo legislativo os pressupostos constitucionais de relevância ou urgência, seja por rejeição no mérito. Já o *fim da vigência* ocorre ao final do prazo de 120 dias sem apreciação pelo Legislativo, levando à perda de sua eficácia e ao fim da produção de novos efeitos na ordem jurídica. Por sua vez, as *categorias revogada e prejudicada* é quando o assunto tratado na MP é abordado em outro instrumento normativo, seja na aprovação de outra lei ou edição de nova MP (revogada) ou quando o Congresso vota em outro processo legislativo que não a MP (prejudicada).

Para fins desse artigo, a conversão em lei, ou simplesmente aprovação da MP, será considerada um sucesso do governo ao encaminhar a matéria, independentemente da análise de eventuais emendas apresentadas pelo Legislativo ou veto do Executivo. É indicativa do alinhamento entre os poderes na matéria, e da capacidade de o Executivo avançar em sua agenda. Já os casos tanto de rejeição quanto de perda de eficácia serão considerados como um insucesso ou derrota do Executivo, visto que embora a rejeição demonstre uma contraposição de interesses maior que a perda da vigência, o fato do governo não conseguir coordenar com o Legislativo a votação e aprovação da MP durante o prazo de 120 aponta uma inabilidade de avançar sua agenda e a política de governo veiculada na MP. Por isso, esses itens são agrupados. Já os resultados de MP revogada ou prejudicada podem em tese significar tanto uma vitória quanto uma derrota do Executivo, não fazendo parte do escopo do trabalho essa análise, sendo assim consideradas um resultado neutro.

Explica-se também que o ano de referência para a classificação das MPs dentro de cada governo é o ano de edição, independente da data em que a MP teve sua apreciação finalizada pelo Legislativo⁴⁷.

47 Embora possa haver casos específicos em que a proposição da MP tenha sido feita no final de um governo e seu resultado ter ocorrido em outro governo, tem-se que esse tipo de refinamento da análise é pouco útil para os fins do artigo e foge ao seu escopo. Mesmo nesses casos, edição de MP no final do mandato com sua análise terminando apenas no governo seguinte, que o rejeite, não deixa de demonstrar um insucesso do governo em aprovar a matéria no final de seu mandato.

Com base nessas premissas, segue a tabela com os resultados de apreciação pelo Legislativo das 825 MPs editadas desde a EC 32/01 até 02.08.2018:

Tabela 2 - Resultado da apreciação das MPs editadas em números absolutos

Resultado votação	Número de MPs por Presidente						Total
	Temer	Dilma II	Dilma I	Lula II	Lula I	FHC II (após EC 32)	
Convertida em Lei	73	45	108	149	217	84	676
Rejeitada	3	1	0	8	10	14	36
Fim da vigência (perda eficácia)	43	11	36	16	9	1	116
Revogada	3	2	1	4	2	0	12
Prejudicada	0	0	0	2	2	1	5
Total	122	59	145	179	240	102	847
Rejeitada + fim vigência (perda presidente)	46	12	36	24	19	15	152

Fonte: JACOBSEN, Helen Leticia, *opt cit*, p. 103; e Brasil, Governo Federal, Palácio do Planalto.

A análise de dados dos números absolutos já revela muito: que em todos os governos a maioria absoluta das MPs é aprovada e convertida em Lei, que o número de rejeições expressas pelo Legislativo é muito menor do que o de perda da eficácia pelo fim da vigência, e que o número de MPs revogadas e prejudicadas é ínfimo em face dos demais resultados.

Como uma verdadeira comparação exige a verificação proporcional dos resultados em cada governo, a tabela a seguir apresenta os dados percentuais:

Tabela 3 – A apreciação das MPs editadas em números percentuais por governo

Resultado votação	Temer	Dilma II	Dilma I	Lula II	Lula I	FHC II (após EC 32)	Total
Convertida em Lei	59,84%	76,27%	74,48%	83,24%	90,42%	82,35%	79,81%
Rejeitada	2,46%	1,69%	0,00%	4,47%	4,17%	13,72%	4,25%
Fim da vigência (perda eficácia)	35,25%	18,64%	24,83%	8,94%	3,75%	0,98%	13,70%
Revogada	2,46%	3,39%	0,69%	2,23%	0,83%	0,00%	1,42%
Prejudicada	0,00%	0,00%	0,00%	1,12%	0,83%	0,98%	0,59%
Rejeitada + fim vigência (perda presidente)	37,70%	20,34%	24,83%	13,41%	7,92%	14,71%	17,95%

Fonte: JACOBSEN, Helen Letícia, *opt cit.*, p. 103; e Brasil, Governo Federal, Palácio do Planalto.

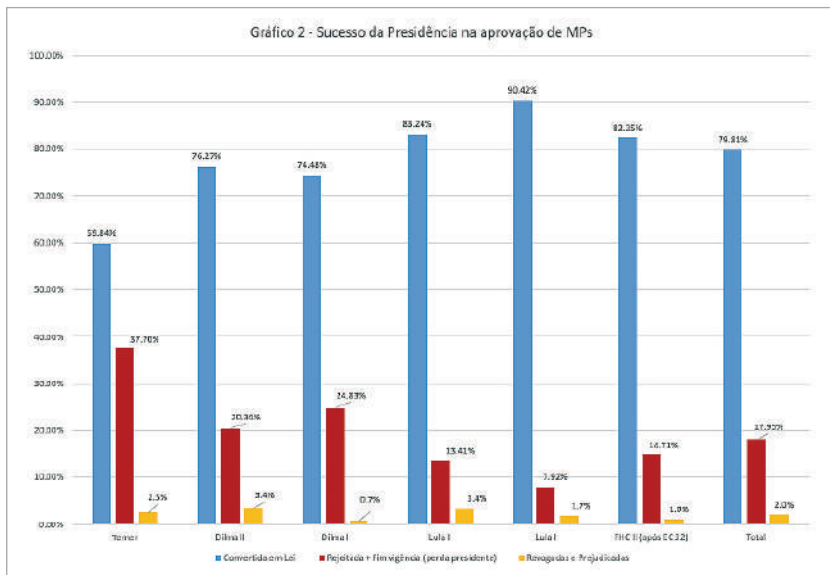
Como é possível perceber, os dados são bastante reveladores e demonstram que o governo Temer é claramente o que tem menor sucesso na aprovação de suas MPs pelo Congresso Nacional, com apenas 59,84% delas sendo convertidas em lei. Esse percentual é bastante abaixo do segundo menor, de Dilma II, com 76,27% das MPs convertidas em lei. Ainda, ele está muito abaixo da média do período, de 79,81%, chamando atenção esse percentual comparativamente baixo de conversão de leis.

Isso ocorre por causa do número bastante alto de MPs que perderam a vigência durante o governo Temer sem serem apreciadas pelo Congresso, num total de 37,7%. Apesar de não ter nenhuma de suas MPs rejeitada expressamente, o elevado percentual de perda da vigência em indicada incapacidade de levá-las à votação para aprovação, o que denota um menor alinhamento entre Executivo e Legislativo, ineficaz coordenação da base aliada nesse ponto e uma menor capacidade de fazer avançar as pautas por ele propostas. Os casos de insucesso (rejeição e perda da eficácia) da presidência de Temer com MPs superam em mais de 10% o outro

governo com segundo insucesso, o de Dilma I, que falhou em aprovar MPs em 24,83% dos casos.

O fato de da maioria das derrotas da presidência de Temer em MPs ser decorrente da perda de eficácia indica que possivelmente há um esforço do governo em só colocar as MPs em pauta para votação na certeza da existência de força suficiente para sua aprovação. Assim, a derrota do governo em relação às MPs decorre mais da incapacidade do governo de articular e mobilizar a base aliada para sua aprovação, do que da rejeição expressa de MPs.

O gráfico a seguir ajuda a ilustrar o desempenho das presidências em relação à aprovação das MPs:



Fonte: Dados da Tabela 3.

Com ele, é possível visualizar com clareza o desempenho inferior do governo Temer em relação aos demais, questão que realmente chama atenção. O percentual de resultados neutros (MPs revogadas e prejudicadas) é similar ao dos demais governos, mas a incidência de resultados de insucesso é muito maior.

Outra questão que chama atenção é o excelente desempenho do governo Lula I na aprovação de MPs, que foi superior a 90%, superando com folga os demais, e com uma baixa ocorrência de

perdas, com apenas 7,92%. Comparado com o Governo Temer, tem-se que o número percentual de perdas é mais do que 4 vezes maior.

Diante desses dados, não há dúvidas de que Temer é o presidente com pior desempenho na aprovação de suas MPs, o que significa um menor alinhamento com o Legislativo no uso do instrumento e insucesso em mobilizar a coalizão governamental para aprovação das matérias apresentadas por MP. Por outro lado, tem-se que, mesmo assim, o percentual de sucesso ainda é bem superior ao de perdas da presidência, o que é um indicativo de que o sistema político brasileiro confere poderes tais à presidência que favorecem a aprovação de MPs, como ocorreu inclusive no mandato Dilma II, que sofreu o *impeachment*.

4. Conclusão

As duas hipóteses desse artigo, cuja inspiração foram análises da imprensa sobre a utilização de MPs pelo Governo Temer, foram: (a) de que há um aumento significativo da edição de MPs pelo Governo Temer, superando os governos anteriores; e (b) de que sua edição é feita sem um alinhamento com a coalizão supermajoritária do governo, o que leva ao seu insucesso em sua aprovação.

Na seção 1, o instituto das MPs foi explicado no contexto da disciplina jurídica do sistema político brasileiro, abrindo espaço para a análise de dados realizada no item 2.

Com os dados analisados na seção 2, o teste das hipóteses demonstra que a primeira é parcialmente incorreta e que a segunda é verdadeira.

Em relação à hipótese (a), tem-se que o Governo Temer não é o que mais apresentou MPs, proporcionalmente ao tempo de governo: com uma média de 4,38 MPs editadas por mês. Nisso, ele é superado pelos Governos Sarney, que teve a média de 7,21 MPs/mês; Itamar, com 5,86 MPs/mês; e, no passado mais recente, após a EC 32/01, Lula I, com 5,0 MPs/mês. Embora, como explicado, seja recomendável cautela na comparação com os Governos Itamar e principalmente Sarney pelas características desses governos, quais sejam, a novidade do instrumento e serem

anteriores à EC 32/01, é fato que há uma atividade inferior na edição de MPs. Já a comparação com o Governo Lula e seu número bem maior de MPs demonstra que a utilização por Temer foi não há muito superada.

Por outro lado, a atividade de edição de MPs por Temer é a mais intensa desde 2006, ou seja, nos 10 anos anteriores ao início de sua presidência. Isso porque a média de 4,38 MPs/mês supera de forma significativa as dos mandatos Lula II de 3,73 MPs/mês, Dilma I de 3,21 MPs/mês e Dilma II de 3,61 MPs/mês. Assim, não é de todo surpreendente que esse aumento na utilização de MPs chame atenção, o que torna a hipótese parcialmente verdadeira, se considerados apenas os governos *imediatamente* anteriores.

Já em relação à hipótese (b), os dados a corroboram. Temer é o presidente com menor taxa de conversão das MPs editadas em Lei. Sua performance até 31.08.2018 é o recorde inferior de 59,84% das MPs aprovadas, contra os 76,42% de Dilma II, 74,48% de Dilma I e as quantidades bem mais altas de 83,24% de Lula II, 90,42% de Lula I e 82,35% de FHC pós a EC 32/01 (já que, anteriormente, as MPs podiam ser reeditadas).

A quantidade de derrotas da Presidência Temer na aprovação é significativa, com um percentual de 37,70%, bem superior ao segundo maior, de 20,34% em Dilma II. Outro dado que chama atenção é que 43 desses 46 insucessos em aprovar a MP são devido à perda vigência da lei, ou seja, o decurso dos 120 dias sem votação.

Isso indica que o Governo Temer tem tido comparativamente pouco sucesso em mobilizar sua base aliada da coalizão em aprovar as MPs votadas, demonstrando uma falta de alinhamento com o Poder Legislativo e maior incapacidade de avançar suas pautas governamentais e políticas públicas por este instrumento. Dessa forma, apesar da conversão em Lei ainda ser a hipótese mais comum, os casos que se somam de MPs não votadas a tempo e que caducam, por falta de apoio e engajamento parlamentar necessário à sua aprovação, são muito frequentes, sendo este o Governo com menor sucesso na conversão de MPs da história constitucional brasileira até o momento.

Chama atenção o fato de que todos os casos de insucesso do governo foram por falta de apreciação das MPs, que caducaram, em vez de rejeição expressa. Isso indica que, para o Legislativo, é menos custoso e mais comum se contrapor ao governo pela inércia e pela obstrução, do que por rejeitar expressamente as MPs. Especialmente nesse caso, que, para o governo ser derrotado, basta que o Congresso não aja.

Assim, no quesito de MPs, os dados indicam que Temer se mostrou um presidente fraco e pouco eficaz na mobilização de sua coalização legislativa, incapaz de implementar sua agenda em muitas matérias que foram entendidas como casos de “relevância e urgência”. Com isso, questões públicas tidas como importantes pelo próprio governo ficam sem respostas adequadas, trazendo prejuízos em diversos setores.

Foge ao cerne desse artigo analisar quais os motivos para tanto, mas a explicação mais simples e direta para esse fraco desempenho é a fraqueza da Presidência no governo Temer e sua incapacidade de articulação alinhada com o Legislativo. Há alguns motivos que podem ser cogitados para isso: i) a baixa popularidade de Michel Temer, somada ao fato de que, por ser originalmente Vice-Presidente, nunca ter recebido o respaldo das urnas após eleição ; ii) os gastos de capital político do grupo da presidência durante o processo de *impeachment*, pela mobilização de cargos, emendas parlamentares e outros recursos; iii) os gastos ainda maiores de capital político pela Presidência, já no poder, para impedir o prosseguimento das denúncias apresentadas pelo Procurador-Geral da República contra Temer, o que o salvou de responder a processo no curso do mandato.

Além disso, tem-se que o Governo Temer se focou bastante em tentar aprovar matérias que não eram veiculadas por meio de MPs, de substancial controvérsia política, tais como a Lei da reforma trabalhista, a Emenda Constitucional do teto de gastos públicos e a Proposta de Emenda Constitucional de reforma da previdência, entre outros. Assim, se focando nesses assuntos tidos como mais estratégicos, a conversão em Lei de algumas MPs pode ter sido um objetivo secundário.

Outro fator que merece atenção é que este foi o primeiro governo após o julgamento pelo STF da ADI 5127, que proibiu a edição das “emendas jabutis”. Assim, como não foi mais possível aos parlamentares inserirem nas MPs demandas de seu interesse mais imediato, mas que não tivessem relação com o objeto da matéria, os incentivos para aprovação de MPs podem ter diminuído.

Por fim, tem-se que a investigação ora realizada poderá ser expandida após o fim da Presidência Temer, de modo a analisar os dados de todo período, como foi feito nos governos anteriores. Ainda, ressalta-se que a edição de MPs pode ser sujeita a uma análise de dados mais ampla, como por exemplo subdividindo-a por ano de governo, matéria tratada, e se foram ou não apresentadas emendas no processo de sua conversão em Lei.

A busca e sistematização de dados é de relevância para a compreensão da realidade, enriquecendo de forma significativa o entendimento sobre institutos jurídicos. Foi o que se procurou fazer nesse trabalho com as MPs, 30 anos após sua criação pela Constituição de 1988, analisando a atividade governamental de sua edição de MPs no governo Temer. Com isso, foram revelados os resultados sobre o aumento do seu uso em relação aos governos recentes e a menor taxa de sucesso de todos os governos, o que mostra como a *prática* da edição de MPs é importante para sua compreensão, bem como útil para análise de desempenho da coalização governamental.

5. Referências

- ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier; Faculdade de Direito da FGV, 2012.
- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31 n. 1, 1988, p. 5-34.
- BRASIL, portal *on-line* do Palácio do Planalto sobre legislação, disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/medidas-provisorias-2015-a-2018>>. Acesso em: 5 nov. 2018.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. rev., atual., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CYRINO, André. Administração pública e delegações legislativas no Brasil: por uma análise institucional e democrática. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patricia; et al. (Org.). *Direito público*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub de; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

_____. Executivo e legislativo na nova ordem constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001. O Congresso e as medidas provisórias: abdicação ou delegação?, capítulo 5.

JACOBSEN, Helen Letícia. *Interação estratégica entre os poderes executivo e legislativo: as Medidas Provisórias editadas nos mandatos de Lula e Dilma (2003-2014)*. Pelotas: 2016, dissertação apresentada à Universidade Federal de Pelotas no Mestrado em Ciências Políticas,

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Medidas Provisórias. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCCHI, Paulo; KERCHÉ, Fábio (Org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Perseu Abramo, 2003.

MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2013.

OLIVEIRA, Clarice G. e JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Medida provisória e controle de constitucionalidade: relevância, urgência e pertinência temática. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, dez de 2017.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

STF, ADI n. 5127, rel. para acórdão: Min Edson Fachin, j. 15.10.2015, DJe 11.05.2016.

Artigos de imprensa citados – último acesso em 23 nov. 2018

NexoJornal, 23 jul. 2016: “Governo usa recurso, que depende apenas da assinatura do presidente e de uma aprovação posterior do Congresso, para propor reforma do ensino médio. Falta de diálogo gera reclamações”. Disponível: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/09/23/Por-que-o-uso-de-Medidas-Provis%C3%B3rias-em-temas-de-alta-relev%C3%A2ncia-%C3%A9-um-problema>>.

IstoÉ, 13 jan. 2017: “Em 7 meses de governo, Temer editou mais MPs que Lula e Dilma no mesmo período”. Disponível em: <<https://istoe.com.br/em-7-meses-de-governo-temer-editou-mais-mps-que-lula-e-dilma-no-mesmo-periodo/>>.

O Globo, 19 nov. 2017: “Desde FHC, Temer é o presidente que, em média, mais edita medidas provisórias”. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/desde-fhc-temer-e-o-presidente-que-em-media-mais-edita-medidas-provisorias.ghtml>>.

Agências de Notícias do Senado Federal, 29 dez. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/12/29/publicada-nesta-sexta-mp-que-retira-da-lei-proibicao-de-privatizar-a-eletobras>>.

Estado de São Paulo, 9 jan. 2018: “Temer bate recorde em edição de MPs – Presidente supera Dilma e Lula com 1,16 medida com força de lei por semana; parlamentares reclamam e Planalto alega “urgência econômica”. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,temer-bate-recorde-em-edicao-de-mps,70002144895>>.

O Tempo, 11 jan. 2018: “Temer é Campeão de MPs”. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/temer-%C3%A9-o-campe%C3%A3o-de-mps-1.1561413>>.

Destak Jornal, 24 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.destakjornal.com.br/brasil/politica/detalhe/temer-ja-editou-11-medidas-provisorias-em-2018>>.

Folha de S. Paulo, 22 maio 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/maia-diz-que-nao-vai-votar-mp-da-privatizacao-da-eletobras.shtml>>.

Bruno Arcanjo

**Em busca do interesse
público perdido: As quatro
dimensões de um instituto
constitucionalmente
domesticado**

4

Em busca do interesse público perdido: As quatro dimensões de um instituto constitucionalmente domesticado

Bruno Arcanjo¹

Resumo

Ao lado da legalidade, a supremacia do interesse público sobre o privado é tradicionalmente considerada um dos alicerces do direito administrativo, servindo de substrato axiológico para uma variedade de institutos de direito público, como o poder de polícia. Entretanto, têm se multiplicado as vozes críticas à subsistência desse princípio no estado democrático de direito, que é calcado na centralidade dos direitos fundamentais. Alguns críticos propõem a releitura do princípio, para adequá-lo ao novo contexto constitucional. Outros advogam a sua extinção. Por sua vez, os defensores do princípio acusam os críticos de incorrer numa espécie de “falácia do espantalho”, afirmando, basicamente, que ele nunca foi tão autoritário assim como o descrevem. Este é o objetivo do presente estudo: analisar a subsistência de um “princípio” do interesse público no constitucionalismo democrático, e, a depender das conclusões obtidas no ponto anterior, determinar o seu conteúdo. Para esse fim, a exposição será dividida em quatro tópicos. No primeiro, serão analisadas as origens e o conhecimento tradicional a respeito da supremacia do interesse público. No segundo, será apresentada a crítica ao princípio e a crítica da crítica. No terceiro e no quarto, será proposto um modelo teórico de interesse público, em sua versão constitucionalmente domesticada.

Palavras-chave: Supremacia do interesse público sobre o privado. Estado democrático de direito. Direitos fundamentais. Constitucionalidade.

Abstract

Besides legality, the supremacy of public interest over the private interest is traditionally considered one of the bedrocks of

¹ Especialista em Direito Administrativo e em Direito Processual Civil (UCAM/RJ). Mestrando em Direito Público (UERJ). Procurador da Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB). Advogado autônomo. E-mail: bruno.arcanjo@adv.oab.rj.org.br.

Administrative Law, serving as axiological substrate for a variety of public law institutes, for example, police power. Meanwhile, the criticism about the subsistence of this principle in a democratic state ruled by law is crescent, since it is oriented by the centrality of human rights. Some critics suggest a rereading of the idea, aiming to harmonize it with the new constitutional context. Others advocate its extinction. On the other side, defenders of the principle accuse the critics of using a straw man argument, stating, basically, that it was never as authoritarian as they describe. The purpose of this study is: analyze the subsistence of a “principle” of public interest in the democratic constitutionalism, and, depending on the results of the previous topic, determine its meaning. The paper is organized in four topics. In the first, the origins and the conventional knowledge about the supremacy principle are analyzed. In the second, are presented the critics to the principle and the answers to these critics. A theoretical model for the constitutionally domesticated principle is presented on the third and fourth topics.

Keywords: Supremacy of public interest over private. Democratic state ruled by law. Human basic rights. Constitutionality.

1. Introdução

Os séculos XVIII e XIX foram palco de revoluções que provocaram profundas transformações políticas no mundo. Possivelmente, a revolução francesa, cujo marco temporal é o ano de 1789, foi a que com mais intensidade buscou distanciar o novo regime daquele que acabara de se derrubar. Se, no Antigo Regime, a sociedade era dividida em estamentos, instituiu-se a igualdade formal de todos perante a lei. Se a religião desempenhava papel importante na vida pública, adotou-se um regime de separação absoluta entre estado e Igreja, até com certa dose de hostilidade ao fato religioso². É a esse

2 Diferentemente do regime adotado pelos Estados Unidos da América - EUA. Na sua origem, a revolução americana foi motivada, entre outros fatores, pelo descontentamento com o tratamento dispensado pela Coroa Britânica às treze colônias, especialmente em matéria tributária. Portanto, o rompimento que lá se buscava era de caráter mais pragmático do que axiológico. Ao contrário, os revolucionários franceses almejavam uma ruptura profunda com o estado de coisas então vigente. E como a religião católica também fazia parte desse estado de coisas, ela também foi alvo do furor revolucionário. Assim, ao contrário do ocorrido nos EUA, a revolução francesa ostentou caráter acentuadamente ideológico. Em última análise, buscava-se substituir a fé religiosa por uma fé política. ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o estado*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 74.

mesmo período que se tributam outras conquistas republicanas, como o advento do estado de direito e a tripartição de Poderes. Quase cem anos mais tarde, em 1873, nasceria mais um fruto do espírito revolucionário: o direito administrativo³, que seria responsável pela submissão da Administração Pública aos ditames da lei⁴.

Diferentemente do regime da *common law*, em que Estado e indivíduo frequentemente estão em pé de igualdade (horizontalidade), o sistema do *droit administratif* é fortemente caracterizado por uma relação de desigualdade entre o ente estatal e seu súdito (verticalidade)⁵. Embora tenha raízes na antiguidade greco-romana, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao lado do princípio da legalidade, é tradicionalmente considerado um dos grandes alicerces do direito administrativo⁶, servindo até hoje de substrato axiológico para uma variedade de institutos de direito público, sendo o poder de polícia o mais notável entre eles. O conceito clássico de poder de polícia praticamente coincide com essa noção de supremacia do interesse público: o poder conferido ao estado para restringir a liberdade e a propriedade, em benefício do interesse coletivo⁷.

Há certo tempo, entretanto, têm se multiplicado as vozes críticas à subsistência de um princípio de supremacia no âmbito de um Estado democrático de direito, que é calcado na centralidade dos direitos fundamentais. Alguns desses críticos propõem uma releitura do princípio, para adequá-la ao novo contexto constitucional. Outros advogam a sua própria extinção, reputando ser incompatível com o princípio democrático uma superioridade hierárquica, ainda que *prima facie*, do interesse público sobre o privado.

3 Trata-se do caso Blanco, considerado a certidão de nascimento do direito administrativo francês. Nele, o Tribunal de Conflitos, responsável por dirimir conflitos de competência entre as jurisdições comum e administrativa, definiu a competência do Conselho de Estado para julgar caso envolvendo atropelamento causado por vagonete de uma empresa estatal de manufatura de tabaco, em virtude da prestação de um serviço público, que reclamaria a aplicação de regras diferentes daquelas aplicáveis aos particulares.

4 Como será visto a seguir, existem críticas à suposta gênese garantista do direito administrativo.

5 Para uma análise clássica dos dois regimes, embora tendencialmente mais benevolente em relação à *common law*: DICEY, Albert. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan, 1915, p. 213-267. Analisando a influência dos dois modelos sobre o tema do ato administrativo, vide: MOTTA, Fabrício. O ato administrativo no direito inglês. *Revista de direito administrativo e constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003, p. 71-99.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, 1967, p. 9-11.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 61, n. 445, nov. 1972, p. 289; TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 27, 1952, p. 8.

Em razão dessas críticas, boa parte dos institutos de direito público vem sendo revisitada na atualidade. Aproveitando o exemplo do poder de polícia, ele se transformaria, de um poder para restringir direitos, num sistema de indução de comportamentos, com vistas à realização dos direitos fundamentais⁸. Na busca desse objetivo, a restrição de direitos seria apenas um dos instrumentos passíveis de utilização pelo estado, muitas vezes não preferencial.

Nesse contexto, o objetivo do presente estudo é analisar a subsistência de um princípio do interesse público no constitucionalismo democrático; e, a depender das conclusões obtidas no ponto anterior, determinar o seu conteúdo. Para esse fim, a exposição será dividida em quatro tópicos. No primeiro, serão analisadas as origens e o conhecimento tradicional a respeito da supremacia do interesse público. No segundo, será apresentada a crítica ao princípio e a crítica da crítica. No terceiro e no quarto, será proposto um modelo teórico de interesse público, em sua versão constitucionalmente domesticada.

Parafraseando o título de obra célebre de Vasco Pereira da Silva⁹, a busca pelo interesse público perdido pretende oferecer uma nova perspectiva sobre um tema não tão novo assim. Uma síntese dos movimentos de conservação e reforma, explorando as potencialidades do instituto, sem descurar de mecanismos de salvaguarda contra capturas autoritárias.

2. Supremacia do interesse público sobre o privado: a formação do pensamento jurídico tradicional

Como visto na introdução, a noção de interesse público tem origens históricas que remetem à antiguidade clássica. Aristóteles, ao analisar as diferentes formas de governo, reputa como boas aquelas que visavam ao interesse comum, e, más, as que visavam ao interesse próprio. Na Idade Média, São Tomás de

8 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 71.

9 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

Aquino introduz a persecução do bem comum como finalidade do estado. Com o advento do liberalismo¹⁰ e a consequente ascensão do individualismo, “substitui-se a ideia de bem comum, impregnada de cunho moral e ideológico, pela ideia de interesse geral, de cunho utilitarista”¹¹, sendo a lei, por excelência, a manifestação dessa vontade geral, fruto da razão humana. Há uma separação nítida e estanque entre os domínios público e privado. Segundo Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem¹², no estado liberal:

O bem comum não era algo materialmente definido, a ser buscado e determinado pelo Estado; ele resultava da concorrência das decisões das vontades individuais, ou seja, seria uma consequência do pleno exercício das liberdades individuais. O interesse público estava na proteção do desenvolvimento dos interesses privados.

10 De acordo com John Rawls: “[...] o liberalismo político assume o pluralismo razoável como um pluralismo de doutrinas abrangentes, incluindo tanto as doutrinas religiosas quanto as não-religiosas. Esse pluralismo não é tido como algo desastroso, e sim como o resultado natural das atividades da razão humana sob instituições livres e duradouras. [...] o problema do liberalismo político consiste em compreender como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis. Em outras palavras: como é possível que doutrinas abrangentes profundamente opostas, embora razoáveis, possam conviver e que todas endossem a concepção política de um regime constitucional? Qual é a estrutura e o teor de uma concepção política que conquista o apoio de um tal consenso sobreposto? [...]”. Segundo o autor, a razão pública seria um instrumento para atingir esse objetivo. RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000. p. 24-26. Nas palavras de José Vicente Santos de Mendonça: “A razão pública é a forma de se argumentar publicamente na sociedade democrática. [...] O conteúdo da razão pública é, na essência, o de um dever de reciprocidade: as razões apresentadas por uma pessoa só podem ser aquelas que ela própria razoavelmente aceitaria, e que ela esperaria de boa-fé que outra pessoa razoavelmente aceitasse. Há outros requisitos para a razão pública: deve-se apelar somente a crenças gerais e às formas de argumentação atualmente aceitas e encontradas no senso comum; devem-se usar os métodos e conclusões da ciência, mas apenas quando não controvertidos.”. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 119-120. Para uma síntese das críticas comunitaristas ao liberalismo político de Rawls, vide: MULHALL, Stephen; SWIFT, Adam. *Liberals and communitarians*. Oxford: Blackwell, 1992.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 86-88.

12 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29.

Com o advento do estado social, fruto das revoluções sociais do século XIX, o interesse público volta a se identificar com a noção de bem comum, reassumindo a sua carga axiológica. Ao Estado passam a ser acometidas competências não somente negativas, mas também positivas, de realização de fins sociais. Para a realização desses fins, reconhece-se ao Estado a prerrogativa de limitar direitos individuais. Como a liberdade irrestrita dos indivíduos tenderia a gerar desigualdade e injustiça, competiria ao Estado limitar essa liberdade em favor de interesses supraindividuais.

As competências interventivas originárias do Estado são aumentadas em intensidade, ao mesmo tempo em que novas e volumosas competências lhe são acrescentadas, notadamente nos domínios social e econômico. Boa parte da teoria clássica do estado de direito é revista, notadamente nos aspectos: do papel da lei no ordenamento jurídico, que perdeu a sua exclusividade jurígena; da adoção do princípio da juridicidade em lugar da legalidade, significando a vinculação da Administração, em diferentes graus, a todo o ordenamento jurídico e não apenas à lei formal; da proeminência do Executivo em lugar do Legislativo; da mitigação da diferença entre atos públicos e privados (fenômeno da publicização do direito privado); do surgimento dos direitos fundamentais de 2ª geração e da dimensão positiva dos de 1ª geração, entre outros¹³.

É nesse contexto que se desenvolve a noção do princípio da supremacia do interesse público reputada aqui como clássica, que, para a doutrina tradicional, ainda hoje constitui verdadeiro axioma¹⁴ do direito público. Embora a noção geral desse

13 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 11-45.

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 70.

Na antiguidade clássica, o termo axioma era originalmente utilizado para designar as verdades científicas indemonstráveis, mas autoevidentes. Já na modernidade, por obra do formalismo matemático e lógico, o conceito de axioma foi despido das noções de verdade, certeza e evidência, passando a ser "nem verdadeiros nem falsos, mas assumidos por convenção, com base em motivos de oportunidade, como fundamentos ou premissas do discurso matemático". ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 101-102. Em outras palavras, axiomas são consensos mínimos utilizados como base para uma formulação teórica posterior. O princípio da não contradição, segundo o qual uma proposição não pode ser verdadeira e falsa ao mesmo tempo, é um exemplo de axioma. Nas palavras de Aristóteles: "[...] por ser evidente que os axiomas pertencem a todas as coisas [...], caberá a quem estuda o ser enquanto ser [o filósofo] estudar também esses axiomas. [...] Depois do que foi dito, ▶

princípio seja um tanto intuitiva, é importante fixar neste momento os seus contornos, por uma exigência de ordem didática. Até porque, como visto anteriormente, a sua compreensão variou ao longo da história¹⁵. Assim, para os fins deste estudo, a concepção clássica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado consiste na prevalência, em abstrato, do interesse público primário do Estado, quando em tensão com interesses privados. A seguir, serão analisados os elementos essenciais do conceito.

A referência a interesse público primário é tributária de Renato Alessi¹⁶, para quem o interesse público primário está ligado à noção de bem comum, ou seja, o interesse da coletividade que cabe ao Estado perseguir. Já o secundário é o interesse da pessoa jurídica estatal, que só seria legítimo perseguir quando não conflitasse com o primário¹⁷. Por último, a dicotomia interesses públicos *versus* interesses privados pode ser compreendida em termos de interesses gerais da coletividade *versus* interesses meramente individuais.

Conjugando as noções apresentadas acima, a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado pode ser reapresentada da seguinte forma: interesses gerais da coletividade

14 devemos definir esse princípio [da não-contradição]. É impossível que a mesma coisa, ao mesmo tempo, pertença e não pertença a uma mesma coisa, segundo o mesmo aspecto [...]. Este é o mais seguro de todos os princípios [...]. Efetivamente, é impossível a quem quer que seja acreditar que uma mesma coisa seja e não seja [...]. [...] é evidentemente impossível que, ao mesmo tempo, a mesma pessoa admita verdadeiramente que a mesma coisa exista e não exista. Quem se enganasse sobre esse ponto teria ao mesmo tempo opiniões contraditórias. Portanto, todos os que demonstram alguma coisa remetem-se a essa noção última, porque, por sua natureza, constitui o princípio de todos os outros axiomas". ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 141-145.

15 Para um estudo analítico da evolução histórica do princípio, vide: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 420 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) -Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 13-88.

16 ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*: tomo I. Barcelona: Bosch, 1970. p. 180-210.

17 A propósito do interesse público secundário, Celso Antônio Bandeira de Mello cogita que, na condição de pessoa jurídica como qualquer outra, "o Estado poderia ter interesse em tributar desmesuradamente os administrados, que assim enriqueceria o Erário, conquanto empobrecesse a Sociedade; que, sob igual ótica, poderia ter interesse em pagar valores ínfimos aos seus servidores, reduzindo-os ao nível de mera subsistência, com o quê refrearia ao extremo seus dispêndios na matéria; sem embargo, tais interesses não são interesses públicos [primários], pois estes, que lhe assiste prover, são os de favorecer o bem-estar da Sociedade e de retribuir condignamente os que lhe prestam serviços". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 67.

prevalecem sobre interesses meramente individuais. Em última análise, uma dúplica finalidade está subjacente a essa noção de supremacia: a legitimação das prerrogativas do estado¹⁸ e a imposição de sujeições aos seus súditos¹⁹.

Conforme será visto no tópico seguinte, a existência e a determinabilidade de um interesse público têm sido postas em xeque. Expostas, em linhas gerais, as origens da supremacia do interesse público e seu sentido para o pensamento jurídico tradicional, no tópico seguinte serão apresentadas as críticas mais comuns dirigidas a esse princípio, assim como as suas respostas.

2. Crise dos paradigmas: a teoria geral entre a desconstrução e a reconstrução

Já se afirmou anteriormente que existe um forte, e crescente, movimento de crítica aos pressupostos fundamentais da teoria geral de direito público. A discussão vai desde o seu fundamento e se espraia pelos seus diversos institutos. Essas críticas advogam, em última análise, a extinção ou a reformulação de certas categorias

18 As prerrogativas processuais da Fazenda Pública são um notório exemplo. Embora não seja o escopo deste estudo, cabe pontuar brevemente que a supremacia do interesse público sempre foi o seu fundamento. O raciocínio é singelo: como a missão do estado é promover o bem comum, e como esse propósito é valorativamente superior ao dos particulares, ele deve gozar de prerrogativas processuais que facilitem o cumprimento desse dever. Mais recentemente, no bojo das críticas à supremacia, alguns autores processualistas têm sugerido a mudança do seu fundamento legitimador, papel que deve passar a ser desempenhado pela igualdade material. Isso porque, na prática, existem situações que criam desvantagens processuais efetivas para a Administração (fenômeno da sub-representação processual da Fazenda). O pressuposto fático é a condição atual da máquina pública brasileira: burocrática e ineficiente, na maioria dos casos. Ajuizada uma ação em face do estado, seu órgão de representação precisa solicitar informações à autoridade responsável pelo ato impugnado, para dar subsídios à defesa. Após percorrer um longo caminho, a solicitação, enfim, retorna às mãos do procurador, que agora dispõe de um prazo menor para elaborar a manifestação processual. Daí a necessidade, por exemplo, de prazos mais dilatados para as manifestações da Fazenda. A validade das prerrogativas está condicionada a dois fatores: um fator jurídico, que é a previsão em lei e a obediência à proporcionalidade; e um extrajurídico, que é a efetiva sub-representação processual da Fazenda. Este último aspecto significa, por exemplo, que, se for implementado um sistema que proporcione uma eficiente comunicação entre os órgãos da Administração, fazendo com que a informação de interesse da defesa chegue à procuradoria com mais celeridade, prerrogativas como a do prazo em dobro perderão o seu fundamento de validade. Trata-se de uma manifestação da chamada inconstitucionalidade progressiva: por razões fáticas, a norma é considerada como sendo "ainda constitucional", mas em vias de se tornar inconstitucional. Para uma análise mais profunda do tema, vide: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 27-37; RODRIGUES, Marco Antônio. *A fazenda pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 5-31.

19 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011, p. 59-110.

teóricas consideradas total ou parcialmente incompatíveis com o modelo atual de estado e sociedade. Poder de polícia, ato administrativo, interesse público, discricionariedade, serviço público, são vários os institutos submetidos a revisão²⁰. O primeiro alvo das críticas é a própria origem do direito administrativo, que não seria tão garantista quanto prega o pensamento tradicional.

2.1 Crítica à gênese garantista do direito administrativo

A crítica parte da própria origem do direito administrativo. Segundo o *mainstream*, ele teria nascido da Revolução Francesa, como forma de limitação do poder do Estado e proteção dos cidadãos. Teria, assim, uma origem garantista. Entretanto, autores como Paulo Otero²¹ e Vasco Pereira da Silva²² põem em dúvida essa percepção. Para esses autores, o advento do estado liberal é caracterizado por uma série de contradições.

Uma delas é que, motivados por uma desconfiança em relação ao Poder Judiciário, somada a uma interpretação heterodoxa da separação de Poderes, os revolucionários franceses eram avessos à ideia de que a administração pudesse ser submetida ao controle judicial. Por essa razão, idealizaram a figura do contencioso administrativo, a justiça da administração. Se a retórica revolucionária era de contenção de poder do estado, por que razão blindar o Executivo do controle judicial?

Uma segunda contradição envolve a criação do conceito de ato administrativo. Diferentemente do que se poderia esperar de um sistema de supremacia do parlamento, o ato administrativo foi fruto da jurisprudência do Conselho de Estado francês. Com seus atributos da presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade, municiava o estado com as vantagens necessárias à concretização das suas decisões. Ao mesmo tempo, sua validade estava sujeita ao controle do Conselho de Estado.

20 Odete Medauar fornece um panorama geral dessas transformações em: MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

21 OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*: v. 1. Coimbra: Almedina, 2013. p. 251-292.

22 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 11-45.

Por essas e outras contradições, a gênese do direito administrativo teria um caráter mais autoritário do que efetivamente garantístico, de manutenção das práticas do Antigo Regime, embora com nova fundamentação ideológica. De um lado, limitação do poder do estado e proteção dos direitos cidadãos. Do outro, poderes exorbitantes para a realização do interesse público. A esse paradoxo entre liberdade e autoridade, Floriano de Azevedo dá o nome de “bipolaridade do direito administrativo”. Segundo esse autor²³, a expressão é uma:

[...] forma de lembrar a contradição essencial existente na estruturação tradicional deste ramo jurídico, em que a proteção e a consagração de direitos fundamentais convivem permanentemente contrapostas ao sacrifício, à limitação e ao condicionamento de outros tantos direitos, até mesmo os fundamentais. A lembrança desta bipolaridade nos é útil, mais que tudo, para lembrar que o direito administrativo tem sido edificado sobre várias dicotomias, além da célebre oposição autoridade/liberdade; público/privado; indivíduo/coletividade; concentração/limitação do poder; legalidade/discricionariedade. Em termos bastante sintéticos, o direito administrativo equilibra-se entre várias polaridades, edifica-se sobre inúmeras contradições. [...] O que intentamos mostrar é que, premido pelos polos da autoridade e da liberdade, o direito administrativo irá se transformar de um direito que se quer garantidor do indivíduo em face do poder em um direito da exorbitância.

Em resposta a essa crítica, Maria Sylvia Di Pietro pondera que, por influência do direito comunitário europeu e do norte-americano, vivemos um momento de reflexão sobre as categorias fundamentais do direito administrativo, mas sem que se fale em algo efetivamente novo. Trata-se apenas de um movimento pendular, que hoje pende para a liberdade. A autora faz comparação com a crise do Direito Civil no século XX.

23 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 354.

Por sua vez, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem²⁴ consideram um exagero sustentar a tese da gênese autoritária do direito administrativo, ainda que certas estruturas tenham se mantido entre os dois regimes. Embora as realidades políticas na França fossem autoritárias antes e depois da revolução, eram ontologicamente distintas, e não devem ser desconsiderados os avanços reais e simbólicos da revolução liberal. Há um íterim a ser percorrido entre a mudança nas ideias e nas instituições. Quanto à crítica da dualidade de jurisdição, seria errado supor que, com o controle jurisdicional (e a tripartição de Poderes original), haveria mais garantias para os cidadãos. O regime anglo-saxão não seria tão diferente na prática. Toda essa polêmica seria consequência de uma importação irrefletida do pensamento estrangeiro, visto que a aplicação autoritária do direito no Brasil tem suas próprias explicações, e aqui a adoção dos conceitos criticados teve efetivamente uma finalidade garantista.

2.2 Crítica à supremacia do interesse público sobre o privado

De um modo geral, as críticas ao princípio contestam²⁵: i) a existência de uma supremacia do interesse público de forma desvinculada do caso concreto, que, inclusive, desconsidera posições individuais irredutíveis, e ii) a própria noção e a determinabilidade do que seja interesse público, no contexto do constitucionalismo democrático^{26,27}. A seguir, cada um desses elementos será analisado.

24 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13-22; GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério da subsidiariedade como determinante dos fins do estado social*. 396 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 239-268.

25 Daniel Wunder Hachem ainda acrescenta duas outras críticas, que, dada a dimensão deste trabalho, não é possível abordar: a impossibilidade do enquadramento da supremacia como princípio jurídico e a sua inutilidade prática. HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 420 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 204-304.

26 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 129.

27 A crítica ao princípio é tão prestigiada atualmente, a ponto de Odete Medauar elencá-lo entre os obsoletismos do direito administrativo. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 370-378.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso²⁸, constitucionalismo democrático é:

[...] a ideologia vitoriosa do século XX, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram. Também referido como Estado constitucional ou, na terminologia da Constituição brasileira, como Estado democrático de direito, ele é o produto da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais.

Para o primeiro grupo de críticas, em razão da centralidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional vigente, interesses coletivos e privados devem estar em pé de igualdade, sendo que eventual preponderância de um sobre o outro deve ser aferida à luz das circunstâncias do caso concreto, mediante o emprego da técnica da ponderação, orientada pela proporcionalidade. O raciocínio é basicamente o seguinte: se o centro da ordem jurídica são os direitos fundamentais, que, por sua vez, se estruturam em função da dignidade humana, das duas, uma – ou não existe preferência entre interesses coletivos e individuais, ou, se existe, essa preferência é invertida, isto é, os interesses individuais têm preferência sobre os coletivos²⁹.

28 BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

29 Nesse sentido, Humberto Ávila chega a afirmar que, “se houvesse alguma regra abstrata de prevalência, essa seria em favor dos interesses privados”. ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 186.

Além disso, existem posições individuais irredutíveis, que decorrem da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, que, por possuírem *status* de regra³⁰, sequer seriam ponderáveis³¹. Um exemplo seria a vedação da tortura, prevista no art. 5º, III, da Constituição de 1988. Como esse direito está compreendido no núcleo essencial da dignidade humana, nenhum interesse coletivo que com ele conflitasse poderia prevalecer.

Para o segundo grupo de críticas, o problema está na indeterminabilidade e na aparente exclusão dos interesses particulares da noção clássica de interesse público. Devido ao amplo leque de competências acometidas ao estado, tanto a coletividade quanto os indivíduos são destinatários das suas prestações. E em razão da diversidade desses mesmos interesses que cabe ao Estado tutelar, pode até ser que, no caso concreto, eles sejam igualmente legítimos, mas antagônicos entre si. Daí a necessidade de postergar a solução do conflito para o caso concreto.

Em resposta, autores como Carvalho Filho sustentam que, embora seja um conceito jurídico indeterminado, “é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva”³². Caso a indeterminação do conceito de interesse público fosse um empecilho absoluto à sua existência, ela também o seria para inúmeros outros conceitos jurídicos indeterminados consagrados na ordem jurídica. Isso sem falar que essa indeterminação se manifesta em diferentes gradações, de acordo com a matéria em questão³³.

30 Segundo Ana Paula de Barcellos, “os princípios em questão operam na realidade de duas formas distintas: relativamente ao seu núcleo, funcionam como regras e, apenas em relação a sua área não nuclear, funcionam como princípios propriamente ditos”. Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 180.

31 Esse é o entendimento da maior parte da doutrina, a exemplo de Virgílio Afonso da Silva. Ressalva-se a posição de Humberto Ávila, para quem as regras também teriam dimensão de peso, sendo, portanto, ponderáveis. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 47-64.

32 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 34.

33 “Quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atinge o seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito, porque cada qual tem em vista proteger valores específicos. Também diminui quando se consideram os diferentes setores de atuação do Estado, como saúde, educação, justiça, segurança, transportes, cada qual com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. A indeterminação ainda se restringe de forma mais intensa em relação a determinados institutos, como, exemplificativamente, os contratos administrativos, as diferentes formas de intervenção►

Por sua vez, Di Pietro³⁴, Gabardo e Hachem³⁵ afirmam que os críticos partem de uma falácia do espantalho. Abstraindo-se alguns argumentos *ad hominem* dirigidos aos críticos³⁶, esses autores sustentam que o princípio da supremacia não teria toda essa carga de autoritarismo, já que o interesse público não deve prevalecer em toda e qualquer situação; a proporcionalidade deve ser respeitada na sua aplicação; seu conteúdo é determinável e está ligado à noção atual de bem comum, essencialmente distinta do individualismo oitocentista; a supremacia é encampada pelo direito positivo, não podendo ser ignorada; e o Estado não deve promover interesses egoísticos.

3. Em busca do interesse público perdido

3.1 É possível domesticar o Cavalo de Troia?

Sem a pretensão de propor um *tertium genus*, é mais adequado “pensar a evolução histórica da disciplina como uma sucessão de impulsos contraditórios”³⁷: um encadeamento de idas e vindas, progressos e retrocessos, muitas vezes involuntários e à revelia dos projetos teóricos, sejam eles autoritários ou garantistas. Algo de garantista a Revolução Francesa inaugurou. Mas talvez não tanto quanto defendem os mais românticos.

³³ na propriedade e na economia, as licitações. Não se pode dizer que seja indeterminado o interesse público presente na rescisão unilateral de um contrato administrativo que cause danos ao meio ambiente, ao consumidor ou ao patrimônio público; ou que seja indeterminado o interesse público inspirador de um tombamento ou de uma desapropriação; ou que seja indeterminado o interesse público a ser protegido em um procedimento de licitação. Em todos esses exemplos, é o princípio da supremacia do interesse público que está na base da atuação administrativa. Não o princípio aplicado livremente pela Administração, mas o princípio aplicado pela forma como está delimitado pelo ordenamento jurídico.” DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94-102.

³⁵ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28-60.

³⁶ Além de atacar as críticas no mérito, os autores denunciam que objetivo por trás delas seria a prevalência de interesses econômicos neoliberais, teoria econômica essa que já estaria superada, além de serem ideias pretensamente originais.

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 18.

Provavelmente, a causa principal do desconforto dos autores mais modernos com os institutos tradicionais de direito público seja a sua especial capacidade de servir a regimes autoritários. De um modo geral, os institutos exorbitantes se acoplam muito eficientemente a regimes ditatoriais. Sob esse aspecto, condescender com a existência deles seria o mesmo que ter um Cavalo de Troia dentro do sistema democrático. Uma ameaça latente, que pode sair do seu estado de repouso em momentos de turbulência política e institucional. Essa constatação é ainda mais pertinente no contexto brasileiro. Gustavo Binbenbojm³⁸ externa essa preocupação nos seguintes termos:

É que, em grande medida, o uso arbitrário do dito princípio da supremacia do interesse público ocorreu sob o manto dessa fluidez conceitual. Como o interesse público é um conceito vago, o Poder Público sempre desfrutou de ampla margem de liberdade na sua concretização; a partir do momento em que concretizado, tal conteúdo passava a gozar de supremacia sobre os interesses particulares; assim, o voluntarismo dos governantes adquiria supremacia sobre os direitos individuais. Neste sentido, o exemplo histórico da justificação da malsinada doutrina da segurança nacional a partir do princípio da supremacia do interesse público é eloquente e irresponsável. Um princípio que tudo legitima não se presta a legitimar absolutamente nada.

Emblemático é o discurso proferido por Hely Lopes Meirelles³⁹ na Escola Superior de Guerra, em 1972, em plena ditadura militar, mas apenas quarenta e seis anos atrás. Com o título “Poder de polícia e segurança nacional”, o administrativista sustentou em sua palestra que, em nome da segurança nacional (que é, inegavelmente, um desdobramento do interesse público):

[...] é direito e dever do Estado, prevenir e reprimir toda conduta atentatória da segurança nacional, no

³⁸ Idem, p. 104.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Poder de polícia e segurança nacional*. Revista dos Tribunais, v. 61, n. 445, novembro de 1972, p. 296-297.

sentido global em que está conceituada. Além das atividades subversivas características pelo emprego da violência para a tomada do Poder, outras existem que podem influir na opinião pública e afetar a segurança nacional, tal como a divulgação de ideias e noticiários tendenciosos, por todos e quaisquer meios de comunicação falada, escrita ou expressa na imagem, pela imprensa, pelos filmes, pelo rádio ou pela televisão, as quais, por isso mesmo ficam sujeitas ao controle do Estado, através do poder de polícia. Essas limitações à imprensa são perfeitamente compreensíveis e de adoção universal [...]. Não se nega – nem deve o Estado Democrático negar – liberdade à imprensa [...]. Mas essa liberdade não pode ser ilimitada, porque descamba para a licença e a distorção. [...] para esses fins é que foi promulgada a nossa vigente Lei de Imprensa [...]. Mas não só nesse setor. [...] Assim é no campo dos espetáculos públicos, [...] para impedir ou coibir a divulgação da ideia ou da imagem atentatória da moral ou incitadora da desordem que afeta a segurança nacional. Assim é nas reuniões públicas em que o calor do debate pode gerar polêmica e esta degenerar em conflito social perturbador da ordem interna. Assim é nas greves nos serviços públicos e atividades essenciais à comunidade, em que a sua paralisação ou atraso no atendimento da população pode provocar danos irreparáveis e reação popular de conseqüências imprevisíveis. [...] Assim é, enfim, em todas as ações ou omissões individuais ou coletivas.

Na parte inicial do seu texto, Hely recapitula noções essenciais da dogmática de direito administrativo, como o poder de polícia. Comparando essa exposição com a generalidade dos manuais de direito administrativo contemporâneos, pouca ou nenhuma variação se percebe. Como pode o mesmo instituto servir a dois senhores⁴⁰,

⁴⁰ Trata-se de uma paráfrase do versículo bíblico de Mateus 6:24, segundo o qual "Ninguém pode servir a dois senhores; porque ou há de odiar um e amar o outro, ou se dedicará a um e desprezará o outro. [...]". O SANTO evangelho segundo S. Mateus. *A bíblia sagrada*: edição revista e corrigida. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969, cap. 6, v. 24.

a dois regimes constitucionais tão antagônicos? A preocupação dos críticos é procedente. Embora também seja forçoso reconhecer a pouca resistência que o direito pode oferecer à escalada autoritária. Por mais garantistas que sejam as instituições, de nada servirão se o próprio povo decidir solapá-las.

Ainda que o interesse público carregue em si um código malicioso, facilmente executável por usuários com inclinações autoritárias, ele não pode simplesmente ser abandonado. Isso porque são vários os diplomas normativos que lhe fazem menção. Um exemplo é a Lei de Processo Administrativo Federal, Lei Federal nº 9.784/1999, cujo art. 2º estabelece que a Administração deve obedecer ao princípio do interesse público. A própria Constituição lhe remete em diversas oportunidades, a exemplo do art. 3º, IV, que define como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, e do art. 95, II, que garante aos juízes inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público.

Se a própria ordem jurídica se refere ao interesse público como motivo para a prática de atos pelo Poder Público, é preciso concluir, por uma exigência de lógica, que existem interesses não públicos, que cederão lugar quando em confronto com os primeiros. Talvez o equívoco da dogmática tradicional tenha sido rotular esses interesses não públicos de interesses privados, atribuindo a eles uma carga semântica de inferioridade, até egoísmo.

Por outro lado, se o interesse público equivaler ao resultado da ponderação *in concreto*, ele acabará se tornando um conceito vazio e inútil. Dizendo de outra forma: se o interesse público é o motivo ou a diretriz para a tomada de decisão pelo Poder Público, ele não pode ser, ao mesmo tempo, o produto final desse processo decisório. Por isso, é preciso reconhecer no interesse público algum conteúdo diretivo.

Ainda assim, permanece o problema da identificação dos interesses público e não público. Neste ponto, embora criticável sob alguns aspectos, é pertinente a abordagem que empreende Marçal Justen Filho⁴¹. Enxergando alguma virtude no princípio, mas

41 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 150-164.

ao mesmo tempo reconhecendo a dificuldade de identificar o que venha a ser interesse público, o autor sugere que a primeira aproximação seja feita por exclusão, ou seja, pela identificação daquilo que ele não é. Nesse sentido, interesse público não se confundiria com os interesses do Estado, do aparato administrativo, do agente público, da sociedade, da totalidade dos sujeitos privados e da maioria dos sujeitos privados⁴².

Não coincidiria com o interesse do Estado, pois este existe justamente para promover o interesse público. Logo, o interesse público é antecedente à própria criação do Estado. De maneira semelhante, também não coincidiria com o interesse da máquina estatal, já que este, no máximo, seria um interesse público secundário. Tampouco coincidiria com o interesse do agente público, pois isso representaria uma perniciosa manifestação de patrimonialismo.

Os critérios restantes demandam uma análise mais detida. Em última análise, o autor sustenta que o interesse público não se traduziria no interesse quer da sociedade, quer da totalidade dos indivíduos ou da maioria da população (critérios aritméticos), pois isso constituiria autoritarismo e opressão sobre minorias. Seriam genuinamente públicos apenas os interesses indisponíveis, relacionados à promoção dos direitos fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana.

Sem sombra de dúvida, trata-se de um esforço argumentativo louvável. Entretanto, a conclusão do raciocínio acaba não tendo muita aplicabilidade prática. Como visto, o autor defende que interesse público é aquele que promove direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos, majoritários ou minoritários. Ora, se toda atuação estatal pode ser reconduzida, em tese, à satisfação de algum direito fundamental (ressalvada, obviamente, a prática de atos ilícitos pela Administração), e se são numerosíssimos os direitos fundamentais consagrados na Constituição, muitos deles contraditórios entre si, a solução fica sem utilidade prática. Por exemplo, até o chamado interesse público secundário contribui para a concretização de direitos fundamentais.

⁴² No mesmo sentido: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Regime administrativo brasileiro e constituição federal de 1988: aportes teóricos nas noções de interesse público, discricionariedade e prerrogativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 101.

Uma vez demonstrado que não é possível, simplesmente, abrir mão da noção de interesse público, e que, para não torná-la inútil, a identificação do que seja interesse público não pode ser resultado do processo de ponderação, é necessário formular um modelo teórico de interesse público que respeite a sua função diretiva, tenha utilidade, e seja compatível com a atual ordem constitucional.

3.2 A natureza do “princípio” do interesse público

Embora geralmente a ele se refiram como princípio, importa investigar a sua real natureza. De acordo com Robert Alexy, assim como as regras, princípios são enunciados normativos: encadeamento de palavras através do qual se proíbe, permite ou ordena um dado comportamento. Os critérios que buscam distinguir uma espécie da outra são abundantes em doutrina. Entre os mais recorrentes⁴³, podem ser citados os seguintes:

a) Quanto ao conteúdo: Regras prescrevem comportamentos, sem imediatamente indagar sobre os fins que as condutas descritas visam realizar. Por sua vez, princípios estabelecem objetivos a serem alcançados, sem necessariamente definir quais ações devem ser praticadas para a consecução desses mesmos fins⁴⁴.

⁴³ Existem ainda outros, que se mencionam apenas para fins de registro, já que o objetivo deste trabalho não permite uma catalogação exaustiva das classificações. Quanto ao grau de importância, “princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios”. Quanto ao grau de abstração e generalidade, “princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras.”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 44. Ainda segundo o autor, é útil pontuar que, desde que metodologicamente coerentes e não contraditórias, não há que se falar em classificações mais ou menos adequadas, mais ou menos modernas, melhores ou piores. Classificações são úteis ou inúteis, de acordo com a precisão do critério diferenciador escolhido. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, jan./jun. 2003, p. 607-630.

⁴⁴ “Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são valores. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são fins públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar-se que regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.6, n. 23, 2003, p. 35. Para um maior aprofundamento do ponto, vide BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 170-177.

- b) Quanto à estrutura/aplicação⁴⁵:** Ressalvado o seu núcleo essencial, que tem natureza de regra, e encerra, portanto, posições irredutíveis, a estrutura dos princípios permite que seu conteúdo seja satisfeito na maior medida do possível, considerando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes (comandos de otimização, que instituem direitos e obrigações *prima facie*). Diferentemente, a estrutura monolítica das regras impõe que seu comando seja realizado totalmente, desde que aplicáveis ao caso concreto (comandos de definição, que instituem direitos e obrigações definitivos). Em outras palavras, configurada a hipótese de incidência de uma regra, ou ela incide totalmente porque válida, ou não incide, também totalmente, porque inválida.
- c) Quanto à forma de solução de antinomias:** Conflitos normativos entre regras são solucionados pelos critérios hermenêuticos tradicionais, entre eles o hierárquico, temporal, que são solucionáveis por ponderação. Devido à dimensão de peso própria dos princípios, é possível estabelecer entre eles relações condicionadas de precedência⁴⁶, isto é, a conclusão de que, em determinado contexto fático, e sem declaração de invalidade de qualquer dos enunciados em tensão, um princípio tem precedência em relação ao outro.

À luz das distinções apresentadas, não é tranquilo inseri-lo na categoria dos princípios⁴⁷. Isso porque é inviável cogitar de uma solução final que atenda mais ou menos ao interesse público. Ou a decisão atende ao interesse público ou não atende. Da mesma forma, não parece correto inseri-lo na categoria das regras, já que, uma vez participando do processo de ponderação, poderá não prevalecer no caso concreto. Ora, se não se trata de princípio nem regra, qual a sua natureza? Descartadas essas duas possibilidades, a categoria que mais bem se amolda ao interesse público é a de parâmetro de

45 Embora teoricamente distintos, por razões didáticas, optou-se por fundir os dois critérios, devido à sua íntima relação.

46 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50.

47 Em sentido contrário: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 420 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 207-263.

ponderação específico. Para elucidar o ponto, é necessário, antes, revisitar o roteiro do processo de ponderação.

Segundo Ana Paula de Barcellos, a ponderação consiste num processo de três etapas. Na primeira etapa, são identificados os enunciados normativos em tensão, e, em seguida, reunidos em grupos de acordo com as soluções que indicam. Na segunda, são identificados os elementos juridicamente relevantes do caso concreto, capazes de atribuir maior ou menor peso a cada uma das soluções possíveis. Na terceira, depois de ponderados os elementos reunidos anteriormente, é tomada a decisão, orientada por parâmetros.

Parâmetros são preferências/presunções relativas que orientam a tomada de decisão, e podem ser gerais ou específicos. Gerais são os parâmetros aplicáveis a toda ponderação, independente dos enunciados em tensão. São exemplos de parâmetros gerais os que estipulam que: regras prevalecem sobre princípios; e que normas que mais diretamente promovam direitos fundamentais devem ter preferência sobre aquelas que o façam apenas indiretamente⁴⁸.

Por sua vez, parâmetros específicos são aqueles que se aplicam a uma determinada configuração de conflito normativo. Por exemplo, para o caso de conflito entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade, Luís Roberto Barroso⁴⁹ propõe como parâmetros específicos: a preferência por sanções a *posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação da informação; e a proteção preferencial da divulgação de informação sobre fato verdadeiro, obtida por meio lícito, ocorrido em local público e sobre o qual haja interesse público, seja por envolver personalidade pública ou órgão do governo, seja pela natureza do próprio fato (por exemplo, acidentes e crimes em geral).

Por serem preferências apenas relativas, os parâmetros podem ser superados no caso concreto. Todavia, esse afastamento

48 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 165-274.

49 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*: v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 113-117.

gerará para o intérprete um ônus argumentativo muito maior. A título de exemplo, embora a preferência de regras sobre princípios seja um parâmetro geral, pode acontecer de, num determinado caso concreto, uma regra infraconstitucional ser frontalmente contrária a um princípio constitucional⁵⁰. Nesse caso, a regra cederá lugar ao princípio.

Portanto, é possível enunciar o parâmetro do interesse público como a preferência *prima facie* dos interesses públicos sobre os não públicos⁵¹. A expressão “preferência *prima facie*” se insere no contexto da teoria dos princípios de Robert Alexy, que admite a existência de relações de precedência condicionada entre princípios constitucionais. Como se trata de uma presunção meramente relativa, caso sejam alteradas as circunstâncias do caso concreto, a solução do processo de ponderação também poderá se alterar. Embora, a rigor, não se trate de um princípio em sentido estrito, a lógica é a mesma. Nas palavras de Alexy⁵²:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios

50 Há consenso de que nenhuma norma constitucional é destituída de qualquer eficácia. Mesmo as normas programáticas servem, ao menos, para: impor deveres políticos; condicionar a atividade discricionária dos aplicadores; impedir comportamentos contrários a elas, podendo gerar pretensões de abstenção; revogar normas anteriores incompatíveis; e compor o bloco de constitucionalidade. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 67-71.

51 Em sentido contrário: SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 97-143.

52 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 93-96.

com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. [...]. Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “por si só, de prioridade”. [...] O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto [...]. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

A teoria dos princípios se insere num contexto jusfilosófico maior, fruto das injunções do segundo pós-guerra, que alguns autores denominam de neoconstitucionalismo⁵³, constitucionalismo

53 Para uma crítica contundente ao neoconstitucionalismo como um todo, vide: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, jan./abr. 2009, p. 151-167; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Criticando mais diretamente a técnica da ponderação: ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. In: *Revista de processo*, São Paulo, v. 269, jun. 2017, p. 109-138; CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devo! *Sequência*, Florianópolis, v. 38, n. 75, 2017, p. 219-241. Em sua tese de doutorado, Fausto Santos de Moraes conclui que, das cento e oitenta e nove decisões do Supremo Tribunal Federal analisadas, nas quais o tribunal teria empregado instrumentos da teoria dos princípios, em nenhuma delas o modelo original de Alexy foi obedecido. “O que se pode ver, entretanto, é a incorporação no discurso do STF de fragmentos da teoria de Robert Alexy, principalmente no que diz respeito à aplicação das submáximas da adequação e necessidade ou sopesamento. Apesar disso, não foi possível constatar a preocupação nas decisões com a proposta de legitimar argumentativamente a aplicação das submáximas da proporcionalidade. Portanto, o que se vê no STF é apenas um simulacro da teoria de Robert Alexy”. MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 346 fls. Tese (Doutorado) ▶

democrático, entre outros títulos. Sem pretensão de exaustividade, as principais características dessa fase do pensamento jurídico podem ser assim sintetizadas: reaproximação entre direito e moral; reconhecimento da força normativa da Constituição, da existência e da normatividade dos princípios, e da existência de colisões entre direitos fundamentais, solucionáveis pela ponderação; reabilitação da razão prática (fundamentação racional de princípios de moralidade e justiça), e da argumentação jurídica; desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana; e expansão da jurisdição constitucional⁵⁴.

Exposta a natureza do parâmetro do interesse público, resta agora analisar o seu conteúdo.

3.3 As quatro dimensões do parâmetro

Conforme exposto no tópico 2.2, o constitucionalismo democrático reúne elementos em constante tensão, mas que são complementares entre si: a vontade da maioria e o respeito aos direitos fundamentais. Isso quer dizer que, nesse sistema, as decisões públicas são tomadas segundo o princípio majoritário, desde que não restrinjam o núcleo essencial de direitos fundamentais. Ou seja, tudo aquilo que não viole o núcleo essencial de direito fundamental é considerado inserido no âmbito de conformação das maiorias legislativas eventuais.

Viu-se também que os autores mais modernos sustentam que, se o interesse público é o fim perseguido pelo Estado, e se a missão do Estado é promover os direitos fundamentais, logo, interesse público é a promoção de direitos fundamentais. Apesar do alto grau de sofisticação e da sua crescente aceitação, o raciocínio contém uma contradição importante.

⁵³ em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013, p. 296-297. As duas principais consequências desse fenômeno são o incremento da insegurança jurídica e a fragilização dos direitos fundamentais. Se, originalmente, a técnica da ponderação foi idealizada para restringir a ampla liberdade decisória do intérprete, pela via da sua exposição epistêmica, ponderar sem método produz justamente o efeito oposto.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 23-50. Disponível também em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

Ora, se o Estado brasileiro é uma democracia constitucional, e se o respeito e a promoção de direitos fundamentais decorrem do conceito de constitucionalismo, que é apenas um dos elementos do binômio, é preciso concluir que, embora a Constituição seja o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, ela não esgota toda a normatividade possível. Logo, ao menos em tese, nem todas as decisões estatais se esgotam nos direitos fundamentais, sejam os de conteúdo negativo ou positivo, seja em sua dimensão subjetiva ou objetiva.

A tendência de identificar os fins do estado com os direitos fundamentais parece estar associada ao caráter analítico da Constituição brasileira de 1988. Pois, segundo Luís Roberto Barroso⁵⁵, constituições analíticas:

[...] desenvolvem em maior extensão o conteúdo dos princípios que adotam, resultando em um aumento do seu texto e em uma redução do espaço de conformação dos Poderes constituídos. [...] é o caso da Constituição brasileira, que, sem embargo de suas múltiplas virtudes reais e simbólicas, é – mais do que analítica – casuística no tratamento de diversos temas, regulando-os em pormenor.

É difícil cogitar de algum direito que não esteja previsto no Título II da Constituição de 1988. Mas, mesmo nesse contexto jurídico, em que toda atuação estatal pode ser reconduzida, ainda que de forma reflexa, a alguma norma de direito fundamental, estas, de todo modo, não esgotam a normatividade possível. Até porque muitos desses direitos são conflitantes entre si. É neste ponto que entra em cena a outra parte do binômio: a democracia. E, por mais contraintuitivo que seja, o parâmetro do interesse público mantém, na sua essência, uma relação muito estreita com o republicanismo e a democracia.

Embora tenha raízes na Antiguidade, a distinção entre os espaços público e privado se estabelece, para valer, somente com o advento do Estado liberal, inspirado pelo racionalismo iluminista⁵⁶.

55 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 109.

56 Idem, p. 91.

Foi um avanço em relação ao modelo político anterior, marcado pela confusão entre o patrimônio (e o interesse) da pessoa do governante e do Estado⁵⁷. Assim, no Estado liberal, a distinção não demarcava apenas as áreas de atuação e de interdição do Estado, mas também a separação entre a *res publica* e o interesse do governante. Com o advento do Estado social, o primeiro aspecto fica esmaecido, tendo em vista o acometimento de deveres prestacionais ao Estado. Nesse período, além de o segundo aspecto permanecer intacto, se consolida um terceiro aspecto: o estabelecimento de uma relação de precedência entre os interesses coletivos⁵⁸ e os individuais, considerada necessária para o atendimento das novas competências.

Identificam-se, assim, três dimensões na formulação clássica do parâmetro. Uma dimensão abstencionista, que impede a interferência do Estado no âmbito privado; uma dimensão republicana, que diferencia o patrimônio e a vontade do governante, em relação ao Estado; e uma dimensão democrática, que atribui preferência aos interesses coletivos em detrimento dos individuais. E, com o advento do constitucionalismo, surge uma quarta dimensão, a constitucional, que: reconhece a interesses individuais a condição de interesse público⁵⁹; impõe ao Estado o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; e estabelece diretrizes valorativas para a tomada de decisão (como justiça e segurança, por exemplo). Conforme será demonstrado a seguir, todas as quatro dimensões continuam existindo, ainda que com algumas adaptações.

57 Muito bem representado por máximas como: *the king can do no wrong; l'état c'est moi; quod principi placuit habet legis vigorem*. Que, em tradução livre, significam, respectivamente: o rei não pode errar; o estado sou eu; o que agrada ao rei tem força de lei. A essa prática se atribui o nome de patrimonialismo. "Em síntese, trata-se da apropriação da coisa pública como se fosse uma possessão privada, passível de uso em benefício próprio ou dos amigos, ou ainda em detrimento dos inimigos. O agente público que se vale da sua posição ou do patrimônio estatal para obter vantagens, praticar ou cobrar favores e prejudicar terceiros, de forma personalista, viola o princípio republicano.". BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 93.

58 O termo assume aqui o sentido de interesse geral, da maioria do povo. Não se confunde com o sentido técnico processual de espécie do gênero direito transindividual.

59 Até porque "o Estado não detém exclusividade na prossecução dos interesses públicos, muito embora a definição destes constitua monopólio da lei. Sem embargo de o Estado não ser o único a buscar e alcançar o interesse público, sua atuação é marcada por tal busca, não devendo afastar-se desse objetivo". CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 31.

Embora o modelo de Estado atual não seja mais aquele contemporâneo do liberalismo oitocentista, existem espaços privados que devem estar imunes à intervenção, seja do Estado ou de outros particulares. Alguns exemplos são o direito à intimidade e vida privada (art. 5º, X, da Constituição) e a livre iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*, da Constituição). A continuidade das dimensões republicana e constitucional dispensa maiores comentários. A dimensão democrática já demanda uma análise mais detida.

Num regime democrático, a regra, ou seja, aquilo que mais frequentemente acontece no mundo dos fatos, é que as decisões políticas sejam tomadas com base no voto da maioria. Condicionar a decisão a um consenso absoluto quanto ao resultado seria impraticável. Para contornar essa dificuldade, concluiu-se que seria mais factível concordar quanto procedimento decisório, em outras palavras, com as regras do jogo. Definidas essas regras, e jogado o jogo conforme convencionado, todos deveriam se submeter ao seu resultado. Com o advento do constitucionalismo, estabeleceram-se regras mais rígidas para certas deliberações, e convencionou-se que alguns resultados estariam fora da deliberação majoritária. De forma muito simplória, essa é a representação dos mecanismos democráticos e constitucionais.

É natural, portanto, que a minoria enxergue nesse modelo algum autoritarismo. Afinal, a sua vontade é que não será atendida. A rigor, toda decisão que não seja absolutamente consensual é em alguma medida autoritária, já que ela será imposta a alguns contra a sua vontade. Entretanto, esse é um autoritarismo inexorável, pois, nas palavras atribuídas a Winston Churchill⁶⁰:

Many forms of Government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed it has been said that democracy is the worst form of Government except for all those other forms that have been tried from time to time [...].

⁶⁰ Discurso que teria sido proferido na Casa dos Comuns do parlamento britânico, em 11 de novembro de 1947. Em tradução livre: “Muitas formas de governo tem sido tentadas, e serão tentadas neste mundo de pecado e sofrimento. Ninguém faz de conta que a democracia é perfeita e infalível. De fato, tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo por todas as outras formas experimentadas ao longo da história”. Disponível em: <<https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1947/nov/11/parliament-bill>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

Com base nesse raciocínio é que se extrai a dimensão democrática do parâmetro: havendo tensão entre dois ou mais interesses públicos de peso equivalente, deve ser dada preferência à solução que melhor atenda ao interesse coletivo, desde que não seja violado o núcleo de direito fundamental.

Pense-se em todas as modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada. Nelas sempre haverá, de um lado, o direito à propriedade de um, em tensão com algum interesse coletivo. Ninguém supõe que seria legítimo, por exemplo, que o dono de uma casa, localizada no meio do traçado de uma futura rodovia, pudesse obstar a obra em nome do seu direito de propriedade e, frise-se, de moradia. Caso se faça a desapropriação dessa casa, haverá não só uma restrição àqueles direitos individuais, mas a sua supressão. E mesmo que a indenização seja prévia e justa, dificilmente será capaz de restabelecer o padrão de vida anterior do desapropriado.

De forma geral, esse é o cenário que se tem em todas as atuações restritivas do Estado. Ressalta-se, todavia, que essa é apenas uma das dimensões do parâmetro, devendo ser cotejada com as demais dimensões e com outros elementos em tensão no caso concreto. Em última análise, a dimensão democrática serve como um critério de desempate: se, ao final do processo de ponderação, os interesses em tensão se revelarem igualmente legítimos e valorativamente equivalentes, deve ser dada preferência àquele que melhor atenda à coletividade.

Sob a ótica kantiana da dignidade humana, segundo a qual o ser humano é um fim em si mesmo, e não deve ser usado como meio para a realização de metas alheias, Luís Roberto Barroso é contrário a uma preferência abstrata dos interesses coletivos sobre os individuais. Para o autor, o conflito deve ser solucionado à luz da dignidade humana e da razão pública⁶¹. Apesar disso, o autor implicitamente reconhece alguma razão na posição tradicional, sinalizando que, eventualmente, interesses individuais podem ceder diante de interesses coletivos, mas sempre à luz do caso

61 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 98.

concreto. Cita o exemplo da colisão entre liberdade de expressão e padrões mínimos de ordem pública.

Já, no mesmo sentido que ora se sustenta, Carvalho Filho⁶² afirma:

Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A ‘desconstrução’ do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita ‘reconstrução’, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto. Com a vênua aos que perfilham visão oposta, reafirmamos nossa convicção de que, malgrado todo o esforço em contrário, a prevalência do interesse público é indissociável do direito público, este, como ensina SAYAGUÉS LASO, o regulador da harmonia entre o Estado e o indivíduo. Sobre o tema, já firmamos a seguinte consideração: ‘Elidir o princípio se revela inviável, eis que se cuida de axioma inarredável em todo tipo de relação entre corporação e indivíduo. A solução, destarte, está em ajustá-lo para que os interesses se harmonizem e os confrontos sejam evitados ou superados.

É inegável que os institutos tradicionais de direito público possuem uma carga intrínseca de autoritarismo. Mesmo reconstruídos à luz da atual ordem constitucional, o autoritarismo não se elimina de todo. Como garantir, então, que não possam ser instrumentalizados

62 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 35. Embora seja partidário do movimento reformista, Leonardo Carneiro da Cunha identifica a existência de um senso comum praticamente universal “segundo o qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 30.

para propósitos antidemocráticos? Ora, nem os institutos democráticos estão a salvo. Recorde-se que, em seu discurso na Escola Superior de Guerra, Hely Lopes Meirelles admitiu que o Estado democrático (que ele acreditava estar em curso) poderia limitar a liberdade de imprensa, em nome da segurança nacional.

Institutos jurídicos, por si só, não oprimem pessoas. Pessoas oprimem pessoas. Isso não significa, contudo, que não se devam criar dificuldades institucionais que reduzam a probabilidade de êxito de um evento como esse. A isso que este quarto tópico se propôs. Mas, apesar de todo esforço para adaptar o parâmetro da supremacia do interesse público ao contexto atual, ainda resta nele um potencial autoritário intrínseco, que só poderá ser debelado com a sua extinção. Essa, contudo, não é uma solução possível. Mais do que uma obra do intelecto humano, trata-se de uma exigência prática inafastável da vida em sociedade. O mesmo vale para institutos como os da intervenção, do Estado de defesa e Estado de sítio. Previstos de forma expressa na própria Constituição, representam a faceta agressiva do Estado que nenhum de nós espera ver, mas que se encontra em estado de latência, para preservação da própria ordem jurídica. A alternativa é o não direito. É um mal, sem dúvida. Mas um mal necessário.

4. Conclusão

As ideias centrais deste artigo podem ser assim sintetizadas:

- i) Não se pode simplesmente abandonar a noção de interesse público, pois a própria ordem jurídica positiva determina a sua observância.
- ii) Se existe um interesse público, logo, existe outro, que não é público. E se essa é uma diretriz para a tomada de qualquer decisão pelo Estado, há uma preferência abstrata e relativa do interesse público sobre o não público. Portanto, sustenta-se a existência de um parâmetro específico de ponderação da preferência do interesse público sobre o não público. Com essa formulação, contornam-se as críticas ao vocábulo “supremacia”, bem como à dicotomia “público x privado”. Nada impede,

todavia, que se adotem outras nomenclaturas, desde que sejam observados os conteúdos a seguir, resultado acumulado da evolução histórica do parâmetro do interesse público.

- iii) Reconstruído, o parâmetro passa a possuir quatro dimensões ou conteúdos: abstencionista, republicana, constitucional e democrática. A dimensão abstencionista significa que existem domínios da vida particular nos quais o Estado e outros particulares não devem intervir. A dimensão republicana é responsável pela distinção entre o patrimônio e interesse do agente público, em relação aos do Estado. A dimensão constitucional reconhece a interesses individuais a condição de interesse público; impõe ao Estado o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; e estabelece diretrizes valorativas para a tomada de decisão (como justiça e segurança, por exemplo). Por fim, a dimensão democrática orienta que, em caso de tensão entre interesses públicos primários com pesos equivalentes (“empate”), deve ser dada preferência à solução que melhor atenda à coletividade. Referidas dimensões não devem ser aplicadas isoladamente, mas cotejadas entre si, bem como com outros parâmetros no processo de ponderação.

5. Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. *Revista de processo*, São Paulo, v. 269, jun. 2017.
- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o estado*. Coimbra: Almedina, 2002.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*: tomo I. Barcelona: Bosch, 1970.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015.
- . *Temas de direito constitucional*: v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- . *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- . *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.6, n. 23, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- . *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devo! *Sequência*, Florianópolis, v. 38, n. 75, 2017.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DICEY, Albert. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan, 1915.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, jan./abr. 2009.

- GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério da subsidiariedade como determinante dos fins do estado social*. 396 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.
- _____; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011.
- _____. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 420 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 61, n. 445, nov. 1972.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, 1967.
- _____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 346 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.
- MOTTA, Fabrício. O ato administrativo no direito inglês. *Revista de direito administrativo e constitucional*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Regime administrativo brasileiro e constituição federal de 1988: aportes teóricos nas noções de interesse público, discricionariedade e prerrogativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

- MULHALL, Stephen; SWIFT, Adam. *Liberals and communitarians*. Oxford: Blackwell, 1992.
- O SANTO evangelho segundo S. Mateus. *A bíblia sagrada*: edição revista e corrigida. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969, cap. 6, v. 24.
- OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*: v. 1. Coimbra: Almedina, 2013.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.
- RODRIGUES, Marco Antônio. *A fazenda pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016.
- SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, jan./jun. 2003.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 27, 1952.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Carla Maria Gonçalves

**A consideração das
consequências práticas
nas decisões dos órgãos de
controle e a Avaliação de
Impacto Regulatório (AIR)**

5

A consideração das consequências práticas nas decisões dos órgãos de controle e a Avaliação de Impacto Regulatório (AIR)

Carla Maria Gonçalves¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo fazer uma reflexão sobre a convergência de iniciativas para aperfeiçoamento do processo decisório dos órgãos de controle, bem como do processo decisório dos órgãos reguladores. Foi incorporada à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), norma que determina que as decisões, nas esferas administrativa, controladora e judicial, devem levar em conta suas consequências práticas. Na atividade regulatória, a ferramenta adequada para fazer a avaliação de consequências práticas é a Análise de Impacto Regulatório (AIR). Visando ao aperfeiçoamento do processo decisório das Agências Reguladoras, a Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG) da Casa Civil da Presidência da República coordenou a elaboração de diagnóstico sobre o uso dessa ferramenta e consolidou orientações para sua utilização. Considerando a nova determinação legal, nossa proposta é que o controle, especialmente o judicial, de decisões regulatórias se baseie na coerência e razoabilidade dos resultados das AIRs bem como na certificação da qualidade do processo decisório do regulador.

Palavras-chave: Regulação. Governança regulatória. Instituição. Controle. Análise de impacto regulatório.

Abstract

In this Article we bring some considerations about initiatives in Brazil in order to improve the decision process of both: controlling and regulators entities. Recently, a new rule was approved by Congress determining that administrative, controlling and

¹ Mestranda em Direito da Regulação (FGV Direito/Rio). Graduada em Administração EBAP/FGV e Direito/UFF. Pós-Graduada em Gestão Tributária (Mackenzie) e em Administração (COPPEAD/UFRJ). E-mail: carlamoc@uol.com.br.

judicial decisions should consider their practical consequences and should expose the legal reasoning without using, exclusively, abstract concepts or principles. In the regulatory field the proper tool to evaluate the potential implications of regulatory options is the Regulatory Impact Analysis (RIA). In order to improve the decision process of the regulatory agencies, the Presidential Office for Policies Affairs consolidated detailed instructions and recommendations about RIA grounded on the international best practices. Considering the new rule, that determines that the controlling – administrative or judicial – entities, will have to expose the potential practical impact of their decisions, the judicial review will be based on the reasonableness and consistency of the RIAs' results and on the certification of the quality of the regulatory process.

Key-word: Regulation. Regulatory governance. Institutions. Control. Regulatory impact analysis.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo fazer uma reflexão sobre as iniciativas convergentes para o aperfeiçoamento do processo decisório dos órgãos de controle acerca de ações ou decisões da administração pública, bem como para o aperfeiçoamento do processo decisório dos órgãos reguladores.

A bibliografia internacional indica que os controles (*checks*) sobre a discricionariedade do processo decisório na atividade regulatória têm sido uma preocupação central uma vez que há uma clara tensão entre os princípios de autonomia dos órgãos reguladores e os órgãos de controle.

Recentemente foi aprovada a inclusão de dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que determinam que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não sejam tomadas decisões com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas suas consequências práticas. A motivação das decisões deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face de outras alternativas, e, em caso de desconstituição de medida administrativa,

deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas².

Contudo, como o controlador, principalmente na esfera judicial, poderá considerar as consequências práticas diante de alternativas regulatórias sem possuir a competência técnica, informações e o conhecimento abrangente que dispõe o órgão regulador sobre o setor regulado? Quem tem melhores condições de identificar o problema, analisar alternativas e respectivas consequências, e demonstrar a necessidade e adequação da medida proposta, serão o próprio regulador?

A aplicação prática da norma do art. 20 da LINDB irá depender em grande parte do aperfeiçoamento do processo decisório da administração pública, considerando que o órgão regulador é o que melhor poderá elencar alternativas coerentes e mensurar de forma mais adequada as respectivas consequências com base no conhecimento técnico e dados quantitativos do setor regulado.

Nossa hipótese é de que no caso de medidas regulatórias, a Avaliação de Impacto Regulatório (AIR) constitui importante ferramenta para o adequado cumprimento da nova norma, pois, além de nortear e subsidiar a escolha regulatória, ela poderá exercer importante papel na sustentação dessa escolha junto aos órgãos de controle.

Antecipando-se à obrigação legal de realização de AIRs pelas Agências Reguladoras, a Casa Civil da Presidência da República coordenou a realização de um diagnóstico sobre o estado da arte das avaliações de impacto regulatório junto às Agências Reguladoras e

2 Introduzido pela Lei nº 13.655/2018 ao DL 4657 de 1942:

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

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 3 jul. 2018.

ao INMETRO, bem como a elaboração de Diretrizes Gerais e de um Guia Orientativo para Elaboração de Avaliação de Impacto Regulatório, publicados em março de 2018, com base nas melhores práticas internacionais e destinados aos órgãos reguladores.

Organizamos o trabalho de forma a ilustrar, na primeira parte, o impacto dos acréscimos à LINDB em caso concreto, mediante o relato sucinto de ação civil pública questionando o índice de reajuste dos planos de saúde, em que foi deferido, liminarmente, pedido para a não aplicação de percentual de reajuste definido pelo órgão regulador. Porém, o Desembargador Federal Nelton dos Santos, do Tribunal Federal da 3ª Região, suspendeu os efeitos de liminar deferida pelo juiz da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, sob o argumento de que a decisão deveria levar em conta suas consequências práticas, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Em seguida, apresentamos algumas considerações sobre os recentes acréscimos à LINDB e sobre o contexto em que o projeto de lei, posteriormente convertido em lei, foi elaborado. O foco de deste trabalho são as determinações contidas nos artigos 20 e 21, que visam reduzir a subjetividade das decisões dos órgãos administrativos e de controle, inclusive judicial, e obrigar a análise das circunstâncias do caso concreto e de diversas alternativas.

Na sequência, apresentamos o resultado do trabalho da Casa Civil da Presidência da República, de diagnóstico sobre o uso de AIRs pelos órgãos reguladores no Brasil, após cerca de 20 anos de sua criação, e as orientações para aperfeiçoamento do uso dessa ferramenta.

Por fim, propomos que o controle decisões regulatórias se baseie na coerência e razoabilidade dos resultados das AIRs bem como na certificação da qualidade do processo decisório do regulador.

2. Normas gerais de direito público acrescentadas à lei de introdução de normas do direito brasileiro

2.1 Resumo de Ação Civil Pública em face de órgão regulador

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) propôs Ação Civil Pública em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com pedido de tutela antecipada para que a ANS

se abstenha de autorizar o índice máximo de reajuste dos planos de saúde individuais e familiares, correspondente ao período 2018/2019, enquanto não excluir do referido reajuste determinada parcela de custos computada em duplicidade. Tal afirmação está baseada em Relatório TC 021.852/2014-6 do Tribunal de Contas da União (TCU)³, resultante de Auditoria Operacional realizada com objetivo de avaliar as ações da ANS relativas aos reajustes anuais dos planos de saúde suplementar em que foi diagnosticada falha metodológica, além de falta de transparência no cálculo dos índices.

Em 30 de maio de 2018, o Juiz Federal da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo deferiu tutela provisória de urgência para determinar à ANS que se abstenha de autorizar reajuste por índice superior ao IPCA 5,72% (correspondente ao índice de inflação do setor de “saúde e cuidados pessoais”) aos planos de saúde individuais e familiares⁴. Interessante destacar que o Juiz reconhece que o constante avanço da tecnologia traz a possibilidade de realização de exames médicos mais sofisticados e de alto custo, bem como cirurgias de alta complexidade em hospitais que se utilizam de profissionais e equipamentos de ponta, o que consequentemente leva a reajuste diferenciado do índice geral de custo, porém a ANS não pode autorizar reajustes excessivos que inviabilizem o custeio pelos usuários. Entende o Juiz ter sido demonstrado nos autos que a ANS não tem metodologia prévia, clara e precisa quanto ao cálculo dos reajustes, que se apresentam constantemente superiores ao IPCA, levando os consumidores a ingressar com ações judiciais para discutir os valores dos planos por não conseguirem suportar as mensalidades. Ele entende que há “necessidade de maiores estudos, audiências e consultas públicas sobre os critérios a serem adotados para o cálculo do reajuste”⁵.

Inconformada com a decisão, a ANS interpôs Agravo de Instrumento para o Tribunal Federal, que, conforme já relatado,

3 Relatório de Auditoria TC 021.852/2014 - 6 Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/reajuste-dos-planos-de-saude-8A81881E64B475FB0164C73BFCF64120.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

4 Processo Judicial Eletrônico - TRF3 - 1º Grau em: <<https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

5 Processo Judicial Eletrônico - TRF3 - 1º Grau em: <<https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>>. Acesso em: 02/08/2018

suspendeu os efeitos da decisão alegando a complexidade da matéria, a abstração do conceito de “reajuste excessivo”, e que a decisão deve considerar suas consequências práticas tendo em vista determinação do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁶. O Desembargador deixa claro que não cabe tutela antecipada para deferir limite máximo de percentual de reajuste diferente do percentual definido pelo órgão regulador, sem avaliação das consequências da medida.

Com base neste exemplo, de aplicação do artigo 20 da LINDB em sede de controle judicial sobre a decisão de órgão regulador competente para disciplinar a matéria, convidamos o leitor a fazer uma reflexão sobre possíveis impactos na atividade regulatória desse dispositivo em conjunto com outras iniciativas, em andamento no Brasil, de aperfeiçoamento da atividade regulatória.

Considerando a aprovação recente de acréscimos à LINDB, faremos um resumo das normas introduzidas que versam sobre criação, interpretação e aplicação de Direito Público.

2.2 Normas Introduzidas na LINDB

Em 25 de abril de 2018, foi promulgada a Lei nº 13.655/2018 que acrescentou dez novos artigos (artigos 20 a 30, tendo o art.25 sido vetado) à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

O Relatório da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado (CCJ)⁷ indica que a finalidade do projeto é melhorar a

6 Segundo o Desembargador Federal Nilton dos Santos, do Tribunal Federal da 3ª Região, em decisão proferida em 22/06/2018 no AGRADO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013188-23.2018.4.03.0000:

“A questão dos reajustes dos planos de saúde é muito mais complexa, envolvendo aspectos técnicos que não podem ser desprezados. O próprio juiz “a quo”, aliás, admite que são necessários maiores estudos, audiências e consultas públicas, não se podendo descartar, outrossim, eventual prova pericial.”

“Acrescente-se, ainda, que é bastante abstrato o conceito de “reajustes excessivos”, de sorte que a decisão haveria de ponderar sobre suas consequências práticas, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nesse ponto, é importante frisar que a intervenção judicial, nos termos em que realizada pela decisão recorrida, tem grande probabilidade de não ser confirmada na sentença, pois muito dificilmente coincidirão os índices de reajustes devidos com os da variação da inflação do setor de saúde e cuidados pessoais”. Disponível em: <<https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam?numeroProcesso=5013188-23.2018.4.03.0000>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

7 Parecer da CCJ do Senado sobre PLS 349 de 2015 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407681&disposition=inline>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

qualidade da atividade decisória exercida nos diversos níveis da administração (federal, estadual e municipal), dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e dos órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministério Público) e garantir, com isso, a eficiência e segurança jurídica na criação, interpretação e aplicação das normas de Direito Público. A inclusão de normas gerais de direito público na LINDB, que é considerada uma norma “de sobredireito”, ou seja, norma que rege a interpretação e aplicação de outras normas, irá preencher a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, de ausência de norma uniformizadora de preceitos gerais que devem reger o direito público, aplicável a todos os entes da Federação.

Segundo Juliana de Palma⁸, pesquisas empíricas, realizadas no âmbito da Sociedade Brasileira de Direito Público acerca do controle exercido sobre a Administração Pública, constataram três grandes questões que foram objeto de tratamento pelo projeto de lei:

1. “Principiologia na estrutura do controle”: não raramente, as decisões administrativas são consideradas válidas ou inválidas, pelos órgãos que exercem o controle, com base em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados;
2. “A motivação tende a não considerar as consequências concretas da decisão controladora”: as decisões do controlador baseiam-se em visão casuística e não levam em conta os impactos da decisão ou do conjunto decisório sobre a gestão pública, no que se refere aos custos, tempo, eficácia das políticas públicas, isonomia, etc.
3. “As decisões administrativas são meramente provisionais”: as decisões do administrador são efêmeras no sentido de que dependem do aval do controlador, estando sujeitas a amplos controles, pois não há balizas claras sobre o cabimento ou não de controle e sobre a intensidade do mesmo.

8 PALMA, Juliana Bonacorsi. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas*. Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). 2018. p. 4 Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

Com base em diagnóstico acerca dos fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública, os autores do anteprojeto⁹, posteriormente convertido na Lei nº 13.655/2018, procuraram:

(i) impedir que consequências concretas sejam extraídas a partir de normas de alta indeterminação jurídica, sem mensuração dos efeitos; (ii) tutelar os atos jurídicos perfeitos, evitando que novas interpretações em momento futuro levem à revisão de decisões ou responsabilizem os gestores; (iii) dar maior efetividade as soluções negociadas; (iv) compensar quem sofrer os efeitos negativos gerados pela demora ou custos de processos; e (v) determinar que as edições de normas administrativas que sejam fonte de direitos e obrigações sejam precedidas de consulta pública¹⁰.

Os arts. 20 e 21 referem-se à determinação de que as decisões, nas esferas administrativa, controladora e judicial, devem levar em conta suas consequências práticas e serem motivadas não cabendo mais a utilização apenas de princípios abstratos. A motivação abrange: (i) a explicação acerca da necessidade e adequação da medida imposta; (ii) a identificação e comparação com alternativas; (iii) quando se tratar da desconstituição de ação administrativa, o controlador deve expor tanto os efeitos jurídicos de sua decisão quanto os impactos, bem como as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e sem ônus ou perdas excessivas para os atingidos.

Observa-se nesses dispositivos o desdobramento do princípio da proporcionalidade, pois o controlador, ao proferir uma decisão, deve examinar se a medida a ser determinada é capaz de atingir o objetivo, se é equilibrada e não excessiva em relação aos fins, e se os benefícios superam os ônus, inclusive

9 Os autores do anteprojeto, Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques, listam esses fatores em sua obra: SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 278.

10 PALMA. *Op. cit.* p. 5. Cabe destacar que a proposta original de **obrigatoriedade** de realização prévia de consulta pública para a edição de atos normativos foi modificada, tendo sido aprovada redação que **possibilita** a consulta pública para manifestação de interessados.

comparando a solução adotada com outras alternativas porventura existentes¹¹.

Segundo a análise da CCJ do Senado¹², combatem-se as “motivações mascaradas”; institucionaliza-se a avaliação econômica (*lato sensu*) de decisões que invalidem ações administrativas levando em conta os possíveis impactos; e concretiza-se o princípio constitucional (implícito) da proporcionalidade pela positivação da necessidade de evitar danos ou prejuízos excessivos aos administrados.

Embora não seja objetivo deste trabalho fazer uma análise profunda da Lei nº 13.655/2018 e tampouco das discussões acerca do consequencialismo, trouxemos algumas ponderações, efetuadas por Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça, acerca da determinação de que os controladores observem as consequências práticas em suas decisões (artigos 20 e 21 da LINB).

A expressão *consequencialismo jurídico*, utilizada em um sentido extremamente amplo, conforme Schuartz¹³, refere-se a qualquer condicionamento, explícito ou implícito, da adequação *jurídica* de uma determinada decisão judicante à *valoração das consequências* associadas à mesma e às suas alternativas. Segundo o autor, o consequencialismo apresenta gradações “de acordo com a *prioridade* atribuída à valoração de consequências no juízo de adequação de uma determinada decisão judicante, ou, alternativamente, com a *exclusividade* atribuída a essa forma de valoração na formulação desse juízo”¹⁴.

11 Conforme a doutrina, o princípio da proporcionalidade apresenta uma estrutura tríplex: (i) adequação, o ato deve ser adequado para produzir o resultado desejado; (ii) a necessidade do ato ou medida, que deve ser insubstituível por outra menos gravosa; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o benefício auferido com a adoção de uma medida ou o grau de promoção do fim perseguido deve justificar o grau de restrição imposto a outros princípios ou direitos fundamentais. In: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 109.

12 Parecer da CCJ do Senado sobre PLS 349 de 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407681&disposition=inline>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

13 SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: RDA - *Revista de Direito Administrativo* 248, 2008. p. 131.

14 Id.

As principais preocupações manifestadas por Fernando Leal¹⁵ referem-se: (i) à dificuldade de controle sobre as avaliações preditivas para diferentes cursos de ação ou diferentes alternativas para solução de problemas, ou seja, como conferir confiabilidade aos prognósticos; e (ii) ao fato de que, uma vez identificadas as consequências vinculadas a cada alternativa decisória, o decisor deve indicar o critério com base no qual ordenará as consequências para, só então, justificar a sua preferência por determinado curso de ação. Não estando claro na lei o critério de valoração que o decisor deverá adotar para ranquear as consequências, bem como não havendo diretrizes para solução de possíveis colisões entre critérios igualmente aplicáveis, o decisor tem liberdade para ranquear as consequências de acordo com suas preferências.

José Vicente de Mendonça¹⁶, por sua vez, desenha três¹⁷ cenários possíveis para aplicação do art. 20 da lei. O primeiro, o menos provável na sua visão, seria o resultado ótimo da lei, em que os julgadores não decidiriam com base em princípios vagos, mas sim de forma vinculada à consideração e à medição das consequências práticas de suas decisões. As restrições apontadas por ele à concretização deste cenário referem-se à necessidade de haver uma mudança cultural por parte das autoridades ligadas ao mundo do Direito, bem como às dificuldades técnicas inerentes à enumeração e avaliação de consequências práticas e à definição de critérios para essa métrica.

No segundo cenário, não transformador, os julgadores apenas incorporam ao texto de suas decisões alguma cogitação sobre consequências práticas. Neste cenário, as normas da LINDB não geram controle efetivo das decisões, mas apenas provocam a alteração do estilo da redação da decisão.

15 LEAL, Fernando. Inclinações Pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (Orgs.). *Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 25.

16 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (Orgs.). *Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 31.

17 Na verdade, o autor descreve dois futuros e um “meio futuro”, que designamos como sendo o terceiro cenário ou intermediário.

O terceiro seria um cenário intermediário em que não ocorre uma transformação radical como no primeiro, nem apenas uma mudança retórica nas fundamentações das decisões, como no segundo. O “juiz, ao buscar “consequências práticas” para fundamentar seu decisionismo, estará sendo educado e constrangido por uma nova gramática”¹⁸. Trata-se de um “cenário de primeiro passo; de inclinações pragmáticas que testam caminhos”¹⁹. Neste cenário, há menor espaço de liberdade para o controlador, pois, embora o termo “consequências práticas” possa abranger inúmeras situações, ainda é menos vago do que, por exemplo, direitos fundamentais ou outros princípios usados nas fundamentações. O autor conclui por considerar bem-vindo o consequentialismo decisório introduzido pelo art. 20, caput, da LINDB.

Apesar das preocupações acima manifestadas pelos autores citados quanto às incertezas acerca da aplicação das novas normas pelos julgadores, aderimos ao entendimento de sua grande importância para o Direito Público e para a Administração Pública em geral, no que se refere a conferir maior estabilidade e segurança jurídica para os particulares nas relações jurídicas com o Poder Público, bem como maior segurança para o próprio agente público; conferir maior transparência, zelo e melhor fundamentação para as decisões dos órgãos de controle; estimular a transparência na edição de normas por órgãos públicos, mediante a realização de consultas públicas; e por fim introduzir a possibilidade de negociação para sanar irregularidades e incerteza jurídica.

Sua contribuição pode ir além da melhoria na qualidade do controle exercido sobre as decisões dos agentes públicos, refletindo também na qualidade do processo decisório e ações da própria administração pública.

De certa forma, o projeto de lei reconhece o protagonismo dos órgãos de controle e procura enfrentar a principal crítica à atuação desses órgãos, “a de que os controladores teriam assumido o lugar dos gestores públicos na formulação de políticas e na própria

¹⁸ Ibid. p. 34.

¹⁹ Id.

condução da máquina estatal, trazendo enorme instabilidade”²⁰. No exemplo da decisão sobre o índice de reajuste das mensalidades dos planos de saúde, o juiz do 1º grau, ao determinar um reajuste diverso da decisão do regulador, ainda que liminarmente, não estaria assumindo a competência administrativa da Agência Reguladora, entidade que tem a competência formal e técnica para deliberar sobre a matéria? Quando o controlador se coloca na posição de gestor para revisar a decisão, a ação administrativa pode ser desconstituída e substituída por outra sem a mesma fundamentação técnica, baseada apenas em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados conforme já constatado empiricamente.

Conforme pontuado por Guerra²¹, decisões regulatórias sistêmicas sobre setores complexos envolvem a eleição de meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais. Quando o Judiciário altera a decisão do regulador com foco apenas em um aspecto do problema pode prejudicar o equilíbrio do setor regulado e o atingimento dos fins perseguidos pelo regulador, além do possível impacto em outros segmentos. Nas decisões regulatórias, o regulador se vale de conhecimento e meios técnicos, dados empíricos, análise de circunstâncias fáticas, avaliação de impactos prospectivos e multilaterais dos fatos sobre o conjunto social, enquanto que a visão do Judiciário tende a ser retrospectiva e com foco limitado.

Segundo Guerra, “uma das questões mais sensíveis, e que, recorrentemente, chega aos tribunais, tem a ver com a indefinição dos limites entre a lei e as normas editadas pelas entidades reguladoras”²². A dificuldade reside no fato de que, na regulação de atividades econômicas e serviços públicos delegados pelo Estado, a disciplina legal é insuficiente para a atuação regulatória.

20 SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (Orgs). *Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 22.

21 “Uma decisão regulatória deve envolver, fundamentalmente, a eleição dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais. Assim, quando o Poder Judiciário altera, por meio de uma decisão voltada apenas a um dos aspectos em questão, poderá o magistrado, sem conhecimento de causa, danificar a harmonia ou, até mesmo, destruir o subsistema regulado.” GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da administração piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 131.

22 Id.

Para melhor compreensão dos debates acerca da questão do controle judicial sobre a discricionariedade da atuação da Administração Pública vale conferir um resumo da evolução das teorias sobre o tema, elaborado por Binенbojm²³.

Por muito tempo, vigorou a ideia de que existiria uma dicotomia entre: (i) atos administrativos vinculados, quando o arcabouço normativo define de forma completa e exaustiva a única medida possível em determinados casos concretos, e (ii) atos discricionários, quando a normatização deixa para o administrador margem de avaliação acerca de como proceder.

Num primeiro momento prevaleceu o entendimento de que o Poder Judiciário deveria restringir seu controle sobre as formalidades dos atos discricionários sem exame do mérito²⁴.

Ao longo do tempo, foram surgindo teorias²⁵ acerca do controle dos atos discricionários que se mostraram insuficientes para dar conta da arbitrariedade de ações da Administração, desenvolvendo-se, por fim, a teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais ou legais cuja eficácia normativa é reconhecida. Esta teoria descarta a visão binária de que os atos administrativos ou são vinculados ou são discricionários, e sustenta que há diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, de acordo com escala decrescente de densidade normativa vinculativa: (i) atos vinculados por regras, normas jurídicas descritivas; (ii) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e (iii) atos vinculados diretamente por princípios.

Enquanto atos vinculados por regras devem ser fiéis à letra da lei, os discricionários estão vinculados aos princípios e aos conceitos

23 BINENBOJM. *Op. cit.* p. 212.

24 Conforme Seabra Fagundes, o mérito está relacionado ao sentido político do ato ou escolha política do administrador, atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário estaria violando o princípio da separação e independência de Poderes ao imiscuir-se nele. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário* (atualizado por BINENBOJM, Gustavo). Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 180.

25 Como por exemplo: (i) teoria do desvio de poder ou desvio de finalidade que defende que, além do controle dos aspectos formais do ato administrativo, deve ser efetuado controle finalístico, ou seja, deve ser avaliado se o administrador agiu segundo os fins em virtude dos quais o poder de agir lhe foi conferido por lei; (ii) teoria dos motivos determinantes que defende que a validade do ato está baseada nos fatos, identificados pela Administração, que motivaram a sua ação e na juridicidade da escolha do administrador; e (iii) teoria do excesso de poder que defende a motivação expressa, de fato e de direito, dos atos administrativos.

jurídicos indeterminados. Estes últimos formam uma zona intermediária entre a vinculação por regras e a vinculação por princípios.

Conceitos jurídicos indeterminados distinguem-se de conceitos objetivos, cujos conteúdos são determinados ou determináveis de forma objetiva, pois aqueles requerem uma valoração por parte do interprete, tais como “interesse público”, “bem comum”, dando ensejo a controvérsias. Conforme Andreas Krell, tanto a discricionariedade quanto conceitos indeterminados são técnicas legislativas que traduzem a abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação²⁶.

Na visão de Binenbojm: “essa principalização do direito brasileiro acabou por aumentar a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade”²⁷. Uma corrente doutrinária entende que a vinculação a conceitos jurídicos indeterminados não significa que administrador público tem poder discricionário para fazer escolha entre alternativas e, portanto, a interpretação e aplicação do conceito jurídico indeterminado é plenamente sindicável. Em contraposição, surgiu a teoria da livre apreciação, que reconhece que a Administração dispõe de certa margem de liberdade para interpretação e apreciação desses conceitos, não estando sujeita ao controle jurisdicional.

Ainda segundo esse autor, a doutrina brasileira, recentemente, reconheceu que existe uma categoria de conceitos jurídicos indeterminados que não é passível de controle judicial pleno, da qual fazem parte decisões que envolvem prognoses ou decisões que requerem avaliações técnicas “por intermédio de um juízo de aptidão”²⁸. O autor defende que intensidade do controle judicial deve ser proporcionalmente inversa à complexidade técnica e dinâmicas das matérias. Por fim, ressalta que o controle judicial dos atos da Administração é um dos temas mais controvertidos, não havendo consenso na literatura jurídica mundial.

26 “Parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles.” KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 23, p. 21-49, 2004.

27 BINENBOJM. *Op. cit.* p. 224.

28 “Tal categoria seria integrada pelas decisões que envolvem a densificação dos conceitos de prognose, ou seja, “aqueles cujo preenchimento demanda uma avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão.” BINENBOJM. *Op. cit.* p. 231.

Neste contexto e, partir do diagnóstico realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, é que foram aprovados os acréscimos à LINDB, notadamente os artigos 20 e 21, que determinam que tanto o administrador quanto o controlador deverão fundamentar e indicar as consequências práticas de suas decisões, inclusive em face das possíveis alternativas. A aplicação prática deste dispositivo irá depender em grande parte do aperfeiçoamento do processo decisório da administração pública, em especial dos órgãos reguladores, considerando que eles dispõem de conhecimento técnico, dados quantitativos, dados econômico-financeiros e/ou outras variáveis relevantes dos setores regulados, que os qualificam para avaliação coerente de alternativas e suas respectivas consequências.

Convém refletir sobre a importância que a Análise de Impacto Regulatório passou a ter no processo de sustentação e defesa da escolha regulatória perante os órgãos de controle, ou seja, a AIR, importante ferramenta para nortear e subsidiar a ação ou escolha regulatória, adquire importância ainda maior na sustentação das escolhas regulatórias junto aos órgãos de controle, os quais, de acordo com mandamento legal, devem considerar as consequências práticas das alternativas para fundamentar suas decisões. Para que tal mandamento tenha efetividade e resulte no aumento da qualidade da decisão do controlador, o processo regulatório deverá ser aperfeiçoado, conforme será evidenciado adiante.

3. Atividade regulatória e avaliação de impacto regulatório

3.1 A atividade regulatória

A atividade regulatória e a organização do Estado Regulador constituíram um novo modelo de gestão pública, desenvolvido em nível mundial a partir do final dos anos 80²⁹, com a privatização

²⁹ Exceto nos Estados Unidos da América, que adotaram o modelo de administração pública através de agências ou *Independent Comissions* há mais de um século. Sergio Guerra apresenta uma descrição bastante detalhada do processo histórico de criação das Agências nos Estados Unidos da América em GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a Regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: *Teoria do Estado regulador*. (Sergio Guerra - Coord.) Curitiba: Juruá, 2015. p. 13-106.

de empresas estatais e liberalização da economia. Em paralelo à privatização, ocorreu a desregulação que, na realidade, se constituiu em substituição do tipo de intervenção direta e mais restritiva do Estado na atividade econômica por uma regulação menos rígida ou restritiva.

A regulação de setores econômicos e sociais é uma das atividades mais complexas exercidas pelos governos na pós-modernidade. Trata-se de permanente busca de equilíbrio entre o interesse público, ou seja, dos consumidores e da sociedade em geral, com o interesse dos setores econômicos regulados, sob pena de prejuízo para a sociedade a médio e longo prazo caso a atividade econômica de determinado setor seja inviabilizada ou prejudicada; isso em meio à velocidade de introdução de novas tecnologias e de novos riscos³⁰ decorrentes da própria atividade humana.

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) identifica três grandes categoriais de regulação: a econômica, a social e a administrativa³¹. A regulação econômica refere-se à intervenção governamental nas decisões do mercado quando seus mecanismos falham em garantir as escolhas adequadas. A social, por sua vez, refere-se à intervenção governamental para a proteção de interesses públicos relevantes, tais como saúde, segurança, meio ambiente e coesão social. Já por regulação administrativa, a OCDE indica uma série de exigências e formalidades administrativas através das quais o governo obtém informações sobre o setor regulado e intervém em decisões econômicas individuais.

No Brasil, o modelo de administração pública policêntrica foi introduzido na década de 90, ganhando força no atual século. Decorridos cerca de vinte anos existem 10 Agências reguladoras constituídas e ainda se verificam questões relevantes para aperfeiçoamento do processo regulatório, notadamente no que se refere à Análise de Impacto Regulatório (AIR).

³⁰ MAURICIO, Alceu Junior. Do estado social ao estado de risco: a transformação do paradigma da segurança no estado constitucional de direito. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 133-173, jan./abr. 2017.

³¹ OCDE. The OECD Report on Regulatory Reform. Paris: OCDE, 1997. p. 6. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

Em Relatório elaborado em 2013³² a partir de fiscalização realizada para Avaliação da Governança da Regulação nos setores de energia, comunicações e transportes, o TCU reporta que as agências reguladoras de infraestrutura estão muito atrasadas em relação aos seus pares internacionais em relação ao uso da Análise de Impacto Regulatório e a sociedade não têm se beneficiado do aumento da transparência e da qualidade das decisões regulatórias resultantes do uso da AIR. Defende que é preciso acelerar o uso dessa ferramenta e recomenda a adoção das boas práticas recomendadas pela OCDE. Complementa, afirmando que os benefícios esperados são o aprimoramento das intervenções das agências sobre os setores regulados e a maior participação e controle da sociedade sobre essas intervenções.

3.2 A Análise de Impacto Regulatório (AIR)

Conforme a OCDE³³, a AIR é uma abordagem sistêmica para avaliar de forma crítica os efeitos, positivos ou negativos, ou seja, benefícios e custos, de uma nova proposta regulatória ou de norma já existente, bem como da não regulação. Na prática, a AIR abrange uma variedade de métodos e é considerada uma ferramenta para aumentar a capacidade de os governos certificarem-se que a regulação é eficiente e efetiva num mundo complexo e cambiante.

Conforme Baldwin³⁴, no Reino Unido avaliações de impacto são utilizadas para praticamente todas as intervenções governamentais que afetam o setor privado, os serviços públicos e o terceiro setor, independentemente da origem, doméstica ou internacional. São processos contínuos que integram a elaboração de políticas, desde o primeiro estágio, quando se verifica uma questão ou desafio e se analisam alternativas em resposta, prosseguem durante o processo de consulta pública e de elaboração de minutas de atos normativos até sua implementação e acompanhamento de performance.

32 Relatório de Auditoria TC 031.996/2013-2. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo/3199620132.PROC%20>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

33 OCDE. The OECD Report on Regulatory Reform. Paris: OCDE, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

34 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. In: *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice. Part IV Quality and Evaluation*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 315-337.

3.3 Diagnóstico do processo de elaboração de Avaliação de Impacto Regulatório no Brasil e iniciativas para seu aperfeiçoamento

Em janeiro de 2017, a Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG) da Casa Civil da Presidência da República constituiu, sob sua coordenação, um Grupo Técnico, formado pelas Agências Reguladoras Federais e Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, com o objetivo de realizar um estudo sistematizado da análise de impacto regulatório.

Essa iniciativa veio em resposta à aprovação do PLS nº 52/2013 pelo Senado, em dezembro de 2016, e que, no momento, tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 6.621/2016. O projeto “dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras”³⁵. O artigo 6º determina que propostas de alteração e de edição de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos do regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. O parágrafo primeiro determina que o regulamento irá dispor sobre: o conteúdo e metodologia da AIR; os quesitos mínimos a serem objeto de exame; as hipóteses de obrigatoriedade de sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

A SAG realizou diagnóstico prévio acerca do estado da arte da AIR nas Agências Reguladoras e no INMETRO, cujo resultado encontra-se na Nota Técnica n.º 4/2017/AESP/SAG/CC-PR³⁶, na qual foi constatado “que todas as dez agências reguladoras federais utilizam elementos de AIR, mas em diferentes níveis de abrangência, aprofundamento e maturidade”.

No item 48 da Nota Técnica, a AIR é citada como:

ferramenta de apoio ao processo decisório reconhecida internacionalmente e que pode ser definida

³⁵ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

³⁶ Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air>>. Acesso em: 3 jul.

como o exame dos custos e benefícios prováveis decorrentes de novas normas ou de alterações em normas já existentes. Trata-se de instrumento formal de explicitação dos problemas regulatórios, das opções disponíveis para resolvê-los, análise das vantagens e desvantagens e comparação destas opções, em cada caso concreto, mediante a utilização de dados empíricos.

Vale destacar alguns aspectos relevantes desse diagnóstico: (i) na AIR, em geral, é feita apenas a comparação entre uma opção regulatória já escolhida e o cenário de não regular; (ii) sua disponibilização se dá no momento da consulta ou audiência pública e não conta com a participação do público na sua elaboração; (iii) a escolha da metodologia é feita caso a caso; (iv) normalmente a Diretoria não se manifesta especificamente sobre a AIR, cuja análise é realizada no âmbito da manifestação sobre a proposta de ato normativo; (v) algumas Agências possuem instâncias de supervisão regulatória e de revisão de AIR (coerência geral e análise de conformidade); (vi) todas enfrentam dificuldades relativas à obtenção, organização e tratamento adequado dos dados necessários para as análises; (vii) a maioria ainda observa resistência interna com relação à elaboração da AIR, seja por desconhecimento da ferramenta ou da pressão por agilidade; (viii) não possuem prática de AIR *ex-post* e nenhuma agência conta com análise de risco sistematizada até o momento.

Com base no diagnóstico, observa-se alguns fatores bastante críticos para a adequada utilização da ferramenta de AIR: a dificuldade relativa à obtenção e tratamento dos dados, a capacitação de recursos humanos para a sua realização e a governança interna das Agências.

A Nota Técnica ressalta a grande importância que a intervenção regulatória adquiriu diante da crescente complexidade e da mutabilidade das economias, da necessidade de resolver complexos problemas sociais, da necessidade de as economias serem extremamente competitivas e eficientes considerando a concorrência em nível global. Defende que “regular melhor” é preciso uma vez que a qualidade da regulação passou a ser fundamental para

a efetividade da ação governamental e para o desenvolvimento econômico dos países. Lista uma série de iniciativas da OCDE para adoção de princípios pelos países membros visando melhorar o desempenho, o custo/efetividade³⁷ e a qualidade legal da regulação e das formalidades burocráticas associadas. A esse respeito vale mencionar que, em 1995, a OCDE emitiu uma lista de princípios “*a ten-point OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making*”³⁸ e desde então vem procurando promover o movimento de “melhor regulação” que se baseia em um tripé abrangendo a qualidade: (i) das Políticas Regulatórias, ou seja, em como os governos desenvolvem e implementam políticas e como usam os poderes regulatórios; (ii) das instituições regulatórias ou órgãos que desenvolvem e implementam as políticas; e (iii) das ferramentas e mecanismos para melhorar a regulação e sua implementação, elencando as principais ferramentas, dentre as quais a AIR.

A SAG consolidou em dois documentos o resultado do grupo de trabalho – Diretrizes Gerais para Análise de Impacto Regulatório e o Guia Orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório³⁹ – com base em práticas internacionais, bem como em inúmeras contribuições recebidas em consulta pública. Ambos se destinam a auxiliar os servidores incumbidos dessa análise, sendo que o Guia é bastante detalhado e oferece diversas referências bibliográficas de publicações internacionais, americanas e europeias, sobre as orientações ali contidas. Embora tais orientações tenham como foco as Agências Reguladoras, podem ser usadas por outros órgãos da Administração Pública brasileira que editem instrumentos com potencial de alterar direitos ou criar obrigações a terceiros, inclusive da esfera estadual ou municipal, com eventuais adaptações que sejam necessárias.

37 Segundo Kirkpatrick and Parker, a regulação deve ser: efetiva, no sentido de atingir seus objetivos e metas; e eficiente, no sentido de conseguir atingir os objetivos com o menor custo, considerando tanto o custo administrativo governamental como os custos impostos à economia para cumprimento e conformidade à regulação. In KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. *Regulatory Impact Assessment: an overview*. In: KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. *Regulatory Impact Assessment: towards better regulation?* Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2007a. p. 1-17.

38 Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0278>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

39 Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/consulta-publica/consulta-publica-001-2017/encerramento/consulta-publica-diretrizes-e-guia-air-001-2017>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

Alguns aspectos dos documentos de Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório, publicados em março de 2018, merecem destaque.

A AIR: (i) deve ser iniciada logo que a Agência Reguladora empreenda ações concretas voltadas à resolução de um problema regulatório identificado; (ii) é aplicável às propostas de alteração ou adoção, pelas Agências Reguladoras, de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados; (iii) não se aplica a atos de natureza administrativa relativos à própria Agência Reguladora; a atos voltados a disciplinar situação específica com destinatários individualizados, ou a atos que visem à correção de erros de redação e outros que não resultem em alteração do mérito; (iv) pode ser dispensada em caso de urgência, ou de atos normativos voltados a disciplinar direitos ou obrigações definidos em instrumento legal superior que não possibilitem diferentes alternativas regulatórias ou de notório baixo impacto; (v) deve ser realizada em dois níveis, nível I⁴⁰ e nível II, este último, no caso em que o problema regulatório objeto da análise revista-se de significativa complexidade ou caso as alternativas identificadas para seu enfrentamento apresentem impactos significativos.

O nível II da AIR envolve: i) mapeamento da experiência internacional; ii) mensuração dos possíveis impactos das alternativas sobre os consumidores ou usuários dos serviços e sobre os demais principais segmentos da sociedade afetados; e iii) mapeamento dos riscos envolvidos em cada uma das alternativas consideradas.

No item “Orientações Gerais” do Guia Orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório, há referência ao reconhecimento pela OCDE de que “a contribuição mais importante da

40 Destacamos os seguintes itens que devem ser apresentados na AIR Nível I: i) identificação do problema regulatório, suas causas e extensão; ii) identificação dos atores ou grupos afetados pelo problema; iii) identificação da base legal que ampara a ação da Agência Reguladora; iv) definição dos objetivos que se pretende alcançar; v) descrição das possíveis alternativas para enfrentamento do problema regulatório identificado, considerando a opção de não ação; vi) exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas; vii) comparação das alternativas consideradas, com a indicação justificada da que se mostra mais adequada aos objetivos pretendidos; viii) descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, incluindo formas de monitoramento e fiscalização, assim como a necessidade de alteração ou revogação de normas em vigor; e ix) considerações referentes às contribuições recebidas na elaboração da AIR em processos de participação social.

AIR para a qualidade das decisões regulatórias não é a precisão dos cálculos, mas a própria ação de analisar, questionando e entendendo os potenciais impactos da regulação e explorando as alternativas possíveis. (OCDE, 2008)”⁴¹. O Guia reforça que a AIR não deve ser utilizada para justificar a criação de uma regulação mediante um procedimento burocrático formal, e, para que possa cumprir ao seu propósito, “deve de fato consistir num processo de diagnóstico do problema, de reflexão sobre a necessidade da regulação e de investigação sobre a melhor forma de realizá-la”⁴².

Por fim, outro aspecto interessante refere-se à recomendação expressa de que a AIR deve sempre observar o princípio da proporcionalidade, ou seja, os esforços e o tempo empregados em toda a análise devem ser proporcionais à relevância do problema investigado e dos possíveis impactos da intervenção governamental⁴³.

Não se pode ignorar, entretanto, que a bibliografia internacional apresenta algumas ponderações acerca do uso da AIR. Segundo Baldwin⁴⁴, avaliações econômicas apresentam significativos problemas, o que não quer dizer que elas não tenham lugar no processo regulatório. Seu papel deve ser restringido em função das suas imperfeições e da necessidade de se atingir objetivos não eficientes sob a ótica econômica (distributivos, por exemplo), bem como atingir os objetivos específicos relativos ao mandato recebido pelos reguladores. Avaliações do impacto regulatório devem ser usadas como um complemento no processo de elaboração de políticas regulatórias; não se deve ter a pretensão de obter uma única solução correta; avaliações com alto nível de tecnicismo podem inibir a discussão qualitativa sobre políticas regulatórias; valores ou aspectos que não tenham sido considerados na análise devem ser claramente explicitados, bem como as limitações da análise; as premissas e informações que serviram de base para análise devem ser disponibilizadas ao público em geral e nenhum grupo deve ter acesso preferencial ao processo de elaboração da AIR; mecanismos de participação do público devem ser incorporados ao processo para

41 Id.

42 Id.

43 Id.

44 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Op. cit.* p 315-337.

que os cidadãos possam expressar seus julgamentos sobre riscos e o Judiciário não deve deixar que as avaliações sejam objeto de considerações irrelevantes para “invalidar ou atrapalhar” o processo regulatório. O autor reforça a ideia de que a avaliação, em determinados casos, deve usar outros parâmetros que não apenas o parâmetro da “eficiência”, não devendo se basear apenas em análise de custo-benefício pois esta não leva em conta questões distributivas, tais como quais segmentos vão suportar os custos e quais vão auferir benefícios. Por fim, conclui que análises de riscos e benefícios devem ser conduzidas sob princípios democráticos e éticos, permitindo a participação das partes afetadas, devendo ser submetidas a diferentes técnicas de avaliação.

Cass Sunstein, que foi administrador do *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA)⁴⁵, de 2009 a 2012, período em que, segundo ele, tramitaram mais de 2 mil ações regulatórias para revisão, destaca a questão dos riscos e incertezas nas análises quantitativas de custos e benefícios, e defende que, apesar das dificuldades, pode ser altamente esclarecedor considerá-los para decidir como lidar com eles. O ato de analisar os problemas possui benefícios e custos. Dentre os benefícios, está a melhor compreensão dos problemas, bem como o aprimoramento das práticas e de políticas regulatórias. O custo refere-se ao grande esforço para resolver problemas difíceis⁴⁶.

Com base na bibliografia sobre o tema, entendemos que a proposta, consolidada pela SAG, encontra-se alinhada às práticas e recomendações internacionais, constituindo uma oportunidade, caso adotada, para aperfeiçoamento do processo regulatório brasileiro.

Não há pretensão de que a adequada e sistemática utilização da AIR irá solucionar todos os problemas regulatórios. A melhoria do ambiente regulatório, segundo a OCDE, está baseada em um tripé que envolve políticas regulatórias, governança das instituições e uso adequado de ferramentas, dentre elas a AIR. Portanto, o

45 OIRA - *Office of Information and Regulatory Affairs* é o órgão federal do Governo dos Estados Unidos da América que, dentre outras atribuições, é responsável por revisar as regulações emanadas pelo Poder Executivo Federal.

46 SUNSTEIN, Cass. O mundo real da análise de custo benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto). *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 13-47, maio/ago. 2014.

aperfeiçoamento no uso dessa ferramenta é importante para melhoria do processo regulatório e da regulação em geral, mas sua adoção isolada não se constituiu em solução plena para todos os desafios impostos pelas complexas questões regulatórias.

Diante dessas informações, vale refletir sobre as ponderações efetuadas por Fernando Leal e Jose Vicente Santos de Mendonça acerca da aplicação prática do disposto nos artigos 20 e 21 da LINDB. As preocupações referem-se basicamente à dificuldade de controle sobre a confiabilidade das avaliações preditivas para diferentes alternativas de solução para problemas regulatórios, bem como à liberdade de seleção de critérios ou valores (qualitativos) para ordenar as alternativas e respectivas consequências, uma vez mensuradas, e ainda justificar a preferência por determinado curso de ação.

Quanto à primeira preocupação, relativa à confiabilidade de avaliações preditivas, entendemos que a resposta reside no aperfeiçoamento do processo de elaboração da avaliação de impacto regulatório.

A incorporação das orientações que constam nos documentos Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, publicados pela SAG, e capacitação das equipes dos órgãos reguladores constituem importante passo neste sentido. É possível que, à medida em que haja a aplicação das orientações do Guia aos casos práticos, novas dificuldades metodológicas surjam demandando a realização de mais estudos e, principalmente, a coordenação de orientações gerais por um órgão central. A exemplo do que ocorre na elaboração da peça orçamentária anual, sugere-se que órgão central federal divulgue periodicamente projeções de indicadores macroeconômicos, tais como crescimento real do PIB, variação do IPCA, SELIC, taxa de câmbio, etc., que servirão de base para o desdobramento de premissas setoriais específicas pelos órgãos reguladores que servirão de base para elaboração das AIRs. A aprovação de guias internos, pela direção dos órgãos reguladores, formalizando tais premissas e orientações metodológicas adequadas às especificidades dos setores regulados, bem como institucionalização de procedimentos para revisão das AIRs por instâncias internas revisoras, contribuirão para garantir coerência, conformidade e confiabilidade

das avaliações. Lembrando que o mérito na institucionalização da AIR, conforme Cass Sunstein⁴⁷, reside no aprofundamento da compreensão dos problemas e, conseqüentemente, no aprimoramento das práticas e políticas regulatórias.

Além de processos internos bem estruturados para elaboração de AIRs, os órgãos reguladores devem prezar a transparência, abrindo tais processos a contribuições das partes afetadas e da sociedade em geral de forma interativa. Ainda que nem sempre haja questões metodológicas complexas, a participação dos interessados no processo decisório das questões regulatórias, conforme defendido por Guerra⁴⁸, é importante para a integração de conceitos jurídicos indeterminados, que para serem concretizados:

dependem de outros aspectos a serem sopesados, a atuação determinante do particular no fornecimento de dados e informações essenciais para tomada de decisão final pelo poder público pode conduzir a situação do caso a soluções nem mesmo vislumbradas pelo Estado e mais benéficas à sociedade.

Quanto à liberdade para ordenar as escolhas regulatórias segundo critérios valorativos, vale mencionar ponderação feita por Schuartz⁴⁹ de que o espaço para a resolução de divergências, no que se refere à questão da ponderação de valores, não é a ciência, mas a política. Embora divergências relativas a valores possam ser discutidas de maneira racional, com algum dos participantes sendo racionalmente convencido a adotar as preferências expressadas por outros, dissensos quanto a valores são vistos como inseparáveis dos processos de formação da vontade política e produção das normas do direito positivo na sociedade moderna.

Conforme constatado por Guerra⁵⁰ há divergência na doutrina quanto à existência ou não de escolhas regulatórias com motivações

47 Id.

48 GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* p. 275.

49 SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

50 Guerra cita as divergências de posições acerca deste tema entre Marçal Justen Filho, que entende que não há dissociação entre gestão técnica e decisão política, e Marcos Jurueña Villela Souto, que defende a existência de escolhas regulatórias com motivações estritamente técnicas. Em GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* p. 271.

estritamente técnicas uma vez que estas pressupõem avaliações políticas ainda que subjacentes, a exemplo do entendimento de Floriano Marques⁵¹ de que a escolha regulatória envolve não apenas a concretização de políticas como também alguma margem para sua construção.

Segundo Guerra, ao editar atos normativos regulatórios, o regulador irá confrontar o problema de modo reflexivo em face da Constituição, de modo a estabelecer qual ou quais dos valores em conflito deverão prevalecer. Ao fazer suas escolhas, o regulador deve centrar-se no “caso concreto de modo sistemático e transparente, sob uma interpretação analítica e empírica⁵².”

Neste sentido, a definição e aprovação de políticas setoriais, pelos órgãos representativos, deveria nortear a definição de diretrizes ou objetivos regulatórios, restringindo o espaço de construção de políticas setoriais pelos reguladores. Na União Europeia, por exemplo, o desenvolvimento e aperfeiçoamento da regulação está diretamente vinculada a três diretrizes principais: competitividade da economia do bloco, boa governança e desenvolvimento sustentável⁵³. De acordo com documento elaborado em 2002 pela Comissão Europeia, o objetivo de simplificar e melhorar o ambiente regulatório visa conferir às normas regulatórias maior sintonia com os problemas e com as condições locais, garantir alto grau de segurança jurídica para possibilitar maior dinamismo econômico e social, bem como fortalecer a credibilidade, no interesse da sociedade.

As escolhas regulatórias, no que se refere à ordenação de alternativas e suas respectivas consequências, deveriam estar vinculadas aos objetivos estipulados no mandato dos dirigentes, decorrentes do desdobramento de políticas formuladas pelos órgãos representativos.

51 GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* p. 272.

52 GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* p. 279.

53 Löfstedt, Ragnar E. *The Swing of the Regulatory Pendulum in Europe: From Precautionary Principle to (Regulatory) Impact Analysis*. AEI-Brookings Joint Center Working Paper No. 04-07. (March 2003). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=519563>>. Acesso em 2 ago. 2018. Cabe mencionar que de acordo com a Comissão Europeia o termo “sustentável” refere-se à política e estratégia para o contínuo desenvolvimento econômico e social sem prejuízo da qualidade do ambiente e dos recursos naturais, dos quais dependem a continuidade da atividade humana e desenvolvimento futuro.

4. Considerações finais

Observa-se uma convergência de iniciativas para incorporar avaliações de impacto aos processos decisórios da administração pública, bem como aos processos decisórios dos órgãos que exercem o controle sobre essas ações (tribunais de conta, Judiciário, controladoria, etc.).

A incorporação das orientações contidas nos documentos Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, elaborado pela Casa Civil, aos processos internos das Agências, conjugada com outras medidas tais como: (i) o aperfeiçoamento dos bancos de dados dos setores regulados; (ii) a capacitação das equipes para elaboração das AIRs; (iii) a formalização e aprovação interna de procedimentos, premissas e outras variáveis para uso nas análises de acordo com as especificidades de cada setor; e, (iv) a formalização de instâncias revisoras internas para revisão das análises, podem aumentar significativamente o grau de confiabilidade das avaliações. Ainda que não haja precisão nos cálculos em função de dificuldades inerentes a elaboração de prognoses, a reflexão sobre os problemas e a concepção de alternativas para lidar com eles, juntamente com a avaliação dos respectivos impactos, trazem benefícios para as práticas regulatórias, conforme constatação de Cass Sunstein, que coordenou o *Office of Information and Regulatory Affairs (Oira)* dos Estados Unidos da América por cerca de três anos.

Um aspecto importante destacado no Guia Orientativo e que vem ao encontro da crítica efetuada pelo TCU ao processo de definição do reajuste dos planos de saúde, refere-se à recomendação de envolvimento do público afetado pelo problema desde o início do processo de avaliação de soluções. A possível falha metodológica no cálculo dos índices de reajuste dos planos de saúde, indicada pelo TCU, poderia ter sido evitada ou até mesmo esclarecida, caso tal falha não exista, com base em discussão externa com organizações que representam a sociedade civil e com os atores envolvidos.

A exigência legal de que órgãos de controle considerem as consequências práticas de suas decisões, com as devidas explicações acerca da necessidade e adequação das medidas impostas, irá

requerer, na prática, que os administradores aperfeiçoem seus processos decisórios de forma a sustentar suas escolhas regulatórias.

No processo decisório do julgador ou do controlador, o órgão regulador exercerá papel fundamental uma vez que, de fato, ele é o que dispõe de ferramental para melhor poder analisar as circunstâncias fáticas, elencar alternativas coerentes, mensurar de forma mais adequada as respectivas consequências com base no conhecimento técnico do funcionamento do setor regulado, e avaliar impactos prospectivos, inclusive sobre outros setores, e para a sociedade em geral. O caso do reajuste dos planos de saúde exemplifica bem a complexidade e o significativo impacto das questões regulatórias sobre a sociedade, uma vez que cerca de 25% da população é usuária de planos de saúde.

Considerando que o Juiz, para poder motivar adequadamente sua decisão, irá precisar expor as consequências práticas, e, diante da tecnicidade das matérias regulatórias e da assimetria natural de informação sobre o setor regulado entre regulador e controlador, a certificação da qualidade do processo decisório do regulador, no qual se inserem as AIRs, além da coerência e razoabilidade dos resultados das AIRs, servirão de base para a tomada de decisão do controlador. Neste sentido, Guerra defende que “o controle judicial deve estar presente sempre que houver dúvida acerca da observância do *due process of law*, notadamente na apreciação da vinculação da decisão regulatória aos dados empíricos e demais fatos do caso real” e que o juiz deve aceitar a avaliação feita pelo agente, uma vez que esta função é prerrogativa da Administração⁵⁴.

Por fim, convém destacar ponderação feita por Baldwin⁵⁵ de que a questão da efetiva contribuição para a melhoria da atividade regulatória, do controle judicial sobre decisões regulatórias, continua em aberto e o desenvolvimento de controles (*checks*) sobre a discricionariedade do processo decisório tem sido uma preocupação central uma vez que há uma clara tensão entre os princípios de autonomia dos órgãos reguladores e dos órgãos de controle.

⁵⁴ GUERRA, Sérgio. *Op. cit.* p. 263-264.

⁵⁵ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Op. cit.* p. 346-347.

5. Referências

- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário* (atualizado por BINENBOJM, Gustavo). Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- Brasil. Casa Civil, Presidência da República - Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air>>. Acesso em: 3 jul. 2018.
- _____. Diretrizes gerais para análise de impacto regulatório e o guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-encerramento/consulta-publica-diretrizes-e-guia-air-001-2017>>. Acesso em: 3 jul. 2018.
- Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado (CCJ). Parecer sobre PLS 349 de 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407681&disposition=inline>>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a Regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: *Teoria do Estado regulador*. (Sergio Guerra - Coord.) Curitiba: Juruá, 2015.
- _____. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. Regulatory Impact Assessment: an overview. In: *Regulatory Impact Assessment: towards better regulation?* Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2007.
- KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 23, p. 21-49, 2004.
- LEAL, Fernando. Inclinações Pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (Orgs). *Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 25.
- Löfstedt, Ragnar E. *The Swing of the Regulatory Pendulum in Europe: From Precautionary Principle to (Regulatory) Impact Analysis*. AEI-Brookings Joint Center Working Paper No. 04-07. (March 2003). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=519563>>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: *Revista do Serviço Público /Fundação Escola Nacional de Administração Pública*. Brasília: ENAP, 1999. n. 1 (Jan-Mar/1999), p. 10.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. A função normativa da administração pública e a Lei 13.655/2018. *Revista Consultor Jurídico*, em 14 jun. 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 2 ago. 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (Orgs.). *Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 31.

MAURICIO, Alceu Junior. Do estado social ao estado de risco: a transformação do paradigma da segurança no estado constitucional de direito. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 133-173, jan./abr. 2017.

OCDE. *The OECD Report on Regulatory Reform*. Paris: OCDE, 1997. p. 6. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

_____. *a ten-point OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making*. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0278>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). 2018. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (Orgs.). *Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. In: *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, 2003.

SUNSTEIN, Cass. O mundo real da análise de custo benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto). *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 13-47, maio/ago. 2014.

Tribunal de Contas da União (TCU); Relatório de Auditoria TC 021.852/2014 - 6. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/reajuste-dos-planos-de-saude-8A81881E64B475FB0164C73BF64120.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

_____. Relatório de Auditoria TC 031.996/2013-2. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo/3199620132.PROC%20>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

Clayton Couto dos Santos

**Eficiência administrativa e o
modelo regulatório brasileiro:
O desenho institucional das
Agências Reguladoras**

6



Eficiência administrativa e o modelo regulatório brasileiro: O desenho institucional das Agências Reguladoras

Clayton Couto dos Santos¹

Resumo

O trabalho analisa a sistemática de regulação dos serviços públicos no Brasil, implantada com a Reforma Gerencial da década de 1990, que resulta, de certa forma, da constatação da impossibilidade do Estado em prestar de modo eficiente determinados serviços públicos e regular a economia. Partindo do pressuposto de que o grau de eficiência da atividade regulatória do Estado interventor deve ser avaliado a partir da otimização da realização dos serviços públicos, mediante um controle de equilíbrio entre a lógica concorrencial e a lógica social, o estudo aborda o contexto histórico que culminou com a implantação do Estado Regulador no Brasil, compreendendo a problemática engendrada desde o poder normativo e a independência dos órgãos reguladores e apontando aspectos que precisam ser considerados com vistas a garantir maior eficiência na atuação das agências reguladoras.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Regulação. Princípio da Eficiência Administrativa. Agências reguladoras.

Abstract

The paper analyzes the system of regulation of public services in Brazil, implemented with the Managerial Reform of the 1990s, which results, to a certain extent, from the impossibility of the State to efficiently provide certain public services and regulate the economy. Assuming that the degree of efficiency of the regulatory activity of the intervening State should be evaluated from the optimization of the performance of the public services,

¹ Doutorando e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Linha de Pesquisa Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável. Graduado em Direito com láurea acadêmica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná -campus Londrina. Professor dos cursos de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Londrina e da Universidade Positivo - Faculdade Londrina. Advogado. E-mail: clayttoncouto@hotmail.com.

by controlling the balance between the competitive logic and the social logic, the study approaches the historical context that culminated with the implementation of the Regulatory State in Brazil, including the problem generated from the regulatory power and the independence of regulatory agencies and pointing out aspects that need to be considered in order to guarantee greater efficiency in the regulatory agencies' performance.

Keywords: Administrative Law. Regulation. Principle of Administrative Efficiency. Regulatory agencies.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 projetou um Estado desenvolvido e forte, o quão necessário seja para que os fundamentos afirmados e os objetivos definidos venham a ser plenamente realizados, garantindo-se como finalidade da ordem econômica assegurar a todos a existência digna. Daí por que a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.

Entretanto, a constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução de ampla gama de serviços públicos, numa das facetas da Reforma de Estado implementada a partir da década de 1990. Com a reforma gerencial, assistiu-se a uma drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passaram a ser as de planejamento, regulação e fiscalização.

O modelo regulatório adotado pautou-se na criação de agências reguladoras independentes, constituídas na forma de autarquias de regime especial, dotadas de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria de cada setor. As agências reguladoras brasileiras, inspiradas na prática norte-americana, tornaram-se peças fundamentais no



projeto nacional de eficiência na prestação de serviços públicos. Neste cenário, que surge com a proliferação de agências reguladoras, as questões que afloram desse contexto abarcam uma série de pontos controversos, envolvendo desde o poder normativo, o desenho institucional e a independência dos órgãos reguladores até a necessidade de imprimir maior participação da sociedade no processo regulatório e o debate em torno de adoção de um modelo subsidiário de Estado.

Nesta conjuntura, o presente trabalho propõe uma análise da sistemática de regulação dos serviços públicos, implantado com a Reforma de Estado na década de 1990. Para tanto, estuda-se o contexto político e social de intervenção do Estado no domínio econômico, que culminou no atual modelo de Estado Regulador; os pressupostos caracterizadores do princípio da eficiência administrativa sob a ótica da Constituição Federal de 1988; a verificação da satisfação do princípio da eficiência administrativa no que atine ao controle e desenho institucional das agências reguladoras, apontando, ao final, alguns pressupostos essenciais para conferir maior efetividade ao princípio da eficiência administrativa através da regulação.

2. A reforma gerencial e o Estado regulador

O histórico de reformas na administração pública revela que os fatores que justificam a implantação de um novo modelo de administrativo estão, no mais das vezes, fundamentados nas deficiências e nos problemas apresentados pelo modelo anterior e não nas características e na possibilidade de quebra de paradigmas do modelo que se propõe.

A Administração Pública Burocrática, modelo administrativo que precedeu a administração gerencial, baseada nos princípios administrativos do exército prussiano, surgiu na segunda metade do século XIX, durante o Estado Liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo típicos da Administração patrimonialista². A administração burocrática se pautou na profissionalização,

2 Na administração Pública Patrimonialista, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. BRASIL. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, 1995. p. 15.

na ideia de carreira, na hierarquia funcional, na impessoalidade e no formalismo. A concepção do modelo burocrático parte de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas.

O modelo de administração pública burocrática clássica foi recepcionado com entusiasmo porque representava uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. No entanto, à medida que o pequeno Estado liberal do século XIX foi sendo substituído pelo grande Estado social-democrático do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais – educação, saúde, cultura, previdência e assistência social, pesquisa científica – e de papéis econômicos – regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura – a administração burocrática não garantiu que fossem prestados ao público serviços de boa qualidade ou de baixo custo³. O problema da eficiência tornou-se, portanto, essencial. A administração pública burocrática, no dizer de Bresser Pereira, mostrou-se lenta, dispendiosa, autocentrada, autoritária e não preocupada em atender às demandas dos cidadãos⁴.

Neste contexto, desde o início dos anos 1980, vê-se crescer em todo o mundo uma onda global de reforma do setor público. Praticamente todos os governos começaram a ser pressionados a reduzir o tamanho do Estado, de modo a modernizar e agilizar a administração pública⁵.

No Brasil, a implantação de um modelo de administração gerencial no Brasil em substituição ao modelo burocrático, seguindo a experiência já adotada por outros países, surgiu como consequência administrativa da tentativa de consolidação e legitimação do Estado Social insculpido na Constituição Federal de 1988. Enquanto,

3 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Coord.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 241.

4 ————. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 208.

5 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). *Reforma do estado... Op. cit.*, p. 242.



por um lado, se iniciou um esvaziamento das funções do Estado empresário através de um processo de privatizações de empresas estatais, por outro lado, constituiu-se um novo aparato regulatório formado pelas agências de regulação, numa tentativa de se alcançar maior eficiência na prestação dos serviços públicos⁶.

A partir do início da década de 1980, a ação direta do Estado na atividade econômica e social atinge o ápice de sua ascensão no Brasil, o que enseja uma estrutura gigantesca. A título exemplificativo, Caio Tácito expõe que, enquanto até o ano de 1930 os órgãos paraestatais não iam além de 17, este número elevou-se a 70 na década de 1950, saltando para 582 na década de 1980⁷.

Desse modo, o Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza⁸. Não obstante, a constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao caminho para Reforma de Estado implementada a partir da década de 1990⁹. Assim, o tema da reforma da administração pública foi novamente retomado no primeiro mandato do Governo Fernando Henrique Cardoso (1994-1998), embora não constasse dos temas da campanha eleitoral de 1994¹⁰.

6 No Brasil, a importância do Direito da regulação foi maior que em outros países, pois, sendo de criação recente, também evoluiu em pouco tempo, acompanhando o desenvolvimento das privatizações, que lhe deram um grande impulso. WALD, Arnoldo. O direito da regulação, os contatos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. In: *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 866, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez./2006, p. 15.

7 Esta intervenção incisiva do Estado na economia visava, entre outros fatores, o desenvolvimento econômico e a ocupação de setores em que se revelava ineficaz ou ausente a iniciativa privada, a par do monopólio estatal nos setores de petróleo e de telecomunicações. TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 242, out./dez., 2005, p. 113.

8 BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, n. 229, jul., 2002, p. 286-288. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho lembra que, com a multiplicação de atribuições assumidas pelo Poder Público durante o Estado de Bem-Estar Social, seguiu-se um quadro de dificuldades financeiras e déficits orçamentários que reduziram sensivelmente a capacidade de o Estado executar os encargos que assumira. Os serviços públicos se revelaram deficientes. Descapitalizadas, as empresas estatais não absorveram, em tempo hábil, as novas tecnologias. CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 22.

9 BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo...* *Op. cit.*, p. 293.

10 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). *Reforma do estado...* *Op. cit.*, p. 21.

Ainda que não se possa falar da existência de uma unanimidade sobre o diagnóstico do cenário brasileiro pré-Estado Regulador, menos ainda sobre as estratégias que deveriam ser adotadas, o modelo de reforma que prevaleceu foi o que postulava que o Estado deveria reduzir o seu tamanho, se tornar mais ágil, flexível, eficiente, e, principalmente, “mais responsável diante da sociedade”¹¹. No entanto, à semelhança do que ocorreu em outros países, não havia neste momento no cenário político brasileiro uma visão unânime sobre como a reforma deveria ocorrer. Isso porque, dentre outras razões, também estava em curso no país “um novo paradigma reformista: o estado-novíssimo-movimento-social, que rearticula o Estado e a sociedade, combinando a democracia representativa e a participativa”¹².

O paradigma de reforma gerencial brasileiro foi importado do sistema do *common law*, do qual se tentou copiar a existência de agências e do qual se extraiu uma série de neologismos inspirados na Ciência Política, como, por exemplo, *governance* (governança) e *accountability*¹³. Neste contexto, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado é claro ao propor uma ruptura com o modelo de Estado até então operante, quando consigna que a reforma do Estado¹⁴ deve ser entendida “dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento”¹⁵.

11 FLEURY, Sonia. Reforma del Estado. *RAP - Revista de Administração Pública*, 35, set./out. 2001, p. 12.

12 PAULA, Ana Paula Paes de. Administração Pública Brasileira. Entre o Gerencialismo e a Gestão Social. *RAE - Revista de Administração de Empresas*, v. 45, n. 1, 2005, p. 39.

13 O termo *accountability* sequer foi traduzido, mas é geralmente utilizado para designar o dever de os agentes públicos prestarem contas dos resultados obtidos, em função da posição e do poder retidos. No vocabulário da nova gestão, o objetivo era mudar o modelo burocrático, centrado nas regras (*rule-based accountability*), para uma noção de gestão pelo desempenho/resultado (*performance-based accountability*). NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 80-97.

14 A redação dada ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado estabeleceu uma distinção entre reforma do Estado e Reforma do Aparelho do Estado. Segundo o documento, a reforma do Estado diz respeito “às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania”. BRASIL. *Plano diretor da reforma...* Op. cit., p. 11-12.

15 BRASIL. *Plano diretor da reforma...* Op. cit., p. 12.



O plano questionou a atuação direta do Estado no domínio econômico, considerando que seria necessário que fossem transferidas para o setor privado atividades que pudessem ser controladas pelo mercado, dando ênfase aos processos de privatização¹⁶. Daí a crítica de Emerson Gabardo, quando aduz que infelizmente, o Plano de Reforma Gerencial tem influência direta dos aspectos mais marcantes da mentalidade pragmatista, cuja prática confere muito mais ênfase à privatização do que à “boa conduta pública”. Aliás, a teoria do social-liberalismo de Bresser Pereira tem assumidamente esta feição, na medida em que o próprio autor propõe equivalência entre as denominações “pragmática” e “social liberal”¹⁷.

Irene Patrícia Nohara aponta que o principal argumento de justificação da Reforma Gerencial é a crítica ao modelo burocrático de administração. Neste sentido, o discurso oficial da Reforma Administrativa foi construído mediante a contraposição entre uma administração burocrática “rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno” e um modelo gerencial, no qual se promete uma nova organização “flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão”¹⁸. Para garantir a maior adesão ao novo modelo, o discurso reformista teve de se focar na deslegitimação do antigo, isto é, no ataque ao modelo burocrático¹⁹. Conforme aponta Nohara, um modelo em que o estado fosse mais eficiente e, sobretudo, voltado para o atendimento do cidadão-administrado seria facilmente aceito pela sociedade, mas os silêncios que são manipulados no discurso gerencial residem justamente na resposta a como, exatamente, isso pode ser possível, ou a que custo o modelo gerencial promove os objetivos anunciados²⁰. É possível, pois, concluir que, apesar da preocupação com o desempenho do Estado, que deveria se orientar para uma maior eficiência, percebe-se que o modelo gerencial não foi claramente exposto. Além do mais, Nohara ressalta o fato de que as práticas gerenciais da administração privada são

16 NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa... Op. cit.*, p. 79.

17 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 55.

18 NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa... Op. cit.*, p. 91.

19 De acordo com Nohara, o esforço de deslegitimar o modelo burocrático pode ser identificado já na escolha da denominação do plano reformista: Plano diretor da reforma do aparelho do estado, o que não pode ser ignorado quando de sua análise. NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa... Op. cit.*, p. 91-92.

20 NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa... Op. cit.*, p. 91.

tão variadas, que o plano deveria ter sido mais claro sobre o qual tipo de gestão teria por paradigmática. Ao revés, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado indica-se apenas, de forma difusa, que se quer flexibilizar a Administração, para dar maior ênfase à criatividade e à inovação do que ao controle de procedimento²¹.

O posicionamento de Irene Nohara é plausível. Tratando-se da discussão da reforma do modelo administrativo, é essencial que haja uma contraposição entre o modelo proposto e o modelo que se cogita substituir ou reformar. No entanto, as deficiências do modelo a ser alterado, embora sejam a justificativa da reforma, não podem, por si só, servir de fundamento para a adoção de qualquer modelo de atuação estatal, como ocorreu no discurso que legitimou a reforma gerencial. Embora, em geral, as críticas ao ambiente burocrático sejam fundadas,²² o novel modelo deve se mostrar adequado à realidade social na qual será implantado, coerente com as políticas públicas adotadas pelo Estado e apresentar um alto grau de eficiência.

Assim, ao propor a descentralização administrativa, a concessão de serviços à iniciativa privada e a regulação, o processo de reformas gerenciais das décadas de 1990 fez romper os limites estabelecidos originalmente entre o público e o privado, tornando-se comum a promoção de alternativas jurídicas até então inexistentes²³.

3. O Estado regulador: entre o econômico e o social

A regulação surge com o processo de transferência da exploração de serviços públicos para a iniciativa privada. Opera-se, portanto, a separação entre operador (agora um ente privado não sujeito ao controle estatal) e o regulador (já que a atividade regulatória remanesce em mãos do Estado, que a exerce então de forma indireta). Próprio dessa separação é o regime público de exploração destes serviços delegados à iniciativa privada, consubstanciado na outorga de concessões ou permissões²⁴.

21 NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa...* Op. cit., p. 96.

22 GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 117.

23 GABARDO, Emerson. *Interesse público...* Op. cit., p. 134.

24 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo...* Op. cit., p. 8.



Na lição de Gaspar Ariño Ortiz, o modelo de concessões adotado permite ao Estado compatibilizar duas posturas: “de uma parte, se entenderá que o Estado é o titular destas atividades, o *dominus* dos serviços públicos; de outra, se entenderá que o Estado não deve geri-los diretamente e se acode à concessão como fórmula que lhe permita dirigir sem gerir”²⁵. De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto, vem daí a necessidade de forte regulação sobre a atuação do explorador privado em regime público, com vistas a: I) assegurar o cumprimento dos pressupostos da outorga; II) garantir perenidade e universalidade da prestação de III) assegurar a preservação de bens vinculados à atividade²⁶.

Nesta nova fase, o Estado, como regulador de mercado, especializando-se em seus diversos setores e segmentos, abandona a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la com a direção técnica e socialmente concertada através de entes independentes, criados para desenvolver políticas econômicas legislativas, antes que meramente executivas. É o Estado regulativo, que pratica a *light intervention*, pró-mercado, desenvolvida como alternativa às formas de *heavy intervention*, antimercado, desenvolvidas na grande maioria dos modelos do bem-estar social europeus durante o século XX²⁷.

25 Conforme retrata Gaspar Ariño Ortiz, a concessão se configura, assim, como uma transferência de funções e tarefas cuja titularidade corresponde primariamente ao Estado, atividades que não eram intrinsecamente públicas, que não faziam parte das finalidades históricas do Estado, de seus fins essenciais, mas que estavam publicizadas. O que a Administração cede na concessão não é a titularidade da atividade, mas seu exercício. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho publico económico...* Op. cit., p. 280-281.

26 NETO, Floriano De Azevedo Marques. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29. abr./jun. 2002, p. 20.

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. *Revista de Direito Administrativo*: Renovar, n. 241, jul./2005, p. 8. Consoante explica Arnoldo Wald, o direito da regulação de cada área tem peculiaridades decorrentes da respectiva estrutura e condições específicas. No entanto, existem regras comuns de direito constitucional e administrativo, que incidem sobre todas as suas formas, como é o caso da igualdade das partes, da transparência das decisões, da participação dos interessados na discussão das soluções apresentadas pelas agências - por meio de audiências públicas, da divulgação ampla das informações e dos projetos e o respeito aos princípios da livre concorrência e da proteção dos usuários dos serviços. Esses vários imperativos aos quais obedece o direito da regulação devem ser objeto de conciliação pela agência reguladora, considerando o interesse social e o direito das partes. Cabe, pois, ao órgão regulador, um papel ativo no desempenho das suas funções normativas, preventivas e corretivas, devendo intervir nos processos judiciais, sempre que necessário, e prevendo os problemas do setor, em vez de esperar que surja para, em seguida, tentar resolvê-lo. WALD Arnoldo. O direito da regulação, os contatos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 866, dez./2006, p. 12.

O vocábulo regulação teve origem nas ciências físicas e biológicas, significando um “trabalho consistente em introduzir a regularidade em um objeto social, assegurar a sua estabilidade, sua perenidade, sem fixar-lhe todos os elementos nem o integral desenvolvimento, portanto sem excluir mudanças”. Desse conceito resulta a presença de dois elementos intrínsecos à noção de regulação: a ideia de regularidade e a ideia de mudança. A própria etimologia do termo demonstra que, ao mesmo tempo em que se procura assegurar um certo grau de estabilidade no objeto da regulação, também se deixam as portas abertas para mudanças que sejam necessárias em benefício da própria estabilidade²⁸.

Diante desta perspectiva, o conceito de regulação pode assumir vários sentidos²⁹. Para Marçal Justen Filho, a regulação consiste no controle permanente e concentrado, exercido por uma autoridade pública sobre atividades dotadas de um certo valor social³⁰. Em sentido análogo, Calixto Salomão Filho defende que a regulação “é toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”³¹.

Não destoia disso a concepção de regulação formulada por Michael Crozier. O sociólogo considera totalmente ultrapassada a separação entre o econômico (terreno do racional puro) e o social (terreno da justiça distributiva). Crozier defende uma regulação do social (educação, saúde, assistência social) em bases diversas da regulação operadora no campo econômico. Enquanto esta teria por foco a quantidade (segundo ele, um modelo colocado em xeque em

28 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 19.

29 Maria Sylvia Zanella Di Pietro distingue regulação e regulamentação: regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio e órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Por sua vez, regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV). A regulação, portanto, possui um sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 150. No mesmo sentido: ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 40-41.

30 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 27.

31 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2001. p. 15.



atividades mais complexas), aquela teria por foco a qualidade e a relação humana³².

Nesta conjuntura, Paulo Roberto Pereira Motta contrapõe os conceitos de regulação econômica e social: a regulação, desde uma perspectiva econômica, é uma forma de controle, ou prevenção, com a finalidade de corrigir, ou prevenir as consequências negativas dos monopólios antes públicos, agora possivelmente privados”. Em relação aos serviços públicos, a regulação “visa atender aos critérios universais de uniformidade, continuidade, regularidade, qualidade e tarifas módicas, sendo finalidade essencial a harmonização entre o interesse público e os direitos dos particulares”³³.

Na mesma linha, Marçal Justen Filho parece admitir a existência de uma finalidade social no conceito de regulação, ao indicar que o objetivo da regulação é “conjuguar as vantagens provenientes da capacidade empresarial com a realização de fins de interesse público”. Prossegue o jurista, afirmando que “especialmente quando a atividade apresentar relevância coletiva, o Estado determinará os fins a atingir, mesmo quando seja resguardada a autonomia privada no tocante à seleção dos meios”. Portanto, a regulação estatal teria contornos abertamente promocionais, pois “todas as atividades, inclusive aquelas até então desenvolvidas pelo Estado, são assumidas pelos particulares, mas sujeitadas a controle intenso e contínuo, com a finalidade de conduzir os particulares a atingir resultados necessários ao bem comum”³⁴.

Acerca do movimento de regulação, Maria Sylvania Zanella Di Pietro aponta que, enquanto no Brasil assistiu-se a uma proliferação e fortalecimento das agências reguladoras, no movimento intitulado de “agencificação”, em contraposição, nos Estados Unidos as agências passam por profundas alterações, que conduzem a uma diminuição sensível de sua independência em relação aos três Poderes do Estado³⁵.

32 CROZIER, Michael. *Estado modesto, Estado moderno: estratégia para uma outra mudança*. Brasília: FUNCEP, 1989. p. 99-101.

33 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003. p. 74.

34 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências...* Op. cit., p. 30.

35 A autora explica que a tendência para a regulação no direito norte-americano foi bem característica da fase intervencionista: a instituição de agências com função regulatória iniciou-se em fins do século XIX e cresceu em intensidade nas décadas de 30 e 40, como o *New Deal*; o movimento contrário, no sentido de diminuir o poder das agências, aumentar o controle sobre elas e impor a desregulação começou nas décadas de 60 e 70, quando têm início as reformas inseridas no movimento da privatização. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Limites da função...*, op. cit., p. 37.

Todavia, é necessário esclarecer que, enquanto nos Estados Unidos e nos demais países onde é presente o movimento de enfraquecimento das agências reguladoras o verbete “desregular” se refere à supressão do poder das agências, no Brasil, em rigor, a desregulação está relacionada a uma mudança nas técnicas de regulação, de modo a elevar a eficácia reguladora da atuação estatal sobre o domínio econômico – e isso, em especial, através de procedimentos desregulamentadores. A desregulação de que se cogita, destarte, em realidade deverá expressar uma nova estratégia, instrumentada sob novas formas, de regulação³⁶.

Vislumbra-se, portanto, a grande falácia do termo desregulação, inerente à ideia que transmite de eliminação de normas sobre certas relações econômicas. Isso, na realidade, não ocorre. A rigor, pela cartilha gramatical, o termo deveria sugerir o contrário de “regulação”. Todavia, na maioria dos casos, nos setores desregulados, cria-se uma regulação até mais forte e presente que a regulação existente anteriormente. A nova regulação seria somente uma forma de substituição da regulação anterior, e é esse aparente paradoxo entre desregulação e regulação que circunda a reforma regulatória sofrida nos últimos anos³⁷.

Diante deste perfil, Gabardo aponta que o processo regulatório “nasce com o Estado Interventor, tem a importância reduzida com a política de nacionalizações, ressurgue com o paradigma neoliberal, direciona-se tanto à atividade econômica em sentido estrito quanto aos serviços públicos delegados, e estrutura-se a partir da criação de agências reguladoras”. Já sua busca por legitimação desenvolve-se mediante algumas características fundamentais: a atuação suplementar do Estado (princípio da subsidiariedade na ótica neoliberal); a inexistência de avaliação personalizada; a redução da prestação direta de serviços públicos (com a venda de patrimônio e a delegação máxima de serviços); a redução da participação direta na atividade econômica em sentido estrito; a incrementação da participação do capital estrangeiro na economia; a busca de recursos

36 GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 136.

37 RACHED, Danielle Hanna. *Desregulação e Telecomunicações*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 132.



para financiamento do déficit público; e o direcionamento a uma crescente eficiência produtiva³⁸.

4. O substrato do princípio da eficiência administrativa na Constituição Federal de 1988

Em um sentido gramatical, o vocábulo “eficiência” é entendido como um sinônimo de eficácia, que significa uma ação “que produz um efeito”, ou ainda, “que dá bom resultado”. Todavia, diz Emerson Gabardo, esta explicação de índole linguística em nada colabora para fins acadêmicos, haja vista que o termo é apreendido com os mais diferentes sentidos, dependendo-se do *locus* científico que é toado como substrato teórico de investigação³⁹.

Em geral, há concordância entre os autores que se debruçaram sobre o tema, quanto à ausência de um conceito unívoco e concreto para a expressão, variando conforme o foco de análise, e tendo como principais pontos de observação a Ciência da Administração, a Economia, a Sociologia, e, mais recentemente, o Direito⁴⁰.

Emerson Gabardo esclarece que o princípio da eficiência pode ser subdividido em princípios específicos a fim de ser concretizado, dos quais é possível apontar alguns, como o “princípio do esclarecimento do pessoal” (que facilita a programação, a coordenação e a especialização, a fim de “obter um resultado eficiente e uma máxima utilização do pessoal e dos meios a disposição”); o “princípio da base funcional” (que afirma a necessidade de estruturação da organização tendo em vista a função que ela se propõe realizar); o “princípio de divisão das atividades consultivas e executivas” (pois a atividade consultiva é de grande importância para a organização, nas atividades de escutar, conciliar, assistir e opinar, sem que exista relação hierárquica com a executiva, cujas funções são planejamento, controle, produção técnica, etc.);

38 GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003, p. 190.

39 ———. *Princípio constitucional...*, *Op. cit.*, p. 23.

40 Gabardo destaca que a tradição brasileira, inspirada de forma genérica na doutrina europeia, assevera a equivalência entre os três conceitos afins. A título elucidativo, o autor cita Diógenes Gasparini, Hely Lopes Meirelles, e Adilson Abreu Dallari, que estudavam o então o “dever de eficiência” que, traduzido do princípio do bom andamento ou boa administração, significa a realização rápida, responsável, maximizada, abrangente e perfeita da atividade, evitando-se gastos além dos necessários, dentro da adequada estrutura institucional. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional...*, *Op. cit.*, p. 103.

o “princípio da unidade de comando” (deve-se saber exatamente de quem é a autoridade final do comando, bem como a responsabilidade inerente ao exercício da função); o “princípio da definição clara de funções” (que produz maior senso de unidade e maior coordenação, pois uma organização eficiente requer clareza, precisão e boa definição de atribuições); e, ainda, cabe mencionar o “princípio da especialização” (que implica uma correta atribuição de funções a quem possa realizá-las da melhor forma, por ser mais experto)⁴¹.

É possível afirmar que parte da doutrina adota um critério de eficiência fundado em um critério estritamente econômico. A título ilustrativo, Luís Solano Cabral de Moncada propõe que a eficiência seja tida como a conciliação da gestão econômica “a um aproveitamento racional dos meios humanos e materiais de que dispõe, minimizando os custos de produção, de modo a poder responder na maior escala possível às necessidades que se propõe satisfazer”⁴².

A eficiência e suas expressões afins referem-se, portanto, a um ideal de racionalização da ação. Racionalizar é uma expressão que deriva da ideia de utilização da razão, mas a esta não se resume. De acordo com Gabardo, “a razão é simples pressuposto”, ou seja, para que possa obter um processo racionalizado é preciso que se tome como ponto de partida o método de conhecimento racional, mas com a incrementação em um elemento mais específico: “a preocupação com a maior eliminação de erros possível no processo, tornando-o, neste sentido, mais eficiente”. Cumpre observar, ainda, que em um sentido econômico moderno, a racionalização tem como justificativa básica a melhoria do processo produtivo, sendo que o verbo “produzir” significa mais que simplesmente gerar ou realizar, pois implica a “criação de utilidades”⁴³.

41 Muitas vezes, também, é utilizado o termo eficiência acompanhado de um adjetivo que o especifica. Observa-se exemplos desta variedade conceitual em diferentes ciências e vários autores, cada qual com sua própria classificação. É o caso, por exemplo, das seguintes espécies: “eficiência operativa” (consecução de um bom planejamento ou boa formulação das metas) e “eficiência adaptativa” (boa capacidade de reformulação das metas); “eficiência econômica *strictu sensu*” (relação entre custos e valor dos resultados), “eficiência econômica consignativa” (distribuição ótima dos recursos disponíveis) e “eficiência econômica produtiva” (maior rendimento na utilização dos recursos ou minimização de custos); “eficiência moral” (decorrente de uma razão ética mista, na qual se busca uma eficácia temporal condicionada por valores morais). GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional...*, *Op. cit.*, p. 103-104.

42 MONCADA, Luís Solano Cabral de. *Direito econômico*. 5. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2007. p. 217.

43 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional...*, *Op. cit.*, p. 26-27.



Segundo Irene Patrícia Nohara, diante do modelo de administração gerencial, a eficiência contempla uma relação entre meio (recurso empregado) e fim (resultado obtido), que aponta para a relação custo/benefício. Entretanto, o benefício pode ser obtido com múltiplos conteúdos, não apenas com conceitos puramente econômicos. A eficiência, neste sentido, torna-se um “valor relacional”. Ademais, não se pode deixar de considerar que se trata também de um conceito operacional, o que implica no fato de que a “grandeza” eficiência é relativa, ou seja, não é um “fim em si”⁴⁴.

Não se pode concordar com um conceito de eficiência calçado puramente no substrato econômico. A eficiência tem conceito muito mais abrangente, particularmente no tocante à regulação de serviços públicos, principalmente porque existem serviços públicos que não são prestados mediante a cobrança de tarifa⁴⁵. A utilização do termo eficiência como sinônimo de vantagem estritamente econômica, portanto, é totalmente equivocada, haja vista que, no caso da economicidade, esta deve ser entendida não como sinônimo de eficiência, mas como um dos aspectos que a determina, e nem sempre. Este termo tem sentido específico de tornar o trabalho o mais produtivo possível, adquirindo a maior quantidade de riqueza com o mínimo de dispêndio de energia⁴⁶. Ademais, na concretização do princípio da eficiência administrativa, não se poderá esquecer da natureza redistributiva inerente à Constituição econômica brasileira, que não pode ser alterada pela “concepção eficientista”⁴⁷.

A dualidade de acepções de eficiência também é ressaltada por Cristiane Derani. Para a jurista, o Estado é eficiente quando a administração pública é capaz de fazer uso do poder que detém para cumprir com todas as suas funções, em perfeito atendimento aos princípios que suportam sua atividade, concretizando a finalidade máxima de generalização do bem-estar ou de distribuição

44 Irene Patrícia Nohara estabelece a diferenciação entre eficiência e eficácia: enquanto a eficiência é conceito que se refere ao “emprego adequado dos meios para o alcance de resultados”, a eficácia representa o foco no resultado. NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 193.

45 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional...* Op. cit., p. 43.

46 _____ *Princípio constitucional...* Op. cit., p. 28.

47 _____ *Eficiência e legitimidade...* Op. cit., p. 149, p. 187.

equitativa da riqueza social por todos os integrantes da sociedade. Este fato, segundo Derani, distancia o sentido de eficiência da administração pública do sentido de eficiência econômica, que, por sua vez, terá um sentido derivado da economia neoclássica e outro diverso oriundo da economia social⁴⁸.

Gabardo defende que o grau de eficiência da atividade regulatória do Estado interventor, a partir da ótica do constitucionalismo social, deverá ser avaliado primeiramente a partir da otimização da realização dos serviços, mediante um controle de equilíbrio entre a lógica concorrencial (rentabilidade) e a lógica social (solidariedade)⁴⁹. A eficiência do aparelho do Estado só poderá ser averiguada tendo como parâmetro esse fundamento, o que exclui de plano a perspectiva de eficiência liberal, que além de ser internamente falha é extremamente ineficiente, à medida que desconsidera os fatores sociais na instituição dos critérios de avaliação do sistema econômico⁵⁰.

5. Independência e desenho institucional das agências reguladoras

Quando se afirma a necessidade de estruturação de agências independentes, visa-se a estabelecer instrumentos de proteção à gestão da coisa pública. O que se pretende é assegurar que as atividades administrativas sejam norteadas pela realização dos interesses concretos. Quer-se com isso, evitar que a perseguição de interesses secundários seja ocultada através de expedientes reprováveis⁵¹.

Segundo Marçal Justen Filho, a importância da autonomia da agência é diretamente proporcional ao ideal de uma regulação assentada em critérios técnico-científicos. Assim, a atribuição de competência de controle da agência deriva do reconhecimento de que o processo decisório nos órgãos integrantes das estru-

48 DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 143.

49 Para Gabardo, os aspectos econômico e social no Estado Interventor não podem ser dissociados, sob pena de ser deslegitimada sua atuação. GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade...* Op. cit., p. 191.

50 GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade...* Op. cit., p. 122.

51 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências...* Op. cit., p. 440-441.



ras tradicionais do Estado é permeado por critérios e influências políticas. Isso não significa algum tipo de manifestação reprovável, eis que é da inerência do processo democrático. Mas pode ser incompatível com os fins visados pela regulação estatal. Diante disso, Justen Filho preceitua que “as decisões acerca da atuação dos sujeitos controlados não podem fazer-se apenas segundo conveniências políticas, mas deve ser presidida também por juízo de conveniência predominantemente técnicos”⁵².

A autonomia administrativa significa que, dada a personalidade jurídica própria, a autarquia contrata e administra em seu próprio nome, contra obrigações e adquire direitos, mas dentro das regras do ordenamento vigente⁵³. Daí que, em razão de sua autonomia em relação ao Poder Executivo, a agência reguladora constitui menos um órgão do Governo ou até do Estado, do que uma entidade representativa da sociedade civil, devendo até a sua composição refletir essa condição, contando, na sua administração ou em conselhos consultivos, com representante dos vários interessados. Para Arnoldo Wald, a autonomia das agências reguladoras se justifica para evitar a influência de fatores políticos e, especialmente, dos interesses eleitorais partidários, que se manifestam nos países nos quais a mudança de partido no governo importa em substituição dos ocupantes dos cargos mais importantes da administração. Evitam-se, destarte, os efeitos do chamado *spoil system*, que assegura o domínio da administração ao vencedor das eleições⁵⁴.

No Brasil, o modelo regulatório possui uma série de mecanismos institucionais com o objetivo de garantir a independência das agências. No entanto, não é apenas a existência dessas garantias institucionais que afeta o grau de independência das agências. Os modos pelos quais essas garantias de independência são desenhadas também são importantes. Em suma, os diferentes graus de independência de uma agência são determinados por três fatores:

52 _____, *O direito das agências...* Op. cit., p. 364.

53 A título exemplificativo, Edmir Netto de Araújo diz que é vedado às agências contratar servidores com salários diferentes dos pagos pelo Estado pela mesma função, ou inventar novos casos de dispensa de licitação, não previstos na respectiva Lei nº 8.666/93. ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras...* Op. cit., p. 49.

54 WALD Arnoldo. O direito da regulação, os contatos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. *Revista dos Tribunais...* Op. cit., p. 13-14.

existência de diferentes garantias institucionais de independência, o desenho das mesmas e sua eficácia⁵⁵.

Uma das principais garantias institucionais de independência das agências é a previsão de mandatos fixos com estabilidade no cargo para seus diretores. A detenção de mandato significa que os diretores das agências não são exoneráveis *ad nutum*, pelo chefe do Executivo, o que configura certa independência “política” em relação ao governante, pois poderiam deixar tais cargos voluntariamente, ou ao final do mandato, ou por destituição, nos termos da lei e de seus estatutos, como nas empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações⁵⁶.

Por outro lado, a previsão de estabilidade dos dirigentes da agência não evita a partilha dos cargos entre partidos políticos eventualmente vencedores de uma eleição. Conforme expõe Marçal Justen Filho, tanto a lei como o regulamento resultam da conjunção de interesses políticos, exercitados por autoridades cujo título de legitimação é a escolha eleitoral. Isso significa ausência de comprometimento direto com critérios científicos de modo que não se pode, como regra, negar validade ao ato normativo sob invocação do defeito em face do conhecimento científico⁵⁷. Mas a sistemática impede que, uma vez exercitadas as escolhas, haja um fenômeno de permanente influência política sobre a identidade dos ocupantes – e, por decorrência, sobre as decisões de sua competência. Se o dirigente da agência tem de ser simpático aos partidos políticos por ocasião de sua identificação, a estabilidade subsequente lhe assegura a autonomia no desempenho de suas atividades⁵⁸.

Além da influência política na nomeação dos dirigentes das agências, Justen Filho destaca a possibilidade de influências

55 Mariana Prado exemplifica: Se os mandatos dos diretores das agências forem mais longos que o mandato do presidencial, o diretor não precisa se curvar às preferências políticas do Presidente para garantir sua recondução, dado que o término do seu mandato ocorrerá durante o mandato de um outro Presidente. Portanto, ainda que as agências tenham mandatos fixos para seus diretores, pode-se garantir um maior ou menor nível de independência de acordo com o desenho desses mandatos. PRADO, Mariana Mota. *Agências reguladoras, independência e desenho institucional*. In: Instituto Tendências de Direito e Economia. (Org.). *Agências reguladoras: mercado de capitais, energia elétrica e petróleo*. São Paulo, 2005. p. 129.

56 ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras...* Op. cit., p. 50-51.

57 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências...* Op. cit., p. 362.

58 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências...* Op. cit., p. 363.



derivadas do intitulado “poder informal”, oriundo de grupos econômicos capazes de interferir no processo regulatório. É necessário, diz o autor, “evitar que as decisões regulatórias sejam tomadas em virtude de pressões indevidas de grupos econômicos ou não econômicos, cuja finalidade seja a obtenção de vantagens reprováveis”⁵⁹.

Em relação à autonomia financeira, as agências reguladoras têm fonte de receita própria: as taxas pagas pelas empresas reguladas. No entanto, as despesas das agências precisam ser previstas e autorizadas através do processo orçamentário, o que mitiga a independência das autarquias especiais. A partir disso, dado o alto nível de influência presidencial sobre o processo orçamentário no Brasil, as agências têm sido afetadas por significativos cortes orçamentários⁶⁰.

A possibilidade de exercer controle também cria o risco de influência política sobre as agências. Ao adquirir algum tipo de controle, o Poder Executivo pode interferir no mandato das agências de maneira oportunista, afetando negativamente sua independência⁶¹. Neste contexto, a despeito das garantias institucionais estabelecidas para o funcionamento da regulação, não se pode desconsiderar o fato de que as agências ainda estão propensas a situações que podem levar a um afastamento do critério de eficiência.

Interessante, diante desta perspectiva, a visão de João Bosco Leopoldino da Fonseca, quando indaga quais seriam os instrumentos adequados para concretizar o controle democrático das agências reguladoras, tendo em vista que “tecnocratas” colocados para dirigir essas agências o são por indicação e nomeação do governo. Em resposta à questão, o autor afirma que “para que esse controle possa efetivar-se de maneira adequada, deveriam combinar-se diversos instrumentos: objetivos claros e delimitados, exigência de prestação de contas, revisão de procedimentos (quando adequado) e participação pública (também quando apropriada)”. A visão de

59 _____, *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 441.

60 PRADO, Mariana Mota. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? In: *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 115-139, abr/jun. 2008, p. 120-121.

61 _____, O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? In: *Revista de Direito Público da Economia... Op. cit.*, p. 125-126.

Fonseca não exclui a supervisão do Poder Legislativo e do Executivo, mas qualquer tentativa de “captura” da agência por autoridades e razões meramente políticas devem ser afastadas⁶².

Ao analisar o desenho institucional e o grau de independência das agências reguladoras, comparando o modelo brasileiro com a experiência norte-americana, Mariana Prado conclui que as agências reguladoras brasileiras poderiam ter um grau de independência significativamente maior. Existem, no dizer da autora, pelo menos três instâncias em que há espaço para aprimoramentos no Brasil. Primeiro, algumas agências simplesmente não possuem certas garantias institucionais das agências norte-americanas. Segundo, em alguns casos, as garantias norte-americanas foram implementadas com um desenho problemático, que garante um grau de independência inferior ao que poderia ter sido assegurado. Assim, as garantias que já existem no Brasil podem ser aprimoradas. Terceiro, algumas agências implementaram as garantias com desenhos muito similares ou idênticos àqueles que existem no sistema norte-americano, mas essas garantias não são efetivas por uma das seguintes razões: quando transplantadas para o sistema brasileiro, elas não funcionaram da mesma maneira que elas costumavam funcionar nos Estados Unidos: ou elas simplesmente importaram para o Brasil problemas de efetividade que já existiam no sistema norte-americano⁶³.

Esta ineficiência de alguns aspectos do modelo regulatório de inspiração americana faz jus à constatação de João Bosco Leopoldino da Fonseca, no sentido de que “inspirar-se não é sinônimo de copiar”. Destarte, as características culturais, econômicas, políticas e sociais são profundamente diferentes, e será preciso que o legislador brasileiro procure criar o modelo brasileiro, adaptado às exigências de um País em desenvolvimento⁶⁴. No mesmo sentido, Eros Grau retrata que há sociedades, como o Brasil, nas quais as condições efetivas do Estado social não foram realizadas, de sorte que configura algo no mínimo estranho, porque dissociado destas

62 FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. Rio de Janeiro. Forense, 2004. p. 301.

63 PRADO, Mariana Mota. Agências reguladoras, independência e desenho institucional. In: Instituto Tendências de Direito e Economia. *Agências reguladoras... Op. cit.*, p. 154-155.

64 FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico... Op. cit.*, p. 306.



realidades sociais, a importação, sem ressalvas, para que nelas sejam aplicadas, das soluções europeias e norte-americanas, cujos resultados já estão a se manifestar⁶⁵.

Em suma, as garantias de autonomia têm se mostrado bastante frágeis, o que coloca em xeque o caráter técnico e imparcial das ações adotadas pelas agências e compromete o grau de eficiência. A despeito disso, as agências precisam ser equipadas simultaneamente com várias garantias institucionais para garantir sua independência, tais como decisões colegiadas e mandatos não coincidentes para seus diretores. Juntas, essas garantias aumentam o grau de independência de um ente administrativo. Assim, quanto mais garantias institucionais uma agência tiver, maior será seu grau de independência⁶⁶.

6. Conclusão

A temática abordada na presente pesquisa, por envolver conceitos controversos e institutos em constante processo de transformação, se mostra extremamente complexa e permite um sem-número de considerações cabíveis.

Acerca do contexto político e social que culminou na tentativa de implantação da Reforma Gerencial, a partir da década de 1990, aduz-se que o discurso reformista pautou-se na contraposição entre uma administração burocrática rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, e um modelo gerencial, no qual se promete uma nova organização flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. A reforma empreendida iniciou um esvaziamento das funções do Estado empresário através de um processo de privatizações de empresas estatais, ao passo que se constituiu num novo aparato regulatório formado pelas agências de regulação, numa tentativa de se alcançar maior eficiência na prestação dos serviços públicos.

Conclui-se que, a despeito das medidas adotadas com vistas a conferir independência às agências reguladoras, essas garantias de

65 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto...* Op. cit., p. 136.

66 PRADO, Mariana Mota. Agências reguladoras, independência e desenho institucional. In: Instituto Tendências de Direito e Economia. *Agências reguladoras...* Op. cit., p. 130.

autonomia têm se mostrado bastante frágeis, o que coloca à prova o caráter técnico e imparcial das ações adotadas pelas agências e compromete o grau de eficiência da regulação. Neste sentido, a experiência norte-americana pode oferecer os referenciais para a consecução de um grau de independência significativamente maior.

Sob outro aspecto, a eficiência da regulação passa, necessariamente, por um controle democrático. Isto significa maior participação da sociedade na discussão dos princípios e finalidades da regulação de serviços públicos e, principalmente, na fiscalização e controle da prestação direta dos serviços pelas empresas privadas.

A atuação eficiente da regulação de serviços públicos requer, ainda, uma discussão axiológica focalizada nos direitos humanos e promovida no contexto da afirmação do princípio do Estado Social, que delineará os espaços de atuação do público e do privado. E em assim sendo, é a partir dessa premissa que a participação política se torna compatível, ou melhor, essencial à atuação eficiente do Estado no campo da regulação.

A regulação, portanto, se revela como o instrumental apto a promover a eficiência na prestação de serviços públicos, servindo, destarte, para a redução das desigualdades sociais e regionais, o combate à fome e à pobreza, a preservação do meio ambiente, o fomento a políticas culturais, o fortalecimento da democracia, entre outras ações. Diante disso, a eficiência da regulação, se reflete na melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, contribuindo para a efetivação dos direitos humanos fundamentais contidos na Constituição Federal, que não podem ser vistos como meras normas de caráter programático.

7. Referências

- ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARROSO, Luiz Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, n. 229, jul., 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.



- BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2013.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CROZIER, Michel. *Estado modesto, Estado moderno: estratégia para uma outra mudança*. Brasília: FUNCEP, 1989.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FLEURY, Sonia. Reforma de Estado. *RAP -Revista de Administração Pública*, 35, p. 7 48, set./out. 2001.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. Rio de Janeiro. Forense, 2004.
- GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003.
- _____. *Interesse público e subsidiariedade: a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29. abr./jun. 2002.
- MONCADA, Luís Solano Cabral de. *Direito econômico*. 5. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. *Revista de Direito Administrativo: Renovar*, n. 241, jul./2005.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003.

- NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 11, ano 3, jul./set. 2005.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho publico económico: modelos de Estado, gestão pública, regulação econômica*. 3. ed. Madrid: Comares, 2004.
- PAULA, Ana Paula Paes de. Administração Pública Brasileira. Entre o Gerencialismo e a Gestão Social. *RAE - Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 45, n. 1. p. 36-49, 2005.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- _____. *Reforma do Estado para a cidadania - a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34, 1998.
- _____. SPINK, Peter Kevin (Coord.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- PRADO, Mariana Mota. Agências reguladoras, independência e desenho institucional. In: Instituto Tendências de Direito e Economia. (Org.). *Agências reguladoras: mercado de capitais, energia elétrica e petróleo*. São Paulo, 2005.
- _____. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? In: *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 115-139, abr./jun. 2008.
- RACHED, Danielle Hanna. Desregulação e Telecomunicações. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 242, out./dez., 2005.
- WALD, Arnoldo. O direito da regulação, os contatos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, v. 866, dez./2006.

Daniela Juliano Silva

**O Sistema Financeiro Nacional
nos 30 anos da Constituição
Cidadã: Entre bancos
comunitários e *Fintechs***

7

O Sistema Financeiro Nacional nos 30 anos da Constituição Cidadã: Entre bancos comunitários e *Fintechs*

Daniela Juliano Silva¹

Resumo

Há trinta anos da promulgação da denominada “Constituição Cidadã”, talvez nenhum capítulo de nossa Carta Magna tenha sido tão substancialmente alterado quanto o capítulo IV, do seu Título VII, afeto ao “Sistema Financeiro Nacional”. Dos originais oito incisos e três parágrafos do artigo 192, restou apenas o seu caput. A alteração capitaneada pela Emenda Constitucional nº 40/2003 justifica-se, na medida em que deva ser compreendida como indispensável para se construir um sistema financeiro mais atualizado e condizente com as rápidas mudanças que vem experimentando. Focado essencialmente na promoção do desenvolvimento equilibrado do país (a serviço dos interesses da coletividade), é um sistema, acima de tudo, inclusivo, a abranger para além das instituições financeiras oficiais, as cooperativas de crédito (transmutadas, na atualidade, nas denominadas *Fintechs*). Pretende-se com o presente artigo, pautado em uma metodologia indutiva e histórica, um olhar sobre a importância do crédito como instrumento de desenvolvimento humano e as iniciativas que se desenvolvem para além dos sistemas “oficiais” de crédito. Desta feita, busca-se uma incursão no universo dos bancos comunitários e moedas sociais, bem como das tecnologias financeiras (do inglês, *financial technology*), de modo a se refletir acerca de um cenário que preza pela autogestão e independência, capaz de impactar o tratamento que vem recebendo em termos de regulação.

Palavras-chave: Sistema Financeiro Nacional. Economia Solidária. Bancos Comunitários e moedas sociais. *Fintechs*.

¹ Doutora e Mestra em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG. Professora Substituta no Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada. E-mail: danjulsil@yahoo.com.

Abstract

After thirty years of the promulgation of the Brazilian constitution, so-called as the “citizen constitution”, none of its chapters has changed as much as the chapter responsible for the structure of a national financial system. Of the original eight clauses and three paragraphs of article 192, only its caput remained. The change captured by Constitutional Amendment no. 40/2003 is justified so far as it must be understood as indispensable for the construction of a more up-to-date financial system that is in keeping with the rapid changes it has been undergoing. Focused essentially on promoting the balanced development of the country (at the service of the interests of the community), it is a system that is, above all, inclusive, encompassing, besides official financial institutions, credit cooperatives (currently referred to as *Fintechs*). The aim of this article, based on an inductive and historical methodology, is to look at the importance of credit as an instrument of human development and initiatives that develop beyond *official* credit systems. In this way, an incursion into the universe of community banks and social currencies, as well as of financial technologies, is sought, in order to reflect on a scenario that values self-management and independence, to reflect in the treatment it has been receiving in terms of regulation.

Key words: Brazilian Financial System. Solidarity Economy. Community Banks and social money. *Fintechs*.

1. Introdução

“O mundo se convence que o modelo financeiro atual é excludente e gerador de crise. Os bancos comunitários pregam alternativas de organização do dinheiro fora do sistema oficial, atuando nas comunidades e ajudando na geração de riqueza para as populações e bairros”. A afirmativa que inaugura as linhas iniciais do presente estudo foi proferida pelo fundador e coordenador do Banco Palmas, Joaquim Melo, quando da realização do 1º Encontro Global de Bancos Solidários de Desenvolvimento, realizado entre os dias 4 a 9 de setembro do corrente ano, em Fortaleza. O Banco Palmas, como se verá oportunamente, foi a primeira iniciativa brasileira na seara dos

bancos comunitários e moedas sociais, mas, por ora, interessa-nos a essência de um discurso que reforça a necessidade de construção de um sistema financeiro efetivamente inclusivo.

Reconhecer os bancos comunitários e, como veremos, a estrutura das *Fintechs*, como “alternativas de organização do dinheiro fora do sistema oficial” é nada mais do que reconhecer a materialidade de nosso Sistema Financeiro Nacional. Nesses termos, dita o artigo 192, da Constituição Federal brasileira de 1988:

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Muitas são as lições de referido artigo. Interessa ao desenvolvimento do presente estudo seu caráter igualitário, inclusivo, paritário, presente nas máximas “promover o desenvolvimento equilibrado do País” e “em todas as partes que o compõem”. Nessa ordem, destaca-se a opção do constituinte brasileiro em reformar o texto constitucional inicialmente proposto, para com a Emenda Constitucional nº 40/2003, excluindo incisos e parágrafos que poderiam vir a representar restrições ao desenvolvimento nacional pleno. A redação que hoje prevalece, evidencia pontos que neste estudo são absolutamente caros: o reconhecimento de que o sistema financeiro nacional deve servir à coletividade e o fato de que tal sistema abrange também as cooperativas de crédito, para além dos estabelecimentos “oficiais” de crédito.

É possível perceber como se encontra legitimado pelo cenário financeiro brasileiro, o desabrochar de iniciativas que se dão como verdadeiras alternativas ao que usualmente se tem atrelado a um sistema financeiro formado por bancos públicos e privados. Nesta dinâmica, atente-se para o desenvolvimento da perspectiva da denominada “economia solidária”, usualmente correlacionada a um novo modo de organização do trabalho e uma resposta concreta à incapacidade do capitalismo de integrar todos os seus membros ao mercado de consumo.

A economia solidária ganha espaço e expressão, na medida em que representa vasto campo de experiências e iniciativas, pautadas, principalmente, na formação de laços de cooperação e solidariedade, a contribuir para a melhoria da qualidade de vida de populações menos favorecidas. Identificada como uma verdadeira resposta às crises do capitalismo ante os sucessivos ataques aos direitos sociais e trabalhistas já conquistados, a economia solidária se prestaria, prioritariamente, ao desenvolvimento das potencialidades humanas.

O acesso ao crédito, representa uma vertente dentro dos grandes eixos que impulsionam a “economia solidária”, prioritariamente marcada por questões afetas à “precarização do trabalho” (SOUZA, 2003, p. 224) e novas alternativas de produção e distribuição do capital pelos “marginalizados do mercado de trabalho” (SINGER, 2002, p. 13). A criação de cooperativas de crédito, bancos comunitários e moedas sociais são exemplos de iniciativas que evidenciam a mobilização da sociedade civil e mesmo de atores estatais na busca pela inclusão e autogestão e reforçam as múltiplas possibilidades de nosso Sistema Financeiro Nacional.

Desta feita, em um primeiro momento, o presente estudo pretende privilegiar o quadro teórico e histórico no qual se insere a economia solidária no Brasil e os estímulos à organização coletiva visando a promoção do desenvolvimento e a diminuição da desigualdade. Neste ponto, metodologicamente, parte-se, primeiramente, de uma análise histórica, tendo como técnica de pesquisa as lições de Paul Singer, como expoente teórico da economia solidária no Brasil. Objetiva-se ainda uma breve incursão exploratória acerca da primeira experiência brasileira com bancos comunitários (e sua respectiva moeda social): o Banco Palmas, em Fortaleza, no Ceará, que hoje serve de norte para os mais de cem bancos comunitários existentes no país.

Junto a essas iniciativas, nosso Sistema Financeiro experimenta considerável impacto ante a evolução tecnológica vivida. Conforme muito bem contextualizado por Gimenez (2000), o cenário de desenvolvimento tecnológico leva a uma outra percepção de sociedade e “possibilitam formas de comunicação sem precedentes, e que modelos autoritários, centralizados, homogeneizantes

vão sendo substituídos por formas descentralizadas, heterogeneizantes, plurais e democráticas de relacionamento”.

É nesse cenário que despontam as denominadas “Tecnologias disruptivas”, termo cunhado por Clayton Christensen (1995) como sendo, o “Produto ou serviço que cria um novo mercado e desestabiliza os concorrentes que antes o dominavam. É geralmente algo mais simples, mais barato do que o que já existe, ou algo capaz de atender um público que antes não tinha acesso ao mercado”. Não são poucos os exemplos de tecnologias disruptivas, desde os mais clássicos como os CD’s em relação aos disquetes e pen drives, os discos de vinil frente ao MP3, o telégrafo e o telefone, como os mais atuais, como o Uber, Cabify e os serviços de *streaming* de vídeo (Viki, TED, Netflix, Spotify). Cite-se, até mesmo, o universo das “criptomoedas” (*bitcoin*) e dos “criptoativos” (*utility token, security token*).

As consequências dessas mudanças e o impacto dessa evolução atingiram o universo financeiro, com um movimento encabeçado pelas empresas chamadas de *Fintechs*, do termo em inglês *financial technology*. Em um modelo de negócio inovador e mais “enxuto”, essas empresas estão à frente de iniciativas de *crowdfunding* (financiamentos coletivos), de empréstimos, cartões de crédito, pagamentos móveis e educação financeira. Em processos mais dinâmicos, fazem chegar tais serviços com mais rapidez e fluidez a um público naturalmente curioso, bem como àqueles que não têm acesso a nenhuma dessas transações, por não se encaixarem nas exigências do seleto número de instituições bancárias brasileiras. Estima-se que 40% (quarenta por cento) dos brasileiros não têm acesso a serviços financeiros em geral, o que faria das *Fintechs* um plausível instrumento de democratização do setor ou ao menos, um fator que vem mexendo com as estruturas de um mercado há tempos acomodado e que acumula lucros progressivos.

As tecnologias disruptivas promovem essa mudança, alterando os modelos de negócio, provocando as estruturas dos serviços autorizados, dados em concessão ou em permissão, agitando as estruturas oficiais. A inovação e a surpresa atacam todos os envolvidos, consumidores, empresas e o Estado, alimentando os sentimentos mais dissonantes: de empolgação por parte dos consumidores; o

clamor pela elaboração de normas que, basicamente, propõem a regulação, de modo a conter os ânimos mais exaltados do empresário e; a ânsia estatal por tributar. Esses dois últimos, notórios problemas desta pesquisa.

Imaginar que a regulação é o único caminho para enfrentar a problemática da falta de estrutura e controle das tecnologias disruptivas é a justificativa central para as reflexões do presente artigo. O viés regulatório-normativo que a temática parece naturalmente adquirir pode, não só emperrar ou mesmo inviabilizar a livre concorrência, mas especialmente, travar uma construção mais democrática e, portanto, inclusiva do setor financeiro. Reconhecendo-se o viés regulatório do tema, por certo que o presente estudo proceda à necessária análise das Resoluções nº 4.656 e nº 4.657 do Conselho Monetário Nacional (CMN) e seu posicionamento quanto às *Fintechs*.

Assim que, crucial para a construção do presente estudo, o desenvolvimento do tema tendo por base algumas questões centrais. Em primeiro lugar, é necessário desenhar o histórico evolutivo de nosso Sistema Financeiro Nacional, com as mutações sofridas ao longo do tempo e suas perspectivas em termos de futuro, com o advento das tecnologias financeiras. Necessário traçar ainda um perfil das *Fintechs* e sua relevância na construção de um sistema financeiro mais democrático e dialético. Por fim, vale um olhar do que tem sido feito em termos de regulação das mesmas.

Atente-se, por fim, para a relevância do tema proposto, na medida que, em recente estudo feito pelo Radar FintechLab, o Brasil chega ao final do primeiro semestre de 2018 com um total de 453 dessas startups financeiras em operação². Os bancos comunitários e moedas sociais também no seu nicho de alcance, também oferecem seu contributo em um cenário de crise financeira e econômica. Dessa feita, com base no acompanhamento dos avanços, dificuldades e desafios da implementação de um Sistema Financeiro Nacional pleno, entendemos legítima uma incursão nos limites e possibilidades de uma política alternativa de fomento ao cooperativismo como estratégia de desenvolvimento segundo relações de reciprocidade,

2 Conforme notícia disponível em: <<https://fintechlab.com.br/index.php/2018/08/13/novo-radar-fintechlab-mapeia-mais-de-400-iniciativas/>> Acesso em: 11 nov. 2018.

igualdade e democracia. Neste sentido, passamos ao desenvolvimento das reflexões que tem a intenção de verificar o potencial real e a construção da credibilidade destes modelos para o fortalecimento de nosso sistema financeiro.

2. A economia solidária como ponto de partida

De pronto, nos deparamos com uma questão terminológica que necessariamente merece ser pontuada. Reconhece-se, desde logo, não existir um consenso quanto ao uso da expressão Economia Solidária, a receber as mais variadas designações: Economia Solidária (SINGER, 1999, p. 11) (CARVALHO; DRUMMOND, 2001, p. 28) (SOUZA, 2003, p. 6); Economia Popular (RAZETO, 2001, p. 11) (ARROYO, 2006, p. 23) (GADOTTI, 2001, p. 7); Economia Social (CUNHA, 2003, p. 12); Economia da Dívida (MAUSS, 2003, p. 6).

Reconhece-se igualmente, desde já, uma dificuldade doutrinária de se atrelar a concepção da economia solidária a termos como “empreendedorismo”, “eficácia” e “empresa”, que seriam típicos da economia capitalista (GAIGER, 2006, p. 45). Nesta ordem, é possível perceber, já nestas primeiras linhas, os melindres do tema, suas dificuldades e apegos terminológicos que merecem ser considerados somente a título de conhecimento, e não como empecilho ao desenvolvimento do tema, como bem esclarece Pedro Demo (2002, p. 221):

Provavelmente, a ciência não tem o poder de decidir se as expressões econômicas dos marginalizados significam condenação às sobras do sistema ou gestação de alternativas. Talvez as duas, porque, na ambivalência da realidade, é bem possível que da miséria ressurgam alternativas, como também é possível que a pobreza política ainda nos domine.

De toda forma, é recorrente o entendimento de que a economia solidária “foi inventada por operários, nos primórdios do capitalismo industrial, como resposta à pobreza e ao desemprego resultantes da difusão ‘desregulamentada’ das máquinas-ferramenta e do motor a vapor no início do século XIX” (SOUZA, 2003, p. 830). Neste cenário, desponta o trabalho cooperativo, em uma

tentativa dos trabalhadores de recuperarem sua autonomia econômica, aproveitando novas forças de produção. A empresa dita “solidária” se propõe a combater a separação entre trabalho e a posse dos meios de produção, alicerces do capitalismo.

Paul Singer (2002, p. 27), como expoente autor do tema e nosso vetor bibliográfico nesta pesquisa, pontua muito bem:

A economia solidária surge como modo de produção e distribuição alternativo ao capitalismo, criado e recriado periodicamente pelos que se encontram (ou temem ficar) marginalizados do mercado de trabalho. A economia solidária casa o princípio da unidade entre posse e uso dos meios de produção e distribuição (da produção simples de mercadorias) com o princípio da socialização desses meios (do capitalismo).

Nesta toada, a primeira grande onda cooperativista surge na Inglaterra, no momento em que se expandem os sindicatos e a luta pelo sufrágio universal. Todavia, há de se perceber que a organização da atividade econômica segundo princípios solidários não são uma novidade na história, experimentando o tema uma onda recorrente de renovação, em novas frentes de atuação. Nessa ordem, as iniciativas de economia solidária não dizem respeito somente a novas alternativas de trabalho, englobando, dentre outras, o acesso ao mercado, ao capital, ao conhecimento.

De toda forma, ademais todas as vertentes e possibilidades que o tema venha ganhar, Boaventura de Sousa Santos (2012, p. 46) faz questão de pontuar um conjunto de cinco pressupostos e propostas que constituiriam “a coluna vertebral da teoria”, quais sejam: (i) o desenvolvimento alternativo não somente com foco no aspecto econômico, alcançando outras vertentes (sociais, políticos, culturais e naturais), “contra a ideia de que a economia é uma esfera independente da vida social” (*Op. cit.*, p. 46); (ii) as economias alternativas tomam impulso a partir de suas bases, constituindo-se a partir de iniciativas e da decisão da sociedade civil, e não do Estado ou das elites econômicas, em um influxo “de baixo para cima” e, não “a partir de cima”; (iii) o fortalecimento local; (iv) programas de microcrédito; (v) movimentos sociais populares.

Com tais pressupostos, percebe-se um reforço em pontos centrais da economia solidária, como a melhoria nas condições de vida e sustento de comunidades marginalizadas, bem como o reconhecimento do poder local ou “relocalização” (MANDER; GOLDSMITH, 1996, p. 167), com a construção do poder comunitário e de cidadãos responsáveis por suas realidades.

Outra questão que merece ser pontuada e aflora dos pressupostos acima levantados, diz respeito à dimensão política que brota das iniciativas de economia solidária. Como vimos, não há como se falar do desenvolvimento alternativo dissociado de sua verve econômica. Todavia, não se pode levar o tema adiante sob esta única vertente. É certo que a dimensão econômica dos empreendimentos solidários garante os meios de vida de seus integrantes, mas acreditamos que sua dimensão política é a que verdadeiramente concretiza estas iniciativas no cenário donde surgem. A verve política dos empreendimentos solidários resgata o senso de pertencimento a uma coletividade, fortalece laços de confiança e respeito mútuos, aumenta o reconhecimento e, no plano pessoal, promove a capacidade de expressão, a autoestima e a existência de projetos de vida.

André Ricardo de Souza (2003, p. 87) reforça a reflexão ora empreendida ao afirmar que “quando suas características políticas são exercidas de forma plena, a economia solidária chama a atenção para a importância da participação ativa em processos coletivos e pode contribuir para fortalecer a cidadania e promover a dimensão substantiva da democracia”.

Feito o citado adendo, o pressuposto que ora interessa mais de perto ao presente estudo, diz respeito aos programas de microcrédito que buscam dar apoio econômico às classes populares das periferias. Cooperativas de crédito, bancos comunitários e moedas sociais fariam parte das ditas “tecnologias sociais” que personificam as iniciativas em microcrédito e fortalecem o Sistema Financeiro Nacional em sua busca pelo desenvolvimento equânime.

É fato que os programas de microcrédito se proliferaram pelo mundo, sendo bandeira do Banco Mundial na luta contra pobreza, mas não se pode deixar de lado a reflexão sobre o real alcance

de seus desdobramentos. Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 50), oportunamente, chama atenção para a dubiedade presente no desenvolvimento alternativo baseado em programas de microcrédito, afirmando:

Por um lado, os microcréditos em muitos casos providenciam meios de subsistência indispensáveis que têm efeito direto sobre o nível de vida dos seus beneficiários e que, com frequência, são acompanhados de programas de educação e desenvolvimento comunitário. Contudo, por outro lado, alguns defensores do microcrédito e algumas organizações que implementaram este tipo de programa, encaram os créditos como fins em si mesmos e rejeitam enfaticamente qualquer tentativa de associar a prestação de serviços financeiros aos pobres com projetos de construção de poder comunitário. Os pobres, de acordo com esta perspectiva, só estão interessados em receber dinheiro e não em ser doutrinados ou organizados. Como pode ser verificado com facilidade, o problema desta concepção utilitarista e estreita do microcrédito é que concebe a incorporação marginal, individual e precária no capitalismo como a única alternativa para os atores econômicos e populares e, desta forma, adota a leitura e as políticas neoliberais sobre a marginalidade e a informalidade.

Da citada reflexão muito se absorve, a começar pela percepção de que os programas de microcrédito atuam em basicamente duas frentes: os créditos para consumo e os créditos para produção. Em realidades em que muitas vezes não se tem o mínimo necessário para sobreviver, entendemos dificultosa a abordagem construtivista, doutrinadora. Um discurso de independência a ativismo não tem vez quando se busca o mínimo para existir. A crítica que se entende legítima é o segundo momento das reflexões de Boaventura, onde o comodismo, o “crédito pelo crédito” passa, em verdade, a legitimar os ideais capitalistas dos quais tanto se deseja afastar. Transpor esses dois momentos é a delicada tarefa de quem se encontra à frente dessas iniciativas.

Apresentado o panorama geral do que se entende por economia solidária, passamos à reflexão do seu desenvolvimento no cenário brasileiro. Na perspectiva da história das lutas sociais no Brasil, julgamos que o desenvolvimento da economia solidária se deu de maneira bastante heterogênea, resultado da conjugação de vários movimentos e experiências comunitárias e autônomas. Durante os anos 1990, as várias vertentes convergiram para a formulação de uma plataforma comum na busca por direitos e reconhecimento, da qual fizeram parte uma variedade de instituições, entidades públicas e organizações da sociedade civil, universidades, combinadas com políticas públicas governamentais.

Nesse cenário efervescente combinado à realização de fóruns sociais mundiais que tiveram sede na cidade de Porto Alegre/RS, reconheceu-se a necessidade de criação de um espaço institucional para a economia solidária, donde surge, em 2003, a Secretaria Nacional de Economia Solidária (SENAES). Vinculada ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a criação da SENAES possibilitou o fortalecimento de inúmeras iniciativas econômicas solidárias e o desocultamento de outras tantas, “construindo uma nova forma de inclusão social com a participação de todos”³.

O Decreto nº 5.063, de 8 de maio de 2004, que instituiu as competências da SENAES, trouxe, em seu artigo 18, quinze incisos que destringem o alcance das tarefas desta Secretaria, incorporando as mais diferentes vertentes, no que nos interessa, especialmente, seu inciso VII, que determina a competência para “contribuir com as políticas de microfinanças, estimulando o cooperativismo de crédito, e outras formas de organização deste setor”.

No mais, recorrente no discurso da SENAES, como não poderia deixar de ser, o reforço à cooperação, à autogestão e à solidariedade, bases do que até então vimos sobre economia solidária. Neste ponto, julgamos oportuna a reflexão feita por Gabriela Cavalcanti Cunha (2003, p. 181), no sentido de se diferenciar o campo da economia solidária, do campo da filantropia, nos seguintes termos:

³ Trecho extraído da lista de desafios propostos na 2ª Conferência Nacional de Economia Solidária - 2ª Conaes, em Brasília, julho de 2010, p. 14.

O conceito de solidariedade remete aos laços de ajuda mútua que se estabelecem entre as pessoas – em geral muito próximas, como familiares e amigos, mas não só – e precisa ser confrontado com as ideias de caridade ou filantropia, com as quais às vezes se confunde. O discurso de solidariedade como caridade, frequente entre agentes que assistem populações carentes (sobretudo alguns empresários, religiosos, políticos e ativistas de ONGs), corre o risco de ser usado em detrimento da ideia de direitos conquistados por meio de lutas sociais, cada vez mais percebidos como ‘privilégios’.

Como se pode ver, o campo da economia solidária está mais próximo dos ideais de independência do que do assistencialismo puro e a SENAES reforça tais ideais em todas as iniciativas que tem abraçado. Não faltam projetos, políticas públicas de incentivo à autonomia e toda uma programação orçamentária voltada ao patrocínio de causas solidárias.

De toda forma, como enfatiza John Friedman (1992), é importante garantir que governos, ONGs e outros agentes externos apenas estimulem uma resposta organizada dos grupos comunitários a novos desafios, mas nunca comandem o programa de mudanças. A mudança deve emergir da própria comunidade e sob a responsabilidade desta, reforçando que “os setores populares da sociedade civil precisam proteger ciosamente sua autonomia e expandi-la perante o Estado e as ONGs” (FRIEDMAN, 1992, p. 161).

Feitas estas reflexões e lançando-se um olhar sobre a economia solidária desde seus primórdios e sua desenvoltura no cenário brasileiro, passamos ao desenvolvimento do tema tendo por vertente o eixo do acesso ao capital e sua importância como instrumento de realização do direito humano ao desenvolvimento.

2.1 Cooperativas de crédito, bancos comunitários e moedas sociais na promoção de um desenvolvimento equilibrado

Conforme pontuado no tópico anterior, a linha que divide o crédito assistencialista (e reforça padrões de vida muitas vezes impostos pelo dito “modo capitalista de vida”) e o crédito que leva à

independência é muito tênue. De toda sorte, superado este ponto inicial, há de se reconhecer inúmeras iniciativas dignas de nota tanto no Brasil quanto no mundo, valendo-nos de um olhar especial sobre as iniciativas e o desenvolvimento das microfinanças.

O universo das microfinanças representaria, segundo Francisco Marcelo Barone (2007, p. 372), o campo da economia no qual se combinam mecanismos de mercado, apoio estratégico do Estado e iniciativas comunitárias com o objetivo de estruturar serviços financeiros sustentáveis para a clientela de baixa renda (indivíduos, famílias ou empresas formais ou informais). Neste cenário, se destacam as iniciativas de microcrédito solidário, dos quais fazem parte, principalmente, as cooperativas de crédito, os bancos comunitários e as moedas sociais.

O aparecimento de programas de microcrédito no Brasil, afóra as cooperativas de crédito constituídas no início do século XX, data do início da década de 1980, com a experiência da Cáritas Brasil (1981), com a criação da Rede Ceape (1987) e outras experiências de fundos rotativos levadas a cabo por organizações não governamentais. Ainda assim, a explosão destas iniciativas aconteceu em 1990, corroborada pelos crescentes índices de informalidade da economia e ações de reconhecimento que envolveram o poder público.

As cooperativas de crédito são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, constituídas com o objetivo de propiciar crédito e prestar serviços aos seus associados. Diferencia-se de um banco oficial na medida em que seus associados são ao mesmo tempo proprietários e “clientes”, seus custos são rateados entre o quadro social na forma de juros e de pequenas taxas, sendo que, quanto menores forem os custos da cooperativa, menores podem ser os juros e taxas cobrados por estas.

Os bancos comunitários, por sua vez, surgiram pautados no controle social do crédito, sob um conceito de socioeconomia solidária, que coloca o ser humano como sujeito e finalidade da atividade econômica, em detrimento da exclusiva acumulação de capital (YUNUS, 2006). Nessa dinâmica, existe a colaboração de seus membros com a concentração de esforços para a geração de oportunidades.

Muhammad Yunus, o ganhador do prêmio Nobel da Paz em 2006 é o predecessor e responsável pela difusão dos bancos comunitários no mundo, com a iniciativa do *Grameen Bank* (1983).

Originário de uma experiência conduzida pelo próprio Yunus em 1976, ao emprestar (e ver pagos pontualmente) 27 dólares de seu próprio bolso para 42 mulheres da cidade de Jobra (Bangladesh), para lhes permitir adquirir matéria-prima para confeccionar o seu artesanato, o *Grameen Bank*, com o apoio do Banco Central de Bangladesh, se tornou o primeiro banco especializado em microcrédito no mundo, tendo noventa por cento de suas ações controladas por aldeões pobres que dele se servem.

No Brasil, o primeiro banco comunitário foi o Banco Palmas, em Fortaleza (CE), cuja iniciativa serviu de base para os mais de cem bancos populares existentes hoje no país. O Banco Palmas, iniciativa da Associação de Moradores do Conjunto Palmeira, foi criado em 1998 e por filosofia central se volta para uma rede de solidariedade de produção e consumo local. O banco possui uma linha de microcrédito para quem deseja criar ou ampliar um pequeno negócio e outra linha de crédito que financia aqueles que desejam comprar dos produtores do próprio bairro. Para financiar o consumo local, o banco criou o seu próprio cartão de crédito – o Palma Card – que tem validade apenas no Conjunto Palmeira. O Banco também possui sua moeda social “Palmas”, com lastro e correspondente no Real. As cédulas são produzidas com componentes de segurança para evitar falsificação e a circulação é livre no comércio local, com descontos para incentivar seu uso.

Acompanhando as mudanças tecnológicas, o Banco Palmas informatizou seus processos, operando por meio de uma plataforma digital conhecida como “E-Dinheiro”, na qual se pode efetuar pagamento na rede comercial local, pagar contas e receber benefícios dos governos municipal e federal. O E-dinheiro funciona via celular, mediante cadastro respectivo e é grande facilitador das operações, com o mínimo de burocracia.

Poder-se-ia chegar a pensar que os bancos populares se formalizariam à margem dos sistemas financeiros oficiais, mas é comum a tais iniciativas o apoio, e mesmo o patrocínio, de bancos

ditos “oficiais”. O Banco Central do Brasil, em 2009, formulou o Projeto Inclusão Financeira⁴, a fim de repensar o modelo de inclusão e o universo das microfinanças no país. Esta iniciativa culminou na assinatura de um acordo de cooperação técnica entre o Banco Central e o Ministério do Trabalho e Emprego. Finalmente, em termos de marco regulatório, necessária a menção à Lei nº 11.110/2005 (revogada pela Lei nº 13.636, de 20 de março de 2018), que instituiu o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO), tendo por objetivo o incentivo a microempreendedores populares.

De fato, não poderia ser diferente. O potencial do modelo pautado nos bancos comunitários não pode ser ignorado e apresenta-se como alternativa palpável em tempos de crise. Conforme apresentando no 1º Encontro Global de Bancos Solidários de Desenvolvimento, em 20 anos de operação, o Banco Palmas já movimentou em torno de R\$ 23 milhões em crédito e transações de consumo local na região, atendendo 5.600 (cinco mil e seiscientos) empreendimentos e cerca de trinta mil pessoas, contando, na atualidade, com seis mil clientes regulares⁵.

Contando com a força e a consultoria do Banco Palmas (formalmente constituído como uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), desenvolveram-se oficialmente mais de cem bancos comunitários pelo Brasil. No Estado do Rio de Janeiro somam-se cinco iniciativas: Banco Capivari (Silva Jardim), Banco Cidade de Deus (Rio de Janeiro), Banco Preventório (Niterói), Banco Saracuruna (Duque de Caxias) e Banco Popular de Maricá (Maricá).

Cada uma das realidades abraçadas pelos bancos comunitários tem sua própria experiência a ser relatada, uns com mais histórias de sucesso do que outros. Em tempos de reconhecida crise econômica e incertezas, os bancos se apresentam como instrumentos capazes de recuperar vínculos sociais degenerados, alimentando a proximidade e provocando novas iniciativas nos territórios que englobam. Essa

4 Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?INCFINANC>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

5 Conforme notícia disponível em: <<https://www.opovo.com.br/jornal/economia/2018/09/evento-reune-bancos-comunitarios-do-brasil-e-exterior-em-fortaleza.html>>. Acesso em: 21 de nov. 2018.

é a grande aposta dessas iniciativas: a construção de uma identidade junto a seus “clientes”, em uma aposta na reciprocidade.

Nesse raciocínio, pertinentes as palavras de Araújo e Rodrigues (2014, p. 11), ao afirmarem:

Nos ‘espaços públicos de proximidade’, além dos aspectos econômicos, também constituem espaços de sociabilidades e de vivências onde o espírito comunitário é permeado não somente por aspectos monetários, mas perpassa-se pelo simbólico e pelas subjetividades fortalecendo assim o vínculo social de confiança e de amizade. A formação de redes de ajuda mútua entre as pessoas de um Banco Comunitário é permeada por uma cultura que envolve uma mistura de sentimentos, entre os quais, os componentes éticos, moral e religioso, além do solidário, são notáveis para condução dos assuntos econômicos e parece ser um elemento a mais na motivação da união empreendida diante da fragilidade econômica que o cercam.

Em outra seara, surfando a onda das inovações tecnológicas, disseminam-se com bastante rapidez, as denominadas *Fintechs*, sobre as quais teceremos considerações no tópico seguinte.

3. As *Fintechs* – uma nova fronteira ou mais um caminho?

Conforme pontuado, muitas das iniciativas de economia solidária são consideradas como resistência ao fenômeno da exclusão, apesar da revolução tecnológica e do crescimento econômico e sociais conquistados ao longo dos anos. Sob esse aspecto, o surgimento das tecnologias financeiras (do inglês, *Financial Technology*, as *Fintechs*), apresenta-se como mais uma alternativa, uma contrapartida ao modelo hegemônico de desenvolvimento econômico. Por outro viés, apresentar-se-ia como uma “nova fronteira”, na medida que afigura-se como um modelo capaz de alçar outros voos na construção de uma verdadeira revolução financeira.

Antes de se adentrar nas peculiaridades das tecnologias financeiras, oportuno um olhar, em um primeiro momento, ao cenário e ao contexto de desenvolvimento da matéria. Assim que, de modo a se analisar de forma pertinente as *Fintechs*, é preciso reconhecer seu desenvolvimento e nascedouro nos inúmeros avanços tecnológicos ocorridos nos últimos tempos, em especial, tendo por base o que usualmente se denomina por “Tecnologias da Informação e Comunicação”, as TICs.

Conforme muito bem contextualizado por Gimenez (2000), ao afirmar que “vivemos um período em que os avanços tecnológicos nos possibilitam formas de comunicação sem precedentes”, o cenário de desenvolvimento tecnológico leva a uma outra percepção de sociedade e, por consequência, no contexto em estudo, alimenta um novo caminho para o sistema financeiro, a se pautar por formas “descentralizadas, heterogeneizantes, plurais e democráticas de relacionamento” (GIMENEZ, 2000).

As Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) são instrumentos que fazem essa verdadeira ponte na construção de um cotidiano social mais confortável, com mais bem-estar e felicidade, nos mais diferentes espaços (doméstico, trabalho, saúde, segurança, transporte) (BRIGGS; BURKE, 2006, p. 33). Nessa esteira, há de se concluir, preliminarmente, que não existe nenhum setor da sociedade, seja urbano ou rural, que não experimente algum tipo de transformação em razão de sua influência.

Duarte (2005, p. 123) dá o tom desse influxo, afirmando que:

Parte-se da reflexão de que a sociedade contemporânea é construída com base nas tecnologias de informação, responsáveis tanto pelos produtos característicos da época – sejam eles independentes (como softwares), parte de produtos tecnológicos (de veículos a eletrodomésticos) ou commodities (alimentos geneticamente modificados) – quanto pelos processos de fabricação e gerenciamento de produção, distribuição e venda dos produtos.

O impacto dessa realidade sobre o universo das finanças é irrefreável. Em relatório produzido pela Corporação Interamericana

de Investimentos (CII) em colaboração com a Consultoria Oliver Wyman, intitulado *A revolução Fintech*⁶ (2016), tal cenário resta muito bem desenhado, senão vejamos:

A mudança tecnológica está tendo efeitos profundos sobre a indústria financeira. Conforme as transações comerciais tornam-se online e as tecnologias digitais ficam cada vez mais acessíveis, bancos e fornecedores alternativos de financiamento são capazes de desenvolver aplicações múltiplas, com capacidades extraordinárias. O aumento da utilização de celulares para enviar e receber pagamentos, bem como um envolvimento crescente nas mídias sociais, criou novas fontes de informação que permitem aos bancos analisarem com eficiência o comportamento do tomador de empréstimo e, assim, identificarem oportunidades viáveis enquanto mitigam o risco. Hoje, a onipresença da tecnologia em nossas vidas amplifica drasticamente o impacto econômico dos novos avanços. Inovações surgem em todo o mundo e se alimentam desses novos recursos e das quantidades imensas de dados que estão sendo geradas e canalizadas através de dispositivos tecnológicos e aplicativos modernos. A capacidade de atingir escala através do poder da tecnologia digital é maior do que nunca, resultando em modelos de negócios inovadores e no surgimento de novos participantes no ecossistema financeiro.

A respeito das *Fintechs*, o prognóstico apresentado pelo citado relatório é pontual e muito bem construído, do que se absorve, conceitualmente:

Fintechs têm desenvolvido aplicações inovadoras para os mercados financeiros e muitas destas têm sido bem-sucedidas em oferecer de forma independente inúmeros serviços tradicionalmente prestados por

6 Disponível em: <https://www.iic.org/sites/default/files/documents/pub/pt/cii_-_oliver_wyman_-_a_revolucao_fintech_0.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.

instituições financeiras. Ao alavancar as tecnologias digitais, as *fintechs* encontram maneiras inovadoras de melhorar o serviço ao cliente, levantar capital, facilitar os pagamentos eletrônicos e analisar grandes volumes de dados. As *fintechs* são mais ágeis do que as instituições financeiras tradicionais, adaptando-se mais rapidamente às necessidades do mercado. Como em sua maioria são startups em áreas pouco exploradas, ainda não estão submetidas ao mesmo escrutínio regulatório que bancos. Isso não significa que os operadores tradicionais não possam atender a essas mudanças na demanda do mercado, mas eles precisam reconhecer as suas diferenças em relação às *fintechs* a fim de desenvolver estratégias digitais bem informadas.

Pensar as *Fintechs* em termos de modelos de negócio seria, segundo as lições de Lee e Shin (2018), identificar seis modelos de negócios, em sendo: pagamentos, gerenciamento da riqueza, *crowdfunding*, empréstimos, mercado de capitais e seguros. Acresça-se ainda a esses modelos, o modelo de negócios de moedas digitais (as chamadas “criptomoedas”), conforme relatório da *CB-Insights Global Fintech Report Q2 (2018)*⁷. Van Loo (2018) apresenta uma outra funcionalidade das *Fintechs* sobre a perspectiva dos produtos por ela fornecidos: a de ser um instrumento de auxílio para se dar efetividade ao compliance⁸.

Ante todos esses conceitos, funcionalidades e modelos de negócio, é necessário reconhecer que as *Fintechs*, acima de tudo, caracterizam-se pela inovação. Utilizam-se de uma linguagem atual e dinâmica, baseada nas tecnologias disruptivas, tais como *blockchain*, bigdata, nuvem, a internet das coisas (do inglês *Internet of Things* – IoT), entre outras. Afora isso, apresentam-se diante de seu público como uma possibilidade de acesso ao crédito, dando visibilidade àqueles que são deixados de lado pelas

7 Disponível em: <<https://www.cbinsights.com/research/report/fintech-trends-q2-2018/>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

8 No original: “From a product perspective, fintech services can be broken down into those offering credit, processing payments, giving advice, managing assets, issuing currencies, and helping with legal compliance” (VAN LOO, 2018, p. 238).

instituições tradicionais. O emprego de tecnologias inovadoras é definitivamente um dos grandes trunfos das *Fintechs*, contribuindo para aumentar sua eficiência operacional e expandir sua oferta de produtos. Os clientes para os quais se dirigem também representam um diferencial das *Fintechs*, alcançando um “público subatendido”⁹, cujo potencial não é priorizado e, muitas vezes, nem mesmo conhecido pelos players tradicionais.

Refletir acerca das *Fintechs* é, em verdade, cercar-se de mais dúvidas do que respostas, vide as incisivas reflexões apontadas por Maume (2017):

‘Fintech’ is a buzzword in the financial industry. New technology-based business models are emerging and many predict an overhaul of the markets for financial services. Regulation is struggling to cope with these changes. There is indeed a high level of legal uncertainty because young, dynamic fintech start-ups design their products based on what is possible and what consumers might appreciate, but do not pay much attention to banking laws and compliance. Typical questions from market participants include: Do the banking rules apply to fintechs in the same way? Which fintechs require banking licenses? What are the obstacles for banks that want to co-operate with fintechs?

As questões levantadas por Maume (2017), de fato, representam um dos pontos centrais de discussão acerca das *Fintechs*: sua regulação. É certo que o Estado (governo) como um dos atores desse verdadeiro “ecossistema” (DIEMERS *et al.*, 2015) formado pelas startups de tecnologia financeira será cobrado para exercer seu papel de regulador, especialmente por parte das instituições financeiras oficiais. Regular as novas tecnologias é das tarefas mais complexas da atualidade. Corre-se o risco de inviabilizar o novo ao colocá-lo em roupagem antiga. De todo modo, é um movimento inevitável, cujos riscos devem ser enfrentados.

9 Nomenclatura segundo relatório elaborado pela PriceWaterhouse Brasil e a Associação Brasileira de *Fintechs* (ABFintechs), intitulado “Pesquisa *Fintech Deep Dive 2018*”. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/financeiro/2018/pub-fdd-18.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

A Comissão de Valores Imobiliários (CVM), realizou em 2016, uma pesquisa intitulada “Pesquisa CVM sobre novas tecnologias financeiras (*FINTECH*)”¹⁰, de modo a fornecer dados e conclusões capazes de refletir acerca das peculiaridades de citadas tecnologias na visão de seus empreendedores. Por meio de um questionário, via *SurveyMonkey*, disponível pelo período de 31/08/16 a 31/10/16, objetivou-se compreender o potencial impacto das *Fintechs* no mercado de capitais brasileiro, monitorar essas novas tecnologias, bem como desenvolver ações educacionais e de orientação para com esses empreendedores.

Interessante observar as conclusões disponibilizadas no tópico “A empresa e o ambiente regulatório”, onde restou pontuado, conforme cada segmento específico, os eventuais entraves para a regulação. Assim, seja na atuação como *crowdfunding*, seja com empréstimo pessoal, é recorrente as ressalvas a respeito de instruções da CVM que são demasiadamente rígidas para operações de pequena monta e as dificuldades com a própria implementação de tecnologias, notoriamente caras ao consumidor (como por exemplo a assinatura digital ICP – de alto custo e complexidade para aquisição).

À margem de tal pesquisa e baseada em sua própria consulta pública (nº 55/2017), de modo a dar o mínimo de resposta ao pulssante universo das tecnologias financeiras, o Conselho Monetário Nacional, em 26 de abril de 2018, editou a Resolução nº 4.656, a dispôr sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas, que disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições.

É de fato um instrumento de regulação das *Fintechs* (ao menos das *Fintechs* de crédito), parte da estratégia do Banco Central do Brasil aumentar a competição no Sistema Financeiro Nacional, fomentando o crédito e reduzindo o custo para o consumidor.

¹⁰ Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/investidor/estudos/pesquisas/20170606_relatorio_pesquisa_FINTECH.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2018.

A citada Resolução apresenta regras mais simplificadas (do que as aplicáveis aos outros tipos de instituições financeiras) para a constituição, autorização, funcionamento, transferência de controle e reorganização societária das *Fintechs* de crédito, subdivididas sob a alcunha de Sociedade de Crédito Direto (SCD) e Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP).

A Sociedade de Crédito Direto é definida como “instituição financeira que realiza operações de empréstimo, financiamento e aquisição de direitos creditórios, exclusivamente por meio de plataforma eletrônica, com utilização de recursos financeiros originários apenas de capital próprio” (art. 3º), sendo vedada a captação de recursos do público, exceto mediante emissão de ações (art. 5º, I).

A Sociedade de Empréstimo entre Pessoas, por sua vez, é definida como a “instituição financeira que tem por objeto a realização de operações de crédito e de financiamento entre pessoas exclusivamente por meio de plataforma eletrônica” (art. 7º). A essa Sociedade, é expressamente vedada a utilização de recursos próprios nas operações de empréstimo e financiamento (§2º, art. 7º).

São autorizados a ambas instituições, além das suas competências originárias, a análise de crédito para clientes e terceiros, a cobrança de crédito de clientes e terceiros, a atuação como representante de seguros na distribuição de seguro relacionado com suas operações de crédito e de financiamento e ainda a emissão de moeda eletrônica. Tais instituições devem constituir-se sob a forma de sociedade anônima e devem observar o limite mínimo de um milhão de reais em relação ao capital social integralizado e ao patrimônio líquido.

A expectativa entre os mais otimistas é que a Resolução CMN nº 4.656/2018 viabilize a operação de um maior número de *Fintechs* e torne as relações de crédito mais dinâmicas, aumentando a competitividade do setor, proporcionando aos seus usuários acesso a melhores condições de financiamento, com taxas de juros, tarifas e prazos mais atraentes. A normativa é recente e ainda não é possível avaliar seu impacto regulatório, mas é um exercício de análise permanente daqui por diante.

A despeito do caminho que a regulação das *Fintechs* vem alcançando no Brasil, é importante refletir a respeito de seus desdobramentos práticos. Pesquisa capitaneada pela *ABFintechs* demonstrou que 85% dessas empresas de tecnologia financeira estão na região Sudeste¹¹. Afora isso, não se pode ignorar o fato de que, segundo pesquisa encabeçada pelo Comitê Gestor da Internet (CGI), intitulada “TIC Domicílios 2017”, mais de um terço dos domicílios brasileiros não tem nenhuma forma de acesso à internet¹². É preciso pensar na realidade desses negócios e sua viabilidade dependerá de um papel ativo do poder público.

As políticas de inovação foram definitivamente incorporadas às agendas governamentais dos países desenvolvidos nos anos 1990. Os avanços na área das Tecnologias de Informação e Comunicações (TIC) e sua difusão para diferentes segmentos produtivos propiciaram rápido crescimento, impactando os fluxos internacionais de investimentos e acelerando a expansão do setor de serviços e das atividades intensivas em conhecimento. Novas frentes de expansão tecnológica intensificaram um processo de rápida internacionalização produtiva e financeira, impulsionando mudanças no conteúdo e abrangência das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento industrial e tecnológico.

No Brasil, desde a década de 1950, os principais marcos das políticas para o desenvolvimento tecnológico no país levaram em conta diretrizes contidas em planos e programas de governo com vistas ao desenvolvimento econômico (ARAÚJO, 1977). Em estudo intitulado *Reflexões sobre a política tecnológica no Brasil*, a englobar o período que vai de 1955 ao início da década de 1970, Giselda Barroso Guedes de Araújo, ressaltou:

A marca principal dos planos formulados nos últimos 20 anos é a menção explícita a uma política de ciência e tecnologia e sua efetivação através da criação de bases físicas, institucionais e financeiras. Merece referência a ênfase dada à capacitação do País para

11 Pesquisa disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/conjuntura-economica/regulamentacao-de-fintechs/>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

12 Pesquisa disponível em: <https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2017_coletiva_de_imprensa.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2018.

adaptar e criar tecnologia própria, de forma a reduzir a dependência das fontes externas. Nesse particular, teríamos entrado em uma fase de maior grau de institucionalização da ciência, em que a política científica estaria atendendo às demandas reais do sistema. Não resta dúvida que, se nos restringíssemos somente a esse aspecto da questão, estaria havendo uma compatibilidade entre as políticas implícitas e explícitas com vistas à concretização de um projeto nacional (ARAÚJO, 1977).

Na atualidade, reforça-se a batalha enfrentada pelo Brasil em termos de construção de sua política científica e tecnológica, para além de um espaço de meras intenções e a completa falta de proximidade e conexão com sua própria sociedade. No cenário atual de sucessivas crises (política, econômica e financeira), as políticas que privilegiam a ciência e a tecnologia parecem de preocupação secundária, quando deveriam, em verdade, serem tratadas como uma questão estrutural. As *Fintechs*, diretamente dependentes das tecnologias mais inovadoras, não podem caminhar à margem dessa realidade. Existe um longo caminho a se percorrer e os olhos se voltam cada vez mais a essas alternativas tecnológicas que representam, de fato, um espaço de visibilidade e, portanto, de acessibilidade, rumo a um sistema financeiro menos excludente.

4. Conclusão

Pensar o Sistema Financeiro brasileiro na atualidade é, acima de tudo, um exercício para o futuro. Acreditar no potencial das iniciativas de economia solidária vistas como resistência ao fenômeno da exclusão, é reconhecer suas fragilidades e “ouvir” suas demandas. Em um cenário de incertezas, (há não muito tempo foi noticiado a possibilidade de extinção da Secretaria Nacional da Economia Solidária (SENAES)¹³), é preciso redefinir prioridades e contar com o poder público para isso, como ator indispensável para a concretização de um modelo inclusivo.

¹³ Notícia disponível em: <<http://cirandas.net/fbes/blog/secretaria-nacional-de-economia-solidaria-corre-risco-de-ser-extinta>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

É necessário reconhecer que a vulnerabilidade, resultante de um modelo hegemônico de desenvolvimento econômico, mais do que marginalidade econômica, implica desenraizamento social, a desfiliação (CASTEL, 1987, p. 26), em um duplo processo de desligamento, em termos de trabalho e de inserção, fazendo desabrochar as mais variadas alternativas presentes em grandes eixos, trabalho, acesso ao consumo e ao capital, foco principal deste trabalho.

A maioria das iniciativas de economia solidária são pequenas e locais e se desenvolvem à margem do Estado, com o apoio de agentes externos, mas nele emerge o que o teórico em desenvolvimento urbano John Friedman (1992, p. 138) chama de uma nova forma de política, em que as pessoas, e em especial os setores excluídos, assumem o papel ativo na reconstrução da esfera pública, ajudando a construir um espaço político onde possam pressionar por políticas que sustentem um desenvolvimento alternativo. Reconhecendo a importância desse diálogo, quando da realização do 1º Encontro Global de Bancos Comunitários de Desenvolvimento, em setembro deste ano, foi firmada a dita “Carta de Fortaleza”¹⁴, como verdadeira carta de intenções, expectativas e de verdadeiro prognóstico da realidade dos bancos comunitários e seu papel em uma dinâmica que pretende ser tão disruptiva quanto as tecnologias tratadas neste estudo. No referido documento, restou assentada a urgência de se “alicerçar a construção da democracia econômica no Brasil”, com o apontamento de nove ações pontuais, no que citamos, o de “Garantir a execução do Plano Nacional de Economia Solidária, que tem como um dos objetivos centrais a organização, em âmbito nacional, de um Sistema de Finanças Solidárias com regulação própria, garantindo ambiente institucional para seu desenvolvimento e tendo como principal objetivo a dinamização das economias nos territórios”.

Percebe-se, na dinâmica e na prática de desenvolvimento dos bancos comunitários, o clamor por instrumentos regulatórios próprios de modo a se “avançar em um marco legal que reconheça, aprimore e fortaleça as diferentes iniciativas de finanças solidárias”¹⁵.

14 Disponível em: <<http://bancossolidarios.global/carta-fortaleza.php?lang=pt>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

15 Ação 3 da Carta de Fortaleza. Disponível em: <<http://bancossolidarios.global/carta-fortaleza>>.

As experiências nacionais junto aos bancos comunitários não se dão à margem do Estado, e sim com seu apoio, pautada em traços de cooperação, autogestão e solidariedade que compõem as bases do desenvolvimento alternativo proposto pelas iniciativas de economia solidária, fortalecendo-se o poder local e a retomada da responsabilidade pela mudança de realidades. Outro clamor dos agentes que promovem a transformação via bancos comunitários e moedas sociais é o necessário fomento às tecnologias (plataformas digitais, meios de pagamentos eletrônicos) que promovam independência do sistema tradicional, a proporcionar “conhecimento, autonomia e poder com princípios éticos e solidários, adaptabilidade, metodologias colaborativas ágeis e uma estratégia de crescimento horizontal”¹⁶. Esse é um ponto de interseção com as tecnologias disruptivas que alimentam a inovação presente nas tecnologias financeiras – *Fintechs*, também objeto de reflexão neste estudo.

As *Fintechs*, reconhecidas como negócios inovadores, têm nas tecnologias (*big data*, *blockchain*, nuvem, dentre outras) seu maior trunfo. Apresentam-se como plataformas que entregam soluções (serviços ou produtos) individualizadas a seus clientes, representando opções diferenciadas. Oferecendo os mesmos serviços de instituições financeiras tradicionais, as *Fintechs* apresentam-se com estruturas mais enxutas, gerando serviços mais eficientes e baratos. Tal realidade tem mexido com as estruturas do sistema financeiro oficial, provocando sua reinvenção. Sob essa perspectiva, existe a expectativa de verdadeira modernização regulatória, associada ao reconhecimento de que existe uma grande parcela da população brasileira que não tem acesso a serviços financeiros.

Perceba-se, em termos de considerações finais, que as iniciativas referentes aos bancos comunitários e às *Fintechs* apresentam-se com verdadeiros pontos de interseção, primando por uma ordem financeira mais inclusiva. Na prática, onde uma não alcançar, a outra poderá vir a servir de parâmetro. São iniciativas que se complementam e se prestam aos mesmos fins: construir um sistema financeiro mais democrático.

php?lang=pt>. Acesso em: 23 nov. 2018.

16 Ação 6 da Carta de Fortaleza. Disponível em: <<http://bancossolidarios.global/carta-fortaleza.php?lang=pt>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

Nessa medida, cumpre-se o objetivo inicialmente proposto de se verificar, nos trinta anos de nossa “Constituição Cidadã”, que ela reconhece a necessidade de, na construção de seu sistema financeiro, deixar espaço para outras formas de desenvolvimento equânime que foge dos padrões tradicionais e se mostrem receptivas às mais diferentes formas de realização. Basta agora um compromisso com as realidades plurais de nosso país, corrigindo distorções, investindo em tecnologia e em políticas regulatórias que não engessem a inovação, mas sim a fortaleça.

5. Referências

- ARAÚJO, Yara Mendes Cordeiro; RODRIGUES, Luciene. Economia plural e solidária: uma análise a partir dos processos dos bancos comunitários de Montes Claros/MG. *Anais do IV Congresso de Desenvolvimento Social*. Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social. Setembro de 2014.
- ARROYO, João Carlos Tupinambá; SCHUCH, Flávio Camargo. *Economia popular e solidária*. São Paulo: Perseu Abramo, 2006.
- BARONE, Francisco Marcelo; LIMA, Paulo Fernando. *Introdução ao microcrédito*. Brasília, Conselho da Comunidade Solidária, 2002.
- BITTENCOURT, Gilson Alceu. *Cooperativas e crédito solidário – Constituição e funcionamento*. São Paulo: Estudos Nead 4, 2001.
- CARVALHO, Ricardo Augusto; DRUMMOND, Sanyo Pires. *Para além dos aspectos econômicos da economia solidária*. Sentidos e experiências da economia solidária no Brasil. Porto Alegre: UFRGS, 2004.
- CASTEL, Robert. A dinâmica dos processos de marginalização: da vulnerabilidade à exclusão, *Cadernos CRH*, n. 26/27, p. 19-40, 1987.
- CHRISTENSEN, Clayton. *O dilema da inovação*. São Paulo: M.Books, 2011.
- CUNHA, Gabriela Cavalcanti. *Uma outra economia é possível*. Paul Singer e a economia solidária. São Paulo: Contexto, 2003.
- DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*. São Paulo: Cortez, 2002.
- DIEMERS, D.; LAMAA, A.; SALAMAT, J.; STEFFENS, T. Developing a FinTechecosystem in the GCC. *Strategy&*. 2015. Disponível em: <<http://www.strategyand.pwc.com/media/file/Developing-a-FinTech-ecosystem-in-the-GCC.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2018.
- FRIEDMAN, John. *Empowerment: The politics of Alternative Development*, Cambridge, Blackwell, 1992.
- GADOTTI, M. *Educação comunitária e economia popular*. São Paulo: Cortez, 1993.

- GAIGER, Luiz Inácio. A racionalidade dos formatos produtivos autogestionários. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 2, p. 513-545, maio/ago., 2006.
- GIMENEZ, T. A formação de professores de inglês: desafios da próxima década. In: *Southern EFL Teacher's Association Conference 3*, 2000, Florianópolis.
- KRUPPA, Sonia Maria Portella; SINGER, Paul. A SENAES e a Economia Solidária - democracia e participação ampliando as exigências de novas tecnologias sociais, *Tecnologia Social*. Uma estratégia para o desenvolvimento. Rio de Janeiro, 2004.
- LAVILLE, Jean-Louis; DACHEUX, E. *Économie solidaire et démocratie*. Paris: CNRS, 2003.
- LEE, In; SHIN, Yong Jae. Fintech: Ecosystem, business models, investment decisions, and challenges. *Business Horizons*, V. 61, Issue 1, p. 35-46. January-February 2018.
- MANDER, J; GOLDSMITH, E. *The case against the Global Economy*. São Francisco: Sierra Club Books, 1996.
- MAUME, Philipp. In: *Unchartered Territory - Banking Supervision Meets Fintech, Corporate Finance*, 2017, p. 373-378. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3051837>. Acesso em: 7 nov. 2019.
- MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*. Sociologia e Antropologia. São Paulo: Cosac Naify, 2003.
- MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimento estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- RAZETO, Luís. *Economía de solidaridad y mercado democrático*, Santiago, Chile: PET, 1985.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- SINGER, Paul. *Uma utopia militante: repensando o socialismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- _____. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- SOUZA, André Ricardo de. *Uma outra economia é possível*. Paul Singer e a economia solidária. São Paulo: Contexto, 2003.
- VAN LOO, Rory. Making Innovation More Competitive: The Case of Fintech. *UCLA Law Review*, n. 65, 2018, p. 242-272.
- YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. Rio de Janeiro: Ática, 2006.

Eduardo Calasans Rodrigues

**Coordenação regulatória e
AIR como instrumentos para
aproximação entre regulação
e políticas públicas**

8



Coordenação regulatória e AIR como instrumentos para aproximação entre regulação e políticas públicas

Eduardo Calasans Rodrigues¹

Resumo

O objetivo deste trabalho é aprofundar o debate sobre as alternativas para a existência de um órgão de coordenação das agências reguladoras federais, responsável pela implementação e realização de análise de impacto regulatório (AIR). O foco do trabalho se dará na AIR por ser um tema transversal às agências reguladoras, servindo como instrumento que pode levar ao aprimoramento do processo normativo regulatório. Por meio de revisão da literatura específica sobre coordenação regulatória, citando exemplos estrangeiros, pretende-se revisitar o assunto, identificando pontos negativos e positivos na implementação de um órgão que esteja em uma estrutura externa às agências. Em seguida, será possível refletir sobre opções que contornem o dilema entre controle e autonomia, sugerindo alternativa com potencial de trazer ganho de eficiência e maior proximidade entre as políticas públicas planejadas pelo chefe do executivo e a regulação setorial, de modo a aperfeiçoar o desenho institucional vigente.

Palavras-chave: Coordenação regulatória. AIR. Processo normativo. Política pública.

Abstract

The purpose of this paper is to deepen the debate on the alternatives for the existence of a coordinating body for federal regulatory agencies responsible for implementation of Regulatory Impact Analysis (AIR). The main focus is on AIR as a cross-cutting issue for regulatory agencies, serving as an instrument which can lead to the improvement of the regulatory process. Through a review of the specific literature on regulatory coordination, citing foreign examples

¹ Mestrando em Direito da Regulação na FGV Direito Rio. Pós-graduado em direito público e da regulação pela FGV Direito Rio. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Servidor efetivo da carreira de especialista em regulação de saúde suplementar, na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). E-mail: dudu.calasans@gmail.com.

is intended to revisit the subject, identifying negative and positive points in the implementation of a body outside the agencies. Then it will be possible to reflect on options that circumvent the dilemma between control and autonomy, suggesting an alternative with a potential to bring efficiency gains and greater proximity between public policies planned by the head of the executive and sector regulation, in order to improve the design institutional framework.

Key words: Regulatory coordination. RIA. Normative process. Public policy.

1. Introdução

Passados trinta anos da promulgação da Constituição e vinte e dois anos da criação da primeira agência reguladora², é possível verificar erros e acertos nas mudanças ocorridas no Estado Administrativo e no modelo de Estado regulador implementado a partir da reforma levada a efeito nos anos 1990.

Ao longo desse tempo, a realidade fática e a diversidade de situações advindas desse novo arranjo institucional fomentaram intensos debates envolvendo temas como a separação de poderes no conflito entre lei e regulação; a descentralização decisória do chefe do executivo nas fronteiras das políticas públicas e da regulação; a legitimidade das decisões proferidas por instituições cujos dirigentes são nomeados para mandato fixo sem representatividade eleitoral etc³.

Na questão das atribuições conferidas por lei às agências reguladoras, as fronteiras entre formulação e implementação de políticas públicas nos setores regulados suscita dúvidas e traz incertezas, mesmo após anos decorridos dos marcos legais desses setores. A distribuição de funções entre ministérios, conselhos setoriais e agências não é uniforme e possui fronteiras cinzentas, as quais são estabelecidas por meio de conceitos indeterminados.

2 A primeira agência reguladora nos moldes "modernos" foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada em 1996, pela Lei n. 9.427.

3 Esses temas foram objeto de vários estudos, como os seguintes: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. BASTOS, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil*: eficiência e legitimidade. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



Em um ambiente de agências reguladoras dotadas de autonomia reforçada e poder normativo alargado pelas genéricas atribuições conferidas pelas suas leis de criação, é real o risco de ocorrer um isolamento entre as decisões tomadas nas agências e as pretensões de política pública do governo central.

Refletir sobre as formas de mitigar esse problema, para que a atuação do poder público seja eficiente, de modo que o planejamento esteja em consonância com as ações praticadas pelas instituições públicas, parece essencial.

É nesse contexto que o presente trabalho pretende abordar uma faceta do debate, pela ótica da coordenação regulatória, mais especificamente em relação à análise de impacto regulatório (AIR) e, por consequência, do próprio processo normativo das agências⁴.

Nesse intuito, afigura-se relevante tentar criar bases mais seguras para debater possíveis ganhos e fragilidades de se adotar o modelo de coordenação externa. Afinal, as agências federais já contam com razoável tempo de vida, mas ainda convivem com constantes questionamentos sobre sua atuação, oportunistas ou não, que geram justificado receio de limitação de sua atuação.

Enquanto, no exterior, alguns países contam com instituição própria para desempenhar o papel de organização regulatória, acima dos entes reguladores e vinculada ao chefe do Executivo, no Brasil não há, formalmente, quem exerça essa função. A própria ideia de coordenação ou supervisão costuma trazer consigo um conceito subjacente de controle e limitação.

Para trabalhar o tema, serão trazidas algumas noções sobre coordenação e supervisão regulatória, ao lado da breve apresentação do modelo norte-americano. Após, serão delimitadas algumas características que se entendem importantes para preservação da isenção de um órgão que coordene as ações relacionadas à aná-

4 Cumpre mencionar desde já o trabalho desenvolvido no âmbito do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), que será mencionado adiante e que aborda alguns pontos que serão tratados no texto. É relevante observar que, passados quase dez anos, o cenário retratado nos estudos parece ter evoluído muito menos do que o recomendado. PRO-REG: Contribuições para melhoria da qualidade da Regulação no Brasil / Jadir Dias Proença (Org.) - Brasília: Semear Editora / Presidência da República, 2010.

lise de impacto regulatório, na tentativa de avançar no debate e quebrar um pouco o paradigma entre controle e autonomia, conciliando interesses comuns e aproximando as ações estratégicas das agências com o planejamento do executivo central. Considerado um tema essencialmente transversal às agências, a coordenação de AIR, em uma estrutura situada entre as agências e os ministérios, precisa ser justificada pelos ganhos esperados com padronização e centralização, o que envolve, de certa forma, influenciar nas regras básicas sobre o processo normativo realizado pelas agências.

Ao final, espera-se que as ponderações aqui traçadas possam auxiliar na avaliação mais profunda sobre a real necessidade de o Brasil adotar o modelo de coordenação externa das agências, bem como seus possíveis limites, dadas as vantagens e desvantagens dessa configuração institucional.

2. Experiências estrangeiras

Quando se fala em coordenação ou supervisão externa é inevitável remeter a modelos estrangeiros diferentes⁵. Em âmbito internacional, diversos desenhos já foram usados para se implementar órgãos externos aos reguladores locais, comumente chamados de *regulatory oversight bodies* (ROB)⁶. Instituídos na forma de órgãos superiores independentes ou vinculados, respondentes ao Presidente da República ou ao Parlamento, não é rara a presença de um supervisor que tenha poder de veto nas ações das agências e que atuem, em algum sentido, na coordenação regulatória do país⁷.

5 No Reino Unido, pode-se citar a Better Regulation Executive que trabalha com os departamentos do governo para, dentre outras coisas, monitorar a carga regulatória. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/groups/better-regulation-executive>>. Acesso: 15 nov. 2018. No México, a Comissão Federal de Melhoria Regulatória (COFEMER) é uma agência governamental responsável por impulsionar a política de melhoria regulatória no país. Disponível em: <<https://www.gob.mx/conamer/que-hacemos>>. Acesso: 15 nov. 2018. Na Alemanha, o *Nationaler Normenkontrollrat* (NKR) foi criado em 2006 como órgão independente para aconselhar e apoiar o governo na implementação do programa de redução da burocracia e melhoria da regulação. Disponível em: <<https://www.normenkontrollrat.bund.de/nkr-en>>. Acesso: 15 nov. 2018. Na Austrália, o Escritório de Regulação de Melhores Práticas (OBPR) na Divisão de Reforma Regulatória administra os requisitos de Análise de Impacto Regulatório do governo australiano e do Conselho de Governos Australianos (COAG). Disponível em: <<https://www.pmc.gov.au/regulation>>. Acesso: 15 nov. 2018.

6 Para referência sobre o assunto, cite-se o artigo de Jonathan B. Weiner e Alberto Alemanno. *Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic*. Disponível em: <http://www.thecre.com/pdf/20170723_ackerman.pdf>. Acesso: 15 nov. 2018.

7 WIENER, Jonathan B. *The Diffusion of Regulatory Oversight*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2162599>>. Acesso em: 2 jun. 2018.



A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE percebe que essas estruturas podem ter várias funções, sendo as principais: coordenação e supervisão; desafio; advocacia; conselho e apoio⁸. Consigne-se que as recomendações da OCDE sobre o tema são usadas pelos estudiosos como referência, dada a avaliação positiva de utilização em diversos países membros⁹.

Na parte que mais importa ao presente trabalho, as funções de coordenação e supervisão asseguram que as reformas regulatórias mantenham a qualidade e estejam de acordo com uma visão genérica do planejamento e da avaliação de impacto regulatório. Nessa função, é importante a instituição de canais de comunicação entre reguladores, compartilhamento de ferramentas e experiências, bem como uniformização de práticas comuns para reduzir custos administrativos.

Considerando que o Legislador é quem cria as competências por meio das leis, é possível que essa distribuição gere confusão quanto aos limites de atuação dos agentes. No caso da divisão de tarefas de forma vertical (entre ministérios e agências) ou de forma horizontal (entre agências), há doutrina que aponta para aspectos positivos e negativos de um possível cenário de redundâncias, quando houver distribuição de competências a mais de um agente dotado de autonomia/independência¹⁰.

Exemplos positivos¹¹ podem ser representados em uma maior segurança contra a falha de uma agência pela atuação supletiva de outra, que também poderia exercer aquela tarefa. Aponta-se também a possibilidade de competição e rapidez na produção de informação, sendo que, para o Congresso, ao se espalhar competências

8 Conforme documento da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. OCDE: *Background document on oversightbodies for regulatory reform*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/mena/governance/36785272.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

9 PECCI, Alketa. Avaliação de impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 4, jul/ago 2011, p. 336-348.

10 FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. *Agency coordination in shared regulatory space*. *Harvard Law Review*, v. 15, march 2012, n. 5, p. 1138.

11 Pode gerar outros benefícios também, tais como o aumento do custo de captura regulatória e a *race to the bottom*, expressão usada para descrever a desregulamentação do ambiente de negócios, ou a redução nas taxas de impostos, a fim de atrair ou reter a atividade econômica em suas jurisdições, quando há um aumento de competição. Xingxing Li. An economic analysis of regulatory overlap and regulatory competition: The experience of interagency regulatory competition in China's regulation of inbound foreign investment. *Administrative Law Review*, 00018368, Fall 2015, v. 67, n. 4.

por várias agências, haveria uma tendência a reduzir seu custo de monitoramento, criando um sistema de “alarme interagências”¹².

Por outro lado, a falta de definição mais detalhada das competências pode ocasionar cenários negativos, propositais ou não, de incerteza sobre quem deve tratar determinadas matérias, gerando perda de tempo e abdicação de responsabilidade. Múltiplas agências realizando o trabalho poderia ensejar aumento de custo para as empresas, submetidas a diversos *compliances* regulatórios e diversas fiscalizações.

Nesse aspecto, a utilização de palavras genéricas ou de conceitos indeterminados para atribuir competências para ministérios, agências e conselhos setoriais, pode acarretar sobreposição de funções, de um lado, e a omissão de atuação, do outro, ambos produzindo insegurança para o funcionamento do setor econômico regulado.

Feitas essas considerações, vale registrar alguns aspectos o modelo norte-americano, comumente citado pelo pioneirismo e pela referência histórica nos debates acerca do estado administrativo.

Nos EUA, o *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*, instituído pelo Congresso em 1980 por meio do *Paperwork Reduction Act*¹³ funciona dentro da estrutura do *Office of Management and Budget (OMB)*, órgão da Casa Branca responsável pela análise e controle dos orçamentos da administração federal.

Cabe ao *OIRA* rever a regulação proposta pelas agências não independentes, principalmente no intuito de verificar a realização de análises de custo-benefício sobre as ações pretendidas. O *OIRA* acaba reunindo e organizando as regulações dispersas emitidas pela administração e se torna um *locus* alternativo de resolução de disputa entre agências, e entre as agências e a própria Casa Branca¹⁴. Além disso, vale informar, também, que o *OIRA* se reporta ao congresso americano, para fins de prestação de contas.

12 FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. *Agency coordination in shared regulatory space*. Harvard Law Review. v. 15, march 2012, n. 5, p. 1138

13 Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-94/pdf/STATUTE-94-Pg2812.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

14 Nestor M. Davidson; Ethan J. Leib. *Regleprudence – at OIRA and Beyond*, 103 Geo. L. J. 259 (2015) Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/563>. Acesso em: 6 jun. 2018.



A previsão da função de coordenação aparece mais especificamente na *Executive Order* nº 12866, que trata do mecanismo de planejamento e que envolve regulações de agências dependentes e independentes, de modo a reduzir conflitos potenciais em estágios iniciais, visando atingir maior eficácia nos resultados. Para isso, os procedimentos devem seguir algumas diretrizes, dentre as quais interessam para o presente trabalho: (a) reunião das agências no início de cada ciclo para entendimento sobre as prioridades e coordenação dos esforços do ano seguinte; (b) agenda regulatória unificada; (c) planejamento regulatório, no qual: (i) é avisado por escrito, ao chefe do *OIRA*, quando o diretor de uma agência verifica alguma implicação/conflito de regulação com uma ação planejada por outra agência; (ii) o chefe do *OIRA* notifica os envolvidos quando verificar que uma regulação planejada por uma agência pode afetar ou conflitar com uma outra norma ou ação do governo ou de outra agência.

Essas características detalhadas na legislação permitem ao *OIRA* uma atuação exigente sobre as agências ligadas ao Presidente da República, ao mesmo tempo que acabam por exercer também uma influência sobre as agências independentes, não vinculadas. Porém, é de se ter em mente a larga experiência vivida pela burocracia norte-americana no contexto de estado administrativo e agências independentes.

Vale ainda registrar que, nos EUA, em paralelo ao *OIRA*, existe a *Administrative Conference of the United States (ACUS)*, uma agência federal que reúne funcionários do governo e membros da sociedade para encontrar maneiras de melhorar o Estado administrativo, inclusive expedindo recomendações sobre assuntos da regulação¹⁵.

Analisada brevemente a configuração norte-americana, deve-se ter em mente a importância de se observar o funcionamento de instituições no contexto internacional. Porém, ao debater modelos é essencial entender o contexto local antes de importar conceitos de outros países, sob a forma de meros transplantes jurídicos, sem observar a cultura e as peculiaridades de nosso sistema¹⁶.

15 Para mais informações, vide <<https://www.acus.gov/#node-3461>>. Acesso: 15 nov. 2018.

16 Os autores que se dedicam ao estudo dos chamados transplantes, não são unânimes em admiti-los. Vide LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade dos Transplantes Jurídicos. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, v. 9, n. 1, p. 11-39, 2014 e XANTHAKI, Helen. Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 57, n. 3, p. 659-673, jul. 2008.

3. O debate brasileiro

Passando ao ponto central do estudo, ressalte-se que o debate sobre coordenação regulatória no Brasil se insere em uma realidade de instabilidade no modelo de agências reguladoras autônomas no executivo federal. E esse formato de regulação guarda relação com o estabelecimento das bases da ordem econômica trazidas pelo texto da Constituição Federal de 1988, que conduz para o desempenho de um papel de menor protagonismo na execução direta de determinadas atividades, sem abrir mão da possibilidade de regular, estabelecendo regras e fiscalizando os agentes econômicos.

Avançando no raciocínio, é importante considerar que a transição para o modelo regulatório no Brasil não foi feita em bloco, mas de forma gradual e desencontrada. Há quem classifique, inclusive, três momentos de criação das agências reguladoras: na primeira geração de agências, entre 1995 e 1998, estariam ANP, ANATEL e ANEEL; na segunda geração, entre 1998 e 2001, estariam ANVISA, ANS, ANA e ANCINE; na terceira geração, entre 2001 e 2006, estariam ANTT, ANTAQ e ANAC¹⁷. Ainda houve a criação da ANM em 2017, pela Lei n. 13.575.

Em que pese a influência do modelo estrangeiro, a adoção do modelo regulador no Brasil parece ter adquirido contornos próprios, de acordo com a cultura político-administrativa nacional. Essa observação é importante porque, como já dito anteriormente, não existe um modelo único mundial de coordenação regulatória. Em países menores e com mais consenso, podem ser organizados de forma mais descentralizada. Em outros, adota-se opções mistas, combinando diferentes responsabilidades em diferentes níveis de governo. É unânime, porém, a importância do respaldo político para que possa desempenhar seu papel, sob pena de ser apenas mais uma instituição burocrática, cujas determinações não são observadas ou são constantemente questionadas.

Trabalhando com a realidade nacional, percebe-se que, além da possibilidade de confusão nas atribuições com os ministérios

¹⁷ O autor classifica a primeira e terceira geração como regulação econômica, enquanto a segunda seria regulação social. CUNHA, Bruno Queiroz. Antagonismo, modernismo e inércia: a política regulatória brasileira em três atos. *Cadernos EBAPE.BR*, v. 14, Edição especial, artigo 4, Rio de Janeiro, jul. 2016.



e conselhos setoriais, a atuação de mais de uma agência pode ter pontos de contato, exigindo uma ação coordenada¹⁸.

Uma aproximação entre o planejamento regulatório e as políticas levadas a cabo pelo governo central se torna necessária, para que não haja contradição nas regras criadas pela regulação em relação aos investimentos do governo, acarretando instabilidade no setor.

Nesse sentido, há estudiosos que, debruçados sobre os desafios vividos pelo Brasil, sugerem o resgate e ampliação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação (PROREG), instituído em 2007, que tinha por objetivo aperfeiçoar e fortalecer o modelo regulatório brasileiro e o papel das agências reguladoras¹⁹.

A criação de um órgão de coordenação de políticas regulatórias teria o papel de exercer as “funções de supervisão da qualidade regulatória, da harmonização e da coordenação de decisões tomadas não apenas no nível das agências reguladoras, mas principalmente, no nível ministerial”²⁰.

Apesar de, na prática, o PROREG ter se esvaído, houve alguma absorção da cultura de “melhores práticas regulatórias” explorada nas capacitações e intercâmbios promovidos no âmbito dessa iniciativa. Daí que algumas agências reguladoras desenvolvem, em estágios diversos, ações relativas à análise de impacto regulatório, audiências e consultas públicas, por exemplo.

A manutenção ou não do nome do programa parece menos importante do que o desenvolvimento das atividades por ele

18 É possível citar alguns exemplos de atuação concorrente entre reguladores, como nos seguintes casos: regulação de agrotóxicos: Lei n. 7.802/89 - IBAMA, ANVISA e Ministério da Agricultura; registro de patentes de remédios: Lei n. 9.279/96 - ANVISA e INPI; atos de concentração de instituição financeira - BACEN e CADE; transporte aquaviário de petróleo: Portaria ANP n. 170 de 2002 - ANP e ANTAQ; compartilhamento de infraestrutura: art. 73 da Lei n. 9.472/97 - ANP, ANATEL e ANEEL.

19 Decreto n. 6.062, de 16 de março de 2007: Art. 1º Fica instituído o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, com a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados.

20 PECCI, Alketa; RAGAZZO, Carlos; BRAGANÇA, Gabriel; e ROCHA, Katia. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180413_desafios_da_nacao_artigos_vol2_cap30.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

promovidas, devendo ser registrada, no entanto, a relevância de se preservar um histórico de ações e de planejamento estratégico. De toda forma, é essencial atentar para que a ideia de criação de uma nova instituição, acima das agências, não se torne um instrumento de controle político ou ideológico dos reguladores, nem se transforme em uma estrutura burocrática sobreposta à regulação.

Esse ponto é importante de ser destacado para tentar afastar antigos problemas que, no Brasil, acabam gerando um entrave burocrático não resolutivo. É sabido que a criação de uma nova instituição gera custos elevados. A instalação física, a compra de material, a mudança de servidores, a realização de concurso público, as licitações, o remanejamento de orçamento, tudo isso acaba por trazer questionável perda de tempo e recursos.

Como se não bastasse, não costuma ser do dia para a noite que um órgão novo passa a gozar de prestígio e estrutura técnica para atuar e fazer valer sua força perante outras instituições. Abundam exemplos de órgãos criados pelo governo que não são capazes de atender às expectativas que deles se esperam e se tornam estruturas sobrepostas e inócuas.

Seria de se avaliar, portanto, a manutenção de uma estrutura mais “leve” do que uma nova instituição ou um típico órgão público de cúpula administrativa, para que seja possível o desempenho da função de organização especializada por meio de uma espécie de “comitê de regulação” (nomenclatura para fins explicativos) focada em análise de impacto regulatório, matéria que é transversal a todas as agências.

O que ora é chamado de “comitê de regulação”, estaria estruturado entre as agências e os ministérios, de forma a tentar aproximar a visão de ambos os atores, permitindo uma maior integração entre as políticas públicas e as agendas regulatórias.

A função seria, portanto, aperfeiçoar o desenho institucional que se apresenta hoje, integrando, desde o início das ações regulatórias, a visão externa do executivo central e a visão técnica dos reguladores setoriais, de modo a evitar procedimentos repetitivos ou sobrepostos.



Na composição do grupo, haveria membros da carreira de regulação, que são servidores efetivos de cada agência reguladora, capacitados especificamente no tema da AIR. Poderia ter assento também um representante do CADE e do INMETRO. Assim, haveria um corpo técnico disponível para efetuar os trabalhos de AIR em auxílio obrigatório para as agências. E a especialidade de conhecimentos seria importante para preservar essa instância como produtora de estudos realmente embasados na melhor técnica, uma vez que a AIR “não é um substituto para a tomada de decisão política, mas contribui para seu desenho fornecendo informação e justificativas consistentes para a ação do governo”²¹. Portanto, a tomada de decisão não se dá no âmbito da AIR, que serve como subsídio para decisões mais qualificadas.

Ficaria mitigada, assim, a possibilidade de se argumentar que essa estrutura estaria ocupando o lugar das agências, reduzindo sua autonomia. A participação desses servidores efetivos e estáveis garantiria o pluralismo de ideias e expertises, inclusive com a economia de custos de novos concursos públicos e capacitação inicial²². Ao mesmo tempo, essa estrutura poderia servir como elo transparente de comunicação entre os ministérios e agências, além de entregar aos diretores das agências, estudos mais embasados para tomada de decisão.

Em relação ao número de servidores disponibilizados para a tarefa, é importante considerar, para efeito de comparação, que o OIRA, nos EUA, conta com aproximadamente 50 técnicos para rever todas as normas a serem expedidas pela administração que possuam impacto acima de cem milhões de dólares anuais²³. Se cada uma das onze agências federais destacasse dois servidores para a tarefa, já seriam vinte e dois profissionais

21 SARAVIA, Enrique Jerónimo. Desenho de uma estratégia de implantação e institucionalização da AIR. In: PROENÇA, Jadir Dias (Org.). *PRO-REG: Contribuições para melhoria da qualidade da Regulação no Brasil*. Brasília: Semear Editora / Presidência da República, 2010. p. 105.

22 Vale lembrar que inúmeros servidores de agências reguladoras foram treinados, no âmbito do PRO-REG, em temas primordiais para o exercício de competências que são desempenhadas nas agências internacionais, podendo-se citar os cursos de metodologias de AIR, advocacia da concorrência, participação social e controle, dentre outros. Para verificação dos cursos ministrados, consulte-se <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/apresentacao/capacitacoes-realizadas/capacitacoes-realizadas>>. Acesso: 15 nov. 2018.

23 Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/omb/information-regulatory-affairs/>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

disponíveis, cuidando da elaboração de estudos mais técnicos para gerar regulação mais racional.

Em seus trabalhos, os ora chamados “comitês técnicos” poderiam realizar, de forma coordenada, análise de impacto regulatório das novas propostas regulatórias pretendidas pelas agências e dar suporte para a fase interna dessas atividades (no âmbito de cada agência). Poderiam verificar, *ex ante*, se as normas propostas geram sobreposição com normas de outras agências ali representadas ou se criam espaços vazios de atuação. E ainda poderiam analisar o impacto das medidas nas políticas públicas manejadas pelo executivo central.

Em relação à AIR, é importante lembrar que, recentemente, foi elaborado um guia orientativo, no âmbito da Casa Civil, após construção conjunta com técnicos das agências em processo participativo e público²⁴, de acordo com as melhores práticas internacionais. Preservar a técnica exposta no guia é uma maneira de fortalecer a governança das agências e promover regulações mais racionais e transparentes, que partem da análise suficiente de dados e da verificação de opções regulatórias, após uma correta identificação do problema a ser tratado. É uma forma de aproveitar a experiência compartilhada nesse projeto, para amplificar a implementação de AIR nas agências que ainda apresentam resistência a essa ferramenta.

A conjugação de reguladores com diversas experiências práticas e teóricas, aptos a avaliar tecnicamente as propostas de cada agência, poderia mitigar a possibilidade de eventual influência de interesses particulares por parte dos ministérios e das próprias agências, uma vez que sua composição plural seria uma forma de evitar que os servidores de uma agência fizessem pressão nos servidores de outras, com as quais não possuem vinculação hierárquica.

Aliás, a participação dos ministérios poderia ser estimulada, como forma de aproximação da discussão com a agência, de forma a conciliar agendas, demonstrando claramente como as políticas públicas planejadas para o setor seriam afetadas positiva ou

²⁴ Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias>>. Acesso em: 15 nov. 2018.



negativamente pelas regulações propostas. Isso poderia ocorrer pela garantia de assento de um representante do ministério ao qual se vincula a agência, cuja regulação esteja sob análise. Dessa forma, pode ser mitigada a distância entre as instituições e a influência de uma sobre a outra por meios menos transparentes.

Por sua vez, a realização obrigatória de AIR de forma organizada e com profissionalismo diminuiria a exposição das agências a avaliações negativas de agentes externos como o Judiciário ou o Tribunal de Contas, que vêm ocupando papel de revisão das ações regulatórias.

Para as agências, essa proposta poderia representar diminuição de custos e esforços, pois teriam um suporte especializado nessas tarefas que tomam tempo de seus quadros. Além disso, contariam com avaliações mais robustas, pelo compartilhamento de dados e experiências com as demais agências. Deve-se lembrar que a estrutura de orçamento, quantidade de servidores e capacitação do corpo funcional é variável em cada agência reguladora. Algumas delas ainda não contam com servidores suficientes e expertise acumulada para realização de AIR.

Importante notar, também, que estruturas estrangeiras sofrem críticas sobre a possível contradição entre a especialização das agências e a dificuldade de se ter generalistas coordenadores/supervisores. Se um dos aspectos que costuma ser diferencial justificador das agências reguladoras é justamente a expertise técnica de seu corpo funcional, qual seria a razão de o supervisor ser um generalista? Tal questionamento se dá pela dificuldade que existe em se acompanhar todas as regulações de todos os setores, para exercer o papel supervisor de forma eficiente. O modelo ora proposto pode mitigar essa crítica, pois os próprios reguladores de diversos setores regulados fariam parte dessa estrutura supra-agências.

Na esteira dessa proposta, parece relevante mencionar que a institucionalização do processo de AIR pode contribuir com a experiência do processo normativo como um todo, aí incluídas as consultas e audiências públicas, o que incrementaria a *accountability* das agências, diminuindo a acusação de déficit de legitimidade. Como se sabe, atualmente, o rito do processo normativo e a realização de audiências e consultas públicas está na órbita de

discricionariedade de cada agência. As regras do jogo podem ser estipuladas pelos dirigentes ou por meio de previsões genéricas, inclusive com modificações casuísticas pelo corpo diretivo.

Tal ausência de uniformidade dentro de cada agência e entre as regras de diferentes agências dificulta muito o trabalho de avaliação dos resultados e a evolução no tratamento do tema. Inviabiliza também a comparação sobre a evolução das práticas regulatórias ao longo do tempo, por não permitir a construção de um histórico e uma compilação de dados. Não permite, ainda, uma avaliação segura em relação aos participantes dos processos de consulta e audiência públicas, para verificação do próprio processo e de seus resultados práticos na construção da regulação.

Na verdade, parece que o processo normativo como um todo não é objeto de tanta atenção no Brasil. Não se vê muitos debates no estilo norte-americano, como aqueles a respeito do *Administrative Procedure Act*²⁵. Talvez, por esse motivo que, nacionalmente, haja apenas regras gerais na lei de processo administrativo federal (Lei n. 9.784/99), que não se destinam exatamente a elaboração de textos normativos, muito menos de agências reguladoras²⁶.

O fortalecimento do debate sobre a construção do processo de elaboração de normas pode ajudar na percepção da importância de divulgação de informação como meio de fortalecer a regulação. Como produtores de informação, as agências seriam capazes de levar a público dados relevantes sobre a situação socioeconômica do país, contribuindo na discussão de políticas públicas de fato importantes para o desenvolvimento.

Daí, pode-se perceber também a necessidade de consolidar e organizar as informações produzidas e as normas editadas, para que a sociedade encontre mais facilmente um repositório com a regulação existente no país. A existência de uma estrutura intermediária, nos moldes deste debate, pode facilitar a compreensão sobre a necessidade dessa agenda, como ocorre nos EUA, a cargo

25 Alguns debates podem ser encontrados de forma compilada em <<https://www.theregreview.org/process/>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

26 Não parece resolver o problema a existência da Lei Complementar n. 95/98 (alterada pela LC 107/01) e do Decreto n. 9.191, 1º de novembro de 2017, que revogou as disposições existentes no Decreto n. 4.176, de 28 de março de 2002.



do *OIRA*, a quem incumbe a organização da legislação e publicação anual de um catálogo de custo-benefício da regulação federal.

Esses temas possuem evidente vinculação, sendo que a AIR pode ser um fio condutor para se incrementar a discussão sobre pontos que ainda são frágeis na prática das agências reguladoras. Finalmente, a qualificação do processo decisório das ações regulatórias parece ser um bom caminho para uma aproximação com as políticas públicas e o aumento de transparência para a sociedade.

4. Conclusão

O presente trabalho procurou analisar o tema da coordenação regulatória sob o enfoque da análise de impacto regulatório, trazendo algumas noções teóricas completadas por desenhos institucionais estrangeiros. Passado tempo suficiente para avaliar o desempenho do estado administrativo em sua função reguladora, pós-Constituição Federal de 1988, é preciso avançar no desenvolvimento de pontos que ainda representam fragilidades no desenho institucional. Nesse sentido, procurou-se trazer singela proposta de evolução do panorama atual brasileiro, apoiando-se na ideia de estudiosos do tema e acrescentando considerações que se entendem relevantes para o sucesso do debate.

O debate maduro sobre as propostas de criação ou consolidação de uma estrutura que impulse o diálogo entre regulação e políticas públicas, entre agências e ministérios, pode ajudar a contornar problemas de sobreposição ou ineficiência na condução das ações estatais em setores regulados. Verificar experiências já realizadas, como a do PROREG, permite uma discussão mais embasada, buscando contribuir para o incremento da qualidade regulatória.

A rejeição ou o acolhimento de propostas relacionadas à existência de uma estrutura externa às agências depende dos limites de sua competência e de sua configuração institucional. Há de se pensar, portanto, em maneiras de mitigar os problemas que comumente emperram o debate, como a dicotomia entre controle e autonomia. A criação de um órgão politizado, que absorva recursos públicos sem entregar um salto de qualidade, seria um retrocesso que enfraqueceria ainda mais a imagem das agências.

Iniciar alguma experiência pela AIR pode servir de abertura para outros debates sobre uniformização, como nos temas de processo normativo, consultas e audiências públicas, potencialmente utilizados por todas as agências, mas que ainda apresentam fragilidades e falta de uniformidade.

Por fim, busca-se que o modelo de regulação brasileiro possa ser incrementado, de modo a tornar o estado administrativo mais eficiente e transparente.

5. Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes* – algumas desmistificações à luz do direito comparado. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/808/R155-17.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 6 jun. 2018.
- _____. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BASTOS, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CUNHA, Bruno Queiroz. Antagonismo, modernismo e inércia: a política regulatória brasileira em três atos. *Cadernos EBAPE.BR*, v. 14, Edição especial, artigo 4, Rio de Janeiro, jul. 2016.
- DAVIDSON, Nestor M.; LEIB, Ethan J. *Regleprudence – at OIRA and Beyond*, 103 Geo. L. J. 259 (2015) Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/563>. Acesso em: 6 jun. 2018.
- FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. *Agency coordination in shared regulatory space*. Harvard Law Review. v.15, March 2012, nº 5.
- _____; FABER, Daniel A. *Modular Environmental Regulation*, 54 DUKE L.J. 795, 806-13, 2005.
- GERSEN, Jacob. Overlapping and Underlapping Jurisdiction. In: *Administrative Law*. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper N. 161.
- GUERRA, Sergio; SAMPAIO, Patrícia (Org.). *Autonomia financeira das agências reguladoras*. Curitiba: Juruá, 2016.
- LI Xingxing. An economic analysis of regulatory overlap and regulatory competition: The experience of interagency regulatory competition in China's regulation of inbound foreign investment. *Administrative Law Review*, 00018368, Fall2015, v. 67, n. 4.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



PECI, Alketa *et al.* *Risco Regulatório e efeitos sobre investimentos*: Uma agenda de melhoria regulatória e de fortalecimento da governança institucional. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180413_desafios_da_nacao_artigos_vol2_cap30.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

WEINER, Jonathan B.; ALEMANNI, Alberto. *Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic*. Disponível em: <http://www.thecre.com/pdf/20170723_ackerman.pdf>. Acesso: 15 nov. 2018.

_____. *The Diffusion of Regulatory Oversight*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2162599>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. OCDE: *Background Document. Oversightbodies for regulatory reform*. Disponível em: <<http://www.ocde.org/mena/governance/38403668.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Felipe Pereira Maroubo

**Transparência, acesso à
informação e Administração
Pública: Êxitos e obstáculos
do Poder Executivo Federal
nos 30 anos da
Constituição de 1988**

9

Transparência, acesso à informação e Administração Pública: Êxitos e obstáculos do Poder Executivo Federal nos 30 anos da Constituição de 1988¹

Felipe Pereira Maroubo²

Resumo

A transparência é um dos maiores antídotos contra inibidores da eficiência e da moralidade administrativas. Este estudo pretende discutir a transparência por meio do recorte no acesso à informação, enquanto fator essencial no processo civilizatório de superação do atraso institucional brasileiro. Com este escopo, parte-se das transformações do direito de acesso à informação durante a história nacional e das boas práticas tomadas pela Administração Pública, por meio de normas jurídicas, ao longo dos últimos 30 anos de consolidação democrática. Em seguida, destacam-se os êxitos verificados com a edição e implantação de instrumentos normativos e tecnológicos pela Administração Pública, como a Lei n. 12.527/2011, bem como serão identificados os mecanismos bem e malsucedidos de acesso à informação adotados pelo Poder Executivo federal. O intuito é demonstrar os sucessos e as falhas na construção da cultura da transparência aplicada ao direito de acesso à informação, pela atuação do direito, sem olvidar a importância de fatores exteriores ao fenômeno jurídico, em face de novos desafios sociais, econômicos e culturais. Deste modo, o direito público deve contribuir para auxiliar no incremento de mecanismos institucionais para superação de atrasos na construção da cultura da transparência e na ampliação da participação democrática na arena republicana.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. Na elaboração do artigo, contei com a leitura e revisão dos originais e as valiosas críticas e sugestões formuladas por Ana Paula de Barcellos, Daniel Wunder Hachem e Natasha Schmitt Caccia Salinas, as quais foram incorporadas e integram a versão final do estudo.

2 Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) com mobilidade internacional pela Universidade do Porto, Portugal (UP). Editor executivo da Revista Publicum vinculada à linha de Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Advogado. E-mail: fmaroubo@hotmail.com.

Palavras-chave: Transparência. Acesso à informação. Poder executivo federal. Lei n. 12.527/2011. Administração Pública.

Abstract

Transparency is one of the greatest antidotes against inhibitors of administrative efficiency and morality. This study aims to discuss transparency from the perspective of the access to information, as an essential factor in the civilizing process of overcoming Brazilian institutional backwardness. With this scope, the paper begins with the transformations of the right of access to information during national history and the good practices taken by the Public Administration, during the last 30 years of democratic consolidation. Next, the successes with the publication and implementation of normative and technological instruments by the Public Administration, such as Law n. 12.527/2011, are highlighted, as well as the well and unsuccessful mechanisms of access to information adopted by the Federal Executive Branch. The aim is to demonstrate successes and failures in the construction of a culture of transparency applied to the right of access to information, through the action of law, without forgetting the importance of factors external to the legal phenomenon, in the face of new social, economic and cultural challenges. In this way, public law must help to increase institutional mechanisms to overcome delays in building a culture of transparency and in expanding democratic participation in the republican arena.

Keywords: Transparency. Access to information. Federal executive branch. Law nº 12.527/2011. Public administration

1. Introdução

O apego da Administração Pública federal aos ditames constitucionais e legais de transparência é um dos antídotos necessários para a prevenção e descoberta de episódios de corrupção e de investigação de inibidores da eficiência e da moralidade administrativas. Para tanto, no primeiro momento, pontuar-se-á o objetivo de se discutir a transparência e o acesso à informação como fatores de relevância na superação do atraso institucional brasileiro, a fim de incentivar o desmonte da cultura da ocultação na Administração Pública.

Em seguida, a temática será tratada sob o prisma das evoluções promovidas no percurso histórico nacional e nas boas práticas tomadas pela Administração Pública federal, a partir de comandos normativos que vieram a fortalecer a transparência, ao longo dos últimos 30 anos de consolidação democrática brasileira, promovida pela Constituição de 1988.

Não obstante os êxitos dos novos instrumentos normativos e tecnológicos, destacar-se-ão preocupações em termos de transparência ativa, passiva e, apesar de seu contributo, as limitações práticas do direito. Nesse sentido, o estudo se propõe a auxiliar na identificação dos mecanismos de acesso à informação adotados pelo Poder Executivo federal, bem como a sua efetividade, em cumprimento aos diversos mandamentos legais e constitucionais.

Assim, serão destacados os (in)sucessos na construção da cultura da transparência e do direito de acesso à informação, no Poder Executivo federal, pela atuação do direito, para, de um lado, promover o embasamento correto do administrador na formulação de políticas públicas; e, de outro, oportunizar a participação informada do administrado no *ethos* democrático de construção da tomada de decisões coletivas e da cidadania.

2. Transparência e acesso à informação: ascensão da efetividade das normas constitucionais e a superação do atraso institucional da Administração Pública

“A luz do sol é o melhor dos desinfetantes.” Trata-se de uma frase notoriamente conhecida quando o tema é transparência e acesso à informação. Em 1913, o Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos Louis Brandeis a afirmou num artigo publicado na Revista norte-americana *Harper's Weekly*³.

3 Uma série de artigos de Louis Brandeis foram publicados na Revista norte-americana *Harper's Weekly*, nos quais descreveu a concentração de poder nas mãos dos banqueiros de investimentos pela multiplicação de suas posições e consolidação de bancos e ferrovias na economia dos EUA. Ele pretendeu discutir a maneira pela qual esses fatos têm sido possíveis e os efeitos deletérios aos pequenos investidores, bem como no papel do direito para impedi-los. Nesse sentido, em seu artigo “What Publicity Can Do”, publicado em 20 de dezembro de 1913, afirma que a publicidade é elogiada por funcionar como um “remédio para as doenças sociais e industriais”. Nesse contexto é que vai afirmar metaforicamente que a “luz do sol é o melhor dos desinfetantes” e que a “luz elétrica é o mais eficiente policial”, de modo que a publicidade deveria ser vista como uma parte importante da luta contra a “confiança no dinheiro” e também contra as consequências prejudiciais da concentração financeira à liberdade (BRANDEIS, 1932).

O magistrado referia-se ao comportamento perverso de pessoas que acobertassem criminosos do sistema financeiro norte-americano, na intenção de deixá-los passar publicamente como sujeitos íntegros e probos. Apesar de ser uma expressão dita no início do século XX, é um dos emblemas dos benefícios que a transparência e o acesso à informação, como instrumentos de prevenção e combate à corrupção, podem conter para clarificar a verdade sobre o estado de coisas da Administração Pública⁴.

Conduzindo o citado debate para “clarear”, agora, o plano nacional, em diversos momentos da história o país esteve imerso no obscurantismo ocasionado pelas disfunções da colonização brasileira, associadas ao patrimonialismo, ao oficialismo e à cultura da desigualdade⁵; e dos regimes ditatoriais, com natureza relacionada ao autoritarismo, ao personalismo, à ocultação, à tortura e ao sigilo, como altos preços para um pretenso desenvolvimento econômico e moral.

Fato é que os movimentos de redemocratização vieram para conferir novos ares à sociedade. E, certamente, tornaram o enfrentamento das anomalias do Estado brasileiro inevitável, dentre as quais está o combate ao déficit em termos de publicidade e prestação de contas e, por corolário, de transparência nas ações do poder público, até então incapaz de conferir visibilidade ao povo, o verdadeiro delegante do poder aos representantes eleitos.

Desse modo, a Constituição de 1988 pretendeu romper o atraso institucional para oferecer um farol ao movimento brasileiro de redemocratização e ao constitucionalismo democrático pautado na efetividade, na proteção e promoção dos direitos humanos e na

4 Louis Brandeis foi reconhecido pelos seus esforços na vanguarda e desenvolvimento do esforço pela transparência. Em sua obra, desenvolveu tópicos referentes à relevância de: (i) coleta e disseminação dos dados governamentais em Boston (publicação de folha de pagamento e de relatórios de gastos), com adesão à ideia de publicá-los de modo uniforme entre as cidades para permitir comparações; (ii) reuniões abertas, como regra, e sessões fechadas que devem ser a exceção devidamente justificada; (iii) papel dos grupos não governamentais, bem como a imprensa, para que grupos cívicos possam fornecer informações aos eleitores. Verifica-se que suas pretensões de transparência ainda são atuais e esbarram na necessidade de tornar as pessoas suficientemente interessadas, informadas e engajadas (SUNLIGHT RESEARCH, 2009).

5 Derivado das disfuncionalidades herdadas da colonização ibérica, o jeitinho brasileiro é apontado por Luis Roberto Barroso (2017) como um dos responsáveis por alimentar o mito do brasileiro cordial. Se por um lado, pode atribuir leveza ao ser e construir laços de afetividade, criatividade e solidariedade; de outro, tem o efeito perverso sobre o custo moral, a deficitária integridade pessoal do republicanismo e, por fim, alimenta a impunidade.

constitucionalização do direito administrativo. A pretensão inextinguível é que os axiomas e as finalidades públicas fossem levadas a sério na defesa da garantia de acesso às informações e da transparência administrativa, tão caras ao controle social direto e institucional e à preservação dos princípios da moralidade, da publicidade, da democracia e republicano. Evidentemente, em termos de transparência, nem tudo saiu como planejado (BINENBOJM, 2006, p. 49-78), porém muitos avanços foram proporcionados.

Por isso, repisamos que não há como descolar a transformação histórica brasileira, caracterizada pelo aperfeiçoamento da cultura democrática, de conceitos, como Administração Pública, constitucionalização do direito e efetividade das normas constitucionais⁶. Sob o viés metodológico-formal, as disposições constitucionais possuem normatividade reconhecida e são dotadas de imperatividade, superioridade e centralidade sobre o restante da ordem jurídica nacional. Além disso, no plano material, o neoconstitucionalismo possibilitou a inclusão de axiomas e escolhas políticas com o fito de promover direitos fundamentais e a dignidade humana, dentre outros elementos (BARCELLOS, 2005, p. 93-100). Aos poderes públicos são exigidas ações e omissões estatais para a promoção e proteção dos direitos e garantias fundamentais expressos e implícitos, dentre os quais, a publicidade, a informação e a transparência, sem os quais, *v.g.*, não é possível o controle efetivo de políticas públicas⁷.

6 Segundo Gustavo Binenbojm (2006, p. 49-78), historicamente, há um processo de constitucionalização do direito, o qual implica que a legislação infraconstitucional tem que ser interpretada e aplicada à luz do texto constitucional, que deverá assumir o papel de guia ao intérprete. Essa irradiação do conteúdo valorativo e material da Constituição, dotada de força normativa, corresponde ao resultado de um longo processo histórico, desde a visão da lei como sinônimo da vontade do povo e do legiscentrismo, com passagem pela progressiva descodificação e perda da centralidade do Código Civil e do direito privado no *Welfare State*, até o reconhecimento da expansão das atribuições e principiologia constitucionais como condição de validade e sentido normativos, com o pós-positivismo.

7 Na concepção de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 93-100), um dos parâmetros de controle de políticas públicas, que pode ser extraído do próprio texto constitucional, o qual vincula a definição destas políticas públicas, é a garantia de acesso à informação, isto é, dispor acerca "(i) dos recursos públicos disponíveis; (ii) da previsão orçamentária; e (iii) da execução orçamentária". Essa digressão é importante para demonstrar que diversos dados acerca, por exemplo, de receitas públicas, arrecadação, previsões orçamentárias e montante efetivamente empenhado, ao não constarem para acesso ao público, inviabilizam a verificação dos parâmetros de controle objetivos inscritos no texto constitucional. Assim, a rigor, no controle de políticas públicas o déficit informacional é um problema jurídico e social relevante e que depende da garantia de acesso à informação qualificada, pelo dever da própria Administração Pública em prestar contas ao povo.

Assim, em que consiste o acesso à informação? Como ele se relaciona com a transparência? Como esses axiomas, oriundos do novo direito administrativo e do movimento de ressignificação do texto constitucional, enquanto dotado de força normativa cogente, podem ensejar num ambiente cultural democrático? Como isso se efetivou no Poder Executivo Federal? Essas são algumas questões que balizarão este estudo.

A rigor, o direito à informação é diferente do direito de acesso à informação, a despeito da relação estrita entre ambos. O direito à informação está inserido no rol de direitos específicos oriundos do direito geral de liberdade. Por meio dele, o cidadão possui a liberdade de obter dados públicos ou privados de documentos, registros e prontuários. É um direito subjetivo, individual ou coletivo (direito de defesa), que protege o titular de ser impedido de emitir juízos criativos, opiniões e conhecimento. O direito de acesso à informação, por sua vez, corresponde ao direito objetivo de atuação ou ação positiva do Estado para viabilizar o gozo do direito fundamental à informação, mediante normas procedimentais ou organizacionais que amparam a concretude prestacional (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 12-19).

Desta feita, ambos dependem de atuação estatal, porém em medidas distintas, uma vez que os direitos de defesa (*v.g.*, direito à informação), exigem o implemento de condições institucionais para realização, enquanto os direitos à prestação (*v.g.*, direito de acesso à informação), impõem uma prestação estatal efetiva para concretização (MARTINS, 2018, p. 133-135). Além disso, independentemente do significado de cada direito, ambos devem servir de baliza pelas autoridades públicas para fundamentar a responsabilização dos atores políticos e ampliar a participação democrática dos cidadãos (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 19-27).

O direito de acesso à informação é considerado um direito humano fundamental, que se vincula à concepção de democracia, uma vez que a informação é produzida e gerenciada pelo Estado em nome da coletividade. A informação ganha destaque como bem público, perfaz o acesso a documentos, arquivos e estatísticas. Este direito possui uma natureza dúplice. De um lado, pode significar o direito do indivíduo de obter informações sobre si mesmo, atinentes

à sua privacidade, vida privada e de controle pessoal, porém, que se encontrem em poder e guarda dos órgãos e entidades públicas. De outro lado, há o direito de todos em aceder às informações de caráter perene e sobre atos atinentes ao interesse público, essenciais para o exercício pleno da cidadania e da democracia (BRASIL, CGU, 2013).

Como decorrências desse direito, estão dois deveres impostos ao Estado. Em primeiro lugar, o dever de receber, atender e responder a pedidos de informação formulados pelo indivíduo, disponibilizando, sempre que possível, os dados requeridos, seja pela liberação de acesso aos documentos originais seja por cópias. E, em segundo lugar, incute o dever do Estado em divulgar informações proativamente e com frequência regular, independentemente de requisição do cidadão. Isso quer dizer que o acesso à informação pode contribuir para a transparência ativa e passiva dos órgãos e entidades públicas (BRASIL, CGU, 2013).

A incursão deste estudo insere-se nesta segunda natureza do direito de acesso à informação, pois se trata de ramo de relevante sob o ponto de vista da transparência administrativa. Desse modo, é por meio do acesso a informações de caráter permanente e de interesse geral que se oferecem instrumentos à atuação do controle social.

Deste modo, instrumentalizado pelo acesso às informações, o controle social caracteriza-se como controle exógeno e democrático do poder público, gestado por demandas de (i) segmentos sociais, seja pela participação efetiva dos cidadãos para moldar o exercício do poder e para avaliação de desempenho e metas em políticas públicas, ou mesmo na função legislativa, *v.g.*, pela mobilização de iniciativas populares; ou (ii) por grupos institucionais, como entidades e órgãos do poder público, *v.g.*, Ministério Público, Procons, Defensoria Pública e Ouvidorias, na defesa de interesses gerais da sociedade (CARVALHO FILHO, 2015, p. 984-985).

O controle social, portanto, é o principal desdobramento do direito de acesso à informação, com repercussão no ganho de transparência administrativa, uma vez que a garantia de informações fomenta a participação comunitária na gestão democrática,

fortalece a fiscalização e a execução de políticas, bem como facilita a elevação do patamar de acessibilidade e o senso de pertencimento à arena pública (MATIAS-PEREIRA, 2014). Deste modo, o mesmo ideal de ampliação do controle social sobre a função administrativa em diversas legislações incentivou a guinada do acesso à informação⁸.

Por estas razões, a transparência e o acesso à informação são balizas essenciais da Administração Pública gerencial, de modo que esta não se resume apenas ao direito à publicidade de informações acessíveis, claras, precisas e objetivas, mas também agrega a concepção de que há um compromisso constitucional da Administração Pública com a construção de um Estado Democrático de Direito, que visa à participação, ao *accountability*⁹, à responsabilização dos tomadores de decisão, à inovação e à eficiência do processo legislativo e dos serviços públicos¹⁰.

O esforço está ligado à necessidade de evidenciar os pormenores de ações e motivações da Administração Pública na gestão

8 A ampliação do controle social sobre a função administrativa, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 984-985), está previsto em diversas normas regentes do Estado-Administração, dentre as quais, destaca: (i) a Constituição prevê a edição de lei que regule as formas de participação do usuário na administração direta e indireta, nos termos do art. 37, §3º, da comunidade nas ações e serviços de saúde, conforme o art. 198, III, da sociedade no sistema de seguridade social, visando o caráter democrático e a gestão compartilhada entre Administração e administrados, com espeque no art. 194, VII; (ii) o Estatuto da Cidade - Lei n. 10.257/2001, no art. 2º, III, prevê a gestão democrática com participação social na formulação, execução e acompanhamento dos planos de desenvolvimento urbano; (iii) a Lei n. 11.445/2007, no art. 3º VI, traz a garantia de informações e participação social na formulação e avaliação dos serviços de saneamento básico; e (iv) a Lei n. 9.784/1999, nos arts. 31 e 32, permite que, em situações de interesse geral, realizem-se consulta ou audiência pública.

9 Dentre os princípios de reforma da administração pública, estão a transparência e o *accountability*. Enquanto o primeiro impõe-se como elementar para a substituição dos controles burocráticos e jogos de interesses sob segredo por controles sociais, permitindo maior publicidade às ações para o bom uso dos recursos utilizados, maximização da concorrência entre fornecedores e mais legitimidade à ação estatal, o segundo contabiliza os resultados, controla e avalia os objetivos atingidos pela produtividade e qualidade preestabelecidas. Assim, funciona como o processo de responsabilização dos gestores públicos pelos resultados obtidos em suas áreas. Na seara federal, a avaliação dos resultados de desempenho institucional foi incrementada com os contratos de gestão, cujo conceito foi criado com a Emenda Constitucional n. 19/1998 (PIMENTA, 1998).

10 Fernando Luiz Abrucio (2007) aduz que a renovação da agenda política reformista deve percorrer quatro eixos estratégicos, quais sejam, a profissionalização, a eficiência, a efetividade e a transparência/*accountability*. Quanto ao último, que é o que mais nos interessa neste artigo, consiste na necessidade de incrementar a transparência e a responsabilização do poder público. Apesar dos avanços decorrentes da redemocratização, o autor defende a criação de arenas participativas de controle social, objetivando-se o combate à corrupção e o resgate do sentimento cívico de cidadãos desenganados pelos recorrentes escândalos. Além disso, compreende como fundamental reforçar o papel institucional de tribunais de contas, conselhos de políticas públicas, ouvidorias e da academia, bem como modernizar o sistema político, atualmente caracterizado pelo descolamento entre a sociedade e os representantes eleitos.

do governo. Desse modo, também são concretizados os princípios democrático e republicano, que podem se realizar pela visibilidade de informações tecnicamente completas, acessíveis ao público, desagregadas, autênticas e íntegras.

Nesse sentido, podemos afirmar que amparar a Administração da transparência e do direito ao acesso à informação tem quatro efeitos principais na superação do atraso institucional, capitaneado pelo movimento democrático que gestou a Constituição de 1988.

O primeiro efeito recai sobre a melhoria do processo decisório e o fortalecimento da democracia (LIMBERGER, 2007). Adotar a transparência na concretude da máquina pública provoca uma imagem reputacional positiva ao olhar do administrado e incita a participação deste na tomada de decisão, execução e fiscalização de políticas públicas (BRASIL, CGU, 2013). Assim, aumenta-se a reputação dos governos e o engajamento cívico dos cidadãos.

O segundo efeito relaciona-se ao primeiro, posto que capacita a criação de um ambiente favorável ao respeito de direitos fundamentais, à melhoria da gestão e das prestações de serviços públicos¹¹, na medida em que confere segurança e incentiva o comprometimento do administrador, o qual contará com possibilidades mais certeiras e informadas para justificar suas decisões, eliminando-se o déficit democrático nas discussões precedentes à tomada de decisão pelo agente público (BRASIL, CGU, 2013, p. 6-7).

O terceiro efeito é o incremento da responsabilização dos agentes públicos, pois a transparência e o acesso à informação podem incentivar o comprometimento espontâneo dos administradores e servidores com as disposições normativas e com o interesse público. Assim, previne-se a corrupção¹². Isso não significa que esta atitude sempre

11 O Brasil encontra-se entre os países mais avançados em termos de disponibilização de informações orçamentárias e relacionadas à dívida pública, porém apresenta dificuldade em desenvolver estudos comparativos sobre a classificação, o custo e a qualidade dos gastos públicos, por ausência de padronização, entre os órgãos públicos, ao divulgá-las. Os maiores problemas estão na adequação dos dispêndios indiretos em proteção social no âmbito da assistência social, saúde e educação (NOGUEIRA; CAVALCANTE, 2009).

12 Na transição de um sistema fechado de controle democrático para o sistema participativo, a Lei de Acesso à Informação, cujo resultado pragmático mais contundente é o contributo para a luta contra a corrupção, serve como instrumento dissuasor da confusão entre o público e o privado e da apropriação do poder conferido por um cargo público. Isso se deve ao papel revelador do conhecimento das informações públicas no fomento ao controle social sobre as condutas de gestão dos atores políticos (SILVA; ROSPA, 2018).

ocorrerá espontaneamente, porém não se pode negar o efeito inibidor ou propulsor inicial de procedimentos sancionadores provocados por tais informações públicas disponibilizadas para o escrutínio público, seja diretamente ou pela imprensa¹³. Trata-se de divulgação e discussão pública, que, apesar de incentivadas pelo acesso e transparência às informações, ainda encontram resistência de parte dos agentes públicos¹⁴, sobretudo, quando o tema é publicizar salários e proventos de empregados e servidores públicos¹⁵.

Por fim, a quarta consequência está associada à irradiação dos efeitos para além da Administração Pública. Isso decorre da redução das burocracias, dos procedimentos e prazos de obtenção de registros e licenças, os quais incentivam o florescimento de um ambiente de negócios mais pujante. Além disso, facilita o adimplemento de obrigações previdenciárias e tributárias de empresas, porque reduz os custos de *compliance* e aumenta a competitividade interna e externa¹⁶.

13 O uso da ação popular pelos cidadãos para impedir o seguimento de licitações aparentemente contrárias ao interesse público é um dos exemplos de instrumento inibidor à ato da Administração Pública que seja lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, conforme as disposições da Lei n. 4.717/1965. Em 26 de junho de 2018, o juiz federal titular da 13ª Vara Cível Federal, determinou que o Exército se explicasse, no prazo de dez dias, nos autos de ação popular, ajuizada por advogado, sobre licitação para compra de caviar, camarão e bebidas alcoólicas, os quais somariam cerca de R\$ 6,5 milhões. Assim, a informação veiculada por mandamento legal das normas regentes de licitações, no caso o Sistema de Registro de Preços, foi questionada pelo cidadão como potencialmente lesiva, levando em consideração a compra de itens desarrazoados em face da grave crise orçamentária brasileira (Gl. PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO, 2018).

14 Em reação à publicação de matérias relativas ao desrespeito do teto remuneratório pelos integrantes da Magistratura e do Ministério Público do Paraná, diversos magistrados e integrantes do MP ajuizaram ações judiciais com o intuito de condenar a Editora Gazeta do Povo S/A ao pagamento de indenização por dano moral e determinar a retirada do conteúdo publicado pelo veículo. Em face disso, a Gazeta do Povo ajuizou Reclamação (RCL) n. 23899, na qual asseverou que, na ADPF 130 e na ADI 4451, o Supremo Tribunal Federal declarou que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988 e alegou que a competência do STF para julgar a causa, na medida em que envolve o interesse da magistratura estadual como um todo, não teria isenção para atuar no processo. Assim, o ajuizamento de demandas em massa para preservar interesses individuais configuraria um exercício abusivo do direito de ação, que prejudicaria o interesse público de circulação das informações e do direito de informação sem autocensura. Em vista desse fato, a Ministra Rosa Weber, do STF, suspendeu os efeitos de uma sentença condenatória contra a Gazeta do Povo, que a condenou a pagar R\$ 20 mil a título de danos morais, e o trâmite de todas as ações judiciais padronizadas, até análise da RCL 23899 (STF, Notícias STF - RCL 23899, 2018).

15 O contraponto é oferecido por Gustavo Carvalho Chehab (2012), que se posiciona contrariamente à divulgação de remunerações. Aduz que, a despeito da Lei n. 12.527/2011 constituir-se em ferramenta que aprimora a cidadania e a transparência, o direito fundamental à informação não é absoluto. Desta feita, tal direito estaria limitado pelo direito fundamental à privacidade do titular do dado pessoal relativo aos rendimentos, de modo que a divulgação sem justificativa razoável e concreta de dados sensíveis constituiria ofensa à razoabilidade e à dignidade da pessoa humana.

16 Apesar de tratar sobre os desafios da transparência no estado do Rio de Janeiro, sob o ponto de vista argumentativo, a transparência e o acesso à informação tendem a provocar efeitos similares nos diversos entes federativos (SIQUEIRA, 2016).

Em vista disso, é necessário pensar o cenário brasileiro quanto às transformações do direito de acesso à informação no Brasil e suas consequências em termos de transparência, na certeza de que estes são os comandos que contribuem, dentre tantos outros fatores combinados, para a superação do atraso institucional histórico proporcionado pela perversidade do oculto na esfera pública brasileira.

3. Transformações e tratamento da transparência e do direito de acesso à informação no direito brasileiro relativamente ao Poder Executivo federal

Passa-se ao tratamento do tema no ordenamento jurídico brasileiro, para, em seguida, avaliar os sucessos e falhas em termos de transparência e direito de acesso à informação no Poder Executivo federal.

Na seara jurídica nacional, o tratamento do acesso à informação e da transparência na Administração Pública possui balizas inseridas em todo texto constitucional, com a tônica comum de impor os deveres de publicidade e prestação de contas ao Poder Público (BARCELLOS, 2015).

O maior número de dispositivos, que contemplam regras e princípios sobre a temática na Constituição de 1988, está inserido no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobretudo, em incisos do art. 5º, da CF. Podem ser citados, exemplificativamente: o art. 5º, incisos X (acerca da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado direito à indenização por dano material ou moral por sua violação), XIV (assegura a todos o direito ao acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional), XXXIII (consagra o direito de todos a receber informações de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, dos órgãos públicos, prestadas no prazo da lei, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado), LX (restrição à publicidade, que apenas

pode ocorrer para defesa da intimidade ou interesse social) e LXXII¹⁷ (alínea “a” – *habeas data*).

No domínio específico da Administração Pública, amparado pelo Capítulo VII da Constituição, o princípio da publicidade ganha gramatura no art. 37, *caput*. O reforço principiológico é encontrado no §3º, incisos I e II, do mesmo artigo, que dispõem sobre a disciplina de lei específica, respectivamente, para regular: (i) as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade de serviços; e (i) o acesso de usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo. Além das disposições constitucionais citadas, registra-se o disposto no art. 93, IX (mandamento de que os julgamentos do Judiciário sejam públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade).

Por fim, no trato da Educação, da Cultura e do Desporto, o art. 216, em seu §2º, aduz que cabe à Administração Pública a gestão da documentação governamental e de consultas aos que necessitarem dela, bem como o art. 216-A, §1º, inciso IX, e §2º, incluído pela Emenda Constitucional n. 71, de 2012, que impõe como dever a regência do Sistema Nacional de Cultura pela transparência e compartilhamento dos arquivos, por meio da gestão, pela Administração Pública, da documentação governamental e de providências para franqueamento de sua consulta.

Internacionalmente, tratados e declarações internacionais também tratam sobre os direitos estudados, dentre os quais, passamos a mencionar sobre os principais.

17 Previsto na Constituição Federal de 1988 e regulado pela Lei n. 9.507/1997, o *habeas data* é uma ação ou remédio constitucional, de caráter civil e de rito especial destinada à proteção de direito líquido e certo do impetrante para conhecimento ou retificação de dados, informações e registros relativos à pessoa em si mesma e desde que estejam armazenadas em repartições públicas ou particulares acessíveis ao público. Assim, a despeito de não se tratar de ação que envolva o direito de todos de terem acesso às informações de caráter permanente e acerca de atos públicos de interesse geral, relativos à cidadania, à democracia e ao controle social, é imprescindível citá-lo como direito fundamental individual em face de informações pessoais, mas em poder do Estado ou de entidades de caráter público. Mesmo assim, a prioridade do *habeas data*, decorrente de sua importância para o impetrante e da recalitrância verificada pela negativa prévia de acesso à informação de interesse pessoal, é demonstrada também pelo rito especial a que está submetida (NOHARA, 2011, p. 232-233).

Sob o espectro mundial, estão a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁸; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966¹⁹, promulgado por meio do Decreto n. 592, de 1992; a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003²⁰, promulgada por meio do Decreto n. 5.687, de 2006; e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - ECO-92²¹.

Do ponto de vista regional, tão importante quanto os documentos supramencionados, encontram-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica de 1969²², promulgado por meio do Decreto n. 678, de 1992; a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão de 2000²³; a Convenção Interamericana contra a Corrupção²⁴, promulgada por meio do Decreto n. 4.410/2002; e os Princípios sobre o Direito de Acesso à Informação do Comitê Jurídico Interamericano, por meio da Resolução 147²⁵.

18 O art. XIX, prescrito pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, inclui o direito a ter opiniões, procurar, receber e transmitir informações dentro do direito à liberdade de opinião e expressão.

19 Em seu art. 19, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 ratifica o disposto na Declaração Universal e inclui novos deveres e responsabilidades especiais no respeito aos direitos e reputação das pessoas, proteção da segurança nacional, ordem, saúde e segurança pública.

20 Na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, os arts. 10 e 13 consideram a publicidade da informação e a instauração e simplificação de procedimentos ou regulamentos de permissão de acesso à informação como viabilizadores da participação da sociedade no combate à corrupção.

21 O princípio 10, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - ECO-92, compreende o acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente como a melhor forma de assegurar a participação de cidadãos interessados.

22 O art. 13, do Pacto de San José da Costa Rica de 1969, acrescenta à disposição já prevista nos diplomas internacionais referidos a proibição de restrição do direito de expressão por vias ou meios indiretos e de propaganda a favor da guerra ou que seja discriminatória, e à possibilidade de censura prévia pela lei apenas com o fito de proteger a infância e a adolescência.

23 O princípio 4, da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão de 2000, faz referência expressa ao acesso à informação em poder do Estado como um direito fundamental do indivíduo.

24 Os arts. III e XVI, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, instituem a exigência de declaração de receitas, ativos e passivos de pessoas que exerçam cargos públicos, exige o desenvolvimento de mecanismos, órgãos e normas para controle da administração, além de prever a necessidade de participação da sociedade civil e organizações não governamentais.

25 Dentre os Princípios sobre o Direito de Acesso à Informação do Comitê Jurídico Americano, pode-se destacar o LXXIII-O/08, para o qual o direito de acesso à informação é considerado um direito humano fundamental, que se estende a todos os órgãos de governo, com o dever de difusão de informações, procedimentos claros e precisos, além de regras justas de excepcionalidades ou para responsabilização da negativa injustificada.

No Brasil, o direito de acesso à informação como fundamento da transparência ganha seus contornos, no campo infraconstitucional, com a Lei dos Arquivos (Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991), a qual dispôs sobre a política nacional dos arquivos públicos e privados.

Segundo essa lei, a gestão documental e a proteção especial a documentos de arquivos converteram-se em dever do Poder Público, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação. Por suas disposições, franqueou-se a consulta aos documentos de órgãos públicos, produzidos e recebidos por instituições de caráter público e entidades privadas, em decorrência do exercício de atividades específicas, bem como por pessoa física, regulando disposições constitucionais sobre a informação.

A Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) veio dispor, no ano seguinte ao da Lei dos Arquivos, sobre os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, dos quais pode ser destacado o dever de prestar contas quando está obrigado a fazê-lo (BARCELLOS, 2015, p. 1-2). Caso o agente público assim não atue, as sanções aplicáveis variam desde o pagamento de multa, até a suspensão de direitos políticos de 3 a 5 anos e a perda da função pública, sem prejuízo de desdobramentos na seara penal.

Em notório reforço das normas consagradas em tratados internacionais internalizados e das novas exigências de controle social, fiscalização e participação democrática²⁶, foi criada a Lei da Transparência (Lei Complementar n. 131/2009). Esse diploma legal acrescentou dispositivos à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), para prever que a transparência deverá ser assegurada também pelo incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, no acompanhamento pormenorizado da sociedade, em tempo real, de prestação de contas sobre execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público

²⁶ Cristiana Fortini, Mariana Magalhães Avelar e Raquel Bastos Ferreira (2013) lecionam que a regulamentação do processo administrativo federal, por meio da promulgação da Lei n. 9.784/1999, representou uma resposta à necessidade de normas básicas sobre processo administrativo, positivou princípios norteadores, trouxe direitos e garantias dos administrados, bem como representou um avanço significativo na proteção do direito fundamental de acesso à informação. A razão desta afirmação decorre do oferecimento de condições mais favoráveis aos particulares em litígio administrativo, aos quais ficam asseguradas a ampla defesa e a igualdade na relação processual, em prol da segurança jurídica em face da atuação do Estado.

e pela adoção de sistema integrado de administração financeira e controle que atenda a padrão mínimo de qualidade²⁷.

Além disso, a Lei da Transparência possibilitou legitimidade a qualquer cidadão, partido, associação ou sindicato para denunciar o descumprimento das prescrições estabelecidas na lei ao Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público.

Concretamente, por meio da Lei Complementar n. 131/2009, foram criados os Portais da Transparência, pelos Poderes da República nos entes federativos, o que representou um ganho efetivo, sob o ponto de vista das transparências ativa e passiva, as quais serão diferenciadas mais adiante.

Posteriormente, em adoção à postura internacional de edição de marcos legais sobre o tema, a transparência na Administração Pública foi fomentada pela Lei Nacional de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 7.724/2012. Esta nova legislação fixa diretrizes próprias, princípios básicos, objetivos gerais, modos específicos de enunciação do direito e define os procedimentos e meios preferenciais para divulgação ou solicitações de acesso à informação governamental^{28,29}.

27 O padrão mínimo de qualidade é definido pelo art. 2º da Lei Complementar n. 131/2009, que acrescenta o art. 48-A à Lei de Responsabilidade Fiscal, o qual afirma que os entes da Federação devem disponibilizar a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso às informações referentes à (i) despesa (atos praticados pelas unidades gestoras, dados mínimos do processo, bem ou serviço prestado, pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, do procedimento licitatório); e (ii) receita (lançamento e recebimento da receita das unidades gestoras, inclusive, quanto a recursos extraordinários).

28 Ana Paula de Barcellos (2015, p. 3-15) leciona que a Lei n. 12.527/2011 enunciou 3 grupos de princípios básicos. O primeiro grupo corresponde à cultura da transparência e controle social, sintetizados no art. 3º, IV e V. Nesse caso, a transparência decorre da igualdade e do princípio republicano, uma vez que todos são iguais e, portanto, ao agirem por delegação, surge o dever de prestar contas do agente público. Além disso, a transparência exige a publicidade do ato estatal e a explicitação da motivação para a criação de uma efetiva atmosfera de controle social, caso contrário a dificuldade imposta ao administrado traduzir-se-ia em desestímulo ao controle social, pelo enorme dispêndio de tempo e esforço. O segundo grupo, inscrito no art. 3º, I e II, afirma a densificação da publicidade, uma vez que enuncia a publicidade como regra e o sigilo como exceção a ser justificada adequadamente. Inclusive, defende a autora que o prestígio da publicidade promove o interesse público do cidadão-usuário dos serviços prestados pelo Estado e permite um controle mais profundo do resultado de políticas públicas, já que possível o controle da adequação dos meios escolhidos aos fins previstos pelo poder público. E o terceiro grupo, insculpido no art. 3º, inciso III, trata-se do “e-governo”, isto é, dos meios técnicos, eletrônicos ou digitais utilizados para difusão das informações. A adequação do acesso por meios tecnológicos apenas imprime as novas tendências de uso eletrônico pela sociedade da informação, como já ocorre na declaração de impostos ou mesmo pelo processo judicial eletrônico.

29 Segundo a Controladoria Geral da União, o desenvolvimento de marcos legais sobre acesso à informação é uma tendência mundial, sobretudo, a partir dos anos 90, com a democratização►

Por mandamento legal, cada órgão ou entidade pública ficou encarregado de indicar uma autoridade com atribuições de monitorar o cumprimento das normas de informação no ente público a que pertence, sem prejuízo das competências de controle interno e monitoramento da Lei n. 12.527/2011 pela CGU (Controladoria-Geral da União, hoje Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle).

A Lei n. 12.527/2011 possui um amplo campo de aplicação, de modo que abrange a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Incluem-se, ainda, todos os órgãos do Legislativo, Judiciário e instituições constitucionalmente independentes e/ou autônomas, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, bem como as entidades da Administração descentralizada, sejam elas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas pelo poder público (MARTINS JÚNIOR). Portanto, a todos os órgãos e entes da federação, impôs-se o dever de disponibilizar aos interessados, ativa e passivamente, informações de interesse geral, a fim de realizar os princípios democrático e republicano³⁰.

No plano legal, a Lei de Acesso à Informação revogou a Lei n. 11.111/2005, que prorrogava o grau de sigilo de documentos públicos por prazo indeterminado em razão da segurança da sociedade. A adoção de prazos certos e determinados eliminou qualquer possibilidade de sigilo eterno, justificável por conceitos jurídicos indeterminados, como a segurança do Estado e da sociedade. Além disso, derogou a Lei n. 8.159/1991, eliminando-se a delegação para

²⁹ e os avanços nas tecnologias de informação e comunicação. Antes de 1990, apenas treze países detinham legislação específica, enquanto que, hoje, mais de cem países dispõem de lei similar. Iniciou-se com a Suécia, em 1766. Muito tempo depois, em 1888, a Colômbia editou um Código para franquear o acesso a documentos de Governo, numa iniciativa pioneira na América Latina. Nos EUA, a aprovação do *Freedom of Information Act* (FOIA) ocorreu apenas em 1966. Mais recentemente, no ano de 2002, o México desenvolveu uma legislação inovadora, na qual estabeleceu a previsão de instauração de sistemas rápidos de acesso, com supervisão de um órgão independente (BRASIL, CGU, 2013, p. 8).

³⁰ Sobre os princípios democrático e republicano, Marco Antonio Karam Silveira (2012) assevera que, no primeiro, encontra-se o instrumento fundamental da possibilidade de participação do cidadão na vida política, de modo que se legitima o espaço de autogoverno por meio do acesso irrestrito do cidadão nas informações derivadas do âmbito de deliberação pública. No segundo, que complementa o ambiente democrático, é a exigência de visibilidade plena do poder. Enquanto coisa do povo, a república rechaça o poder absoluto de reis e ratifica a imposição da tutela da transparência em face das condutas dos agentes públicos e de suas ações.

fixação de categorias de sigilo, na classificação dos documentos públicos, por decreto, bem como a cláusula de inoponibilidade do sigilo à análise pelo Poder Judiciário. Esses avanços retiraram empecilhos históricos à realização do direito fundamental de acesso à informação, sobretudo por resultarem na perda de vigência dos Decretos n. 4.553/2002 e n. 5.031/2004, que regulavam, respectivamente, as mencionadas Leis n. 8.159/1991 e n. 11.111/2005 (MARTINS JÚNIOR, 2013).

A rigor, a Lei n. 12.527/2011 não inaugurou um axioma pioneiro na ordem jurídica nacional, porém concedeu garantias para o direito fundamental de acesso à informação pública, as quais servem de parâmetro para instituições de controle, na estruturação das ações de fiscalização e atuação do poder público, além da responsabilização dos agentes públicos, civis ou militares, em face de sua violação. Neste diploma legal, o Estado regulador é o corolário da evolução no modo de atuação do Estado e do dever de responsabilização social dos cidadãos, porque ele supõe a participação contundente dos cidadãos em contraposição às “amarras da burocracia” e da seletividade da ação política, diversas vezes, meramente formal. O objetivo foi superar aquilo que Clèmerson Merlin Clève e Júlia Franzoni (2013) denominam “metáfora do elefante das pernas finas”, isto é, uma Administração como caricatura de um animal corpulento, mas que não se sustentaria de pé para caminhar com eficiência. Isso compreende substituir as carapaças das instituições brasileiras, sem receio de fazê-lo, pois o “o telhado das instituições não é de vidro”. Assim, a renovação das práticas da Administração, com a assunção de uma postura republicana e democrática em matéria de acesso à informação, é sinal da requalificação da legitimidade institucional e do novo valor epistêmico do constitucionalismo emancipatório³¹.

31 Os resultados de iniciativas próprias do constitucionalismo emancipatório, cunhado por Clèmerson Merlin Clève e Júlia Franzoni (2013), são visualizados pelas modificações sensíveis observadas a partir da entrada em vigor da Lei n. 12.527/2011, com ações como a abertura da íntegra dos votos das decisões do Copom pelo Banco Central, a permissão para acesso a documentos de 1946 a 1991 pelo Estado Maior das Forças Armadas, a abertura dos arquivos da ditadura pelo Arquivo Nacional, a divulgação dos nomes das empresas autuadas pela prática de biopirataria pelo Ibama, dentre outras.

Por conseguinte, essa legislação selou o Brasil no rol de países que se preocupam, normativamente, com os ditames da publicidade e da transparência, tanto no âmbito do administrador como no do administrado, de modo que foi o 16º país da América Latina e o 106º país do mundo a dispor sobre o direito de acesso às informações públicas (ACCESS INFO EUROPE (AIE); CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY (CLD), 2017).

Em derradeiro, ressalva-se a importância dos novos diplomas legais para dispor sobre aspectos específicos do direito de acesso à informação. No entanto, sem desconsiderar que todas estas alterações no direito brasileiro precisaram ou, ainda precisam, se impor para enfrentar uma questão organizacional. Diversos órgãos e entidades da administração não possuíam, ou ainda não possuem, estrutura administrativa e competências regimentais delimitadas, prejudicando a transparência das ações, na medida em que os próprios órgãos, ao desconhecerem os limites das suas atribuições ou de meios de resolver sobre ações de competências comuns a várias entidades, tendem a transferir a desordem do plano material para o campo da prestação de informações. Além disso, há efeitos deletérios sobre a baixa tecnologia ou desagregação de dados públicos, que podem ocorrer simultaneamente à indefinição de competências precisas das entidades públicas.

Desse modo, tanto sucessos como insucessos da Administração Pública derivam das dimensões legal e organizacional, numa realidade em que a divulgação cada vez mais direta e intensiva de informações públicas por meios tecnológicos é uma das pedras de toque para o ganho de efetividade na atuação do gestor público.

A despeito de sucessos ou falhas no empreendimento dessa tarefa, parece ser consensual que, politicamente, a formulação de estratégias de governo, programas, projetos, diplomas normativos, políticas e atividades públicas podem ser significativamente aprimoradas com o incremento dos mecanismos de transparência administrativa. Resta saber se, na empiria, os dados se mostram favoráveis a confirmar essas aspirações.

4. Da normatividade à faticidade: atuação concreta do Poder Executivo federal em termos de transparência e acesso à informação a partir da Lei n. 12.527/2011

Para analisar o enfrentamento concreto do Executivo federal em termos de acesso à informação e seu corolário da transparência, serão analisados sequencialmente os principais dilemas, dificuldades e avanços verificados, por execução normativa ou mesmo política, para, ao final, notar o panorama atual do Poder Executivo federal relativamente ao tema.

Insta salientar, em concreto, que a prática do Executivo federal de adotar a transparência e a divulgação dos dados públicos aos cidadãos é anterior à própria Lei de Acesso à Informação, o que não se verificou no Poder Legislativo e, sobretudo, no Judiciário³². Ainda em 2004, a Controladoria-Geral da União (CGU)³³ criou o Portal da Transparência, com dados de execução orçamentária federal, inclusive, com a divulgação das remunerações individuais dos agentes públicos (CORRÊA; PENALVA, 2016).

32 Izabela Corrêa e Janaina Penalva (2016) destacam que o mesmo compromisso empreendido em favor da transparência e do acesso à informação pelo Poder Executivo federal não se verificou quando em comparação a outros poderes da República. As autoras utilizam como paradigma o Conselho Nacional de Justiça, com atribuições equivalentes no Judiciário à antiga CGU, que aprovou apenas três anos depois da Lei de Acesso à Informação a norma regulamentadora no âmbito do Judiciário e, mesmo assim, com um texto que pouco avançou em termos de direitos. Além disso, sublinham o embate em torno da divulgação dos dados remuneratórios de juizes e servidores públicos do Judiciário, sendo que, à época, havia grupos favoráveis e contrários e, mesmo dentre os favoráveis, havia um segmento que defendia que o acesso aos dados apenas se impunha em caso de bilateralidade, isto é, os cidadãos deveriam se identificar para acessá-los.

Salienta-se que, a despeito de resistência de entidades e órgãos do Judiciário, a partir da Portaria n. 63, de 17 de agosto de 2017, o CNJ determinou que os tribunais brasileiros lhe enviassem os dados de pagamentos efetuados aos magistrados para cumprimento da Lei n. 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação) e da Resolução nº 215, de 16 de dezembro de 2015. Até 06 de agosto de 2018, às 15h, dos 93 tribunais e conselhos de justiça brasileiros, 83 enviaram os dados de junho de 2018 e encontram-se disponíveis no portal a seguir: <<http://www.cnj.jus.br/transparencia/remuneracao-dos-magistrados>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

33 Até 1994, o controle interno no Poder Executivo federal era fragmentado, com departamentos ineficientes em cada ministério de Estado, denominadas Secretarias de Controle Interno. Entre 1994 e 2000, o controle interno ampliou o monitoramento de políticas públicas. A MP n. 103/2003 (em conjunto com as Leis n. 10.683/2003 e n. 11.204/2005), gestou a CGU, formada pela fusão da Secretaria Federal de Controle Interno, do Ministério da Fazenda e da Corregedoria Geral da União, vinculando-se à Presidência da República, com status ministerial e com atribuições centralizadas sobre o controle interno da Administração Pública federal. Desse modo, a CGU, em 2016, convertido no Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, consagrou-se no dever de fomentar o controle social, a partir de iniciativas como o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC) e o Programa de Olho Vivo no Dinheiro Público (LOUREIRO; ABRUCIO; OLIVIERI; TEIXEIRA, 2012).

Em 2005, foram criadas as Páginas de Transparência Pública, por meio das quais seriam divulgadas as despesas realizadas por órgãos e entidades da Administração Pública federal, com informações sobre execução orçamentária, licitações, contratações, convênios, diárias e passagens. A experiência dos portais eletrônicos logo foi replicada nos demais entes da federação, Poderes da República e, inclusive, com relação à especialização para certas informações, como é o caso do Portal de Compras do Governo Federal³⁴.

O Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse também veio para mobilizar o acesso à informação e a transparência, pois nele se registram os convênios celebrados, as transferências de recursos federais e o acompanhamento da execução, com base, por exemplo, em regras instituídas pelo Decreto n. 6.170/2007, para celebração de convênios com entidades sem fins lucrativos (BRASIL, CGU, 2013, p. 11).

Em seguida a esta política de transparência incipiente, a Lei de Acesso à Informação foi aprovada e sancionada em novembro de 2011 e entrou em vigor em maio de 2012, isto é, seis meses após a sua publicação. A *vacatio legis* foi imprescindível para que a Administração Pública federal, sobretudo, o Poder Executivo, pudesse realizar todas as adaptações necessárias para assegurar aos cidadãos o direito de acesso às informações públicas quando em vigor o referido diploma normativo.

No âmbito do Executivo federal, a CGU foi responsável pelas providências técnicas de revisão dos graus de sigilo das informações em poder da Administração federal; da preparação dos dados e documentos que seriam divulgados de modo ativo; de realização de cursos preparatórios de conscientização dos servidores federais acerca do comando legal; e da necessidade da substituição da cultura do sigilo pela cultura do acesso à informação.

34 A criação do Portal de Compras do Governo Federal também é um marco importante na melhoria da prestação de contas, informações e transparência à sociedade e aos envolvidos no sistema de compras. Por meio dele, o cidadão pode acompanhar o modo de emprego do dinheiro público e fiscalizar seu uso devido. Soma-se a isso o fator dissuasor para a gestão responsável do agente público em face da publicação de todas as informações sobre as compras governamentais federais (PORTAL DE COMPRAS, 2018).

À época, a CGU criou o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), que permite o encaminhamento, acompanhamento de prazo e de resposta de pedidos de acesso à informação, realizadas aos órgãos e entidades do Executivo Federal, por qualquer pessoa física ou jurídica (CORRÊA; PENALVA, 2016).

A CGU assumiu, ainda, a competência de instância máxima para análise de negativas de acesso à informação pelas autoridades de órgão ou entidade federal. Em análise, entre maio de 2012 a abril de 2016, mais da metade (57%) dos recursos de negativa analisados pela CGU foram decididos favoravelmente ao administrado, isto é, em reconhecimento da ilegalidade da negativa do acesso às informações públicas (CORRÊA; PENALVA, 2016).

Em que pese os órgãos do Executivo federal apresentarem resultados de transparência melhores em relação aos do Poderes Legislativo e Judiciário³⁵, serão apontados dados que revelam tanto avanços como problemas a serem enfrentados.

Em 2016, o Ministério da Transparência lançou o 5º Relatório sobre a Implementação da Lei n. 12.527/2011 (BRASIL, MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CGU, 2017), a fim de cumprir disposição expressa do art. 41, inciso IV, da referida lei, frente à necessidade de acompanhamento periódico de sua execução pelo Poder Executivo federal.

Trata-se de um estudo desde a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação, em maio de 2012, até o final de 2016, com o perfil dos dados acerca de itens como: o panorama de pedidos

35 O Relatório "Monitoramento da Lei de Acesso à Informação em 2014", produzido pela organização Artigo 19, analisou um total de 51 órgãos públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e revelou que o Poder Judiciário é o braço governamental que menos cumpre a Lei de Acesso à Informação. Em seguida, está o Poder Legislativo. Sob o ponto de vista da transparência ativa, nenhum dos 11 órgãos de Justiça analisados cumpriu integralmente os critérios avaliados, sendo que apenas 7 dos 11 cumpriram dois ou mais requisitos e, no Legislativo, os dois órgãos públicos avaliados, Câmara dos Deputados e Senado Federal, descumpriram apenas 1 critério cada. Dentre as espécies de descumprimento do Legislativo e do Judiciário estão a não divulgação pelos órgãos de Justiça de informações sobre os documentos classificados, divulgação de sessões de audiências públicas e consultas populares. Sob o prisma da transparência passiva, os resultados foram timidamente melhores: no Legislativo, de cada 10 perguntas, apenas 6 órgãos tiveram acesso integral à informação, num prazo de resposta de 11 dias; e no Judiciário, de 55 pedidos de informação a 11 órgãos de Justiça, apenas 50,9% tiveram respostas de acesso integral, 56% das respostas foram satisfatórias e 2 deles necessitaram de mais de 20 dias (prazo legal) para responder ao pedido. Apesar disso, a organização Artigo 19 identificou uma melhoria nos números em 2014 relativamente ao ano de 2013 nos três Poderes (OBSERVATÓRIO ARTIGO 19, 2014).

de informação, respostas, motivos das negativas e órgãos mais demandados; perfil dos solicitantes de pedidos de acesso à informação, como o gênero, faixa etária, escolaridade, profissão e se pessoa física ou jurídica; as omissões a pedidos de acesso à informação e avaliação formal das respostas obtidas; bem como as ações da Ouvidoria-Geral da União.

A partir da utilização destes dados de execução da Lei de Acesso à Informação, a CGU entendeu pela concentração de esforços em dois segmentos: (a) a melhoria de acesso imediato a dados e informações disponíveis no Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), para ampliar o acesso por cidadãos e parlamentares; e (b) elevar a oferta de dados abertos e diretos acerca do cumprimento da lei, como é o caso das “perguntas e respostas”, que dispensam os requerimentos de informações sobre temas solicitados com frequência, gerando economia de recursos e tempo do Estado e do cidadão solicitante.

No período de maio de 2012 a dezembro de 2016, 446.132 pedidos foram registrados no e-SIC e recebidos pelos órgãos ou entidades federais. Destes, 99,8% dos pedidos recebidos tiveram alguma resposta do órgão ou entidade demandada, sendo que: 75% deles franquearam a informação total ou parcialmente ao requerente, 9% foram negados motivadamente e 15% não foram atendidos devido a quatro razões (não eram pedidos de informação; aludiam à competência de outro órgão; o órgão ou entidade pública não dispunha da informação; ou tratava-se de pedido de informações duplicado). No tocante às omissões de resposta do poder público, foram analisados 905 requerimentos (0,2% do total), considerados aqueles em que não houve resposta no prazo legal de 20 dias nem após sua prorrogação, por 10 dias, conforme dispõe a lei.

No mesmo interstício, a média mensal de pedidos de acesso à informação para a Administração Pública federal aumentou significativamente ano após ano, passando de 6.902 pedidos mensais em 2012 para 9.305 em 2016, provenientes de 4.952 municípios brasileiros. Portanto, há uma incidência de cidadãos de 89% dos municípios brasileiros. O tempo médio de resposta aos pedidos de informação formulados em face do Executivo federal foi de 14 dias, portanto, 6 dias a menos do que o prazo legal de 20 dias, prorrogáveis por mais 10 dias.

Durante o ano de 2016, especificamente, a Administração Pública federal recebeu cerca de 111.669 pedidos, formulados por 57.438 solicitantes diferentes, sendo que 110.988 (99,4%) foram respondidos de algum modo. Apenas 67% dos requerimentos foram concedidos totalmente ao requerente. Os demais 33% tiveram as mais variadas ocorrências, como acesso parcial (6%), acesso negado (7%), não se tratava de pedido de informação, mas sim de consultas, reclamações, elogios e opiniões (10%), informação inexistente (3%), pedido de informação enviado a órgão que não possui a competência sobre o assunto (3%) e pergunta duplicada (2%).

Tão importante quanto compreender qual o perfil das perguntas, é também aferir o motivo pelo qual as negativas de acesso ocorreram no ano de 2016. Isso porque, sem tais dados, seria impossível aferir até que ponto a Administração Pública federal estaria formalmente respondendo a pedidos, mas sem atingir o objetivo de efetivamente proporcionar uma informação clara, completa, íntegra, atual e acessível. Assim, o maior número de negativas ocorreu devido ao pleito por dados pessoais sigilosos, pedidos desproporcionais ou de informação que necessitaria de tratamento por outro órgão, informações sigilosas de Estado, pedidos incompreensíveis e processos decisórios em curso e que, portanto, não tinham gerado material disponível.

Acerca dos órgãos demandados, em 2016, observa-se uma nítida concentração dos requerimentos de acesso à informação em 10 deles, em ordem decrescente do percentual total de solicitações: Ministério da Fazenda (9,53%), INSS (5,60%), Caixa Econômica Federal (5,20%), ANEEL (3,50%), Ministério da Saúde (2,99%), Ministério da Educação (2,26%), Banco Central do Brasil (2,21%), Ministério do Planejamento (2,20%), Ministério do Trabalho (1,95%) e Banco do Brasil (1,91%).

Sobre o perfil do requerente, a maioria é pessoa física (96%), enquanto a pessoa jurídica aparece com apenas 4% do total de pedidos. Destas pessoas físicas, a predominância é de cidadãos do sexo masculino (56%), com faixa etária de 21 a 40 anos de idade (54,17% de ambos os sexos) e com ensino superior (40,52% de ambos os sexos). Chama atenção o baixo percentual de solicitantes com ensino fundamental completo, com apenas 4,3% do total, e com ensino médio, de

tão somente 24,31% do total. Isolados na comparação com as demais profissões, as pessoas físicas que mais solicitaram informações foram estudantes (12,52%), servidores públicos federais (12,64%) e empregados privados (16,86%), enquanto que o tipo de pessoa jurídica que desponta entre as que mais requereram são as empresas de grande porte (14,11%), organizações não governamentais (6,99%), sindicatos e conselhos profissionais (4,44%), escritórios de advocacia (3,21%) e órgão público municipal (3,04%).

Para obter um relatório mais completo sobre o cumprimento do direito de acesso à informação, o referido estudo (BRASIL, MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CGU, 2017) avaliou a infraestrutura do Poder Executivo federal, em 2016, para a prestação de informações, por meio da aplicação de um formulário aos servidores públicos dos órgãos e entidades federais. Apesar de inúmeros avanços, há índices que denotam um quadro preocupante para grupos minoritários, os quais necessitam de acesso especial, em virtude de limitações para fazer tais requerimentos: apenas 37% dos órgãos dispõem de servidor dedicado exclusivamente aos SICs, 26% não dispõem de computador para uso dos cidadãos em atendimento presencial, 27% dos SICs não estão localizados onde se permite acessibilidade a pessoas com deficiência, 72% dos órgãos declararam necessidade de capacitação em dados abertos. Além disso, a longo prazo, preocupa a baixa adesão da Lei de Acesso à Informação no conteúdo programático em concursos e processos seletivos dos órgãos e entidades federais (16%), o que pode resultar no desconhecimento da lei por parte de novos servidores.

Como terceira instância recursal no âmbito da Lei n. 12.527/2011, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União pode ser acionada pelo requerente que, após duas tentativas recursais no âmbito do órgão ou entidade federal, não obteve êxito em sua pretensão, seja por negativa ou por omissão. Apenas em 2016, foram 1.943 recursos. Esse número representa um aumento de 35%, comparativamente ao ano de 2015, porém com uma redução de 23% naqueles questionamentos derivados de omissões do poder público (88 recursos em 2016, contra 108 recursos em 2015).

Os órgãos e entidades com maior número de recursos à CGU, em 2016, foram o Banco do Brasil (230 recursos), Caixa Econômica

Federal (103 recursos), Ministério da Saúde, Ministério das Relações Exteriores, IPHAN, COMAER, Ministério da Fazenda, Comando do Exército e da Aeronáutica, Correios, ANAC, INFRAERO, ANVISA, INSS, Petrobrás e universidades federais, como a UFRA e a UnB.

Excetuadas as duas primeiras, todos os demais órgãos e entidades não fazem parte da lista dos mais demandados em pedidos de informações, porém integram os que motivam maior número de recursos. Dos recursos analisados, 51,36% do total passaram do juízo de admissibilidade. E, destes, 76,06% dos casos (785 recursos) resultaram em reversão da negativa, com o intuito de atender ao cidadão. A maior taxa de provimento referiu-se às solicitações feitas às instituições de ensino federais, enquanto que a maior parte dos desprovimentos de mérito dos recursos interpostos à CGU foi relacionada às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

De um modo geral, em análise aos números apresentados pelo Poder Executivo federal neste Relatório de 2016 (BRASIL, MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CGU, 2017), a implementação da Lei pareceu avançar positivamente em poucos anos de vigência. Verifica-se que a população tem utilizado do dever de prestar contas, previsto pela Lei de Acesso à Informação, para obter informações de caráter público e geral, o que foi demonstrado pelo elevado percentual de requerentes pessoas físicas e jurídicas dos mais diversos municípios brasileiros.

No entanto, os dados empíricos revelam setorização do perfil de solicitantes entre membros do sexo masculino, com idade mediana e mais escolarizados, ocupantes de cargos ou empregos públicos, empregos em empresas privadas de grande e médio porte, além de pessoas cuja informação fomenta pesquisas científicas, como estudantes e advogados.

Além disso, inexorável o desamparo de grupos mais vulneráveis, que acabam sendo limitados por barreiras físicas, intelectuais e procedimentais, para fazer valer seus direitos, como é o caso de idosos e deficientes físicos, ou ainda, pessoas menos escolarizadas, que, em regra, não dispõem de amplo, direto e facilitado atendimento do próprio órgão ou entidade para o qual fazem sua solicitação, bem como aqueles cidadãos que não conseguem expor, com a

clareza necessária, as suas pretensões e questionamentos, ou ainda não possuem conhecimento suficiente da máquina pública para saber a qual órgão exatamente dirigir sua pretensão.

Com o intuito de evitar vieses, é importante realizar o contraponto com um amplo estudo desenvolvido pelo Observatório Artigo 19 (2014), denominado Monitoramento da Lei de Acesso à Informação Pública em 2014. Apesar de ser uma pesquisa efetuada dois anos antes do supracitado Relatório Oficial do Ministério da Transparência, agrega resultados interessantes sobre as questões atinentes ao acesso à informação, sob o enfoque da transparência ativa e da transparência passiva.

A pesquisa do Observatório Artigo 19 (2014) buscou acompanhar a execução da Lei de Acesso à Informação e a efetividade do acesso à informação pública, em 51 órgãos públicos brasileiros. Apesar de concentrada nas três esferas federais de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), discutirei os dados empíricos obtidos apenas quanto ao Poder Executivo federal, notadamente os ministérios, secretarias, Advocacia-Geral da União, CGU, Banco Central, Casa Civil e Gabinete de Segurança Institucional.

Adiante, em complementação, os dois ramos de transparência são segregados, conforme investigação do Relatório de Monitoramento da Lei de Acesso à Informação de 2014, produzido pelo Observatório Artigo 19, bem como outros dados e estudos correlatos.

4.1 Transparência ativa

A transparência ativa atrai o dever dos órgãos e entidades públicas de promover, independentemente de requerimento formulado pelo interessado, a divulgação nos sítios eletrônicos de informações de interesse geral ou coletivo por eles produzidas ou custodiadas, conforme os arts. 7º, *caput*, do Decreto n. 7.724/2012 e 7º e 8º da Lei n. 12.527/2011.

As informações que devem ser divulgadas ativamente compreendem, nomeadamente, a descrição sobre a estrutura organizacional, as competências, a legislação aplicável, os principais cargos e seus ocupantes, as formas de contato com o público; os horários de atendimento; os programas, projetos, ações, obras e

atividades com metas e resultados; os repasses de recursos financeiros; os dados sobre a execução orçamentária e financeira detalhada; os documentos sobre as licitações realizadas e em andamento; a remuneração e subsídio dos ocupantes de atribuições públicas; as perguntas e respostas mais frequentes da sociedade, além de tantos outros informes obrigatórios³⁶.

As vantagens da transparência ativa estão na economia de tempo e de recurso, pois a disponibilização prévia de informações minora a demanda de pedidos, permite o acesso previamente ao conteúdo de interesse geral e reduz o tempo de resposta às informações requeridas (BRASIL, CGU, 2013, p. 15).

Na transparência ativa, o Relatório do Observatório Artigo 19 (2014) monitorou o cumprimento de seis critérios pelos órgãos do Executivo, relacionados às informações institucionais, aos programas e projetos, à lista de documentos classificados, às perguntas e respostas mais frequentes, à participação popular e ao conteúdo executivo-orçamentário. Os resultados que podem ser destacados foram os seguintes. De antemão, no que diz respeito ao Serviço de Informação ao Cidadão (SIC), todos os órgãos do Executivo federal possuem versão física e eletrônica devidamente implantados.

Nos 38 órgãos do Poder Executivo federal: somente 44,7% possuíam campo próprio para divulgação de audiências públicas e consultas populares, resumindo-se à informação difusa e descentralizada de publicação de notícias; 6 de 38 órgãos do Poder Executivo federal não divulgam nenhum tipo de informação constante de documentos classificados e desclassificados (Secretaria de Portos, Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria de Comunicação Social, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Ministério da Saúde e Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento); 10 de 38 órgãos descumpriram as obrigações mínimas de, ao menos, um dos supramencionados critérios de transparência ativa (Advocacia-Geral da União, Casa Civil, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério da Saúde, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Ministério do Trabalho e Emprego, Secretaria

³⁶ Decreto n. 7.724/2012, art. 7º.

de Assuntos Estratégicos, Secretaria de Comunicação Social, Secretaria de Portos e Secretaria de Promoção da Igualdade Racial).

Não obstante as dificuldades verificadas em transparência ativa do Executivo federal, os estudos demonstram que a conformidade de órgãos e entidades nesse poder tem se elevado com o passar dos anos, comparativamente aos anos iniciais da Lei de Acesso à Informação³⁷, o que estaria demonstrado pela criação de seções específicas nos sites dos órgãos e entidades federais, denominadas “acesso à informação”, bem como a facilitação do acesso em Portais da Transparência (SEABRA; CAPANEMA; FIGUEIREDO, 2013).

4.2 Transparência passiva

De outro lado, a transparência passiva compreende o dever de órgãos e entidades públicas de prestar informações, mediante provocação do interessado, ou de justificar a negativa de acesso à informação ou de reclassificação de documentos, se devidamente motivada, assegurada a possibilidade de recursos ao superior hierárquico do mesmo órgão e, em nível federal, também à pasta competente. Portanto, a transparência passiva se operacionaliza por pedidos de acesso à informação, formulados ao Serviço de Informação ao Cidadão (SIC), atendidos todos os requisitos dispostos nos arts. 9º e 10º do Decreto n. 7.724/2012.

Na transparência passiva, o Observatório Artigo 19 (2014) analisou as respostas dos órgãos em face de pedidos e informação por ela formulados. Verificou-se que dos 38 ministérios e secretarias com status de ministério, 73,2% ofertaram acesso completo à informação requerida, cabendo mencionar que os maiores problemas foram de negativa de acesso ou consideração de que não as possuía (Ministério dos Transportes e Gabinete de Segurança Institucional) e respostas incompletas (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento).

³⁷ Há estudos de Jorge Duarte e Andréa Brito Theorg (2012), metodologicamente formulados no formato de entrevistas semiestruturadas, que demonstram como foi o processo de implementação da Lei n. 12.527/2011 em seus primeiros 5 meses na Administração Pública federal direta e indireta. Os resultados dos primeiros 5 meses indicaram que a maioria dos órgãos estava se adaptando bem às exigências legais, mas que a maior barreira era a ausência de conscientização e capacitação dos servidores públicos sobre o direito ao acesso à informação, suas características, aproveitamento de estruturas, realocação de recursos humanos e os conhecimentos sobre os novos processos de classificação de documentos.

Apesar das limitações do Executivo federal, percebe-se que diversos avanços foram promovidos³⁸ e que, de um modo geral, este braço do poder está à frente em implementação da transparência ativa e passiva, em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário. Por esta razão, comparativamente aos demais, é um paradigma de sucesso. No entanto, há muito a avançar, naquilo que for possível, sobretudo nos órgãos listados acima, que ainda apresentam problemas, deixando de cumprir alguns requisitos mínimos de informação.

4.3 As dificuldades persistentes e os novos desafios do Poder Executivo federal em termos de transparência e acesso à informação

A Lei de Acesso à Informação – Lei n. 12.527/11 – trata-se de apenas um meio ou exercício, a partir do direito, de aumentar a confiança e participação do cidadão, incrementar a eficiência e a credibilidade da Administração Pública, melhorar a qualidade das políticas e serviços públicos, incrementar a justificativa real de políticas, auxiliar em uma agenda política efetiva e contribuir para estancar a marca da penumbra oportunista da corrupção (RANGONE, 2017, p. 68-99).

No entanto, seria contrafactual negar situações que não foram amparadas suficientemente pela normatividade e, principalmente, pela execução das leis no âmbito federal, bem como os novos desafios oriundos dos recentes patamares de transparência e acesso à informação, que foram identificados na medida do surgimento de dados e da sistematização do conhecimento mais aprofundado da alocação de recursos federais.

Nesse contexto, identificar os problemas pretéritos não equacionados e os novos dilemas oriundos do desenvolvimento da normatividade, nesse cenário, pode auxiliar o direito administrativo a repensar institutos e definir novas propostas experienciais que promovam ajustes finos. Isto é, de um lado, protejam os ganhos

³⁸ Exemplificativamente, em 2013, um ano após a vigência da Lei de Acesso a Informações, a sua execução era satisfatória em apenas 66% da amostra de autarquias federais brasileiras, porém em pontos específicos, como a classificação de informações sigilosas, disponibilização de cópias de contratos, relatórios em formatos digitais de texto e planilha e estruturação da informação detinham um percentual de descumprimento acima de 90% do total de requerimentos (amostras) (CAVALCANTI; DAMASCENO; SOUZA NETO, 2013).

obtidos e, de outro, evitem os custos de uma reforma integral sobre um sistema que parece ter ofertado resultados muito positivos, a despeito de todas as suas falhas e imperfeições.

O agir do direito possui um papel significativo, porém não se olvidam as suas limitações sobre os fatores sociais e culturais exteriores ao fenômeno jurídico. Não basta afirmar os êxitos obtidos pelos avanços na transparência, bem como os obstáculos antigos e que não puderam ser enfrentados totalmente. A transformação da realidade deve passar pelo intercâmbio entre o direito e a sociedade para enfrentar os novos desafios impostos para o exercício efetivo desse direito.

Por esta razão, enfatiza-se que os novos desafios às potencialidades do direito de acesso à informação e à transparência passam por, pelo menos, três dificuldades³⁹, quais sejam, (i) o acesso físico, (ii) o acesso pela inclusão digital e (iii) a qualidade e atualidade do sistema do acervo de dados disponíveis. Acerca desses problemas enunciados, podemos dialogar a partir de dados recentes (BARCELLOS, 2015).

A primeira dificuldade apontada é o desafio de acesso físico (BARCELLOS, 2015) ou também denominada dimensão física (BATISTA, 2010). O obstáculo está em acessar fisicamente o documento público, ou porque são muito antigos, ou estão em desordem entre os meios físicos, impresso e digital, ou ainda pela escassez e incompletude de informação ou detalhamento. Além disso, na medida em que a internet adquire uma posição de centralidade no acesso às informações públicas, os indivíduos que não dispõem de aparelhos eletrônicos, banda larga ou detêm baixa qualidade de transmissão de dados, pouco poderão efetivamente participar desta nova arena de controle social.

Segundo dados divulgados pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), divulgado em parceria com a Organização das Nações Unidas

³⁹ O escopo da informação é assentar o empoderamento dos indivíduos na construção comunicativa da cidadania, com base na compreensão da alteridade e da igualdade de oportunidades, caso contrário não pode assumir o papel de instrumento destinado à inclusão social (FUJINO, 2017).

para a Educação, a Ciência e a Cultura, em 2016, o Brasil possuía 94,2 milhões de internautas, correspondente a 55% da população. Desse modo, em algum momento, podemos considerar que, *a priori*, sai de campo a necessidade de apenas se reafirmar o direito de acesso à informação para dar lugar à seguinte questão: o que falta para conectar o restante da população? O mesmo relatório destaca que, em 2016, 49% dos domicílios brasileiros não possuíam acesso à internet pelo custo elevado, 47% deles não possuíam computador e 18% não apresentavam nem mesmo disponibilidade do serviço de rede na área (HENRIQUES; MARTINS JÚNIOR, 2016). Portanto, isso denuncia a urgência de políticas públicas destinadas a combater a exclusão digital, encarando a realidade de rincões marginalizados do país, pela ampliação de investimentos em banda larga e na melhoria em infraestrutura, como incentivos às *lan houses*, telecentros e *wi-fi* gratuito em praças públicas⁴⁰.

A segunda dificuldade está ligada ao desafio da inclusão digital (BARCELLOS, 2015), intitulada dimensão intelectual (BATISTA, 2010). Apesar do suprimento do acesso físico, esta segunda esbarra na capacidade de manejo individual de equipamentos eletrônicos, de modo a ser capaz de acessar e apropriar-se simbolicamente das informações desejadas, a que se somam o crescimento da população idosa, com maior dificuldade de se adaptar à velocidade de mudanças nas plataformas, e os altos índices de analfabetismo funcional.

O relatório supracitado demonstrou algo ainda mais grave. Além daqueles que superaram a barreira física e passaram a dispor de equipamentos, internet e rede de qualidade, grande parte acumula mais de uma barreira. Verifica-se, por exemplo, que em domicílios sem internet, cerca de 30% deles acumula indivíduos que não dispõem de habilidade digital e não sabem usar a internet (HENRIQUES; MARTINS JÚNIOR, 2016). A isso, somam-se uma elevada concentração de analfabetos funcionais, idosos e pessoas

40 Enquanto conseguimos superar grande parte das lacunas na universalização da telefonia fixa e móvel, a desigualdade digital tem crescido a passos largos, seja pela redução de investimentos privados com inovações e pela infraestrutura precária das redes, seja também pela aplicação de recursos na ponta errada, isto é, no incentivo aos equipamentos eletrônicos, sem que se criasse o terreno adequado para que todos pudessem usufruir de seus benefícios (GOMES, 2002).

com deficiência⁴¹. Segundo o Instituto Paulo Montenegro e o Ibope (2018), cerca de 29% da população entre 15 e 64 anos são analfabetos funcionais, um percentual que cresceu em relação a 2015, quando o número era de 27%⁴². Em relação aos idosos, dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE, revelaram que, em 2017, tínhamos 30,2 milhões de idosos no Brasil (BRASIL, IBGE, 2017). Os dados revelam a necessidade de políticas públicas destinadas a sanar a capacitação deficitária decorrente do baixo nível de instrução e também da velocidade com que os novos mecanismos da sociedade da informação passaram a ser utilizados para veicular informações essenciais para o exercício da plena cidadania e democracia.

E, por último, o terceiro elemento desafiador é a qualidade⁴³ do sistema do acervo de dados ou dimensão comunicacional (BATISTA, 2010). É relativamente comum que, a despeito da afirmação de que as informações estão sendo oferecidas à população, as ferramentas de buscas e recuperação de dados

41 A efetividade do acesso à informação reclama obediência à Lei n. 13.146/2015 - Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência na promoção da acessibilidade das pessoas, dentre as quais: construção de páginas e portais acessíveis na internet, escolha de formatos dos conteúdos compatíveis, softwares para auxílio visual ou auditivo, lupas eletrônicas e máquinas de produção de texto em Braille. Ademais, a capacitação de equipe treinada para esse fim é mais um recurso fundamental na superação da barreira. Uma prova de que o Brasil conseguiu produzir resultados satisfatórios, embora pontuais, está na exigência de projetos de adequação de bibliotecas públicas inclusivas, como foi o caso bem-sucedido do Projeto Laboratório de Acessibilidade (LAB), iniciado em 1998 e inaugurado em 2003 na Biblioteca Central Cesar Lattes da Unicamp (FUJINO, 2017).

42 O relatório elaborado pela Ação Educativa, IBOPE e Instituto Paulo Montenegro (2018) aponta que, em 2018, cerca de 3 em cada 10 brasileiros, possuíam muita dificuldade para ler e escrever, para realizar operações matemáticas simples e aritméticas com valores de grandeza superior às centenas, bem como em situações comuns como o reconhecimento das informações em um cartaz ou folheto. Certamente, tais dados podem afetar significativamente a habilitação desta parcela da população para se apropriarem de dados de interesse público, cuja disposição já tem uma apresentação dependente de outra linguagem, ainda mais complicada, àqueles que não conseguem interagir de modo proficiente com as novas tecnologias da informação.

43 O respeito à informação não é suficiente, segundo Osmar Arouck e Suelli Angélica do Amaral (2013), sem a preocupação com sua qualidade. Tal conceito compreende deixá-la adequada ao uso do cidadão e conforme requisitos ou atributos. Acerca dos atributos de qualidade da informação, presentes nos textos da Lei n. 12.527/2011 e de seu decreto regulamentador, há que se preencher: (i) quanto ao meio, a acessibilidade (informação pode ser conhecida e utilizada), a disponibilidade (acessibilidade fácil e imediata) e a primariedade (uso de fontes primárias de obtenção); e (ii) quando ao conteúdo, a autenticidade (presença de controle e garantia informacional), a integridade (informação inalterada ou sem adulterações) e a atualidade (dados apresentados devem ser os mais recentes possíveis). No caso de órgãos e entidades públicas do Poder Executivo federal, o autor destaca a prudência do Decreto n. 6.932/2007, anterior à Lei de Acesso à Informação, que já determinava a aplicação de pesquisa de satisfação periódica junto aos usuários de serviços, de modo a utilizar os resultados em subsídio à reorientação e ao ajuste dos serviços públicos e para identificar, inclusive, desvio dos atributos de qualidade.

públicos não seja eficiente. A ausência de padronização nacional que permita a comparação entre entes e áreas administrativas, a alteração frequente de nomes e rubricas orçamentárias em políticas públicas e nas dotações em geral, além da falta de dados desagregados e regionalizados são fatores que inviabilizam comparações, pesquisas científicas e o controle pela sociedade civil (BARCELLOS, 2015).

Neste sentido, é perceptível como o direito possui o cariz de impulsionar a mudança da cultura jurídica. Entretanto, o acesso normativo à informação pode até garantir ao usuário o acesso físico, mas, desacompanhado de competências cognitivas satisfatoriamente desenvolvidas, não é capaz de consolidar seu acesso intelectual. Por esta razão, é preciso estar atento às limitações do fenômeno jurídico, a fim de que os diplomas normativos que veiculam e operacionalizam a transparência e o acesso à informação não estipulem um ponto de chegada inócuo, mas um ponto de partida no alcance da cultura nacional da transparência.

5. Conclusão

O direito de acesso à informação e o seu corolário da transparência são essenciais para a construção de uma sociedade que valoriza a república e a democracia. No Brasil, a Constituição de 1988, que completa 30 anos de existência, foi promulgada com o compromisso de garantia ao cidadão do direito à informação, como um dos direitos gerais de liberdade, e com o direito de acesso às informações, em decorrência do dever dos atores públicos em prestar contas, sob pena de responsabilização.

Ao longo da história jurídica brasileira, diversos diplomas normativos foram editados. Cada qual representou um avanço rumo aos ditames do constitucionalismo emancipatório, tendo em vista o estímulo crescente a um modelo de gestão pública simpático à posição dos cidadãos, livres e iguais, na participação da tomada de decisões administrativas legítimas. Dentre todas as legislações, a mais destacada foi a Lei de Acesso à Informação - Lei n. 12.527/2011 - que balizou a concretude dos procedimentos de implantação dos mecanismos de transparência ativa e passiva.

A atuação concreta do Poder Executivo federal consolidou-se, conforme os ditames da nova lei de acesso às informações públicas, por mecanismos concretos executados pela Controladoria-Geral da União e, hoje, pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, encarregado da preparação do poder público federal para uma nova era de transparência administrativa. Diversos mecanismos foram bem-sucedidos, dentre os quais, os Portais de Transparência, os Portais de Compras e os Sistemas de Informação do Cidadão, porém algumas disfunções foram inevitáveis, como a dificuldade organizacional, a ausência de infraestrutura adequada e de planos uniformes de implementação da lei federal.

Apesar dos ganhos, portanto, há muito a avançar quanto aos meios de concretude da transparência administrativa. A adoção de novos mecanismos de transparência levou ao reforço da garantia do direito de acesso à informação, à retirada de obstáculos governamentais à inovação, à melhoria da imagem institucional do Poder Executivo federal, que hoje figura entre os entes que melhor publicizam suas informações, e, com isso, facilita o escrutínio dos cidadãos, da mídia e de técnicos e pesquisadores, por meio da liberação de dados essenciais para aferição da qualidade das ações desempenhadas pela Administração Pública.

A despeito da capacidade do direito em promover mudanças estruturantes, reconhece-se a limitação da seara jurídica para enfrentar problemas contemporâneos relacionados à sociedade, à cultura e à economia, os quais impõem barreiras à melhoria da democracia deliberativa, como os desafios impostos por deficiências no acesso físico à informação, pela exclusão digital e pelos obstáculos de qualidade, padronização e atualidade do sistema do acervo de dados disponíveis.

Para isso, reformas institucionais pontuais devem ser incentivadas, bem como políticas públicas destinadas à acessibilidade adotadas em escala nacional. Mais do que a disponibilidade, o acesso às informações deve pressupor a apropriação do conteúdo pelo cidadão, caso contrário, não incentivará o avanço da cultura de transparência.

6. Referências

- ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 41, p. 67-86, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000700005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 jul. 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122007000700005>>.
- AÇÃO EDUCATIVA; IBOPE; INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. *Indicador de Alfabetismo Funcional Brasil 2018: Resultados preliminares*. São Paulo: ONG Ação Educativa; IPM, 2018. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1Qpb2VX90YeahQbeHQAu6d8-FUcQyXli/view>>. Acesso em: 8 ago. 2018.
- ACCESS INFO EUROPE (AIE); CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY (CLD). *Global Right to Information Rating - RTI Rating*. Disponível em: <<http://www.rti-rating.org>>. Acesso em: 8 ago. 2017.
- AROUCK, Osmar; AMARAL, Sueli Angélica do. Atributos de qualidade da informação e a lei de acesso à Informação. *Anais do Congresso Brasileiro de Biblioteconomia, Documentação e Ciência da Informação - FEBAB*, julho 2013. Disponível em: <<http://portal.febab.org.br/anais/article/viewFile/1610/1611>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação: os princípios da Lei n. 12.527/2011. *Revista Quaestio Iuris*, [s.l.], v. 8, n. 3, p.1741-1759, 1 out. 2015. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18818>>. Acesso em: 17 jul. 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2015.18818>>.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Ética e *jeitinho brasileiro*: por que a gente é assim?. Lecture. Harvard Brazil Conference, Cambridge MA, 8 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/4/art20170410-01.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- BATISTA, Carmem Lúcia. As dimensões da informação pública: transparência, acesso e comunicação. *Transinformação*, Campinas, v. 22, n. 3, p. 225-231, Dec. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-37862010000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRANDEIS, Louis D. What Publicity Can Do, *Harper's Wkly.*, 20 dez. 1913, reimpresso em BRANDEIS, Louis D. *Other People's Money and How The Bankers Use It* 92, 92, 1932.
- BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios*. Brasília: CGU (Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas), p. 1-52, 2013.

- _____. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua* - Características dos Moradores e Domicílios, Brasília, abr. 2017. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html>>. Acesso em: 8 ago. 2018.
- _____. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório sobre a Implementação da Lei n. 12.527/2011: Lei de Acesso à Informação - Poder Executivo Federal 2016*. Brasília: Ministério da Transparência e CGU, p. 1-70, 2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CAVALCANTI, Joyce Mariella Medeiros; DAMASCENO, Larissa Mayara da Silva; SOUZA NETO, Manoel Veras de. Observância da lei de acesso à informação pelas autarquias federais do Brasil. *Perspectivas em Ciência da Informação*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 112-126, dez. 2013.
- CORRÊA, Izabela; PENALVA, Janaína. Análise - A extinta CGU, o CNJ e o futuro da transparência. *O Estado de S. Paulo*, 23 maio 2016. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,analise---a-extinta-cgu--o-cnj-e-o-futuro-da-transparencia,10000053029>>. Acesso em: 6 ago. 2018.
- CHEHAB, Gustavo Carvalho. O acesso à informação e a divulgação de salários e proventos de empregados e servidores públicos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao049/Gustavo_Chehab.html> Acesso em: 17 jul. 2018.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. *Fórum de Direito Público, Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wpcontent/uploads/2013/10/Direito-Publico-Administracao-Publica-e-a-nova-Lei-de-Acesso-a-Informacao.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- DUARTE, Jorge; THEORG, Andréa Brito. O processo de implantação da Lei de Acesso à Informação em órgãos do Poder Executivo Federal. *Comunicação & Informação*, Goiânia, v. 15, n. 2, p. 66-79, 2012. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/ci/article/view/24568>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- FORTINI, Cristina; AVELAR, Mariana Magalhães; FERREIRA, Raquel Bastos. Comentários à Lei de Acesso à Informação: contexto, desafios e polêmicas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.
- FUJINO, Asa. Acessibilidade informacional de PcD no contexto da lei de acesso à informação: desafios para estudo de usuários. *Informação em Pauta*, Fortaleza, v. 2, n. especial, p. 237-257, out. 2017.
- G1. PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. *Justiça manda Exército explicar licitação para compra de caviar, camarão e bebidas alcoólicas*, 4 jul. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/justica-manda-exercito-explicar-licitacao-para-compra-de-caviar-camarao-e-bebidas-alcoolicas.ghtml>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

- GOMES, Elisabeth. Exclusão digital: um problema tecnológico ou social? Rio de Janeiro: *Trabalho e Sociedade*, ano 2, nº especial, dezembro 2002. Disponível em: <http://www.radio.faced.ufba.br/twiki/pub/GEC/RefID/Elisabeth_Gomes_ED.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- HENRIQUES, Vanessa Roque; MARTINS JÚNIOR, José Márcio. Acesso à Internet no Brasil: Desafios para conectar toda a população. *Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação sob os auspícios da UNESCO*. ONU para a Educação, a Ciência e a Cultura, Brasília, Ano 8, Número 1, mar. 2016.
- LIMBERGER, Têmis. Transparência Administrativa e Novas Tecnologias: o Dever de Publicidade, o Direito a ser Informado e o Princípio Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 244, p. 248-263, jan. 2007.
- LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; OLIVIERI, Cecília; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho Teixeira. Do controle interno ao controle social: a múltipla atuação da CGU na democracia brasileira. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, 17 (60), jan./jun. 2012.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 14, n. 56, p.127-146, abr./jun. 2014. Quadrimestral.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei n. 12.527/11). In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MATIAS-PEREIRA, J. Controle Social e Transparência: Avaliação do Modelo de Acesso à Informação no Brasil. *GIGAPP Estudos/Working Papers*, vol. 32, p. 1-21, 2014. Disponível em: <<http://www.gigapp.org/ewp/index.php/GIGAPP-EWP/article/view/56>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- NOGUEIRA, Ronaldo Alves; CAVALCANTE, Pedro. *Quanto Custa o Estado de Bem-Estar Brasileiro? Prêmio no Concurso Informação de Custos e Qualidade do Gasto Público*: ESAF e FGV, Brasília, p.1-16, 2009.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PIMENTA, Carlos. César. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 5, p. 173-199, set./out. 1998.
- OBSERVATÓRIO ARTIGO 19. *Monitoramento da Lei de Acesso à Informação Pública em 2014*, 2014, 56 p. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/uploads/2015/05/Monitoramento-da-Lei-de-Acesso-%C3%80-Infoma%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-em-2014.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à Informação e Direito de Acesso à Informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. *Revista da AGU*, Brasília, n. 42, p. 09-38, out. 2014. Quadrimestral.
- SEABRA, Sérgio Nogueira; CAPANEMA, Renato de Oliveira; FIGUEIREDO,

- Renata Alves. Lei de Acesso à Informação: uma análise dos fatores de sucesso da experiência do poder executivo federal. *Revista de Administração Municipal (IBAM)*. Ano 58. nº 282, Rio de Janeiro, 2013.
- SILVA, Rosane Leal da; ROSPA, Aline Martins. A relevância e da Lei de Acesso à Informação no combate à corrupção. In: XIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2018, Santa Cruz do Sul-RS. *A relevância da Lei de Acesso à Informação no combate à corrupção*. Santa Cruz do Sul-RS: Unisc, p. 1-16. 2018.
- SIQUEIRA, Fábio da Silva. *Desafios da transparência no Estado do Rio de Janeiro: Proposta de uma agenda para o Poder Executivo*, 2016, 27 p. Disponível em: <<http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-34-03.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei n. 12.527/2011) Democracia, República e Transparência no Estado Constitucional. *Revista da PGE do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 33, n. 69, p. 231-260, jan./jun. 2012.
- STF. Notícias STF – RCL 23899. 16 jul. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320185>>. Acesso em: 6 ago. 2018.
- SUNLIGHT RESEARCH. *Brandeis and the history of transparency*. Sunlight Foundation. 26 maio 2009. Disponível em: <<https://sunlightfoundation.com/2009/05/26/brandeis-and-the-history-of-transparency/>>. Acesso em: 6 ago. 2018.
- RANGONE, Nicoletta. A behavioral approach to administrative corruption prevention. In: *Preventing corruption and promoting good government and public integrity* (Org.: Agustí Cerrillo-I-Martiniz e Juli Ponce), Bruxelas: 2017.

Fernanda Schuhli Bourges

**Transformações do Direito
Administrativo: Mediação
como possibilidade à
ampliação da eficiência
administrativa**

10

Transformações do Direito Administrativo: Mediação como possibilidade à ampliação da eficiência administrativa

Fernanda Schuhli Bourges¹

Resumo

As concepções de Estado e Administração Pública vêm se modificando, especialmente a partir da metade do século XX. No Brasil, esta modificação se destaca a partir da Constituição da República de 1988, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito, e da EC. n. 19/98, que consagrou expressamente o princípio da eficiência, contudo, não há como interpretá-lo e aplicá-lo senão em consonância com o ordenamento jurídico, especialmente com as normas Constitucionais e sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Não obstante, observa-se que no controle das ações e omissões administrativas são ajuizadas, desnecessariamente, inúmeras ações judiciais, que demandam recursos financeiros, humanos e tempo, em muitos casos como consequência de um modelo administrativo unilateral, imperativo, e ineficiente. Em vista deste diagnóstico, tem-se que o Direito Administrativo precisa se transformar e neste propósito se destaca a mediação, instituída pela Lei n. 13.140/2015, com a potencialidade de evitar e resolver conflitos e, assim, ampliar a eficiência administrativa. Desse modo, o estudo que se propõe, mediante o método hipotético-dedutivo, tem por objetivo demonstrar a necessidade de transformação do direito administrativo com o instituto da mediação, o qual pode ser adotado como possibilidade de propiciar ganhos de eficiência administrativa.

Palavras-chave: Eficiência. Consenso. Administração Pública. Mediação. Participação.

¹ Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR); Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Professora de Direito Administrativo do curso de Direito e Membro do Conselho de Administração da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP/PR); Membro da Comissão de Gestão Pública, Controle e Transparência junto à OAB/PR desde 2007; Advogada. E-mails: ferbourges@yahoo.com.br, fernanda@blanchet.adv.br.

Abstract

Conceptions about the State and the Public Administration have been changing, especially since the mid-twentieth century. In Brazil, this modification stands out from the Constitution of the Republic of 1988, which established the Democratic State of Law, and the EC. n. 19/98, which explicitly enshrined the principle of efficiency, however, there is no way to interpret and apply it except in accordance with the legal system, especially with the Constitutional norms and from the perspective of the Democratic State of Law. Nevertheless, numerous lawsuits are unnecessarily proposed to control administrative actions and omissions, what demand time and financial and human resources, in many cases as a consequence of a unilateral administrative model, imperative, and inefficient. In view of this diagnosis, the Administrative Law needs to be transformed and, in this purpose, the mediation, established by Law n. 13.140/2015, presents the potential to avoid and resolve conflicts and increase administrative efficiency. Thus, the present study, based on hypothetical-deductive method, aims at demonstrating the need to transform Administrative Law with the mediation institute, which can be adopted as a possibility to improve administrative efficiency.

Keywords: Efficiency. Consensus. Public Administration. Mediation. Participation.

1. Introdução

A Constituição da República de 1988 estabeleceu o Estado brasileiro como Democrático de Direito e um Estado como tal requer uma Administração Pública eficiente e comprometida com a efetivação deste Estado. Não obstante, após dez anos de vigência, foi introduzido o princípio da eficiência no texto constitucional.

Ocorre que, o Estado Brasileiro possui origens patrimonialistas, as quais, apesar da tentativa de estabelecer a burocracia weberiana, permanecem arraigadas na cultura administrativa brasileira, cujas práticas afastam a eficiência.

A burocracia, em sua forma deturpada – burocratização – aliada às práticas administrativas patrimonialistas são contrárias à democracia, afastam a participação da coletividade da esfera pública, propiciam mais conflitos e inviabilizam diálogos para sua solução.

Visualiza-se a necessidade de transformação da Administração Pública brasileira a fim de se coadunar com o Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição de 1988, de modo que a Administração possibilite a realização de direitos e a segurança jurídica. A Administração Pública não deve ser um entrave à democracia e à realização de direitos, mas seu meio de concretização, razão pela qual deve ser eficiente.

Não se trata de eficiência em termos mercadológicos e quantitativos, mas a eficiência na implementação de direitos, tendo em vista um dos aspectos da eficiência que é a celeridade.

Desse modo, uma vez que o Poder Público costuma figurar no polo passivo de milhares de demandas, muitas vezes idênticas, o estudo proposto, a partir do método hipotético-dedutivo, volta-se à demonstração da necessidade de transformação do direito administrativo com a utilização da mediação, que tem o condão de aproximar a coletividade do Poder Público e democratizá-lo, com soluções mais céleres e legítimas aos conflitos, para aprimorar a eficiência administrativa.

2. Eficiência administrativa a partir da abertura dialógica e consensual na gestão pública

As origens da Administração Pública brasileira são marcadas pela insuficiente distinção entre o público e o privado, em razão de alianças entre a Coroa, que personificava o Estado, e as elites agrárias, em um terreno propício ao nepotismo e à corrupção (NOHARA, 2012, p. 13-14)

O poder e o espaço público no Brasil tradicionalmente foram utilizados por aqueles próximos da Coroa e dos Governantes, em constantes troca de favores, o público confundia-se com o privado, portanto, a Administração Pública brasileira sempre foi marcada por um caráter patrimonialista². A Administração pública possui

2 Conforme ressalta FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 822-823; 825. O patrimonialismo se caracteriza pelo fato de os funcionários não serem contratados, mas sim clientes ou escravos dos detentores de poder. GIRGLIOLI, Pier Paolo. Verbete: burocracia. In: BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 125-126.

sua formação a partir de relações pessoais, marcada pelo coronelismo, com características contrapostas à democratização do espaço público, eis que o público se restringe a alguns, com certas condições pessoais e, também, conduz à ineficiência.

Assim, transpor tais barreiras históricas e culturais, a fim de democratizar e ampliar a participação da coletividade na esfera pública, bem como aprimorar a eficiência, depende não apenas de alterações em modelos jurídico-normativos, mas também em modificações culturais³.

Em combate, foram implementadas constantes reformas administrativas no intuito de afastar o patrimonialismo e aprimorar a eficiência do Poder Público, como a Reforma Administrativa de 1930, assim como aquela que ocorreu em 1964, em 1967, a estruturação constitucional administrativa trazida pela Constituição de 1988 e a Reforma da década de 1990, que culminou com a edição da Emenda Constitucional n. 19/98 e o estabelecimento expresso do princípio da eficiência no caput do art. 37 da Constituição⁴.

A Reforma da década de 1990 foi inspirada nas tendências neoliberais, em busca de substituir a burocracia administrativa, em tese, superada e obsoleta, por modelos gerenciais com maior eficiência. A eficiência, neste momento, tem forte caráter mercadológico e econômico (PEREIRA, 1998, p. 34-36).

O discurso exaltado da eficiência, voltada a aspectos econômicos, teve grande repercussão na tentativa de combater a burocracia administrativa ineficiente, que, em razão da complexidade das demandas sociais, se demonstrou custosa e morosa.

3 De acordo com Irene Nohara, a arraigada cultura patrimonialista deixou marcas no tecido social que compõe as organizações brasileiras. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 55.

4 “Como já se esperava, a simples alteração do modelo de gestão (do burocrático pelo gerencial – nos casos em que se realizou) não propiciou qualquer mudança substancial para melhor em termos de combate aos vícios do estamento patrimonialista típico da estruturação estatal brasileira.” GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 124, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=73528>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

Assim, as propostas gerenciais neoliberais vieram como melhorias de eficiência. No entanto, a alegada ineficiência administrativa decorre dos defeitos da burocracia, a burocratização, aliada ao patrimonialismo.

A eficiência foi utilizada pelo discurso pós-moderno, pragmático e economicista, como se a estes pertencesse, e, assim, acabou sofrendo questionamentos que deveriam ser direcionados à ideologia neoliberal (GABARDO, 2003, p. 6-7).

O perigo da eficiência mercadológica e consumista é o vazio, a mera relação de consumo, imediata e egoísta, passiva, sem participação política, o que afasta a concretização de um Estado Democrático (NOHARA, 2012, p. 114-120).

A busca por eficiência é uma constante na Administração Pública brasileira a partir da década de 30, no entanto, com diferentes perspectivas e mecanismos de realização. O princípio da eficiência inserido no art. 37 caput da Constituição, veio com a proposta de modificar o funcionamento da Administração Pública, mas também trouxe riscos, conforme interpretado, à legalidade e à democracia (GABARDO, 2003, p. 18).

A Reforma Administrativa se fundamentou em um aspecto da eficiência que se volta aos resultados, com flexibilização dos meios, que se aproxima mais da concepção de eficácia (NOHARA, 2012, p. 127). Ocorre que a eficiência juridicizada no art. 37 da Constituição somente pode ser interpretada em consonância com o ordenamento jurídico, em especial, em vista da teleologia e do sistema constitucional, como instrumento de realização dos princípios e objetivos fundamentais da República e dos direitos e garantias fundamentais. Desse modo, deve ser interpretado não apenas com caráter economicista, mas de forma compatível com o Estado Social e Democrático de Direito (GABARDO, 2003, p. 18-19).

A partir da Constituição de 1988, a eficiência demanda uma atuação estatal voltada às finalidades essenciais de justiça social, mas também é relevante o modo pelo qual estas são buscadas,

que deve ser democrático. E considera que “eficiente é o Estado que democraticamente preserva da forma mais abrangente o valor de fecho do sistema: a dignidade da pessoa humana” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 43).

Desse modo, a implementação da eficiência administrativa não tem como ser dissociada da democracia, eis que a Constituição de 1988 estabelece um Estado Social e Democrático de Direito. A legitimação do Estado pressupõe a valorização da democracia, especialmente no Estado brasileiro em que o princípio democrático ocupa local de destaque na opção ética do constitucionalismo (GABARDO, 2003, p. 155).

A reforma administrativa pressupõe que a Administração atue a serviço dos indivíduos e da sociedade para o exercício dos seus direitos (MOREIRA NETO, 2001, p. 16-17).

Não obstante, diagnostica-se um descompasso entre a Constituição Democrática e Social e o modo de gestão pública ainda adotado, com profundas raízes no modelo administrativo do século XIX, uma vez que a Administração atua unilateralmente, muitas vezes, arbitrariamente, razão pela qual os indivíduos ainda necessitam de instrumentos de defesa, porém, esse Direito Administrativo oitocentista “já não é mais capaz de dar conta de todas as exigências da sociedade contemporânea, suscitadas com o advento do Estado Social e Democrático de Direito” (HACHEM, 2014, p. 214).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 8-12) aponta que o Poder Executivo e a Administração Pública, diferentemente dos demais poderes, sofreram menos influências das Revoluções Liberais e se mantiveram conservadores. A abertura administrativa deu-se a partir do diálogo democrático com a sociedade e da afirmação do constitucionalismo.

Em busca da concretização do Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição da República de 1988, defende-se a democratização da Administração Pública e na implementação, desse modo, de uma Administração Pública Dialógica,

Consensual⁵, Concertada⁶, que atua mediante contratos, segundo alguns autores, mediante atos bilaterais ou acordos⁷.

Em um contexto democrático, o Estado e a Administração devem buscar a construção do consenso (ALMEIDA, 2008, p. 337). De acordo com Robert Dahl (2001, p. 66), uma vida satisfatória envolve conviver com outras pessoas, não se pode fazer sempre o que quiser, nem impor as vontades, é necessário resolver as diferenças, preferencialmente pelo consenso.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 40, 21-22) identifica o princípio da consensualidade como decorrência do Estado pluriclasse e instrumento da sociedade, uma vez que esta precisou retomar o espaço público e o protagonismo, com o anseio de influir nas decisões de poder que sobre as pessoas repercutirão. A legitimidade do direito contemporâneo foi consagrada pela Constituição de 1988 pela participação democrática.

A consensualidade é desenvolvida a partir da crença na perfectibilidade humana e que o diálogo, a negociação e a concertação são mais aptos a gerar comportamentos éticos elevados e fecundos (MOREIRA NETO, 2001, p. 2).

5 Considera-se que a Administração Consensual compatibiliza as prerrogativas públicas com os direitos e garantias fundamentais, de modo a evidenciar o ser humano como aspecto nuclear da ordem jurídica". Descaracteriza o cidadão "de simples destinatário da administração pública, ou seja, alguém que tão somente "sofre" a função administrativa" para o papel de "ator no cenário das relações jurídico-administrativas, o qual terá, juntamente com o Estado, o desiderato de construir as tomadas de decisão que lhe afetam e que afetam a sociedade como um todo". MAIA, Taciana Mara Corrêa. A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, MS, v. 16, n. 31, jan./jun. 2014.

6 A Administração passa a atuar por acordos, ela deixa de se manifestar tipicamente por atos unilaterais, mesmo os atos de autoridade, em muitos casos, são substituídos por acordos, trata-se de um "novo estilo de administração, participativo, consensual e flexível [...] a participação e o consenso passam a pautar boa parte da atuação administrativa, seja com o uso alargado de instrumentos bilaterais ou multilaterais de decisão, seja com a formação de consensos sobre o conteúdo de atos unilaterais". BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017, p. 217-219.

7 A Administração Consensual "marca a evolução de um modelo centrado no ato administrativo (unilateralidade) para um modelo que passa a contemplar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade), [...] tem por fim nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos." OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009, p. 320.

Atinge-se a legitimidade democrática quando a atuação estatal provém a partir do diálogo com os integrantes da sociedade, pois serão diretamente afetados pelo exercício do Poder Público, e pressupõe as deliberações, as discussões e decisões dos seus membros (BITENCOURT, 2013, p. 85)⁸. A transformação da Administração Pública busca ampliar as formas de participação administrativa, inclusive das decisões, de modo a legitimá-las e assim, serão mais facilmente aceitas e cumpridas (MOREIRA NETO, 2001, p. 22).

A Administração, destarte, é compelida a rever seu modelo autoritário de gestão da coisa pública, assim, a Administração Consensual atua mediante procedimentos negociais, “visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva e unilateral da Administração Pública” (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009, p. 314).

A gestão pública, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tradicionalmente burocrática, monolítica e imperativa, cede para uma concepção criativa, flexível, orientada pela consensualidade, visibilidade e controle dos resultados. Os diálogos político e administrativo tornam-se mais democráticos e processualizados, de modo a modificar uma decisão imposta em composta e o governo, próprio das sociedades fechadas, também, aos poucos, se torna governança, das sociedades abertas, com soluções negociadas e dialogadas (MOREIRA NETO, 2011, p. 30).

Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos (2014, p. 15) comentam que a estrutura burocrática estatal deve tornar-se menos autoritária, sem abandonar o modelo burocrático. “A Administração Pública do Estado Pós-Providência pode optar por um modelo de atuação administrativa negociada, concertada”, nesta o administrado é “coparticipante da atuação administrativa”, respeitando-se o regime jurídico público.

⁸ Neste sentido, Saulo Lindorfer Pivetta ressalta que “os próprios destinatários das ações governamentais que devem ter a possibilidade de estabelecer, em processo dialógico com a Administração, os contornos que o direito adquirirá na realidade concreta”. Políticas públicas e a construção do conteúdo do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=69224>>. Acesso em: 14 ago. 2017, p. 225.

A participação administrativa possibilita a identificação do interesse público de forma compartilhada com a população e, desse modo, reduz a discricionariedade, assim como a unilateralidade e viabiliza a adoção de práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses (MEDAUAR, 2003, p. 230).

Destarte, o direito administrativo passou a buscar procedimentos democráticos que possibilitam a participação na Administração Pública e, assim, “vem saindo de seu “enclausuramento”, especialmente em decorrência da afirmação do constitucionalismo e de seu influxo direto na atividade administrativa” (FUNGHI, 2011, p. 2).

A partir do aprimoramento do diálogo entre a coletividade e a Administração pode-se alcançar mais estabilidade nas relações jurídicas e solucionar conflitos que, em regra, demoram anos e postergam a realização do interesse público (SCHWANKA, 2011).

Ademais, a Administração dialógica é mais condizente com a sociedade moderna, pluralista e complexa para que se possa filtrar as demandas e investigar as possíveis soluções por intermédio dos mais variados segmentos sociais, com a riqueza da diversidade de conhecimentos e experiências.

A esfera pública abre-se para a identificação das necessidades da sociedade e para o estabelecimento das soluções. A participação social torna-se um parâmetro de legitimação da atuação administrativa; a imperatividade e a coerção cedem espaço à consensualidade e à participação social a partir de canais de comunicação e de mecanismos consensuais (FUNGHI, 2011, p. 8; 66).

Na proposta de adoção do modelo de gestão administrativa dialógico e consensual possibilita-se que a Administração deixe de se valer de alguns dogmas e mude sua forma de atuação no sentido que esta poderá resolver demandas com o cidadão, com a coletividade de forma consensual e negociada, judicial ou extrajudicialmente, o advogado público, em casos conhecidos de procedência do pedido, poderá reconhecer o pedido, deixar de contestar e recorrer desnecessariamente e, desse modo, o Poder Público poderá reconhecer direitos e reparar danos causados

mediante diálogo com o indivíduo, grupos ou com a coletividade, sem a necessidade de aguardar por anos uma decisão judicial com trânsito em julgado (HACHEM, 2014, p. 259). Desse modo, a Administração tornar-se-á mais eficiente e eficaz na concretização de direitos, até porque, o reconhecimento tardio de um direito pode ser inútil ou pouco satisfatório.

Neste sentido é a tese de Daniel Hachem (2014, p. 291; 297; 318), segundo a qual o cidadão possui direito fundamental à tutela administrativa efetiva, “espontânea, integral e igualitária” dos seus direitos e, para tanto, a Administração deve utilizar todas as técnicas e procedimentos necessários, inclusive, mediante ferramentas consensuais de solução de controvérsias, como a negociação, a mediação e a conciliação, eis que possibilitam um diálogo em prol do consenso, práticas estas que ainda contribuem à redução de ações judiciais desnecessárias⁹.

Não satisfaz o interesse público o envolvimento do Poder Público em demandas judiciais infundáveis, que absorvem tempo e recursos, sendo que sua “existência somente se justifica para a realização dos interesses de seus cidadãos” e, principalmente, tendo em vista que os custos de uma condenação são superiores àqueles necessários ao cumprimento espontâneo de suas obrigações, sendo que o diálogo, com o uso da conciliação e da mediação podem ser mecanismos de grande utilidade (SOUZA, 2008, p. 143).

3. A mediação como instrumento administrativo-consensual de ampliação da eficiência administrativa

A participação dialogada e consensual administrativa pode ocorrer, contudo, em diversos momentos da atuação administrativa: decisão, execução ou função judicante administrativa.

⁹ Frise-se que o STF já se posicionou favoravelmente no RE 253.885/MG, no qual admitiu a transação realizada entre um Município e seus servidores, mesmo sem previsão legal expressa autorizativa para a celebração de acordos administrativos, considerando-se que esta será imprescindível apenas nos casos em que a transação importar em renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração. Ainda, admitiu-se a atenuação do princípio da indisponibilidade do interesse quando se tem em vista que a solução adotada melhor o atenderá (RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796).

O consenso na função judicante foca a prevenção e a resolução de conflitos e pode ocorrer por intermédio das comissões de conflito, dos acordos substitutivos,¹⁰ bem como por conciliação, mediação, arbitragem e similares.

A utilização dos mecanismos de participação estabelece “espaços de efetiva negociação”, nos quais as decisões administrativas são estabelecidas a partir da ponderação e, especialmente, mediante a “reciprocidade de concessões”, uma vez que todos os partícipes cedem em alguns aspectos para que se obtenha a harmonização de interesses até então contrapostos (OLIVEIRA, 2008, p. 8).

No intuito de aprimorar o consenso e reduzir o número de demandas judiciais, houve avanços legislativos significativos com a edição da Lei n. 13.129/2015, que trouxe novas luzes à arbitragem na Administração Pública, da Lei n. 13.140/2015 Lei de Mediação e do Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, ao primar pela solução consensual dos conflitos e estabelecer diversos mecanismos neste sentido¹¹. Nesta proposta também adveio a Lei n. 13.655/2018 com alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Além de o Conselho Nacional de Justiça apresentar como meta a redução de demandas repetitivas e de grandes demandados, como o Poder Público¹².

A legislação vem efetivar a proposta constitucional, eis que a Constituição da República, em seu preâmbulo, ressalta que o ordenamento se funda na harmonia social e prima pela solução pacífica das controvérsias. O Constituinte Reformador, ademais,

10 De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as comissões de conflito são permanentes para atuarem sempre que houver a possibilidade e iminência de instaurar-se um conflito de interesses no âmbito de sua competência. Os acordos substitutivos são instrumentos administrativos ocasionais sempre que se verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público possa ser mais bem atendido e, nesta hipótese, o autor exemplifica com o disposto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, 231, Rio de Janeiro, jan./mar., 2003, p. 129-156

11 O Código de Processo Civil estabeleceu, em seu art. 3º, que o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos, sempre que possível, inclusive no processo judicial.

12 No Relatório “JUSTIÇA EM NÚMEROS 2015 (ano base 2014)”, o CNJ apresenta que em 2014 havia no Judiciário Estadual de primeiro grau 2.288.055 e no segundo grau 449.482 demandas contra o Poder Público, fls. 463 e 466. No Judiciário Federal 3.044.233 no primeiro grau e 922.650 no segundo grau, fls. 301 e 303. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 9 out. 2016.

consagrou expressamente o princípio da eficiência e estabeleceu a garantia fundamental à razoável duração do processo e sua celeridade.

Até então, a insuficiente democratização do espaço público, verificada em especial pela falta de mecanismos de diálogo entre a Administração e a coletividade, calcada em uma visão oitocentista de gestão pública, faz com que o controle dos atos e omissões administrativas ocorra, em grande parte, mediante provocação e pelo processo judicial. Ocorre que, em uma sociedade de massas, os processos se multiplicam progressivamente. É comum nos tribunais processos de massa, relacionados aos mesmos fatos e com os mesmos pedidos contra o Poder Público, decorrentes de um fenômeno social de massa, cujo resultado é previamente conhecido, mas, sem ponderação, tais processos seguem até as instâncias superiores. O próprio processo civil, com o modelo da ação individual, do paradigma liberal, não atende mais à sociedade (MORAES, 2012, p. 17-19).

Para analisar a relevância da discussão sobre a necessidade de se aprimorar e tornar mais eficiente a solução de conflitos com a Administração Pública, a partir de levantamento do Conselho Nacional de Justiça, verifica-se que o Poder Público, em 2010, representou 51,1% dos processos dos 100 maiores litigantes do país, mais que o setor bancário e telefônico. O Poder Público Federal representou 38,5%, o Poder Público Estadual 7,8% e o Municipal 5,2%, em um total de 51,5%. E, ainda que no polo ativo de uma demanda contra o Poder Público esteja um único indivíduo, a decisão do seu processo pode representar ou afetar o interesse público (MORAES, 2012, p. 20).

A eficiência administrativa requer a abertura dialógica democrática do espaço público para propiciar a solução de conflitos.

Grande parte dos atos e omissões administrativas produzem efeitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, de modo a propiciar demandas de massa. O elevado número de ações iguais é contrário aos princípios da isonomia, da tutela judicial efetiva, segurança jurídica, razoável duração do processo e enfraquece a legitimidade do Estado Democrático de Direito (MORAES, 2012, p. 23).

É possível vislumbrar o dispêndio desnecessário de recursos públicos, a morosidade na satisfação de direitos e, portanto, a ineficiência administrativa na solução de conflitos a partir de pesquisa estatística realizada no TRF1, de 15/07/2005 a 15/07/2010, que detectou um elevado número de demandas idênticas contra o Poder Público versando sobre o índice de reajuste de remuneração dos servidores públicos (28,86%), tema já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, súmula 672, publicada no DJ de 09/10/2003 (MORAES, 2012, p. 25-27).

Apesar de existir desde 2003 súmula reconhecendo o direito dos servidores federais ao reajuste de sua remuneração, a seção do TRF1a Região recebeu, de 2005 a 2006, 13.268 ações e 4.558 recursos, de 2006 a 2007, 6.597 ações e 3.807 recursos, de 2007 a 2008, 2.142 ações e 1.150 recursos, de 2008 a 2009, 2.622 ações e 1.201 recursos e, por fim, de 2009 a 2010, 1.049 ações e 396 recursos (MORAES, 2012, p. 25-27), totalizando cerca de 25.000 ações e 10.000 recursos, todos sobre o mesmo tema do reajuste de remuneração já sumulado, ou seja, se se trataram de ações individuais, cerca de 25.000 servidores, só no âmbito do TRF1, tiveram de provocar o Judiciário e 10.000 servidores ainda foram compelidos a recorrer para a efetivação de um direito relevante – verba alimentar – assim como o Judiciário e a Advocacia Geral da União tiveram que atuar e movimentar estes 25.000 processos desnecessariamente, eis que o resultado era o deferimento do pedido.

A Administração, se estivesse dotada de instrumentos dialógicos e consensuais, voltada à eficiência, poderia efetivar prontamente o direito destes servidores e evitar o elevado número de demandas judiciais desnecessárias.

Um grande volume de ações idênticas também pode decorrer, por exemplo, da impugnação judicial de um candidato em relação a um edital de concurso público com milhares de inscritos, que pode acarretar a multiplicação de litígios, sendo que o ajuizamento das ações pode ser evitado pela Administração (MORAES, 2012, p. 39-40).

Não se trata de analisar pragmaticamente apenas os resultados, como por exemplo, menos ações judiciais, comum no contexto pós-moderno, que, inclusive, alavancou o princípio da eficiência. A eficiência administrativa não se restringe a números, nem apenas à economia de recursos, ela é multifacetada, devem ser considerados aspectos axiológicos e garantísticos (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 167), ela se refere à efetivação de direitos, que, em um Estado Social e Democrático de Direito também ocorre de acordo com a melhoria do padrão de vida da sociedade e implementação de participações democráticas (GABARDO, 2003, p. 122).

A eficiência *stricto sensu* se refere à melhor maneira pela qual as atividades podem ser executadas, com otimização do resultado. Trata da articulação finalística dos meios; “os resultados devem ser maximizados no que diz respeito à produtividade dos meios escassos empregados; as necessidades sociais devem ser atendidas da forma mais célere e rápida possível” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 182).

A eficiência envolve diversos parâmetros, como produtividade, economicidade, celeridade e presteza, qualidade, continuidade e desburocratização. A produtividade não trata apenas da identificação dos meios disponíveis e necessários, mas do seu melhor aproveitamento face aos fins, que pode se dar tanto pela minimização dos recursos como pela maximização dos resultados. A eficiência pressupõe otimização da “relação tempo x custo x benefício” na atuação administrativa”, assim, requer celeridade, informalismo, simplicidade e economia processual, que se contrapõem com prazos dilatados e burocracia excessiva (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 182-183; 197).

Depreende-se que um aspecto da eficiência é a desburocratização¹³, que se refere à estrutura e ao procedimento e, assim,

13 Por burocratização se compreende degeneração das funções e estruturas burocráticas, “proliferação de organismos sem conexão com as exigências gerais da funcionalidade, acentuação dos aspectos formais e processuais sobre os aspectos substanciais com a conseqüente morosidade das atividades e redução das tarefas desempenhadas, sobrevivência e elefantíase de organismos que não desempenham mais alguma função efetiva e, finalmente, triunfo da organização - a burocracia - sobre suas finalidades”. BENCINI, Fabrizio. *Verbete: burocratização*. In: BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 130.

devem ser alterados procedimentos excessivamente longos e lentos, que não permitem decisões céleres. Ainda, a Administração deve se aproximar dos administrados, com ampliação de legitimidade das decisões e de controle sobre a Administração e por exigências de eficiência para que as necessidades sejam mais satisfeitas (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 200-201).

Desse modo, ao se defender a eficiência administrativa na solução de controvérsias se está a combater a burocratização, que é a deturpação e o excesso de burocracia, inadequada, desarrazoada e desproporcional aos fins¹⁴.

A burocracia weberiana pode ser um formato de busca de eficiência administrativa na medida em que propõe a adequação dos meios em vista da máxima eficiência (NOHARA, 2012, p. 28). A Administração burocrática proposta por Weber (1999, 143, 147) funda-se na separação entre o que é público e privado, representa uma forma de dominação em razão do conhecimento, eis o seu caráter racional e, sob o aspecto social, impessoal. De tal modo, como reconhece Bresser Pereira (1998, p. 48), é efetiva para combater o patrimonialismo e garantir a execução das leis.

O problema é que mesmo a burocracia weberiana pode gerar o distanciamento da coletividade da esfera pública em razão de exacerbada qualificação e especialização (NOHARA, 2012, p. 33), porém, não se pode confundir o defeito que pode advir do modelo com o modelo em si, de modo que Raymundo Faoro (2001, 822-825) distingue o modelo burocrático do que denomina estamento burocrático, este caracterizado pelo patrimonialismo. Emerson Gabardo (2002, p. 65) também destaca que a ineficiência administrativa decorre da autonomização e deturpação da burocracia e não de sua racionalidade.

A utilização indevida de garantias pode ocasionar o que se denomina “advocacia protelatória” e demonstra a perversidade da burocracia ao transformar-se em um “fim em si mesma”. A razoável duração do processo é um dos aspectos da eficiência no tocante à celeridade (NOHARA, 2012, p. 172; 175).

14 Conforme ressaltam Emerson Gabardo, Irene Nohara e Onofre Alves Batista Júnior.

Não obstante, ainda é evidente a desatualização do Direito Administrativo e sua necessidade de transformação¹⁵, eis que não se utiliza dos mais variados instrumentos que possibilitem alcançar a eficiência administrativa (HACHEM, 2014, p. 257-258).

A sociedade se torna cada vez mais complexa e é visível a incapacidade de os governos democráticos dominarem os conflitos que surgem. É necessário aprimoramento dos órgãos estatais decisoriais e, nesta empreitada, ganham destaque princípios como a participação decisória dos cidadãos (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 58-59).

A eficiência administrativa, desse modo, requer a previsão de mecanismos de diálogos e solução de conflitos com a coletividade, para que seja efetiva na realização de direitos, célere e deixe de utilizar recursos humanos e materiais desnecessariamente em milhares de demandas judiciais.

A mediação, recentemente regulamentada pela Lei n. 13.140/2015, se revela um instrumento com potencialidade de, simultaneamente, aprimorar a democracia e a legitimidade da atuação administrativa, por ser um mecanismo de diálogo e consenso, e ampliar a eficiência administrativa.

A mediação é um “processo pacífico e não adversarial de ajuste de conflitos”, que tem como objetivo ajustar as pessoas na estrutura do direito, construindo uma estrutura própria a partir de normas relevantes para os envolvidos (SERPA, 2017, p. 156). Ela tem como propósito o (re)estabelecimento da comunicação, para que as partes que ocupam posições antagônicas, por meio do diálogo, possam solucionar o conflito (SPENGLER; MARCANTÔNIO, 2014).

Na mediação, a partir do diálogo, é realizada uma troca consensual com vistas à formação de um consenso a respeito de questões controvertidas, que pressupõe, conforme a teoria habermasiana,

15 Neste sentido, pontua Rodríguez-Arana Muñoz “Si la dignidad del ser humano y el libre y solidario desarrollo de su personalidad son el canon fundamental para medir la temperatura y la intensidad del Estado social y democrático de Derecho, entonces es llegado el tiempo en el que de una vez por todas las técnicas del Derecho Administrativo se diseñen de otra forma. De una forma que permita que los valores y parámetros constitucionales sean una realidad en la cotidianeidad. Si el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado, no hay otro camino”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el derecho administrativo social). *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 30.

um agir comunicativo. Assim, requer um mútuo reconhecimento e compreensão das pretensões, além de verdade, sinceridade e justiça (SPENGLER; MARCANTÔNIO, 2014).

O mediador age para encorajar e facilitar que as partes alcancem uma solução, sem decidir por elas, no que difere da arbitragem. As questões da disputa são isoladas e analisadas as opções para uma decisão consensual (SERPA, 2017, p. 158).

Segundo Maria de Nazareth Serpa (2017, p. 38-39), todos os meios de resolução de conflitos exigem investimentos de diversas ordens, mas a mediação é o que demanda menos tempo e dinheiro, gera menos stress e ansiedade entre os envolvidos, maior controle da situação e menor agravo às relações jurídicas, especialmente se comparada aos processos judiciais.

Ao se propor a eficiência não se pode almejar apenas números, como menos tempo, maior número de acordos, menos ações, estes são um dos aspectos. Como ressalta Nohara (2012, p. 199), não se trata de eficiência em uma perspectiva estreita de “qualidade total”.

Destaca-se, portanto, que a eficiência da mediação não se refere apenas aos custos e à celeridade. A celeridade não se confunde com a eficiência, mas pode ser um aspecto desta pois em alguns casos o resultado tardio pode ser inútil (GABARDO, 2002, p. 29).

A indisponibilidade do interesse público não deve configurar um óbice à utilização da mediação pelo Poder Público. A tradicional separação entre interesses públicos supostamente indisponíveis e privados disponíveis não é adequada, nem segura. Há interesses públicos e privados tanto indisponíveis, como preliminarmente indisponíveis, mas que admitem transação (GUEDES, 2009, p. 249). Ainda, indisponibilidade não leva necessariamente à intransigibilidade (SOUZA, 2012, p. 134). E transigibilidade não significa renúncia, mas troca, e, vantajosa ao interesse público¹⁶.

Luciane Moessa de Souza (2012, p. 75) ressalta que, tendo em vista o relacionamento constante entre os cidadãos e entes privados com o Estado, a mediação é um método de solução de conflitos relevante para o Poder Público, ela é pedagógica e

¹⁶ Sem dúvida, o tema merece um aprofundamento, que foge à brevidade do presente artigo.

transformativa, que possibilita um aprendizado com os conflitos e, assim, modificações positivas diante de novos conflitos que podem surgir do relacionamento.

As decisões provenientes das práticas comunicativas podem ser mais vantajosas para os envolvidos, pois, primeiramente, é comum a insatisfação com as decisões impostas pelo Judiciário quando a ele é transferida a resolução do conflito, ainda, o Judiciário convive com um acúmulo de demandas que se renovam e, principalmente porque há maior probabilidade de se alcançar soluções que melhor atendam as partes, além de o fato de poder tratar diretamente de questões conflituosas é mais vantajoso e racional em um Estado Democrático de Direito (SPENGLER; MARCANTÔNIO, 2014).

A inserção de mecanismos de abertura e participação da coletividade na Administração Pública, no caso, pela mediação, como forma de evitar e solucionar controvérsias é um modo de desburocratizar a Administração e obter eficiência.

Os mecanismos consensuais possibilitam economicidade, racionalidade e eficiência, que justifica uma administração coordenativa ao invés de subordinativa e, desse modo, a mediação com a Administração Pública pode contribuir. A “consensualidade é um enriquecimento do direito administrativo” (MOREIRA NETO, p. 42-43; 48).

Vislumbra-se que a consensualidade propiciada pela mediação como solução de controvérsias pode contribuir à eficiência administrativa, esta compreendida em termos de realização da Constituição. O êxito das democracias requer participação e consensualidade, pois possibilitam decisões mais sábias e prudentes, fomentam a responsabilidade das pessoas e aprimoram a aceitabilidade e obediência aos comandos estatais (MOREIRA NETO, 2001, p. 41). A relação fundada no consenso tem maior probabilidade de ser duradoura que aquela fundada na coerção (MOREIRA NETO, 2011, p. 56; 143).

A eficiência determina à Administração uma atuação otimizada, considerando os resultados da atividade e a adequação entre os meios e os fins. Na promoção do bem comum, tanto os meios como os fins são relevantes e a eficiência é bipotencial, no sentido

que se volta para a ação instrumental e para o resultado. A eficiência se refere ao melhor caminho para atender ao bem comum (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 99; 172).

Em termos de evitar e solucionar antecipada e ativamente demandas, há que se considerar que a eficiência da mediação não se restringe às partes, estas se beneficiarão imediatamente, e a coletividade, em diferentes perspectivas, também se beneficiará da eficiência administrativa obtida pela solução de controvérsias.

Desse modo, a mediação, não apenas preocupada com o resultado das controvérsias, mas como um meio democrático, mais célere e econômico de autocomposição e, portanto, mais legítimo, se demonstra uma forma eficiente para a solução de alguns conflitos existentes com a Administração Pública. Não se olvida que não há garantia de resultado, pode não existir consenso e sim dissenso, mas o meio – a mediação – tende a ser mais eficiente para se atender os resultados – maior celeridade na solução de controvérsias, com participação dos envolvidos, e efetivação antecipada de direitos.

De acordo com Robert Dahl (2001, p. 67-68), o “consenso perfeito e duradouro é um objetivo inatingível”, contudo, a partir das considerações de participação democrática do autor acerca do processo legislativo, depreende-se que é relevante o fato de todos poderem apresentar seu ponto de vista; todos poderem discutir e negociar e, apesar de existir a possibilidade daquilo que se defende não ser acolhido, terá havido ampla autodeterminação. Jurgen Habermas (2004, p. 326-327; 334) também reconhece o dissenso permanente, mas as decisões devem ser tomadas e de modo legítimo, que é o que defende a “legitimação por meio de procedimentos”, que neutraliza os dissensos inevitáveis, no que denomina concordar em discordar.

Não se olvida que poderá haver óbices na implementação da mediação na esfera administrativa¹⁷, que ainda é incipiente¹⁸, mas é

17 Como por exemplo, a necessidade de estabelecer procedimentos, a comunicação entre as partes, quem serão os mediadores, como serão remunerados, a confidencialidade da mediação, segurança jurídica quanto a decisões, como serão cumpridas as decisões em termos de orçamento e questões de precatórios, dentre outros aspectos, cujo aprofundamento ocorrerá em outra oportunidade.

18 A Procuradoria Geral Federal expediu a PORTARIA N. - 375, de 6 de julho de 2017, que institui o Programa Permanente de Inovação para Solução de Conflitos da Procuradoria-Geral Federal - PGF INOVA, no intuito de avaliar novas possibilidades para a solução de conflitos.

inevitável sua utilização, já prevista em termos normativos e cujos efeitos podem contribuir à democratização do espaço público, conferir maior legitimidade e eficiência à atuação administrativa e, assim, efetivar a Constituição da República.

Um dos rumos da cidadania a partir de um Estado pós-moderno é a modificação do papel das pessoas, de súditos para cidadãos, mediante a implementação da democracia substantiva com a ampliação da participação, que não se restringe às eleições, de modo a legitimar as atuações do Poder Público. A democracia substantiva representa um diálogo constante da sociedade com o aparelho governante e desta interação as decisões, além de legais, serão legítimas, praticadas de acordo com os anseios da coletividade (MOREIRA NETO, 2011, p. 69; 142).

Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida (2008, p. 335-349; p. 349), dentre as vantagens que podem ser identificadas a partir da “Administração consensual” tem-se a modificação de uma característica autoritária para uma democrática, contribuição e incremento de controle pela coletividade e ganhos de eficiência e governança, contudo, o autor também aponta riscos, como a eficiência deturpar a justiça e a “res publica ser progressivamente substituída pelas formas difusas de uma cidadania privada”. Não obstante, ainda acredita que as virtudes democráticas podem resgatar valores cívicos que contribuirão para a Administração e ao Estado.

O Estado que lograr substituir a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade obterá eficiência em sua governança pública e a possibilitará também na esfera privada (MOREIRA NETO, 2011, p. 143).

4. Conclusão

Depreende-se que a formação da Administração Pública brasileira está atrelada a origens patrimonialistas, de relações fundadas na pessoalidade e confusas entre o público e o privado, o que afasta a coletividade da esfera pública, das decisões públicas e gera ineficiência pois há grande tendência de aqueles que estão no Poder, ou próximos deste, se utilizarem da estrutura pública para interesses próprios.

Foram várias as reformas realizadas no intuito de alterar referido cenário. De acordo com o tema ora analisado se destaca a Constituição de 1988, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito e a Emenda Constitucional n. 19/98, a qual trouxe a Reforma do Estado e da Administração Pública e, dentre inúmeras alterações no texto constitucional, estabeleceu expressamente o princípio da eficiência, que buscou combater a ineficiência administrativa, cuja causa era apontada como a burocracia. No entanto, o que se extrai é que a burocracia em si é neutra, mas a ineficiência da Administração pode ser decorrência do denominado estamento burocrático, do patrimonialismo e da burocratização¹⁹.

A burocratização dificulta o diálogo com a coletividade, adota regras formais que acabam deturpadas e se transformam em um fim em si mesmas e, cada vez mais, a coletividade se afasta da esfera pública. A deturpação da burocracia, somada à complexidade da sociedade, que almeja a concretização de inúmeros direitos ainda não realizados pelo Estado ou, realizados de forma ineficiente, propiciou o aumento significativo de demandas judiciais, muitas vezes idênticas, contra o Poder Público.

Passados trinta anos da Constituição da República de 1988, a Administração Pública e, conseqüentemente, o direito administrativo brasileiro ainda necessitam de transformações para efetivar o Estado Democrático de Direito.

O sistema administrativo para a resolução de conflitos tem se mostrado inadequado e ineficiente pois não reconhece direitos das partes, é moroso, são interpostos recursos e medidas protelatórias que demandam tempo, recursos financeiros e humanos públicos, com a agravante que as partes deixam de usufruir direitos ou os usufrui tardiamente. Desse modo, a mediação, regulamentada pela Lei n. 13.140/2015, ao ser adotada pela Administração Pública, poderá contribuir à democratização do espaço público, com a ampliação da participação da coletividade e diminuição do patrimonialismo, ademais, as decisões oriundas do processo de mediação tendem a ser mais legítimas

¹⁹ Neste sentido, FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed., São Paulo: Globo, 2001. p. 825-826.

e mais facilmente cumpridas e, assim, a mediação na Administração Pública se apresenta como um instrumento apto a propiciar a ampliação da eficiência administrativa.

5. Referências

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.
- BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.06.002.AO09>>.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. Disponível em: <10.5380/rinc.v4i1.49773>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 253885/MG. Relatora Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796.
- Conselho Nacional de Justiça. *JUSTIÇA EM NÚMEROS 2015* (ano base 2014). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 9 out. 2016.
- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. *RDA - Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, ano 2011, n. 257, maio/ago. 2011.

- GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*: uma análise das estruturas simbólicas do direito público. São Paulo: Manole, 2003.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. *Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 124, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73528>>. Acesso em: 3 jun. 2018.
- GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública, p. 243-272. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado*: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2004.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 fls. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MAIA, Taciana Mara Corrêa. A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 16, n. 31, jan./jun. 2014.
- MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública*: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição. Brasília: CJF, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, 231, Rio de Janeiro, jan./mar., 2003.
- NOHARA, Irene. *Reforma administrativa e burocracia*: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei n. 13.129/2015: novos desafios. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34, 1998.
- PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69224>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el derecho administrativo social). *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015. Disponível em: <www.dx.doi.org/10.14409/rr.v2i2.5161>. Acesso em: 3 jun. 2018.
- SCHWANKA, Christiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, julho, agosto, setembro 2011, v. 80, n. 3, ano XXIX.
- SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação uma solução judiciosa para conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 34, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-174, out./dez. 2008.
- SPENGLER, Fabiana Marion; MARCANTÔNIO, Roberta. Considerações sobre a teoria da ação comunicativa de Habermas e a mediação como forma de promover a comunicação para o tratamento de conflitos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 41/2014, p. 313-329, abr. /jun. 2014.

Gabriel Rebello Esteves Areal

Fundo Amazônia: Um estudo de caso da iniciativa do governo brasileiro para combater o desmatamento e seu enquadramento (ou não) no conceito de fomento

11

Fundo Amazônia: Um estudo de caso da iniciativa do governo brasileiro para combater o desmatamento e seu enquadramento (ou não) no conceito de fomento

Gabriel Rebello Esteves Areal¹

Resumo

O objetivo do presente trabalho é realizar, partindo do conceito de fomento, um estudo de caso tendo como objeto único o Fundo Amazônia, uma iniciativa do governo brasileiro destinada a captar doações para aplicações não reembolsáveis em ações de prevenção, monitoramento e combate ao desmatamento e de promoção da conservação e do uso sustentável das florestas na Amazônia Legal. O gestor do Fundo é o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), principal instituição de fomento do Brasil. Pretende-se atestar que operações aprovadas e já contratadas, pelo BNDES, por meio desta linha de apoio, estariam fora do conceito de fomento público defendido pela doutrina. Parte da doutrina entende que seria enquadrado como fomento o apoio a entes públicos. Pretende-se criticar o alargamento do conceito, que acaba tornando-o deveras abstrato, e eventualmente perdendo o seu sentido.

Palavras-chave: Direito da Regulação. Intervenção. Estratégias regulatórias. Fomento público. Bancos públicos.

Abstract

The objective of the present work is to carry out, based on the concept of fomentation, a case study having as sole object the Amazon Fund, an initiative of the Brazilian government destined to raise donations for non reimbursable applications in actions of prevention, monitoring and combat to deforestation and to promote the conservation and sustainable use of forests in the Legal Amazon. The Fund manager is the National Economic

¹ Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio; Graduado em Direito pela PUC-Rio. Advogado do Departamento Jurídico de Saneamento e Transporte do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). E-mail: areal.gabriel@gmail.com.

and Social Development Bank (BNDES), the main development institution in Brazil. It is intended to attest that operations approved and already contracted by BNDES, through this line of support, would be outside the concept of public promotion advocated by the doctrine. Part of the doctrine understands that it would be framed as fomenting the support to public entities. It is intended to criticize the extension of the concept, which ends up making it quite abstract, and eventually losing its meaning.

Keywords: Regulation. Intervention. Regulatory Strategies. Public fostering, Public banks.

1. Introdução

O governo brasileiro apresentou, na Conferência das Partes (COP 13)², realizada em Bali, em 2007, no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC, na sigla em inglês)³, o conceito do Fundo Amazônia, uma iniciativa de financiamento de ações de Redução de Emissões Provenientes do Desmatamento e da Degradação Florestal (REDD+⁴).

A criação do Fundo se deu a partir do Decreto Federal n. 6527/2008, por meio do qual o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) foi autorizado a criar uma

2 A Conferência das Partes (COP) é o órgão supremo da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), que reúne anualmente os países Parte em conferências mundiais. Suas decisões, coletivas e consensuais, só podem ser tomadas se forem aceitas unanimemente pelas Partes, sendo soberanas e valendo para todos os países signatários. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/conferencia-das-partes>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

3 Durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, a Rio 92, representantes de 179 países consolidaram uma agenda global para minimizar os problemas ambientais mundiais. Crescia a ideia do desenvolvimento sustentável, buscando um modelo de crescimento econômico e social aliado à preservação ambiental e ao equilíbrio climático em todo o planeta. Nesse cenário, foi elaborada a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC). Ainda na Rio 92, outras duas convenções foram elaboradas: a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção das Nações Unidas para o Combate à Desertificação e Mitigação dos efeitos da seca. Foi promulgada por meio do Decreto n. 2.692/1998. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

4 REDD+ é um instrumento desenvolvido no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, na sigla em inglês) para recompensar financeiramente países em desenvolvimento por seus resultados relacionados às atividades de: (i) redução das emissões provenientes de desmatamento; (ii) redução das emissões provenientes de degradação florestal; (iii) conservação dos estoques de carbono florestal; (iv) manejo sustentável de florestas; e (v) aumento dos estoques de carbono florestal. Disponível em: <<http://redd.mma.gov.br/pt/redd-unfccc>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

conta específica destinada a captar doações para aplicações não reembolsáveis em ações de prevenção, monitoramento e combate ao desmatamento e de promoção da conservação e do uso sustentável das florestas na Amazônia Legal⁵.

Recentemente, completaram-se dez anos da sua existência; entretanto, não se tem conhecimento acerca de trabalhos acadêmicos produzidos no mundo jurídico sobre o Fundo. Além disso, tendo em vista que o BNDES foi escolhido como o gestor do Fundo, e por se tratar da principal instituição de fomento do Brasil, optou-se por realizar estudo de caso, tendo como objeto único de análise o Fundo e o seu enquadramento (ou não) no conceito de fomento.

Pretende-se, a partir do presente trabalho, responder às seguintes perguntas de pesquisa:

- (i) O apoio financeiro do BNDES no âmbito do Fundo Amazônia pode ser enquadrado no conceito de fomento?
- (ii) A atuação do BNDES, como gestor do Fundo Amazônia, deve se restringir a entidades privadas?

Na primeira parte do trabalho, pretende-se operacionalizar o conceito de fomento, bem como diferenciá-lo das outras formas de intervenção do Estado na economia, quais sejam, os serviços públicos e o poder de polícia.

Além do conceito de fomento, é necessário explicitar a natureza jurídica do Fundo, pois não se trata de um fundo instituído pelo Poder Público, mas de uma conta contábil aberta junto ao BNDES, destinada a receber doações para aplicações não reembolsáveis em ações de prevenção, monitoramento e combate ao desmatamento e de promoção da conservação e do uso sustentável das florestas na Amazônia Legal.

Em seguida, pretende-se apresentar o Fundo, trazendo um breve histórico da sua criação. Além disso, será analisado o Decreto de criação do fundo, bem como a sua governança.

5 Originalmente, as aplicações do Fundo Amazônia estavam restritas ao bioma Amazônia. Entretanto, por meio do Decreto n. 8773/2016, foi ampliado o escopo de atuação do fundo, passando a abranger toda a Amazônia Legal, que corresponde à área dos estados da região Norte (Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins), acrescidos da totalidade do estado de Mato Grosso e dos municípios do estado do Maranhão situados a oeste do meridiano 44º O. - Fonte: *IBGE*.

Ademais, objetiva-se analisar empiricamente algumas das operações do Fundo, levando-se em consideração o objetivo do projeto, o tipo de ente contratado e o ritmo do desembolso dos recursos. A análise será baseada nos informes de carteira e no relatório anual do Fundo Amazônia relativo ao ano de 2017, publicados na sua página da internet.

Finalmente, pretende-se, a partir da análise realizada, debater as escolhas adotadas pelo governo brasileiro acerca da ampliação do papel do BNDES como instituição oficial de fomento. O uso dos recursos do Fundo acaba sendo deturpado de sua finalidade precípua e servindo como substituição de fontes orçamentárias por entes públicos. Ademais, faria mais sentido que as operações entre entes públicos ocorressem por meio de convênios financeiros de repasse, e não por meio do BNDES.

Hipótese:

Pretende-se apresentar, a partir da análise empírica dos dados disponibilizados na página da internet do Fundo Amazônia⁶, que operações aprovadas e já contratadas, pelo BNDES, por meio desta linha de apoio, estariam fora do conceito de fomento. Pode-se destacar, inclusive, o apoio às atividades do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) de fiscalização ambiental e controle do desmatamento na Amazônia Legal. Neste caso, o BNDES não somente apoia diretamente uma autarquia federal, ou seja, um ente público, como o escopo do projeto é voltado para o exercício do poder de polícia do Ibama.

A ampla abrangência da atividade estatal de fomento resulta em uma dificuldade conceitual para a delimitação material de seu campo de incidência. Além disso, o tema foi pouco estudado e a doutrina se divide sobre a possibilidade de o fomento ocorrer entre entidades de direito público.

O BNDES tem por finalidade promover o desenvolvimento econômico e social, estando autorizado a estimular ou fomentar atividades que estejam relacionadas à sua missão institucional. Ocorre que o escopo do Banco deixa margem para que

6 Disponível em: <www.fundoamazonia.gov.br>. Acesso em: 4 ago. 2018.

inúmeras atividades nele se enquadrem, causando dúvidas sobre a legitimidade de suas políticas. Recentemente, a atuação do banco foi bastante questionada pela sociedade, culminando com a instauração de comissões parlamentares de inquérito⁷ que objetivaram investigar suposto favorecimento a determinados grupos econômicos.

Metodologia:

O estudo de caso⁸ como método de pesquisa foi o escolhido para balizar o desenvolvimento do presente trabalho, tendo em vista que não há nenhum controle sobre os eventos contemporâneos já ocorridos e em vias de ocorrer, relativos às operações realizadas no âmbito do Fundo Amazônia. Trata-se de iniciativa em andamento, com um volume considerável de recursos em caixa, disponíveis para desembolso, bem como para futuros projetos. Optou-se, no estudo de caso, como objeto único, o Fundo Amazônia, pela facilidade na obtenção das informações em sua página na internet. Além disso, conforme será demonstrado, considerando o volume de desembolsos, a maior parte dos recursos tem sido destinada para operações junto ao setor público.

Com relação à operacionalização do conceito de fomento, pretende-se utilizar a doutrina, com destaque para a possibilidade, a depender do autor, do alargamento do conceito de fomento, estendendo sua aplicação às operações entre entes públicos. Ademais, pretende-se criticar o alargamento do conceito, pois acaba tornando-o deveras abstrato e eventualmente perdendo o seu sentido.

A análise exploratória terá como fontes a legislação de referência do Fundo, bem como os relatórios anuais, disponíveis em sua página na internet, que compilam informações relativas ao volume de doações recebidas e à carteira de projetos (estão disponíveis informações relativas aos beneficiários dos contratos, valores contratados e desembolsados).

7 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao;jsessionid=FE0777E68D209A92897FB6C93B4555F5?0&codcol=2109>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

8 YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Tradução de Daniel Grassi. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 26.

Finalmente, com base nos dados analisados, pretende-se comprovar que uma ampliação da atuação do BNDES, especificamente no âmbito do Fundo Amazônia, pode ser considerada uma má escolha discricionária. Acredita-se que uma avaliação dos projetos com o setor público demonstrará que os recursos têm sido gastos em um ritmo abaixo da média quando comparado com as organizações do terceiro setor, bem como as entregas realizadas não refletirão aquilo que fora pactuado quando da aprovação do apoio financeiro.

Justificativa:

O Fundo Amazônia é uma iniciativa inovadora para apoiar ações de redução de emissões provenientes do desmatamento e da degradação florestal (REDD+). Ocupa posição de destaque em âmbito internacional em razão da escala de suas captações, bem como pela extensão de sua carteira de projetos e pela transparência de suas atividades.

As primeiras doações de recursos para o Fundo Amazônia e a aprovação dos primeiros apoios a projetos de combate ao desmatamento ocorreram em 2009, vários anos antes da definição das normas internacionais sobre o financiamento de projetos voltados à proteção de florestas em países em desenvolvimento (“pagamentos por resultados”), que ocorreu em 2013, durante a COP 19 (Conferência das Partes sobre Mudança do Clima), em Varsóvia, conforme visto acima.

Convém mencionar também que o Fundo Amazônia pode ser considerado a iniciativa do BNDES com maior visibilidade internacional, destacando-se que todas as ações relacionadas ao Fundo Amazônia estão sob constante escrutínio das diversas estruturas de governança⁹ dos seus doadores.

2. O conceito de fomento público

O fomento público é uma das possibilidades indiretas de intervenção estatal. De acordo com José Vicente de Mendonça, fomento “é o auxílio ao desenvolvimento e ao exercício de uma atividade privada, tida como de interesse público, com meios públicos¹⁰”.

⁹ A questão da governança será mais bem explorada adiante no texto.

¹⁰ MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 352.

A intervenção do Estado na ordem econômica pode se dar de forma direta e indireta. Na atividade de fomento, a Administração Pública atua indiretamente, por meio do particular. Na intervenção econômica direta, a Administração desempenha a atividade em nome próprio, com ou sem competição.

Segundo Célia Cunha Mello, o fomento surge a partir de um modelo de Estado que não implique uma ruptura total com o Estado liberal nem com o Estado providência, ao menos do ponto de vista da interferência estatal. Sendo assim, surge o Estado subsidiário, aquele em que a realidade predomina sobre a ideologia¹¹.

O princípio da subsidiariedade, que legitima a intervenção do Estado na ordem econômica, representa uma redução no protagonismo do poder estatal na solução das necessidades e interesses públicos. Trazendo à baila as lições de Silvia Faber Torres, o Estado deve facilitar, impulsionar e orientar a ação dos indivíduos e entes intermédios, sem, contudo, substituí-los¹². Segundo a autora, seriam entidades intermédias, dentre outras, as cooperativas, fundações, e organizações não governamentais¹³.

2.1 Classificação dos instrumentos de fomento

Tendo em vista que o objeto do trabalho é um estudo de caso, não pretendemos explicitar, de modo exaustivo, a classificação dos instrumentos de fomento. A doutrina classifica-os como honoríficos, jurídicos e econômicos¹⁴.

11 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 9. Não é o objetivo do presente artigo discorrer sobre a evolução do Estado. Para tanto, recomenda-se a leitura da obra de Jacques Chevallier (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009).

12 TORRES, Silvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 131.

13 *Ibidem*. p. 124. Em que pese as discussões acerca do fomento girarem em torno da intervenção do Estado na economia, podemos incluir uma nova categoria de fomento, que seria o de cunho social, voltado para a promoção e incentivo de iniciativas de interesse público cujos agentes fomentados são as entidades intermédias mencionadas anteriormente. Voltaremos a este assunto mais adiante.

14 Em resumo, a classificação seria a seguinte: (i) Honoríficos são uma espécie de recompensa outorgada pelo poder público ao particular, em função do reconhecimento a determinado ato ou conduta do agente. Exemplos seriam os títulos, troféus e diplomas; (ii) Jurídicos são aqueles cujo objetivo é promover, proteger ou acentuar o desenvolvimento de atividades de interesse público, e seu cumprimento é de responsabilidade dos particulares em razão de certas situações jurídicas diferenciadas. Seriam benefícios ou vantagens oferecidos aos particulares; (iii) Econômicos implicam uma vantagem patrimonial favorável ao agente fomentado. Tais meios são divididos em reais (seria caracterizado pelo uso ou aproveitamento de um bem público, ou a prestação de um serviço técnico colocado à disposição do particular) e financeiros (são os auxílios diretos e indiretos. No primeiro caso se caracteriza pelo efetivo desembolso de recursos para o agente fomentado, enquanto o segundo implica renúncia de receita pública por parte do ente fomentador).

Os meios de fomento mais comuns são os econômicos, que se subdividem em reais e financeiros. Todavia, concordamos com Floriano de Azevedo Marques Neto, já que são diversos os tipos possíveis. Esgotá-lo daria um certo caráter manualístico ao texto, o que não é nossa intenção. A seguir, trazemos os exemplos apresentados pelo referido autor:

Dentre os mais frequentes estão os benefícios fiscais e tributários, a política de crédito (empréstimos e subsídios), a cessão de bens, o franqueamento de procedimentos administrativos mais céleres (fomento burocrático), o oferecimento de assistência técnica, e tantos outros meios¹⁵.

2.2 Fomento e discricionariedade

O fomento, no ordenamento brasileiro, tem como fundamento o art. 174, *caput*, da Constituição Federal, no qual o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei¹⁶, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Alguns autores, como Marcos Juruena Villela Souto, entendem que o “planejamento deve refletir a vontade eleitoral, definindo preferências de eleitores e consumidores quanto às ações e alocação de recursos¹⁷”. O planejamento decorre de um plano

15 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

16 Ressalta-se que a Constituição Federal previu expressamente, em seu texto, hipóteses de fomento, as quais o Estado teria o dever expresso de atuar como agente fomentador de determinadas atividades econômicas e sociais. O primeiro dispositivo é o art. 23, VIII, que prevê, dentre as obrigações comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, “fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar”. Em seguida, temos o art. 165, no qual previu que a Lei de Diretrizes Orçamentárias deve, obrigatoriamente, estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. O terceiro é o art. 213, parágrafo 2, que previu o seguinte: “As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público”. Além disso, tratou do fomento à cultura nos arts. 216, parágrafo 6º, e 216-A, parágrafo 1º, inciso III. Tratou também do fomento ao desporto no art. 217 e, finalmente, no art. 218, previu ser aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

17 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 101.

de governo, elaborado pelo Poder Executivo e submetido ao Legislativo, já que compete a esta Casa aprovar os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, de acordo com o disposto no art. 48, IV, da Constituição Federal. Para Juruena, uma vez aprovado o plano, o setor e/ou atividade previstos deveriam ser fomentados à iniciativa privada por meio de atividade vinculada, sem qualquer tipo de favorecimento que esteja fora do contexto do planejamento, sob pena do princípio da igualdade¹⁸.

Podemos acrescentar que a vinculação não decorre somente da lei formal, devendo ser extraída do ordenamento jurídico. Segundo Célia Cunha Mello¹⁹, o regime de estrita legalidade apresenta uma fragilidade estrutural acentuada.

Por outro lado, autores²⁰ como José Vicente de Mendonça entendem que o fomento está mais próximo da discricionariedade do que da vinculação. Entretanto, o autor enxerga problemas no excesso de discricionariedade, especialmente quanto ao fato de não haver critérios para a sua concessão, assim como sua intensidade e duração.

2.3 Diferenças entre fomento, poder de polícia e serviço público

O Estado, através do fomento, atua como promotor, ou incentivador de determinado comportamento por parte do administrado, que não é compelido a adotar a conduta desejada pelo Estado. Segundo Celia Cunha Mello²¹, a relação jurídico-administrativa de fomento público forma-se com base no consentimento do agente fomentado, que manifesta a vontade de adotar o comportamento almejado pelo Estado.

18 *Ibidem*. p. 104.

19 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 28.

20 MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 395. O autor afirma em seu livro que outros autores espanhóis, como Garrido Falla, Alberto Olmeda e Herminio Losada defendem o caráter discricionário do fomento, mesmo que em algumas subvenções haja elementos vinculados. No Brasil, José Vicente de Mendonça aponta Odete Medauar e Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

21 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 29.

A principal diferença entre o fomento e o poder de polícia está, portanto, na ausência de imperatividade (o Estado não se coloca em nível superior em relação ao particular) e compulsoriedade. José Vicente de Mendonça²² pondera, corretamente, a nosso ver, que o agente fomentado, a partir do momento que adere ao convite feito pelo Estado, fica obrigado a cumprir a finalidade acordada. A título exemplificativo, se o agente toma um empréstimo com juros subsidiados para executar determinada finalidade de interesse público, deve cumpri-la conforme o disposto no Contrato de Financiamento, sob pena de ser obrigado a devolver os recursos acrescidos de juros e correção monetária.

Ressalta-se que Marcos Juruena Villela Souto utiliza a expressão “sanção positiva²³” para caracterizar o fomento. Para o autor, o “planejamento vai representar um comando seguido de uma sanção para se obter o atendimento desse comando”; entretanto, esta “sanção positiva” seria na verdade um “incentivo para a atividade prevista no comando²⁴”.

Além disso, a atividade de fomento não dispõe de medidas autoexecutórias, segundo Maria Herminia Moccia²⁵. No poder de polícia, a administração pode promover, por si mesma, independentemente de intervenção judicial, medidas necessárias para evitar um dano social ou para restabelecer a ordem pública, inclusive através de meios de coerção.

Com relação à diferença entre fomento e serviço público, para José Vicente de Mendonça²⁶ o primeiro seria uma obrigação de dar do Estado, enquanto o último seria uma obrigação de fazer, a ser executada pela Administração ou por um ente delegatário

22 MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 356.

23 Pode-se acrescentar ao debate a opinião de Gustavo Binenbojm, que trata da chamada regulação por normas de indução. Para o autor, existiria uma regulação por incentivos, mas que não deveria ser confundida com o fomento público, pois neste não há o exercício imediato do poder estatal. Para um maior aprofundamento, ver BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

24 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 103-104.

25 MOCCIA, Maria Herminia P. S. *Parâmetros para a utilização do fomento público econômico: empréstimos do BNDES em condições favoráveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 61.

26 MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 356.

privado. Além disso, no serviço público a titularidade é administração, que o presta diretamente ou por meio de um delegatário, enquanto no fomento a atuação da administração é sempre indireta.

O agente fomentador não figura como titular do serviço ou da atividade objeto do fomento. No serviço público, por outro lado, depreende-se a partir da leitura do art. 175²⁷ da Constituição Federal que a titularidade é do Estado, podendo prestar o serviço diretamente ou por meio de concessão ou permissão a um ente privado. Outra característica que diferencia o fomento do serviço público se dá quanto ao caráter transitório do primeiro, enquanto no último um de seus princípios é o da continuidade, já que se espera, por parte do prestador do serviço público, que o mesmo não venha a ser interrompido.

2.4 Fomento entre entes públicos

A principal discussão, na verdade, e que é a espinha dorsal do presente trabalho, se dá quanto à possibilidade de fomento a entidades públicas. A atuação do Estado, por meio do fomento, em princípio ocorre sobre uma atividade privada, de cunho empreendedor. O papel do Estado é de estimulador, ressaltando inclusive que o particular não estaria, em um primeiro momento, obrigado a executar tal atividade.

Importa destacar, portanto, que para José Vicente de Mendonça, nos auxílios ocorridos entre entes da administração não há acordo entre uma vontade pública e uma vontade privada para a execução de atividade privada. Com efeito, há mero repasse de recursos entre órgãos ou entidades públicas. Segue o autor:

Se o fomento é auxílio público a entidades privadas no exercício de atividade privada de interesse público, talvez não seja fomento o caso em que entidade pública repassa recursos ou facilita a atividade de outro órgão ou entidade pública, porque a atividade fomentada seria pública²⁸.

27 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

28 MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 359.

Entretanto, há autores como Célia Cunha Mello, que entendem ser possível que o ente público fomentador “conceda vantagens e incentivos capazes de convencer outro ente público a proteger ou promover o objeto fomentado, presentes, nesse caso, todos os requisitos da atividade de fomento, inclusive a satisfação indireta das necessidades públicas²⁹”.

Em que pese a posição da autora, discordamos da sua visão, e trazemos ao debate um ponto levantado pela própria, que é o fato de a intervenção do Estado no domínio econômico ter como base o princípio da subsidiariedade. Tal princípio, em conjunto com o da proporcionalidade, consiste em um dos principais parâmetros de incidência do fomento, devendo ser ponderados os custos e benefícios de se restringir a liberdade de iniciativa. De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto³⁰, a intervenção estatal no domínio econômico encontra limites nos referidos princípios, sem os quais estaríamos negando a liberdade de iniciativa.

Convém ressaltar, inclusive, que o princípio da subsidiariedade se baseia nos critérios de residualidade, eventualidade e necessidade, sempre em favor das instâncias de menor abrangência orgânica³¹. Acrescente-se a isso que o eixo horizontal³² do princípio determina que se priorize a iniciativa da sociedade ao invés da intervenção pública.

Reconhecemos que, apesar da divergência na doutrina, os auxílios financeiros entre entes administrativos ocorrem na prática. Podemos, inclusive, antecipar uma questão que será abordada posteriormente no trabalho a respeito do apoio do BNDES, por meio de diversas linhas de financiamento, aos Estados e Municípios, bem como por meio do Fundo Amazônia, nosso estudo de caso. Desta

29 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 32. A autora traz em seu livro a posição de Garrido Falla: “A atividade fomentada não há de ser exclusivamente privada, podendo ser desenvolvida por outros entes públicos”.

30 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

31 Cf. GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 212.

32 A doutrina divide o princípio em seus eixos horizontal e vertical, sendo este uma regra de definição de competências entre o Estado e as regiões ou entre o Estado e uma união comunitária. Ressalta-se, inclusive, que tal princípio serviu como um dos fundamentos para a criação da União Europeia.

forma, apresentamos a posição de José Vicente de Mendonça³³, que denomina este tipo de operação como um auxílio interadministrativo. De acordo com o autor, não seria adequado chamar este tipo de operação de fomento, pois seria necessário alargar em demasia a definição do conceito em tela. Para o autor, “existem traços do regime jurídico do fomento em sua administração, em especial a união dos esforços e a cooperação em prol de objetivo comum”.

Outro exemplo a respeito desta polêmica pode ser o apresentado por Maria Herminia Moccia que, partindo da opinião de José Vicente de Mendonça e Jordana de Pozas, afirma que as verbas do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), criado em 2007 pela Lei n. 11575, de 26/11/2007, destinadas aos demais entes da federação, não poderiam ser catalogadas como atividade de fomento, pois na verdade cuidam de transferência de recursos financeiros pelos órgãos e entidades da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações que integram o aludido Programa. As ações, por sua vez, são discriminadas por meio de edição de Decreto, abrangendo as áreas prioritárias pelo governo, destacando-se o investimento em infraestrutura em áreas como saneamento, habitação, transporte, energia e recursos hídricos, entre outros. A autora procura ressaltar, inclusive, que o fomento público está compreendido como o auxílio público a entidades privadas, no exercício de atividade privada de interesse público³⁴.

2.5 O fomento como instrumento de regulação

Em primeiro lugar, não se deve confundir fomento com regulação econômica e social. Conforme Maria Herminia Moccia³⁵, este último conceito é mais amplo, pois abrange a criação, fiscalização e aplicação da norma, podendo induzir comportamentos, mas nem toda regulação se faz por meio da atividade de fomento. José Vicente de Mendonça³⁶ defende, inclusive, que o fomento seria uma técnica de regulação.

33 MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 361.

34 MOCCIA, Maria Herminia P. S. *Parâmetros para a utilização do fomento público econômico: empréstimos do BNDES em condições favoráveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 58-59.

35 *Ibidem*. p. 65.

36 MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 365. Segundo o autor, “todo fomento é regulador, mas nem toda regulação é fomento”.

O fomento, de acordo com Marcos Juruena Villela Souto³⁷, seria uma das principais técnicas de regulação. Haveria, segundo o autor, uma tendência a incentivar investimentos privados em determinados setores contemplados pelas políticas públicas. Acrescenta-se, ainda, que se trata, segundo o autor, “de uma regulação executiva, normalmente implementada pelas agências oficiais de fomento, influenciando, assim, a eficiência na alocação de recursos”.

Além disso, para José Vicente de Mendonça³⁸, existiria uma íntima relação entre o planejamento e o fomento. Para o autor, “o planejamento estatal é o antecedente necessário do fomento”. A atividade a ser fomentada deve estar inserida dentro de uma programação que, conforme o autor, denomina-se planejamento. Convém destacar que, nos termos do art. 174, da Constituição Federal, o planejamento é determinante para o setor público.

Portanto, a falta de planejamento pode provocar distorções desnecessárias, muitas vezes fomentando excessivamente setores que não dependeriam mais de apoio estatal, como também poderia provocar a má utilização das instituições de fomento. Trataremos deste assunto mais adiante.

3. O Fundo Amazônia

O Decreto n. 6.527/2008 autorizou, em seu art. 1º, a criação, pelo BNDES, de conta específica denominada Fundo Amazônia, destinada a captar doações para aplicações não reembolsáveis em ações de prevenção, monitoramento e combate ao desmatamento e de promoção da conservação e do uso sustentável das florestas na Amazônia Legal³⁹. Convém ressaltar que o Fundo não dispõe de personalidade jurídica, havendo sido criado pelo próprio BNDES como uma conta contábil. Destaca-se, ainda, que cabe ao Banco representar o Fundo judicial e extrajudicialmente, nos termos do art. 1º, parágrafo 5º, do referido Decreto.

37 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 104.

38 MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 366.

39 Os eixos de atuação do fundo estão previstos no art. 1º do Decreto n. 6527/2008, e estão a seguir elencados: (i) gestão de florestas públicas e áreas protegidas; (ii) controle, monitoramento e fiscalização ambiental; (iii) manejo florestal sustentável; (iv) atividades econômicas desenvolvidas a partir do uso sustentável da vegetação; (v) Zoneamento Ecológico e Econômico, ordenamento territorial e regularização fundiária; (vi) conservação e uso sustentável da biodiversidade; e (vii) recuperação de áreas desmatadas.

Primeiramente, importa afirmar que a utilização da terminologia “fundo” não é a mais adequada, já que se trata apenas de conta contábil aberta junto ao BNDES. Entretanto, o próprio banco se utiliza da expressão, explicitada em seu Estatuto Social, aprovado pelo Decreto n. 4.418/2002: o art. 29 autoriza a destinação de recursos para a constituição de fundos específicos (art. 29⁴⁰), para ações passíveis de apoio pelo banco, em especial aquelas previstas no art. 9º, V⁴¹, do Estatuto.

Destacamos que o Fundo Amazônia não é um fundo público, como, por exemplo, o Fundo Nacional de Meio Ambiente⁴², tendo em vista que o último depende de lei para ser criado. Acrescentamos, ainda, que o Fundo Amazônia não possui previsão de dotação orçamentária do orçamento geral da União no rol de suas fontes de recursos. Na verdade, os recursos que integram o patrimônio⁴³ do Fundo Amazônia são provenientes de doações e remunerações líquidas da aplicação de suas disponibilidades.

3.1 A governança e a gestão do Fundo Amazônia

Além da gestão pelo BNDES, o Fundo Amazônia conta com os seguintes comitês: o Comitê Técnico do Fundo Amazônia (CTFA)⁴⁴ é

40 “Art. 29. O BNDES poderá destinar recursos para a constituição de fundos específicos que tenham por objetivo precípuo apoiar, em conformidade com o regulamento aprovado pela Diretoria, o desenvolvimento de iniciativas concernentes aos estudos, programas e projetos de que tratam os incisos IV, V e VI do caput do art. 9º.

Parágrafo único. Os fundos a que se refere o caput deste artigo serão constituídos de:

I - dotações consignadas no orçamento de aplicações do BNDES, correspondentes a até dez por cento do seu lucro líquido no ano anterior e limitadas a um e meio por cento do seu patrimônio líquido deduzido o saldo de ajuste de avaliação patrimonial, proveniente de ganhos e perdas não realizados, apurados pela avaliação a mercado dos títulos e valores mobiliários classificados na categoria “títulos disponíveis para venda”; e II - doações e transferências efetuadas ao BNDES para as finalidades previstas no caput. [...]” (grifamos)

41 “Art. 9º O BNDES poderá também:

[...]

V - efetuar aplicações não reembolsáveis, destinadas especificamente a apoiar projetos, investimentos de caráter social, nas áreas de geração de emprego e renda, serviços urbanos, saúde, educação e desportos, justiça, alimentação, habitação, meio ambiente, recursos hídricos, desenvolvimento rural e outras vinculadas ao desenvolvimento regional e social, bem como projetos de natureza cultural, observadas as normas regulamentares expedidas pela Diretoria; [...]” (grifamos)

42 Criado pela Lei Federal n. 7.797/1989.

43 Para mais informações a respeito das doações realizadas, pode-se consultar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.fundoamazonia.gov.br/pt/fundo-amazonia/doacoes/>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

44 O CTFA é composto por seis especialistas de ilibada reputação e notório saber técnico-científico, designados pelo Ministério do Meio Ambiente, após consulta ao Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas, para mandato de três anos, prorrogável uma vez por igual período.

incumbido de atestar a redução das Emissões de Carbono Oriundas de Desmatamento (ED)⁴⁵. O Comitê Orientador do Fundo Amazônia (COFA)⁴⁶, por outro lado, é o comitê que tem a atribuição de verificar a aderência das iniciativas do Fundo Amazônia ao Plano de Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAM)⁴⁷ e à Estratégia Nacional para Redução das Emissões de Gases de Efeito Estufa Provenientes do Desmatamento e da Degradação Florestal, Conservação dos Estoques de Carbono Florestal, Manejo Sustentável de Florestas e Aumento de Estoques de Carbono Florestal (ENREDD+)⁴⁸, bem como determinar as diretrizes e critérios de aplicação dos recursos do Fundo Amazônia, conforme previsto no art. 4º, parágrafo 2º do Decreto.

Conforme dispõe o art. 1º, parágrafo 5º, do Decreto, cabe ao BNDES representar o Fundo Amazônia judicial e extrajudicialmente.

45 Conforme dispõe o art. 2º, parágrafos 4º e 5º, do Decreto, o Ministério do Meio Ambiente define, anualmente, os limites de captação de recursos, usando como critérios a redução efetiva de EDs, e o valor equivalente de contribuição, por tonelada reduzida de ED, expresso em reais por tonelada de carbono.

46 Trata-se de um comitê tripartite, formado por três blocos: governo federal, governos estaduais e sociedade civil. Cada bloco tem direito a um voto nas deliberações. Cada membro tem direito a um voto dentro de seu bloco. Disponível em: <<http://www.fundoamazonia.gov.br/pt/fundo-amazonia/governanca/COFA/>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

47 A principal referência para o apoio do Fundo Amazônia é o Plano de Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm). Criado em 2004, o PPCDAm é um plano tático-operacional fundamentado no diagnóstico periódico sobre a extensão, a dinâmica e os vetores do desmatamento e executado em coordenação com mais de uma dezena de Ministérios. Nesse plano foram apontadas, dentre outras, as seguintes causas do desmatamento na Amazônia: (i) Expansão da agropecuária, impulsionada pela crescente demanda por commodities no mercado globalizado; (ii) Impunidade dos ilícitos ambientais devido à baixa capacidade dos órgãos governamentais de fiscalizar e punir em um território de dimensões continentais; (iii) Existência de terras públicas não destinadas e baixa segurança jurídica quanto aos títulos de propriedade imobiliária na região, o que enseja ocupação extralegal de terras públicas, conflitos de terras e desestímulo a investimentos privados; e (iv) Baixa atratividade econômica em manter a floresta em pé, decorrente da falta de infraestrutura econômica adequada e de incentivos para promover as cadeias produtivas sustentáveis. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/616-prevencao-e-controle-do-desmatamento-na-amazonia>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

48 A Estratégia Nacional para REDD+ (ENREDD+) é o documento que formaliza, perante a sociedade brasileira e os países signatários da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, na sigla em inglês), como o governo federal tem estruturado esforços e como pretende aprimorá-los até 2020, com enfoque em ações coordenadas de prevenção e controle do desmatamento e da degradação florestal, a promoção da recuperação florestal e o fomento ao desenvolvimento sustentável. A partir das definições da Conferência de Varsóvia em 2013 (COP-19), concluiu-se o marco legal para REDD+ na UNFCCC, consagrando o sistema de pagamento por resultados, que reproduz a sistemática já adotada pelo BNDES, no âmbito do Fundo Amazônia, para a captação de recursos. Nesse contexto, o BNDES foi considerado elegível, por meio do Fundo Amazônia, para acesso a pagamentos por resultados de REDD+ alcançados pelo Brasil e reconhecidos pela UNFCCC, conforme art. 8-A do Decreto n. 8.773/2016, que promoveu alteração no Decreto n. 6.527/2008, respeitadas as particularidades do Fundo Amazônia quanto às atribuições de captação de recursos e sua governança com o COFA e o CTF. Disponível em: <<http://redd.mma.gov.br/pt/estrategia-nacional-para-redd>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

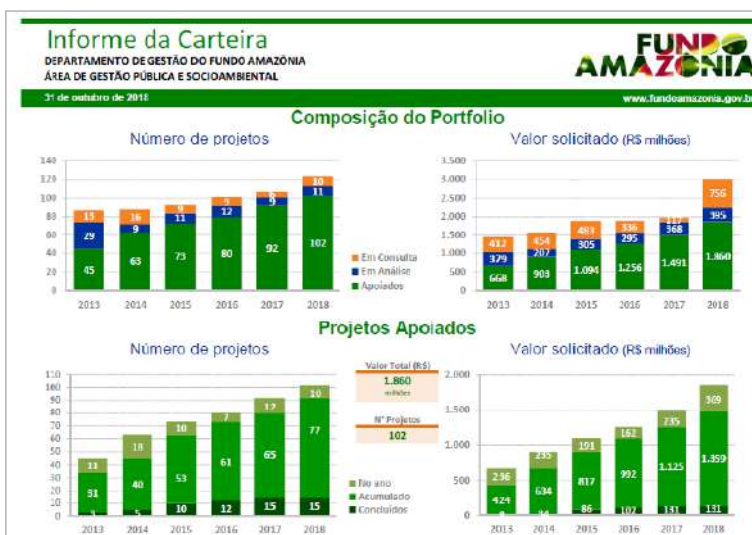
Além disso, o banco responde pela captação de doações, pela análise, aprovação e contratação de projetos e também pelo acompanhamento, monitoramento e prestação de contas. Anualmente, o BNDES contrata serviços de auditoria⁴⁹ externa para verificar a correta aplicação dos recursos.

Convém esclarecer que a aplicação dos recursos do Fundo Amazônia está sujeita ao controle e avaliação dos órgãos de fiscalização e controle que monitoram o próprio BNDES, por se tratar de empresa pública integrante da Administração Pública Indireta Federal. Desta forma, tanto o Tribunal de Contas da União como a Controladoria Geral da União podem fiscalizar a atuação do BNDES na gestão do Fundo Amazônia.

3.2 A carteira de projetos do Fundo Amazônia

De junho de 2009 a outubro de 2018⁵⁰, o Fundo Amazônia aprovou colaboração financeira a 102 projetos, no valor total de R\$ 1.860 milhões. Desses projetos, 96 já receberam recursos do Fundo Amazônia, totalizando R\$ 1.011 milhões já desembolsados.

A seguir, o conjunto de gráficos mostra uma visão geral da evolução anual da carteira do Fundo.



49 Conforme o disposto no art. 7º do Decreto n. 6.527/2008.

50 Disponível em: <http://www.fundoamazonia.gov.br/export/sites/default/pt/galleries/documentos/informe-de-carteira/2018_10_Informe-da-Carteira-Fundo-Amazonia.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2018.

Cabe destacar, também, que a carteira do fundo é caracterizada pelas diferentes naturezas jurídicas dos responsáveis pelos projetos, conforme ilustrado a seguir:



Fonte: Fundo Amazônia⁵¹.

Conforme se verifica nos quadros anteriores, há um maior número de projetos cujos contratados são as entidades do terceiro setor. Entretanto, quando se verifica o valor do apoio financeiro, percebe-se que os recursos se concentram nas entidades do setor público.

Enfatizamos que a intenção do presente trabalho não é avaliar o desempenho do Fundo Amazônia, mas demonstrar que o fundo não representa, na sua essência, um instrumento de fomento, por apoiar entes públicos, e como principais focos projetos voltados para o eixo de monitoramento e controle. Com efeito, a partir de informações obtidas no Relatório de Atividades do Fundo relativo ao ano de 2017, verifica-se que o referido eixo de atuação representa 46%⁵² do valor da carteira de projetos do Fundo.

Dentre os projetos voltados para o eixo monitoramento e controle, podemos destacar o apoio à implementação do Cadastro

⁵¹ Disponível em: <http://www.fundoamazonia.gov.br/export/sites/default/pt./galleries/documentos/informe-de-carteira/2018_10_Informe-da-Carteira-Fundo-Amazonia.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2018.

⁵² Ver Relatório de Atividades 2017, p. 70: Disponível em: <http://www.fundoamazonia.gov.br/export/sites/default/pt./galleries/documentos/rafa/Book_RAFA2017_PORT_27jun18_WEB.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2018.

Ambiental Rural⁵³ aos estados brasileiros⁵⁴. Os projetos de CAR preveem o apoio direto ao cadastramento de imóveis rurais de até quatro módulos fiscais⁵⁵, bem como a análise e validação dos cadastros. Além disso, os Estados contam com o apoio do Fundo para a aquisição de materiais de escritório e reformas na infraestrutura das Secretarias de Meio Ambiente.

Em consulta realizada na página do Fundo na internet, a título exemplificativo, optou-se por apresentar dois projetos, sendo o primeiro contratado com um Estado e o outro contratado com a União Federal. Passamos a discorrer a seguir:

Programa Municípios Verdes⁵⁶: operação junto ao estado do Pará. O contrato com o BNDES foi assinado em 26/05/2014, e o valor do apoio do Fundo Amazônia é de R\$ 82.378.560,00. Destacamos a seguir algumas das atividades apoiadas:

Foram adquiridas imagens de satélite de alta resolução, permitindo ao Pará o monitoramento do desmatamento e focos de queimadas com maior precisão, resultando na emissão de boletins municipais mais ágeis e completos aos órgãos locais para a Verificação do Desmatamento em Campo (VDC). O projeto avançou na estruturação de 34 municípios com a cessão de kits de fiscalização (veículo 4x4, GPS, máquina fotográfica e *notebook*) e mais 86 municípios com 344 computadores e *no-breaks*. Foram capacitados 167 técnicos em Licenciamento Ambiental Rural e 99 técnicos em VDC, alcançando, respectivamente, 62 e 45 municípios.

53 Conforme dispõe o art. 29 da Lei n. 12.651/2012 (O novo Código Florestal), o CAR é “um registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento”.

54 De acordo com o art. 1º, § 1º, do Decreto n. 6.527/2008, “poderão ser utilizados até vinte por cento dos recursos do Fundo Amazônia no desenvolvimento de sistemas de monitoramento e controle do desmatamento em outros biomas brasileiros e em outros países tropicais”.

55 O apoio do Fundo Amazônia ao CAR tem como foco o cadastramento de pequenas propriedades ou posses rurais familiares (até 4 módulos fiscais), incluindo assentamentos de reforma agrária e comunidades tradicionais que façam uso coletivo do seu território.

56 Disponível em: <<http://www.fundoamazonia.gov.br/pt/projeto/Programa-Municipios-Verdes/>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

Conforme se verifica, trata-se de um projeto voltado para o exercício do poder de polícia do estado do Pará, que recebeu um volume considerável de recursos do Fundo Amazônia, e alguns dos itens apoiados podem ser enquadrados como despesas correntes⁵⁷. Convém ressaltar, contudo, que o Fundo Amazônia não permite o pagamento “de salários ou qualquer tipo de remuneração a agentes públicos, tais como servidores, empregados públicos ou qualquer pessoa que esteja no exercício de função pública nas três esferas de governo⁵⁸”.

Profisc I-B⁵⁹: trata-se de operação recentemente contratada com o BNDES. O beneficiário do contrato é o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), e a formalização ocorreu em 06/06/2018. O projeto é uma continuidade do apoio anterior do Fundo Amazônia à autarquia e visa a garantir as ações de fiscalização do Ibama, com orçamento total previsto de R\$ 140.264.000,00 oriundos do Fundo Amazônia. Consistiu, basicamente, no pagamento de aluguel de aeronaves e viaturas para que fossem realizadas as operações de fiscalização pelo Ibama. Com relação ao projeto em tela, não há o que se questionar quanto à sua finalidade que não seja o apoio ao exercício do poder de polícia por uma autarquia federal, por meio de um contrato assinado com uma instituição federal de fomento.

Conforme mencionado anteriormente, o maior número de projetos está concentrado junto ao terceiro setor. As ações estão voltadas ao eixo denominado “produção sustentável” e costumam

57 Despesas correntes, de acordo com o glossário do Ministério do Planejamento, são despesas de custeio de manutenção das atividades dos órgãos da administração pública, como por exemplo: despesas com pessoal, juros da dívida, aquisição de bens de consumo, serviços de terceiros, manutenção de equipamentos, despesas com água, energia, telefone etc. Estão nesta categoria as despesas que não concorrem para ampliação dos serviços prestados pelo órgão, nem para a expansão das suas atividades. Disponível em: < <http://portal.convenios.gov.br/ajuda/glossario/despesa-corrente>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

Além disso, prevê o art. 12, § 1º, da Lei n. 4.320/64, o seguinte: “Classificam-se como Despesas de Custeio as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis”.

58 Disponível em: http://www.fundoamazonia.gov.br/export/sites/default/pt/galleries/documentos/diretrizes_criterios/2017_2018_Diretrizes_e_Focos_junho18.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018.

59 Disponível em: <http://www.fundoamazonia.gov.br/pt/projeto/Profisc-I-B/>. Acesso em: 4 ago. 2018.

envolver comunidades tradicionais⁶⁰ como ribeirinhos, indígenas, quilombolas e agricultores familiares. Optou-se por apresentar a descrição de somente um projeto, tendo em vista o elevado número de operações na carteira do Fundo, e a relativa similaridade entre os projetos:

Alto Juruá⁶¹: Trata-se de projeto contratado com a Associação Ashaninka do Rio Amônia⁶², contratado em 16/04/2015, no valor de R\$ 6.597.581,00. Os objetivos do projeto são aplicar os recursos em ações de capacitação dos indígenas, investimentos em estruturas produtivas voltadas para o uso sustentável da floresta, dentre outras atividades. Destaca-se o ritmo mais acelerado de implementação do projeto quando comparado ao setor público. A operação em tela encontra-se em fase de realização dos gastos da última parcela desembolsada, o que ocorreu em 25/05/2018, com previsão de conclusão até o final do ano corrente.

Verifica-se, a partir da breve descrição de algumas das operações apoiadas pelo Fundo Amazônia, que existem dois cenários, bastante antagônicos entre si. De um lado há o setor público, lento e ineficiente, com um montante considerável de recursos aprovados e contratados, mas que não são desembolsados a contento; e do outro lado há os projetos com o terceiro setor, em que há um número maior de operações e com um ritmo de desembolso mais acelerado quando comparado ao setor público. Todavia, trata-se de operações muito menores em termos de montantes contratados, condizentes com os perfis das referidas entidades⁶³.

Em outras palavras, há um eixo do Fundo Amazônia que pode ser enquadrado no conceito de fomento social, no qual há pouca

60 Conforme o disposto no art. 3º, I, do Decreto n. 6.040/2007, comunidades tradicionais são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

61 Disponível em: <<http://www.fundoamazonia.gov.br/pt/projeto/Alto-Juruá/>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

62 Trata-se de entidade representante dos habitantes da terra indígena ("TI") Kampa do Rio Amônia, situada no município de Marechal Thaumaturgo, fronteira com o Peru e vizinha da reserva extrativista do Alto Juruá.

63 Ressalta-se que na última revisão das diretrizes e critérios aplicáveis aos projetos do Fundo Amazônia, aprovadas em 2017, foi aprovada a inclusão de empresas como potenciais entidades a tomar recursos no âmbito do Fundo. Entretanto, ainda não foi apresentado nenhum projeto com este perfil de proponente até o presente momento.

margem de dúvidas. Segundo Maria Herminia Moccia⁶⁴, na área do fomento social as atividades voltadas para saúde, educação, esporte, cultura, dentre outras, são áreas da atividade econômica que, quando desenvolvidas pela iniciativa privada, autorizam diversas formas de concessão por parte do Estado. Pode-se entender este entendimento às atividades produtivas sustentáveis apoiadas com recursos do Fundo Amazônia, na nossa visão, de cunho socioambiental.

Por outro lado, quando se analisam as operações com entes públicos, adentra-se uma zona de incerteza, difícil de ser enquadrada no conceito de fomento. Todavia, em que pese a discussão na doutrina, o fato é que, na nossa opinião, tais operações são, na prática, auxílios interadministrativos, para usarmos a expressão de José Vicente de Mendonça⁶⁵. De acordo com o autor, tais auxílios deveriam ser operacionalizados por meio de convênios financeiros de repasse, e não seria adequado chamar este tipo de operação como fomento, pois seria necessário alargar em demasia a definição do conceito em tela. Fomento, segundo o autor, é a atividade pública de apoio à iniciativa privada, quando esta desenvolve atividades de interesse social⁶⁶.

Finalmente, importa ponderar ser compreensível que os entes públicos acessem o Fundo Amazônia, por dois motivos: o primeiro deles poderia ser denominado de vício de origem, pois na concepção do Fundo e a consequente aprovação do Decreto n. 6.527/2008, já estava prevista a possibilidade de apoio para ações de monitoramento e controle, conforme mencionado anteriormente. O segundo motivo nos remete à grave crise fiscal enfrentada mais recentemente pelo governo federal. Entretanto, mesmo em um cenário anterior à crise nunca houve uma priorização, por parte dos governos, quanto à pauta ambiental. Pode-se, inclusive, conjecturar um efeito perverso do Fundo Amazônia nesta seara, já que se trata de recursos a fundo perdido, não sendo uma operação de crédito, mas uma doação modal.

64 MOCCIA, Maria Herminia P. S. *Parâmetros para a utilização do fomento público econômico: empréstimos do BNDES em condições favoráveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 150.

65 MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 361.

66 *Ibidem*. p. 369.

4. Conclusão

Conforme foi trabalhado ao longo do presente artigo, procurou-se apresentar o Fundo Amazônia, trazendo um breve histórico da sua criação, que foi apresentado pelo Governo brasileiro, no âmbito internacional, como uma iniciativa inovadora no combate ao desmatamento.

Ademais, procurou-se analisar algumas das operações do Fundo, verificando-se que há um maior montante aplicado às operações com o setor público, voltadas para o exercício do poder de polícia.

Desta forma, identificou-se que não seria adequado denominar tais operações como fomento, pois seria necessário alargar em demasia a definição do conceito em tela, em que pese o veículo utilizado ser o BNDES, que talvez seja a maior instituição oficial de fomento no Brasil.

Ressalta-se que não há a pretensão de se exaurir o tema, mas trazer à luz esta polêmica⁶⁷, podendo afirmar, contudo, que os questionamentos levantados pela sociedade a respeito da atuação das estatais decorrem em razão da falta de planejamento, ou de um planejamento inadequado. Entretanto, trata-se de uma das principais condições do fomento público.

Portanto, entendemos ser salutar uma revisão dos normativos do Fundo, de modo que o seu apoio se restrinja aos entes privados, quais sejam, organizações do terceiro setor e empresas. Tais entidades estariam mais bem capacitadas, em tese, para utilizar os recursos com uma eficiência maior, ou seja, com um maior controle dos gastos, e em um menor intervalo de tempo de execução do projeto.

67 Em evento recente com o objetivo de se comemorar os 10 anos de existência do Fundo Amazônia, realizado na Noruega, muitos elogios foram feitos ao desempenho do Fundo. Todavia, convém destacar uma das críticas proferidas por uma das principais ambientalistas do Brasil, Adriana Ramos, coordenadora do Instituto Socioambiental: "O fundo avançou bastante, consegue reconhecer as populações locais como beneficiárias, mas teve uma estratégia de investir em projetos governamentais que canalizou muito recursos para ações que deveriam ser financiadas pelo orçamento público". Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2018/06/fundo-para-protoger-amazonia-faz-10-anos-em-meio-a-elogios-e-ressalvas.shtml>. Acesso em: 4 ago. 2018.

5. Referências

- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>>. Acesso em: 4 ago. 2018.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MOCCIA, Maria Hermínia P. S. *Parâmetros para a utilização do fomento público econômico: empréstimos pelo BNDES em condições favoráveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- TORRES, Silvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Tradução de Daniel Grassi. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Graziela de Caro Reis Machado

**O interesse público como
limite das demandas judiciais
no direito administrativo**

12

O interesse público como limite das demandas judiciais no direito administrativo

Graziela de Caro Reis Machado¹

Resumo

O presente artigo visa a analisar como o atuar conforme o interesse público encontra limites, especialmente quando voltado para a ótica de satisfação de políticas públicas no Brasil. Contudo, questiona-se acerca das críticas relacionadas à existência de um princípio da supremacia do interesse público, diante da ausência de sua previsão expressa no ordenamento pátrio e do seu conteúdo ético político. Soma-se a isso a análise sobre como o interesse público é capaz de atuar como um limitador frente a determinados procedimentos administrativos e demandas judiciais, quando em colisão com o interesse da coletividade e de direitos fundamentais instituídos pela Carta Magna. Ademais, aborda-se acerca da diferença entre o interesse público primário e o secundário, bem como das prerrogativas estabelecidas à Administração Pública, como mecanismo de sua satisfação. Por fim, busca-se observar o quanto o atuar conforme o interesse público é um dos objetivos da Administração Pública e uma importante ferramenta para a garantia dos direitos constitucionalmente assegurados, uma vez que alcançar o interesse público gera uma imposição para se obter uma maior otimização administrativa, mediante um juízo de ponderação acerca do bem comum.

Palavras-chave: Interesse público. Indisponibilidade do interesse público. Razoabilidade. Dignidade da pessoa humana.

Abstract

The present article aims to analyze how the acting according to the public interest finds limits, especially when it comes to the perspective of public policy satisfaction in Brazil. However, one questions about the critics related to the existence of a principle of the supremacy of the public interest, due to the absence of its expressed prediction in

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa, na UFF. E-mail: grazidcaro@gmail.com.

the patrimony order and its political ethical content. Added to this is the analysis of how the public interest is capable of acting as a restraint against certain administrative procedures and lawsuits, when in collision with the interest of the collectivity and of fundamental rights instituted by the Magna Carta. In addition, it is approached about the difference between the primary and secondary public interest, as well as the prerogatives established to the Public Administration, as a mechanism for their satisfaction. Finally, it is sought to observe how acting according to the public interest is one of the objectives of the Public Administration and an important tool for the guarantee of constitutionally guaranteed rights, once achieving the public interest generates an imposition to obtain greater optimization administrative, by means of a weighing judgment on the common good.

Keywords: Public interest. Unavailability of the public interest. Reasonableness. Dignity of human person.

1. Introdução

Um trabalho a respeito do interesse público e o limite encontrado pelo atuar da Administração Pública tem como propósito abordar acerca da discussão sobre o panorama enfrentado na dificuldade de sua conceituação, na divisão em interesse público primário e secundário, bem como a sua relação no tocante ao princípio da supremacia do interesse público, sobretudo pela dignidade da pessoa humana.

É certo que a Administração Pública atua de modo a zelar pelo interesse público, não obstante, haverá casos em que ele será capaz de limitar a sua atuação. Assim, há a finalidade precípua de garantir o bem-estar coletivo, os direitos fundamentais instituídos pela Magna Carta – sejam esses difusos, coletivos ou individuais – em contraposição a um interesse puramente privado, tendo em vista uma melhor harmonização.

Segundo Norberto Bobbio², a ideia central de interesse público desenvolveu-se como uma reação ao ideal de concepção liberal

2 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

de Estado, uma vez que, para a formação de uma totalidade comum aos indivíduos, estes devem renunciar, em parte, a sua autonomia. Portanto, para alcançar o objetivo central do interesse público é fundamental a união dos indivíduos, seja em conjunto, seja por meio dos seus representantes, os governantes³.

Nesse sentido, é necessário traçar uma linha distintiva entre o interesse pessoal e o interesse comum da coletividade, de modo a não confundir interesses privados com bens jurídicos individuais. Ademais, é certo que a própria ideia de satisfação de direitos individuais não representa a negativa de assegurar o interesse público, vez que esse não pode ser considerado como apartado dos interesses individuais ou coletivos, que são inerentes à dignidade da pessoa humana.

Assim, o interesse público possui tamanha importância, de modo a gerenciar não apenas os atos realizados pelo administrador, como também vincula o legislador no momento de elaboração das leis, vez que devem se basear na finalidade pública. Desse modo, a obediência ao princípio em questão condiciona não apenas a Administração, como também o Poder Legislativo, durante o processo de elaboração das leis nacionais.

Sabe-se que o Direito Administrativo é um ramo recente, de modo que o conceito jurídico de interesse público sofreu transformações naturais até ser reconhecido a sua importância nos dias atuais. Ademais, será destaca-se no presente artigo a volatilidade do interesse público, uma vez que podem ocorrer diferenças latentes entre o interesse público presente no Brasil com relação aos demais países, como os EUA, a França, dentre outros.

Não obstante, observa-se, primeiramente, que a atuação do Estado deve ser marcada para fins de dirimir conflitos e possibilitar o desenvolvimento individual e supranacional com a satisfação de um bem-estar coletivo, não mais pautado apenas na lógica do conflito, distancia-se, assim, da noção estabelecida por Hobbes⁴. Em segundo lugar, o Estado consagra-se como um importante garantidor dos direitos sociais previstos na CRFB/88, com o intuito de permitir o

3 BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. São Paulo: Edipro, 2017.

4 HOBBS. *Do Cidadão III; Leviatã*, cap. 15, p. 209.

acesso aos direitos fundamentais instituídos pela Carta Magna e garantir o mínimo existencial necessário para que, com isso, seja possível com máxima efetividade satisfazer os direitos fundamentais. Mas, afinal, o que seria o interesse público?

2. A dificuldade na conceituação do interesse público

De início, convém destacar que a abordagem sobre a conceituação jurídica acerca do interesse público requer a análise de diferentes aspectos acerca da sua significação, sobretudo da fundamentação política que o alicerça⁵. No Brasil, após um longo período marcado pela alternância entre governos democráticos e autoritários, foi com os ideais estabelecidos por Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos pioneiros a abordar o tema no Brasil, em 1967, que a supremacia do interesse público identificou-se como um princípio⁶ e um pressuposto lógico para o convívio social.

Não obstante a dificuldade em busca de conceituação, somada aos dissensos acerca de sua existência⁷, tais fatores não constituem elementos capazes de impedir a busca pela sua significação. De certo modo, o conceito do interesse público caminhou da ideia de discricionariedade, como forma de absoluta liberdade de escolha, para um patamar de atividade vinculada⁸, cujo ideal consiste em satisfazer com máxima otimização o interesse da coletividade na qual está inserido.

Tamanho a sua importância nos dias atuais, que passou a ser considerado como princípio basilar de Direito Administrativo e um

5 HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011, 438 fls. Mestrado em Direito do Estado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011. p. 72.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Público*, n. 2, São Paulo: RT, p. 44-61, out./dez. 1967.

7 Inicialmente, criticou-se o fato de a origem do Direito Administrativo ser de cunho autoritária e, conseqüentemente, a ideia de supremacia do interesse público seria incompatível com o ordenamento jurídico atual, baseado na proteção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, ver: SIQUEIRA, Mariana de. Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/16281>>. Acesso em: 19 de dez. 2018.

8 Nesse sentido, ver: GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. Disponível em: <[10.5380/rinc.v4i2.53437](https://doi.org/10.5380/rinc.v4i2.53437)>. Acesso em: 19 dez. 2018.

pilar para atuação da Administração Pública. Trata-se de um princípio implícito consagrado na Constituição Federal e exposto de forma expressa⁹ na Lei n. 9.784/1999, que discorre sobre os processos administrativos no âmbito federal, em seu art. 2º.

Nesse sentido, apesar de divergências do verdadeiro conceito do interesse público, é certo se encontrar amparado na ordem jurídica de forma implícita, sobretudo no Direito Administrativo. Assim, é inegável a sua capacidade de delimitar o atuar da Administração, ainda que esteja, de certo modo, também vinculada aos princípios constitucionais expressos, assim como sujeita à apreciação do Poder Judiciário por determinados atos.

Foi com o surgimento do Estado Social que nasceram as iniciais preocupações com o interesse público, justamente porque a partir desse que começou a se observar a importância de proteger os interesses da coletividade e das diferentes camadas sociais, sobretudo pelo objetivo de harmonizar a convivência dos interesses individuais para com os coletivos¹⁰.

Para Diogo de Figueiredo¹¹, o interesse público tem para o Direito um sentido próprio e especial, de modo que não pode ser considerado como um mero somatório dos interesses individuais de uma coletividade. Para o referido autor, esse ideal de somatório é considerado como a possibilidade de uma determinação quantitativa do bem comum, fato que gerou como fundamento a falsa premissa de que as pessoas não poderiam ter interesses individuais antagônicos aos metaindividuais. Assim, correto seria considerar que o interesse público não é necessariamente correspondente ao somatório de interesses individuais, bem como não é o interesse próprio do Estado – que seria o interesse público secundário.

É certo, com isso, que não basta apenas dizer que o objetivo do atuar conforme o interesse público é assegurar o interesse da coletividade, posto que também existem interesses individuais

9 Lei n. 9.784/1999. "ART. 2: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38.

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 353.

dentro do próprio interesse público. Porém, é possível que determinada coletividade tenha seus interesses bloqueados pela necessidade de satisfação de determinados interesses individuais¹², quando se encontrarem garantidos pelo ordenamento jurídico.

Constitui uma tarefa difícil buscar um significado do que é o interesse público diante da realidade brasileira. Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, o referido princípio é um pressuposto lógico para o convívio social e representa “o conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros de uma sociedade”. Com isso, a Administração Pública age no exercício de uma função e é desprovida de uma completa liberdade para atuar conforme os interesses individuais de seus governantes ou dirigentes¹⁴, justamente por se encontrar vinculada ao ideal de satisfação do bem comum.

Já para Odete Medauar¹⁵, compreende-se que:

Se é difícil enunciar um conceito jurídico preciso de interesse público, parece, no entanto, possível associá-lo ao que deveria ser o bem de toda a população, a uma percepção geral das exigências da sociedade. Evidente que atos administrativos podem atender a fins públicos atinentes, de modo imediato, a uma parcela da população e, de modo mediato, a toda a população.

Com isso, melhor seria compreender que o interesse público apresenta características próprias de acordo com a sociedade no qual se encontra inserido e que se deve ter cautela no momento de conceituação, pois interpretações deturpadas servem como legitimações para práticas equivocadas, em uma via oposta ao seu real sentido. Não obstante, sabe-se que o Estado, enquanto instituição política, jurídica e social, é desprovido de interesses estritamente próprios¹⁶, uma vez que representa a coletividade.

12 GABARDO, Emerson. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires. n. 394, 2011, p. 29-39.

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 183.

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 98.

15 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 138.

16 ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 57.

Segundo exposto por Di Pietro¹⁷, a reação da crítica ao princípio da supremacia do interesse público advém da errônea interpretação acerca do seu real significado. Portanto, a discricionariedade concedida à Administração Pública permite a sua realização segundo o critério de conveniência e de oportunidade através da escolha pelo administrador de soluções viáveis e permitidas no ordenamento jurídico a ser adequada ao caso concreto para a persecução do interesse geral. É com base nisso que, para Hely Lopes Meirelles¹⁸, ao particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, enquanto que na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei a autorizar.

3. O interesse público em sentido amplo e em sentido estrito

Há uma compreensão bipartida do conceito de interesse público: em sentido amplo e em sentido estrito. Primeiramente, o interesse público em sentido amplo consiste no interesse público de modo geral, que envolve os interesses juridicamente protegidos. Assim, engloba-se tanto o interesse da coletividade em si mesma, quanto interesses individuais e coletivos¹⁹. Consiste em uma espécie de pressuposto negativo de validade para a atuação administrativa, em razão da vedação da prática de qualquer ato que contrariá-lo²⁰.

Poder-se-ia considerar como interesse público, em sentido amplo, todo aquele interesse protegido pelo ordenamento jurídico, no qual a sua satisfação deve ser buscada pelo Estado, do mesmo modo que constitui óbice atuar de forma a contrariá-lo. Sendo assim, amplia-se a perspectiva do interesse público, de modo a abarcar, inclusive, os particulares, no qual também devem obediência ao ordenamento jurídico.

Dentro dessa perspectiva, é através de escolhas normativas que são determinados o interesse público tutelado, a exemplo da

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36.

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

19 HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011, 438 fls. Mestrado em Direito do Estado - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011. p. 165.

20 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011. p. 14.

Constituição brasileira, ao tutelar os direitos fundamentais do cidadão, em que fixa tais interesses como públicos, assim como pode ocorrer a sua regulamentação pela legislação infraconstitucional²¹. De acordo com a realidade concreta, cabe à Administração Pública buscar a sua satisfação dentro dos fins estabelecidos no sistema normativo, como exposta na Constituição, nas leis e demais atos administrativos normativos. Busca-se, portanto, uma maximização do que se encontra estabelecido no ordenamento brasileiro.

Para Mariana de Siqueira²², o sujeito ativo legitimado à satisfação da necessidade que integra o conceito de interesse público reside na figura da Administração. Nesse aspecto, o interesse público em sentido estrito deve se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária e consiste num pressuposto positivo de validade da atuação administrativa.

Assim, tal interesse em sentido estrito refere-se a uma atuação válida do ente administrativo²³, por meio da realização de atos que devem ser comprovados e validados como forma de permissão para a sua prática²⁴. Portanto, refere-se ao interesse da coletividade, mas que será objeto de análise pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico.

3.1 Interesses *versus* direitos

Segundo Emerson Gabardo²⁵, há uma relação entre direitos fundamentais e o interesse público. No entanto, para o referido autor, não seria correto equivaler direito com interesse, justamente porque não são relacionados como parte num todo, em que pese ser possível dizer que interesses privados podem ser qualificados

21 *Ibidem*, p. 18.

22 SIQUEIRA, Mariana de. Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/16281>>. Acesso em: 19 de dez. 2018. p. 33.

23 GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017. Disponível em: <doi.org/10.9732/P.0034-7191.2017V115P267>. p. 21. Acesso em: 19 dez. 2018.

24 GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *Op. cit.*, p. 24.

25 GABARDO, Emerson. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, v. 1, p. 29-39, 2011.

como um direito fundamental. O interesse surge, assim, justamente no momento em que o ser humano passa a ter consciência que possui a condição de satisfação de uma de suas necessidades.

O referido autor destaca que o interesse difere do direito justamente porque não possui um dever a ele correspondente. Não obstante, é certo que apenas alguns interesses privados podem ser considerados como incluídos no interesse público. Assim, antes de analisar o interesse jurídico, é imperioso compreender que o interesse propriamente dito surge diante da consciência que o ser humano obtém a partir da satisfação de suas necessidades. Portanto, deve-se ter cautela ao considerar como interesse um determinado direito subjetivo, posto que não são necessariamente conceitos semelhantes.

Para José Cretella Junior²⁶, diferencia-se o interesse da pretensão relevante para o Direito:

Interesse – pretensão do particular, desprotegida pela norma jurídica, diversamente do direito, que é pretensão fundamentada em prévia norma jurídica. Distingue-se o direito do interesse, como a espécie do gênero. Todo direito envolve interesse ou pretensão de seu titular, mas a recíproca não é verdadeira, porque inúmeros interesses não se elevam à categoria de direitos, porque destutelados da correspondente norma jurídica.

Diante da análise dos interesses, esses se dividem em individuais e coletivos, de modo que não seria correto considerar que o interesse público sempre se identificará com o interesse particular dos indivíduos. Com isso, Diogo de Figueiredo²⁷ aborda que os interesses estão sempre conotados a valores. Portanto, pode-se dizer que cada interesse contém alguma espécie de valores informativo, seja esse afetivo, moral, utilitário, estético etc. De modo diverso das relações privadas, em que os interesses são tratados de forma isonômica – com base na coordenação de interesses–, com

26 CRETELLA JUNIOR, J. Dicionário de direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 307.

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 160.

relação às relações públicas, os direitos são abordados de acordo com uma lógica de subordinação.

No caso das relações públicas, cabe à lei realizar a captação e identificação de um determinado interesse geral, para, com isso, estabelecer parâmetros para o atuar de acordo com o interesse público, de forma prioritária e específica. Nesse caminhar, esclarece Gustavo Binbenojm²⁸ acertadamente que há um problema teórico enfrentado hodiernamente, no qual consiste na concepção de que o interesse público existe e deve ser assegurado. Diante disso, parte-se como premissa a afirmação de que existe um princípio da supremacia do público sobre o particular e que diante disso deve prevalecer o primeiro, sem atentar-se para uma análise acerca da medida adequada ao caso em concreto.

No mesmo sentido, Emerson Gabardo²⁹ aborda que o elemento a adquirir supremacia é o “interesse público”, de modo que não é correto atribuir ao “princípio da supremacia do interesse público” a totalidade da supremacia, conforme vem sido defendido por alguns autores. É imperioso destacar, ainda, que não se deve ter como base a ideia de interesse público ligado ao aspecto do “bem comum”, posto que a noção de interesse geral atualmente refere-se a uma verdadeira composição de interesses diversificados, mas que podem estar unidos por uma ligação jurídica.

Assim, para ocorrer a identificação de um interesse como público se faz necessário que anteriormente seja analisado o seu aspecto material, para adquirir “lastro substancial” que o vincule ao sistema jurídico, de modo a não ser possível construí-lo com base unicamente na identidade do seu titular, sob pena de se criar um princípio da supremacia do Estado³⁰.

28 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Forense (Impresso)*, v. 380, p. 79-102, 2005. p. 10.

29 GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 4, p. 95-130, 2017. p. 13.

30 *Ibid.*, p. 13.

4. O interesse público no ordenamento jurídico

A existência do Estado é subordinada ao interesse público³¹, de modo que não atua de forma condicionada ao interesse próprio ou de seus agentes, mas, sim, da sua coletividade. Para Diogo de Figueiredo³², o Direito Administrativo torna-se destinado a conciliar a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos com a prossecução do interesse público. Assim, a feição assumida pela administração pública decorre da atuação do Estado na satisfação de direitos individuais e interesses gerais da coletividade no qual representa.

De modo diverso, para Odete Medauar³³, a menção ao chamado “princípio” da supremacia do interesse público sobre o interesse privado deve ser reformulado, principalmente em razão da Constituição Federal de 1988 ter priorizado os direitos fundamentais e diante da necessidade de ponderação entre os interesses presentes em determinada situação, para que não ocorra sacrifício a priori de nenhum deles. Desse modo, para a autora, o objetivo desta função está na busca de conciliação entre os interesses.

Apesar da dificuldade de encontrar na ordem constitucional pátria um dispositivo específico no qual explicitamente se encontra inscrito, o princípio da supremacia do interesse público ganhou tamanha relevância nos tempos atuais. É atribuído-lhe determinado fundamento de validade, a exemplo do art. 3º, IV da Constituição Federal³⁴, que demonstra uma preocupação do legislador constituinte no objetivo precípua de “promover o bem de todos”, bem como do art. 66, §1º da Constituição Federal, através da possibilidade de controle pelo Presidente da República em vetar determinado um projeto de lei por considerá-lo contrário ao interesse público.

31 ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 105.

32 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.111.

33 Para a referida autora “Ante a Constituição Federal de 1988, que prioriza os direitos fundamentais, direitos estes essencialmente dos particulares, soa ilógico e incoerente à diretriz constitucional invocá-lo como princípio do direito administrativo.” MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 128.

34 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desse modo, tais artigos permitem que o interesse público tenha seu fundamento de validade extraído, ainda que posteriormente seja possível a rejeição do veto realizado pelo Presidente da República por meio do Congresso Nacional.

Ademais, é possível observar a sua menção em outros dispositivos infraconstitucionais, como é o caso do Código Tributário Nacional, no seu art. 78, que condicionou a atuação do poder de polícia como capaz de limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade, em razão do interesse público³⁵.

Há também a menção ao interesse público na encampação, prevista no art. 36 da Lei n. 8.987/95, uma vez que durante o prazo da concessão é cabível a rescisão contratual pelo poder público por motivo de interesse público, vedando-se ao concessionário se opor ao ato em questão, ressalvadas as especificidades no caso das indenizações em virtude dos prejuízos causados.

Por fim, a Lei n. 9.784/1999, que dispõe sobre os processos administrativos no âmbito federal, conforme mencionada anteriormente, em seu art. 2º, enuncia a obediência ao princípio do interesse público no âmbito da Administração Pública³⁶, condicionando de forma plena e necessária a sua obediência.

Hely Lopes Meirelles³⁷ é claro ao considerar o princípio da supremacia do interesse público como um dos princípios básicos que regem a Administração Pública. Para o autor, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, sendo assim entendido como aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. Da supremacia do interesse princípio decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público³⁸, segundo o

³⁵ Lei n. 5172/1966. ART. 78, caput: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

³⁶ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p.92.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p.112.

qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral da coletividade e renunciar a poderes que a lei lhe outorgou.

Ademais, seria incorreto considerar que existe uma hierarquia entre princípios no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que não há prevalência de forma absoluta, posto que seria como legitimar toda e qualquer outorga de vantagens à Administração, sem que seja realizada antes uma análise a respeito de sua razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo³⁹ assevera que:

No constitucionalismo pós-moderno, que gravita em torno dos direitos fundamentais, não há como sustentar-se o antigo princípio da supremacia do interesse público, que partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados. Na verdade, tal relação constante não mais se suporta, porque no Estado Democrático de Direito, quaisquer interesses só podem estar subordinados ou supraordinados, uns aos outros, conforme o disponha a lei, mas esta, por sua vez, não poderá romper a hierarquia axiológica constitucional estabelecida em função do primado da pessoa humana, que se expressa nas liberdades, direitos e garantias fundamentais, e que poderá ser apenas e excepcionalmente temperado pela previsão de um específico interesse público que justifique limitar ou condicionar essas expressões indissociáveis das pessoas.

Nesse caminhar, para Humberto Ávila⁴⁰:

A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da

39 Ibidem, p. 157.

40 ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: O direito público em tempos de crise - Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel, 1999. p. 99-127.

atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente e em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência.

Assim, sabe-se que a questão de um princípio da supremacia do interesse público encontra divergências na doutrina brasileira, sendo certo que muitas vezes é utilizado como motivo para justificar a relação de desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados⁴¹.

5. O interesse público primário e o secundário

Destaca-se que o interesse público possui duas subespécies: o interesse público primário e o secundário. A distinção entre interesse público primário e secundário iniciou-se com a doutrina italiana⁴². Para Kiyoshi Harada⁴³, o interesse público primário, também considerado como o interesse público propriamente dito, refere-se às atividades essenciais e indelegáveis do Estado, como exemplo da atividade legislativa, da atividade policial e a jurisdicional.

Por outro lado, o interesse público secundário corresponde às atividades que não são essenciais, razão pela qual admite-se a delegação do seu exercício por meio de empresas concessionárias. Desse modo, seriam secundários aqueles interesses estritamente do Estado. No entanto, para que o interesse público secundário seja alcançado, o primário deve ser respeitado, como uma espécie de condição *sine qua non*.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aborda que:

Em primeiro lugar, não se pode dizer que o interesse público seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo “público” seja equívoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão interesse público, ele se refere aos beneficiários

41 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 113.

42 ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1960. p.197.

43 HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 91.

da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. [...] Vale dizer que, em caso de conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado⁴⁴.

Conclui-se que o interesse público primário corresponde àquele no qual estão inseridos os interesses da coletividade como um todo, enquanto os interesses secundários são aqueles que representam os interesses da pessoa jurídica estatal. Nesse aspecto, os interesses secundários possuem a mesma classificação ontológica que os interesses privados e, por conseguinte, não gozam de supremacia. Assim, o interesse público secundário possui cunho individual, não coletivo.

Hely Lopes Meirelles⁴⁵ é claro ao estabelecer que os fins da administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, de modo que o ato ou contrato administrativo que não se encaixe dentro do interesse público é cabível de configurar desvio de finalidade⁴⁶. Para Luís Roberto Barroso⁴⁷ deve-se fazer a distinção necessária entre interesse público primário, que corresponde ao interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social e o secundário, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da própria Fazenda Pública. Nesse sentido, o interesse público secundário não é dotado de supremacia em face do particular, mas, sim, o interesse público primário.

Apesar de ambos os interesses pertencerem ao Estado, em caso de oposição com base no conflito entre o interesse estritamente estatal e o da coletividade – interesse público primário – apenas será possível satisfazer o interesse público secundário se este também satisfizer o interesse público primário, como uma

44 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 163-164.

45 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 91.

46 Sendo assim, “qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público. Sem esses requisitos o ato administrativo expõe-se a nulidade”. Ver: MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 119.

47 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

zona de interseção, que coincide com o interesse da coletividade⁴⁸. Ademais, convém destacar a distinção entre o “interesse público primário” e o “interesse público secundário” pode ser entendida, ainda, por parte da doutrina contemporânea como um só⁴⁹.

Segundo Daniel Wunder Hachem⁵⁰, a doutrina italiana e Celso Antônio Bandeira de Mello utilizaram a expressão “interesse secundário”, uma vez que apenas seria considerado como “público” o interesse primário, unicamente. Dessa maneira, são apenas interesses secundários, como todo e qualquer interesse, seja dos particulares, seja da Administração Pública, aqueles relacionados aos desejos estritamente pessoais, de forma que, por tal razão, não podem ser considerados como público.

Por conseguinte, Celso Antônio Bandeira de Mello enuncia que os poderes administrativos estão instituídos dentro da lógica do *dever-poder*, sendo validamente exercidos quando refletem os interesses da coletividade, de forma que o seu excesso é considerado como um extravasamento da sua configuração jurídica⁵¹. Com disso, a aplicação do interesse público é uma norma de comportamento da Administração Pública presente no âmbito do “dever-ser”.

6. As prerrogativas da administração pública e sua relação para com o interesse público

O Estado encontra-se como principal zelador do interesse público, cujo conjunto de garantias são para permitir maior proteção à sociedade. A partir desse ideal de proteção e da necessidade imperiosa de satisfação em grau máximo do interesse público, é previsto no ordenamento jurídico uma série de prerrogativas ao ente público, a exemplo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, da presunção de legitimidade, a imperatividade, a desapropriação por interesse público, dentre outros. Assim, observa-se

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed., p. 24.

49 GABARDO, Emerson. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Buenos Aires. n. 394, 2011, p. 33.

50 HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 142.

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 99.

uma relação marcada, em regra, por uma verticalização nas relações que envolvem o ente público para com os particulares.

Tornou-se tradicional, de certa forma, a previsão de prerrogativas inerentes à atuação da administração pública em razão de ser a fundamental precursora do interesse público⁵². Cita-se a autoexecutoriedade dos atos administrativos, vez que é passível a realização de forma autônoma pela administração da execução dos seus contratos administrativos, bem como, em caso de urgência, que sejam realizados atos em prol da coletividade na busca de resguardar o interesse público. Com isso, constitui um elemento indispensável para a satisfação do interesse público e um mecanismo que permite que o Poder Público persiga-o⁵³ com maior otimização.

Existe no Direito Administrativo uma espécie de binômio *autoridade e liberdade*. A Administração Pública não é dotada apenas de prerrogativas exorbitantes, como também possui limites estabelecidos na sua zona de atuação, pois se encontra sujeita às restrições especiais decorrentes, sobretudo, do princípio da legalidade. Não obstante, apesar de assegurada a possibilidade de agir pela Administração, desde a revogação⁵⁴ ou a criação dos seus próprios atos, é possível que ocorra a necessidade de atuação do Poder Judiciário para dirimir conflitos quando direitos fundamentais se encontrarem ameaçados. Portanto, será possível se ineficazes as vias administrativas de resolução do conflito ou quando os atos realizados pela administração extrapolarem os limites legais estabelecidos.

Nesse tocante, de acordo com a Súmula 473 do STF:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

52 Com efeito, para Hely Lopes Meirelles, a Administração é a atividade pela qual as autoridades satisfazem necessidades de interesse público utilizando prerrogativas de poder. Ver: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

53 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 201.

54 Segundo a Súmula 346 do STJ: "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".

Não obstante ser fundamental para a autoexecutoriedade administrativa, a referida súmula deve ser vista com cautela, pois, conforme exposto por Daniel Wunder⁵⁵, há a necessidade de uma releitura. O art. 53 da Lei n. 9.784/99 ao dispor que “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos” visou corrigir as falhas da redação sumular.

De acordo com o ideal exposto por Celso Antonio Bandeira de Mello⁵⁶, as prerrogativas que descendem do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser empregadas de forma legítima para a satisfação de interesses públicos, ao invés da busca por interesses ou conveniências do aparelho estatal e seus agentes governamentais. Em um primeiro momento, para o referido autor, ao magistrado não é cabível adentrar em solos pertencentes ao administrador, questionando critérios de conveniência e oportunidade na realização de determinada conduta. Diante disso, o poder discricionário consiste naquele conferido por lei ao administrador público para que, nos limites nela previstos e com certa parcela de liberdade, adote, no caso concreto, a solução mais adequada satisfazer o interesse público, com respeito à separação dos poderes.

Nesse caminhar, entende Diogo de Figueiredo⁵⁷ que com relação aos atos inválidos que contrariem a lei no passado, mas que não chegaram a causar prejuízo ao interesse público, não necessitam necessariamente de anulação. Assim, com o dever de salvaguardar o interesse público e a segurança jurídica, a Administração também poderá se abster, ponderadamente, para reduzir a extensão dos danos ou respeitar direitos adquiridos, principalmente em razão da presunção de validade e evitar instabilidade nas relações existentes entre Estado e o administrado.

Com isso, depreende-se que as prerrogativas inerentes à Administração Pública são estabelecidas para que essa persiga o interesse

55 HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

56 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*

57 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 305.

público, de acordo com os limites existentes em lei, já que não se encontra livre e à disposição do administrador. Contudo, não significa dizer que existe uma supremacia do Estado sobre os seus cidadãos, porque as prerrogativas atribuídas à Administração são usadas com a finalidade de atingir o interesse da coletividade, indispensavelmente. Conforme Gustavo Binenbojm⁵⁸:

O problema teórico nodal, ao qual adiante se retornará, encontra-se na adoção de uma concepção unitária de interesse público, como premissa, e na afirmação, em seguida, de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual). Afinal, que sentido há na norma de prevalência se um interesse não é mais que uma dimensão do outro?

É certo que a administração pública atua de acordo com uma finalidade, de maneira que a atividade da Administração Pública será legítima se obedecer à destinação estritamente predisposta pela ordem jurídica ao satisfazer um determinado interesse público específico e ao outorgar a correlativa competência à entidade, órgão ou agente público para o seu atendimento⁵⁹.

Com isso, a atividade administrativa é vinculada, cuja atuação é pautada de acordo com os limites estabelecidos para a sua função. Segundo Di Pietro⁶⁰, a finalidade consiste no que deve ser alcançado pela administração durante a prática dos atos administrativos, sendo o interesse público um elemento vinculado. Tal elemento é de vital importância a ser analisado, porque atuações contrárias à finalidade administrativa são consideradas como desvio, capaz de acarretar uma modalidade de abuso de poder, não sendo passível de convalidação.

Assim, para Celso Antônio Bandeira de Mello⁶¹, o agente público é titular de um *dever poder* de atuar conforme os interesses

58 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>>. Acesso em: 17 dez. 2018, p. 10.

59 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, 2014, p. 225.

60 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

61 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 23.

coletivos e de ser responsabilizado, caso realize atuação de modo diverso aos fins propostos. Ademais, as prerrogativas oferecidas são baseadas em um fim máximo: no dever de zelar pelo bem-estar da coletividade, em detrimento dos interesses privados, respeitados os limites da lei. E por que da lei?

7. Um limite para o atuar da administração pública: juridicidade

A lei representa um limite para o atuar do administrador, uma vez que reproduz os interesses individuais colocados em um denominador comum⁶². Diante da lógica de separação dos poderes, cabe ao Parlamento a elaboração das normas jurídicas, como importante instrumento de expressão da vontade geral⁶³.

Com isso, observa-se que, como uma via de mão dupla, há a possibilidade de autoridades públicas na persecução do interesse da coletividade terem os seus poderes, de certa forma, ampliados. Por outro lado, há um limite a essa ampliação, uma vez que atuar além do interesse público corresponderia a um desvio de finalidade. Logo, ao assegurar que o interesse público é um conceito jurídico⁶⁴ e, por conseguinte, passível de controle pelo Poder Judiciário em determinados casos, ao mesmo tempo em que é capaz de ampliar, também pode atuar a ponto de restringir, como medida gerada pelo próprio interesse público.

O princípio da legalidade é um limite para a atuação da Administração Pública, porque o respeito às normas do ordenamento jurídico como um todo é capaz de condicionar o atuar do Estado, a fim de que este não se torne incontrollável. Com isso, o Estado apresenta-se com duas facetas, segundo Bernardo Ribeiro de

62 HACHEM, D. W. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011, 438 fls. Mestrado em Direito do Estado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011. p. 92.

63 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>>. Acesso em: 17 dez. 2018. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>>.

64 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

Morais⁶⁵; a primeira corresponde à capacidade de criar o direito e aplicar as normas jurídicas em prol dos interesses da coletividade, ao passo que, em segundo lugar, submete-se às normas criadas como sujeito de direitos e obrigações, em respeito, principalmente, ao princípio da legalidade.

Do mesmo modo, a desigualdade jurídica existente entre a Administração e os administrados é proveniente da lei⁶⁶, um vez que a Lei n. 9.784/99, no seu inciso XIII do parágrafo único do art. 2, menciona que deve ser interpretada a “norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”.

Segundo julgamento⁶⁷ do STJ, a Administração Pública pode ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, a fim de evitar novas interrupções no tratamento, sem que fosse considerada uma violação a separação dos poderes:

Isso porque com essa decisão o Poder Judiciário não está determinando metas nem prioridades do Estado, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas. O que se está fazendo é controlar os atos e serviços da Administração Pública que, neste caso, se mostraram ilegais ou abusivos já que, mesmo o Poder Público se comprometendo a adquirir os medicamentos, há falta em seu estoque, ocasionando graves prejuízos aos pacientes. Assim, não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário.

Com isso, nota-se a possibilidade de questionamento perante o Poder Judiciário de atos administrativos que sejam exorbitantes ou considerados abusivos por se afastarem da finalidade

65 MORAIS, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática do imposto de indústrias e profissões*. São Paulo: Max Limonad, 1964. p. 139-140.

66 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. página 114.

67 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014 (Info 752).

de satisfazer ao interesse público. Ademais, os interesses individuais não são desconsiderados diante da análise do interesse público, porque não há uma regra absoluta permissiva a concluir que sempre quando confrontados ocorrerá a supremacia do interesse público sobre o particular. Nesse ponto, é perfeitamente cabível a organização em conjunto dos interesses pessoais de cada indivíduo em sua qualidade, enquanto membro da sociedade e pelo simples fato de pertencer a uma coletividade devem ser respeitados cada qual com a sua singularidade.

Assim, como forma de assegurar o interesse público, deve-se ter cautela na escolha de acordo com as circunstâncias do caso concreto, mediante um juízo de ponderação, de forma a salvaguardar direitos constitucionalmente assegurados, sobretudo em razão do respeito à dignidade da pessoa humana.

Para Gustavo Binenbojm⁶⁸, a definição do que é o interesse público e a sua supremacia sobre os interesses particulares passou a depender de um juízo de ponderação, no qual há necessidade de análise acerca da proporção entre os direitos fundamentais e demais valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados.

A promoção de direitos fundamentais requer uma satisfação positiva, uma atuação do Estado. Não obstante, a sua inoperância pode ser passível de controle, seja via judicial, seja via administrativa, como forma de resguardar o interesse público.

Segundo José Sérgio da Silva Cristóvam⁶⁹:

O juiz, quando do controle da proporcionalidade dos atos do Poder Público, deve examinar se o meio escolhido é idôneo à obtenção do resultado pretendido pela lei, à satisfação do interesse público. Não deve, entretanto, exigir uma total e absoluta adequação

68 Nesse sentido, ver: BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>>. Acesso em: 17 dez. 2018. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>>.

69 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007.

entre meios e fins, deve sim examinar a conformidade da medida sob o enfoque negativo, invalidando os atos praticados em desconformidade com os fins pretendidos pela norma que visavam cumprir.

Por conseguinte, não há mais um ideal de respeito somente às leis, mas, sim, a um ordenamento jurídico com um todo: juridicidade. Sendo assim, nos casos em que a grave inconveniência é capaz de extrapolar os limites legais da discricionariedade, então será considerada como injuridicidade⁷⁰.

8. Quando o interesse público funciona como limite nas demandas judiciais?

Destaca-se principalmente que o interesse público funciona como um verdadeiro limite, ora ampliando, ora restringindo a atuação da Administração, de modo que deve ser levado em consideração pelo aplicador do Direito até mesmo no momento de concessão de liminares⁷¹. Sabe-se, sobretudo, que é crescente o processo de judicialização⁷² envolvendo a participação da Administração Pública, ora como parte autora, ora como ré no cenário atual⁷³, segundo dados recentes do CNJ.

Diante disso, o interesse público é capaz de atuar como um limite, porque alcançá-lo gera uma imposição para que seja obtida uma maior otimização administrativa, mediante um juízo de ponderação⁷⁴ acerca do bem comum. Outrossim, seria equivocados considerar que assegurar o interesse público seria desconsiderar

70 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 176.

71 HACHEM, D. W. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. 2011, fls. 438.

72 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: ano base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. p. 65. O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com aproximadamente 79,7 milhões de processos em tramitação, a espera de solução definitiva, bem como ingressaram no ano de 2016 cerca de 29,4 milhões de processos.

73 Dos 89.959 processos autuados no Supremo Tribunal Federal em 2016, 54,35% tratam de Direito Administrativo ou outras questões de Direito Público. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-01/metade-aco-es-julgadas-stf-sao-direito-administrativo?utm_source=dldr.it&utm_medium=twitter>. Acesso em: 19 out. 2017.

74 PERLINGEIRO, Ricardo. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica (The Principles of Administrative Procedure in Brazil and the Challenges of Equality and Legal Certainty) (January 5, 2011). *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 68, p. 93-126, jul./ago. 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2196857>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

o interesse privado, porque há interesses privados constitucionalmente assegurados, mas que ainda assim não se desvinculam do interesse público⁷⁵.

Destaca-se que o interesse público não funciona como uma máxima que caso esteja em conflito será sempre capaz de ultrapassar o interesse particular. Contudo, no caso de um conflito entre o interesse público e o interesse privado, aplicar-se-á o primeiro com a observância das circunstâncias do caso concreto, em busca da harmonização de ambos os interesses em seu grau máximo.

Não seria correto estabelecer anteriormente uma sobreposição de determinado bem jurídico protegido constitucionalmente em face de outro, posto que o interesse público comporta variações, bem como há uma linha tênue entre os interesses difusos de determinada coletividade e os interesses individuais ou particulares tutelados. É por isso que urge a necessidade de recorrer ao sistema de ponderação⁷⁶.

O administrador público, ao impor restrições aos direitos fundamentais, em caso de coalisão com os direitos da coletividade, deve respeitar a teoria dos “limites dos limites”. Com isso, o núcleo essencial dos direitos fundamentais permanecerá irredutível, de modo que não é possível adentrá-lo com a justificativa de satisfação do interesse público.

Por essa razão, quando há uma pretensão individual em face do particular que, de certa forma, gere uma colisão entre o interesse do Estado, o primeiro não deverá prevalecer quando em conflito com o interesse público. É certo que a Administração Pública ao atuar em sua função executiva, e até mesmo em sua função judicante, faz com respeito ao interesse público⁷⁷, sendo esse um limite impeditivo para a sua atuação, sob pena de apresentar ilegalidade ou de abuso de poder. Nesse sentido:

[...] É preciso não confundir a supremacia do interesse público – alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo – com as

⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 16.

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 21.

⁷⁷ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 768.

suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é o princípio: é, antes, sua aplicação prática (BORGES, 2006, p. 30-31).

Outrossim, o interesse público atua como limite, em especial nos casos em que a Administração se encontra como considerada no domínio privado, passível de ser executada forçosamente nos casos de descumprimento das decisões proferidas, devendo ser proporcional a execução de forma a não atingir a sociedade de tal maneira que inviabilize o exercício de atividades essenciais, porque o patrimônio público disponível é limitado e finito, ainda que determinados bens públicos não sejam passíveis de expropriação⁷⁸.

Com isso, a atuação do Poder Público deve ser baseada no juízo de proporcionalidade, de modo que é vedado tanto o seu atuar em excesso, quanto a sua inoperância. A aplicação do princípio da proporcionalidade possui os seguintes aspectos a serem analisados de acordo com o caso em questão: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. No entendimento de Gustavo Binbenjón⁷⁹:

Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização, de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade (2005, p. 167).

Observam-se dois apontamentos importantes: primeiro, que existe uma margem de ação do legislador, mas que ao editar leis, deve-se atentar para não atingir o seu núcleo intangível dos direitos fundamentais. Em segundo lugar, não é cabível ao administrador, na sua zona de discricionariedade técnica, atentar contra direitos em sua magnitude. Ademais, a reserva do possível não é

78 Ver: PERLINGEIRO, Ricardo. Execução contra a Fazenda Pública (Enforcement against Administrative Authorities). Brasília: Centro de Estudos Judiciários, C.J.F, 2003, v. 1, p. 507. Available at SSRN: Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2250859>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

79 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 167.

capaz de atingir os direitos garantidos em lei⁸⁰. Nesse sentido, é interessante a seguinte passagem:

A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) está intrinsecamente relacionada com a prerrogativa do legislador de escolher quais benefícios sociais considera prioritários para financiar, sem que isso implique limitação ou restrição de direitos subjetivos existentes e exigíveis. Portanto, não se cogita da reserva do possível em face de um *mínimo existencial* e tampouco da *justiciabilidade* de direitos sociais derivados e instituídos por lei. Neste caso, é zero a margem de discricionariedade do legislador, inclusive orçamentário, sob pena de ofensa ao Princípio do Estado de Direito (PERLINGEIRO, 2013. p.184-185).

Os direitos fundamentais possuem, por conseguinte, uma natureza híbrida, situando-se entre o público e o privado⁸¹. Portanto, nos casos de colisão, atenta-se para a ponderação dos valores envolvidos no caso em concreto, com base em uma relação de prioridade condicionada, cujo resguardo maior recai no respeito à dignidade humana.

9. Conclusão

Por fim, conclui-se que satisfazer o interesse público em seu máximo é vital para o pleno funcionamento da Administração, de modo que deve corresponder aos anseios da população, em vez dos interesses estritamente privados dos seus representantes ou governantes. A Constituição Federal de 1988 surge para salvaguardar os interesses da coletividade, por meio de um ideal de solidariedade social e satisfação do interesse público, como representante dos anseios da sociedade – não estritamente da pessoa jurídica estatal.

No entanto, faz-se necessária uma integração e proximidade com os anseios da sociedade, por meio da busca por maior efetividade das políticas públicas, como um importante pilar para que

80 Nesse sentido, ver PERLINGEIRO, Ricardo. *Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil (New Perspectives in the Judicial Review of Health Care Policy in Brazil)* (December 1, 2013). *Scientia Iuridica*, Braga/Portugal, Tomo LXII, 2013. n. 333, p. 519-539. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2363398>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

81 GABARDO, Emerson. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, v. 1, p. 29-39, 2011. p. 10.

direitos constitucionais sejam salvaguardados em sua plenitude. Assim, evita-se um denominado “Estado de coisas inconstitucionais”, no qual não apenas direitos fundamentais individuais são violados, como o próprio interesse público em si torna-se desamparado.

No Brasil, influenciado pelo modelo de Bem-Estar Social, o atuar conforme o interesse público é considerado um princípio implícito na Constituição Federal de 1988, previsto no art. 3º, IV e no art. 66, §1º, de modo que é possível extrair de ambos os artigos o seu fundamento de validade. Torna-se mister, então, compreender o seu real sentido, uma vez que a sua aplicação equivocada gera desconforto e perda de legitimidade da própria Administração Pública perante os administrados.

É por tais razões que se torna importante a boa aplicação dos recursos públicos, de forma atender ao interesse público da sociedade no qual representa, bem como de uma análise crítica de acordo com o caso em concreto e das suas peculiaridades, a fim de que seja alcançada uma otimização administrativa.

Ademais, a reserva do possível não pode ser considerada como um limite para a atuação do Estado, principalmente em face de direitos fundamentais sociais originários do texto constituinte, com o objetivo precípua de assegurar o mínimo existencial. Nesse caso, o interesse público será capaz, de fato, de prevalecer sobre o interesse privado.

Sendo assim, não há propriamente uma supremacia, mas, sim, a análise de acordo com o caso em concreto da necessidade de respeito às normas existentes na própria Constituição Federal, na qual é dotada de força vinculante para corresponder aos anseios da sociedade no qual representa e, assim, envolver a satisfação de direitos assegurados aos administrados, sejam esses individuais ou não, quando incluídos no interesse público.

Portanto, o interesse público pode funcionar como um limite diante da necessidade de salvaguardar direitos fundamentais, sobretudo como garantia ao mínimo existencial. O interesse público primário, por representar os interesses da coletividade no qual representa, é dotado de maior autonomia e preponderância, caso venha a colidir com o interesse público secundário, justamente por responder ao verdadeiro interesse público em si.

Por fim, torna-se fundamental, também, compreender a sua importância, como manutenção do metaprincípio da dignidade da pessoa humana, de modo a permitir que, à luz do Estado Democrático de Direito, os institutos jurídicos integrantes do atual ordenamento estejam sempre voltados para uma atuação baseada no respeito aos preceitos constitucionais e princípios instituídos pela Constituição.

10. Referências

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- AFFONSO, Flávia Martins; PERLINGEIRO, Ricardo. *Introdução à compilação de leis sobre procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos (Introduction to the Compilation of Latin American Laws on Administrative Dispute-resolution Procedures and Proceedings)* (2017). In: Ricardo Perlingeiro (Org.).
- BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *Revista de Direito Social*, v. 34, p. 11-43, 2009.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acesso em: 17 dez. 2018. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>>.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.
- _____. *A teoria das formas de governo*. São Paulo: Edipro, 2017.
- BORGES, Alice Gonzáles. *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?* *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2017.
- CAVALCANTI, Rodrigo. *Ato administrativo: discricionariedade x vinculação*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VI, n. 13, maio 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3741>. Acesso em: 19 dez. 2018.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PFLEGER, Lilian. *A supremacia do interesse público na ordem constitucional brasileira*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3554, 25 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24044>>. Acesso em: 2 nov. 2017.
- _____. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba. Juruá, 2007.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Gen, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. In: *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- _____. REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 115, p. 267-318, 2017.
- _____. *O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do direito administrativo social*. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 4, p. 95-130, 2017.
- _____. *A relação entre interesse público e direitos fundamentais*. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires. n. 394, 2011, p. 29-39.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva 2011.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011. Mestrado em Direito do Estado - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011.
- _____. *A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo*. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.
- _____. *A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.
- _____. *A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais e econômicos, sociais, culturais e ambientais*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.
- _____. *A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro*. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2016.
- PERLINGEIRO, Ricardo. *Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica (The Principles of Administrative Procedure in Brazil and the Challenges of Equality and Legal Certainty)* (January 5, 2011). *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 68, p. 93-126, jul./ago. 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2196857>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- _____. *É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? (Does the Proviso of the Possible [Vorbehalt des Möglichen] Limit Judicial Intervention in Social Public Policies?)* (October 24, 2013). *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, p. 163-185, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2343965>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

- _____. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde (The Principle of Equal Protection before the Law in Individual and Collective Judicial Protection and In Other Means of Conflict Resolution In Connection with the SUS and Private Healthcare Plans) (December 1, 2012). *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH*, Belo Horizonte, v. 5, n. 10, p. 217-227, July-December 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2241142>>. Acesso em: 19 dez. 2018.
- _____. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil (Judicial Protection of the Public Right to Health Care in Brazil) (2012). *Direito, Estado e Sociedade* (Impresso), v. 41, p. 184-203, 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2250121>>. Acesso em: 19 dez. 2018.
- _____. Princípio da isonomia e a Administração Pública em Juízo (Principle of Equal Treatment Before the Law and Administrative Authorities in Court) (2006). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, v. 169, n. 43, p. 7-12, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2250853>>. Acesso em: 19 dez. 2018.
- _____. *A execução no Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América e as causas de interesse público*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Revista Forense, nov-dez. 2005, p. 199-205.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- RANGEL, Tauã Lima Verdán. *O princípio da indisponibilidade do interesse público enquanto axioma da Administração Pública*. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, n. 1162. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3509>>. Acesso em: 21 nov. 2017.
- SIQUEIRA, Mariana de. Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/16281>>. Acesso em: 19 dez. 2018.
- SOUZA, Victor R. C.. Reserva do possível, direitos fundamentais e autocontenção dos poderes: uma nova perspectiva. *Revista CEJ*, v. 20, p. 85-96, 2016.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Ludimila Santos Derbli

**O reconhecimento da
juridicidade dos acordos
substitutivos pelo TCU – o
estudo de caso do TAC da Anatel**

13

O reconhecimento da juridicidade dos acordos substitutivos pelo TCU - o estudo de caso do TAC da Anatel

Ludimila Santos Derbli¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo realizar análise crítica da decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que admite a realização de acordo substitutivo celebrado entre a Anatel e agente regulado. Assim, pretende-se examinar se, na prática, foi reconhecida a juridicidade deste instrumento que substitui as penalidades ou multas aplicadas pelas agências reguladoras nos processos administrativos sancionadores por obrigações de fazer e/ou não fazer.

Palavras-chave: Direito da Regulação. Instituições. Agências Reguladoras. Controle. Consensualidade.

Abstract

The aim of this article is to examine whether the legal order recognized the consensus in Brazilian administrative law, through a critical analysis of the decision of the Supreme Audit Court that upheld the possibility of replace penalties or fines applied by the regulatory agencies in the administrative proceedings by positive or negative obligations.

Key words: Regulation Law. Institutions. Regulatory agencies. Control. Consensus.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo realizar uma breve análise crítica do Acórdão n. 2121/2017 do Plenário do TCU, de 27.09.2017. Apesar de reconhecer a juridicidade do acordo substitutivo realizado no âmbito de processo administrativo sancionatório entre a Telefônica e a ANATEL (Termo de Ajustamento de Conduta ou,

¹ Mestranda em Direito da Regulação pela FGV DIREITO RIO. Pós-Graduada em Advocacia Pública pela UERJ e em Direito do Consumidor pela UCAM. Advogada da Petróleo Brasileiro S/A. E-mail: ludimilas2004@yahoo.com.br; ludimilasantos@petrobras.com.br.

simplesmente, “TAC da Anatel”), a decisão determina uma série de ajustes que acabam por inviabilizar a formalização do instrumento, tendo por base proposições do relatório de seu corpo técnico que, ao nosso entendimento, interferem diretamente nas escolhas regulatórias da agência.

Ao longo dessa análise pretende-se fazer uma interação com o instituto da consensualidade no âmbito do direito administrativo que, na concepção restrita aqui adotada, fundamenta a substituição de penalidades ou multas aplicadas pelas agências nos processos administrativos sancionadores por obrigações de fazer e/ou não fazer.

Neste aspecto, a pesquisa se justifica pois existem poucos trabalhos sobre essa questão específica e o citado acórdão da Corte de Contas pode vir a ser considerado um relevante precedente para a adoção de acordos substitutivos no direito administrativo, o que tende a reforçar o papel da consensualidade na esfera regulatória.

2. O Acórdão n. 2121/2017 – uma análise crítica da decisão do Tribunal de Contas que reconhece a juridicidade dos acordos substitutivos na seara regulatória

Em 21.09.2017, o Plenário do TCU, em decisão inédita, veiculada no Acórdão n. 2121/2017 reconheceu não haver impedimento à celebração de acordo substitutivo entre a Anatel e a empresa Telefônica Brasil S/A (“TAC² da Anatel”), desde que observadas as determinações previstas no acórdão.

Em linhas gerais, a Corte de Contas entendeu que com a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atenderia ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da motivação clara do compromisso ou

2 Apesar de não existir um permissivo genérico para atuação consensual na Lei n. 9.784/99, como nos modelos europeus, esses compromissos ou termos de ajustamento de conduta (TACs) que já eram reconhecidos antes da Constituição da República, no artigo 5º, §6º, da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), ao longo do tempo foram adquirindo status normativo como, por exemplo, na Lei n. 12.529/2011 (art.85), na Lei n. 12.846/2013 (art.16) e, mais recentemente, com a publicação da Lei n. 13.655/2018 (art. 26 e §1º). O seu papel é incrementado no ordenamento jurídico.

do ajuste de conduta a ser assumido e da análise de custo-benefício do instrumento³.

Trata-se de um precedente relevante pois, diante de um processo administrativo sancionatório custoso, moroso e ineficiente, os reguladores e regulados, com base na consensualidade⁴, podem atuar de forma mais ativa negociando e destinando o valor da multa ou da penalidade (imposto ao término do processo) à modernização e ao aperfeiçoamento do serviço prestado naquele setor específico. A partir desse julgado, entende-se que as agências reguladoras passam a ter o respaldo do órgão de controle para a negociação e execução de acordos substitutivos.

A decisão é relevante por reconhecer que a finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação de sanção “e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o legislador elegeu como relevantes alcançar”⁵.

3 Processo n. TC 022.280/2016-2 “SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. DEFINIÇÃO DE REGRAS PARA AJUSTE DE CONDUTA DE OPERADORAS. CONVERSÃO DE PASSIVO DE MULTAS DE RESPONSABILIDADE DE ENTE REGULADO EM INVESTIMENTOS DIRETOS (COMPROMISSOS ADICIONAIS). CONHECIMENTO. EXAME DE CLÁUSULAS DE TAC APROVADO PELO CONSELHO DIRETOR. CÁLCULO DE VALOR DE REFERÊNCIA. IMPROPRIEDADES PARCIALMENTE AFASTADAS. IRREGULARIDADES E RISCOS IDENTIFICADOS E MANTIDOS. INDEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. OITIVAS. CIÊNCIA. MONITORAMENTO.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...]

9.3. dar ciência à Anatel de que:

9.3.1. este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, desde que atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitivas contidas neste acórdão e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU;

9.3.2. não existe, de modo geral, impedimento à pactuação de TAC pela Anatel, visto que os atos da agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam objetos de deliberação expressa e específica em sentido contrário;

9.3.3. tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento”.

4 Adotaremos como premissa o conceito restrito de consensualidade de PALMA que consiste em “técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos entre Administração Pública e administrado são firmados com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal (prerrogativas públicas)”. (PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 111-112)

5 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício de poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica (Parecer). In: *Revista de Direito Administrativo*, 221: 353-370. Rio de Janeiro: Renovar, jul/set.2000, p.357.

No entanto, o relatório de auditoria do corpo técnico do TCU, mais especificamente, da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração, aqui denominada como SeinfraCOM, em determinados trechos que serão apontados ao longo deste capítulo, se imiscui na esfera da discricionariedade da Anatel ao pretender modificar determinadas cláusulas negociadas entre os agentes no TAC o que, entende-se, ultrapassa os limites da chamada “fiscalização de segunda ordem”⁶ feita pelo TCU nas matérias relativas às agências reguladoras.

O TAC, por sua natureza negocial, possui as características de um contrato firmado entre a Anatel e a Telefônica. Nestes termos, a fiscalização desse ato negocial pelo TCU deve se limitar à observância de sua regularidade, conformidade à lei e aos procedimentos formais exigidos pelos regulamentos da Anatel⁷.

A atribuição constitucional conferida ao TCU de órgão auxiliar do Poder Legislativo não lhe imputa a condição de titular do controle externo, sua atividade fiscalizatória é e deve ser de “segunda ordem”, sob pena não só de enfraquecer, mas até de substituir o papel do regulador.

Observa-se em determinados trechos do relatório técnico a ingerência da SeinfraCOM no processo de escolha da Anatel, ao entender que os compromissos de investimentos definidos pela agência como compromissos adicionais dos TACs devem refletir políticas públicas previstas no Decreto n. 8.776/2016, para universalização do

6 A jurisprudência da Corte de Contas convencionou chamar de “fiscalização de segunda ordem ou de segundo grau” ou “controle de segunda ordem” a competência constitucional exercida para examinar se as agências estão fiscalizando corretamente a execução dos contratos de prestação de serviços. Confira-se a respeito trechos do Acórdão 1407/2016. Ata 19/2016 - Plenário - 01.06.2016. Relator Vital do Rêgo: “[...] entretanto, fica claro que o TCU exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau, que busca identificar se as agências estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais o de fiscalizar a prestação de serviços públicos. Deve a Corte de Contas, no desempenho de sua competência constitucional, atestar a correção da execução desses contratos. Ressalte-se, todavia, que esta ação não visa a concessionária em si, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos por elas firmados. Não deve o Tribunal substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população”.

7 Dentre os principais cite-se a Resolução n. 589/2012 (que aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas - “RASA”), criada pela Consulta Pública n. 22, de 24 de junho de 2010, e a Resolução n. 609/2013 (que aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Ajustamento de Conduta - “RTAC”), pela Consulta Pública n. 13, de 11 de março de 2013.

acesso à internet no país⁸. Cite-se ainda como outro exemplo de interferência, a proposta de compartilhamento de infraestrutura com pequenas e médias empresas do setor de telefonia, a fim de impedir que os investimentos massivos realizados pela compromissária gere prejuízos à competitividade⁹.

Entende-se que em ambos os casos aquele órgão substituiu o papel da agência reguladora ao encaminhar proposta de determinação que consubstancia, de fato, escolha regulatória que está dentro da esfera de discricionariedade da Anatel¹⁰.

Esta interferência inapropriada na decisão do gestor é muito bem endereçada por MOREIRA¹¹ ao abordar a questão do “Direito

8 A SeinfraCOM entende que as ações e os compromissos de investimentos definidos pela Anatel como compromissos adicionais dos TACs devem refletir políticas públicas desenhadas para beneficiar a sociedade e o interesse público; políticas cujas metas e objetivos não seriam realizados pela operadora ao longo do tempo, dado não haver interesse comercial em alcançá-los. Com base no Decreto n. 8.776/2016, que instituiu o programa de governo “Brasil Inteligente” sustenta como finalidade a ser perseguida a política pública da universalização do acesso à internet no país. Assim, além de ser necessário que a Anatel dê prioridade ao investimento em regiões em que não há a previsão de fornecimento do serviço, é necessário que a agência garanta que mesmo nas localidades nas quais o serviço já é prestado pela operadora, sejam atendidas e priorizadas as regiões e os bairros desfavorecidos e sem infraestrutura de banda larga. (Relatório de auditoria do Acórdão, p.34-36).

9 Ao exigir que as prestadoras invistam em ampliação da infraestrutura de rede, em substituição ao pagamento direto ao erário dos valores bilionários de multas, a agência tem como objetivo estimular que essas empresas implantem infraestrutura em diversas cidades, inclusive de médio e pequeno porte, tendo um ganho para a operadora, se considerarmos que aqueles valores aplicados deveriam ser aportados diretamente ao Poder Público. Diante disso, caso não haja uma análise criteriosa pela Anatel, garantindo que sejam direcionados investimentos suficientes para localidades de baixa atratividade e sem infraestrutura, em concordância com o interesse público voltado para a universalização do serviço, pode haver um prejuízo à atuação de operadoras, principalmente as menores, em municípios que já possuem uma infraestrutura e onde já há competição entre elas, além haver um custo de oportunidade de não atender novos municípios em uma oportunidade única como a obrigação de investimentos por meio do TAC (Relatório de auditoria do Acórdão, p. 47).

10 “Quando a SeinfraCOM determina que os investimentos de universalização devem ser priorizados “em locais em que não haja a prestação de banda larga atualmente e nem em um futuro próximo”, há clara substituição do regulador pelo controlador, posto que esta é uma decisão típica da atividade-fim da ANATEL. Faz parte da regulação o planejamento e a estipulação de prioridades de investimentos, especialmente diante de um quadro de escassez de recursos, o que resulta de sopesamento setorial e arbitramento dos interesses públicos em jogo. Esta é uma atribuição privativa da Agência, cujo mérito não pode ser revisto pelas instituições de controle” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Juridicidade e controle dos acordos regulatórios*: O caso TAC Anatel. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulatórios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018, p. 46.

11 “[...] caso se defenda que o exercício da competência discricionária precisa sempre resultar na melhor decisão [...] devemos nos atentar para o fato de que essa situação é de difícil, senão impossível, concretização no mundo dos fatos. Cogita-se justamente daquela escolha que o homem médio - o administrador bem preparado, em sua condição humana -, está impossibilitado de realizar: a que agrade a todos. Isso simplesmente não existe. Porém, não haveria nada de mais quanto a isso, se porventura existisse uma só pessoa a dar a última palavra sobre o que é melhor ou excelente: o administrador público a quem foi ▶

Administrativo do Inimigo” e reforçar o exercício da competência discricionária pelo gestor, entendendo-o como o sujeito mais habilitado para realizar a escolha na situação problema que lhe é posta no caso concreto.

Com efeito, não cabe à Corte de Contas definir as regiões em que deve ser priorizado o fornecimento do serviço ou àquelas que deverão ter acesso à banda larga, não lhe compete escolher a melhor opção regulatória. O TCU não pode, na condição de órgão controlador e “revisor” dos compromissos assumidos no TAC, pretender realizar políticas públicas ou proceder escolhas regulatórias de atribuição da Anatel.

Afinal, a avaliação sobre o local em que deverão ser aplicados os investimentos, sobre a política de acesso que melhor atenderá ao interesse do usuário, os efeitos do TAC no mercado regulado, os objetivos regulatórios almejados na negociação e eventuais impactos no equilíbrio entre os competidores no setor de telefonia são atributos inerentes à competência institucional do regulador, como se extrai do artigo 9º da Lei n. 9.742/96¹².

Outro ponto que merece ser criticado versa sobre o caráter extremamente fiscalista do relatório da área técnica que, ao argumento da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, questionam a possibilidade de transacionar com as multas aplicadas à Telefônica. Trata-se de um argumento que, sob o ponto de vista de um modelo atual de governança descentralizado e mais preocupado com a eficiência, não se sustenta.

11 cometida a competência discricionária para proferir o ato. [...] Porém, não é isso que se passa no direito brasileiro: há vários sujeitos que se autoatribuem a comparação entre as escolhas e a definição da melhor delas. Contudo, se bem vistas as coisas, fato é que só o administrador que enfrenta os desafios da prática tem condições - objetivas e subjetivas - de definir o que é melhor (ou pior) para as circunstâncias do caso concreto. [...] Os órgãos de controle externo tendem a se arrogar a competência para atribuir qualificativos à decisão administrativa - e inventam outra, que qualificam como 'a melhor ainda' do que a proferida pela pessoa a quem a lei e os regulamentos definiram como competente" (MOREIRA, Egon. *Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economicodiscricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em: 22 jun. 2018).

12 Art. 9º. A agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

O novo modelo de Estado caracterizado pelo pluralismo, pela difusão do poder e por extensa delegação de tarefas a instituições não majoritárias¹³ inaugura uma fase de releitura dos institutos e das competências administrativas tradicionais, que serão atualizados de acordo com as modernas leis de regulação da economia¹⁴.

A regulação por normas de comando e controle é a estratégia que mais se aproxima do modelo sancionador clássico, especialmente, considerando a relevância do poder sancionatório do regulador como mecanismo de disciplina dos setores regulados.

As normas de comando e controle delineiam o poder sancionatório do regulador, ao proibir a realização de atividades que não se conformem aos padrões por ele fixados. A essência da regulação do comando e controle é a seguinte: determinados comportamentos são inaceitáveis e, uma vez praticados, geram a punição do infrator¹⁵. Nas palavras de BINENBOJM¹⁶:

como a atividade regulatória envolve, essencialmente, a definição de parâmetros normativos de orientação comportamental, as normas de comando e controle são dotadas de grande funcionalidade porque fortalecem a segurança jurídica e a igualdade de tratamento no âmbito da regulação. Tais normas assumem a estrutura de regras, uma vez que estabelecem a conduta exigível dos particulares, sob pena de incidência da punição cominada.

13 MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 23.

14 Como pontua BINENBOJM: "A regulação jurídica da economia é um campo fértil de aplicação teórica e prática das interações entre a ciência econômica e o direito, em prol da persecução de finalidades socialmente desejáveis, determinadas no processo democrático. A atividade de regulação tem à sua disposição uma grande variedade de métodos, técnicas e instrumentos destinados a preservar [...] o funcionamento de distintos setores econômicos [...]. A esse conhecimento acumulado costuma-se atribuir o rótulo de economia da regulação" (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 164).

15 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Introduction & Fundamentals. In: *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 106.

16 Idem, p. 155.

Na mesma linha, COGLIANESE¹⁷ ao descrever os quatro elementos-chave da regulação discrimina, dentre eles, a força normativa imposta pelo comando e o seu *enforcement* definidas, no caso, como as consequências oriundas desse comando. Como afirma o autor, essas consequências podem ser negativas na forma de multas e, normalmente, assumem um caráter binário, ou seja, uma vez violada a regra, se impõe a aplicação da penalidade.

De fato, na afirmação do papel da agência reguladora como autoridade disciplinadora da prestação de serviços públicos, a aplicação dessas sanções pelo regulador e seu efetivo cumprimento pelos regulados devem se verificar em tempo hábil¹⁸, de forma que a agência dê uma resposta imediata aos usuários dos serviços públicos e previna novas condutas infracionais por parte dos agentes regulados.

Esse dado conjugado ao recolhimento das multas aos cofres públicos pela agência, apesar de ser considerado elemento hábil a demonstrar sua qualidade, não é a última *ratio* da regulação, portanto, a negociação das multas por TAC não violaria a supremacia ou indisponibilidade do interesse público, como reconhece a própria decisão do TCU¹⁹.

Ainda de acordo com a SeinfraCOM as multas são receitas extrafiscais que devem ser arrecadadas e não devem ser objeto de transação por meio do TAC. Discordo uma vez mais deste

17 "A rule can direct that a target adopt means or achieve ends. In other words, it can direct the target to engage in or avoid a specific action designed to advance the regulatory goal, such as a command to install ventilation systems or provide employees with protective equipment, or it can compel the target to achieve or avoid a specified outcome related to the regulatory goal [...]Consequences. The normative force of any command must be reinforced with consequences, the fourth component. Consequences can be negative in the form of penalties, such as fines or the loss of a license, or positive in the form of product approvals, regulatory exemptions, or other rewards granted once a target meets the predicate conditions in a rule. Consequences can also be distinguished by what might be considered their functional form. Often consequences take a binary form –in other words, if a rule is violated, a lump sum penalty is issued." (COGLIANESE, Cary. *Regulation's Four Core Components*. The Regulatory Review, Sep 17, 2012. Disponível em: <<https://www.theregreview.org/2012/09/17/regulations-four-core-components>>. Acesso em: 16 dez. 2018.)

18 PALMA, Juliana Bonarcorsi. Regulação e Autoridade – o poder sancionador na regulação. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.) *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 82

19 "9.3.3. tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento."

posicionamento, pois a aplicação de multas pela Anatel (ou por outras agências) não garante a certeza de sua arrecadação aos cofres do regulador²⁰.

Pela análise quantitativa do Relatório Anual de 2017 da Anatel²¹, pode-se demonstrar o baixo grau de *enforcement* das sanções aplicadas ao término do processo administrativo. Observe-se que no âmbito das multas constituídas (na faixa de R\$ 5,3 bi) apenas 66% foram integralmente quitadas e o seu percentual de arrecadação é baixíssimo (13,9%); reforçando esse entendimento, a comparação com a tabela correspondente às multas não arrecadadas, o percentual de multas suspensas judicialmente também é significativo de, aproximadamente, 34%.

A tabela a seguir apresenta a situação das multas constituídas pela Anatel de forma acumulada no período de 2000 a 2017:

20 De acordo com levantamento realizado até 2015 pelo TCU em 17 instituições públicas acerca da arrecadação de multas aplicadas por órgãos e entidades federais de regulação e fiscalização, observou-se que embora os montantes totais das multas aplicadas fossem significativos, os dados relativos aos valores efetivamente pagos eram preocupantes, como apontado no Acórdão nº 1215/2015 - Plenário. Relator Min. Raimundo Carreiro. Processo TC 019.872/2014-3:

"MONITORAMENTO. ARRECADAÇÃO DE MULTAS APLICADAS POR AGÊNCIAS REGULADORAS E OUTROS ÓRGÃOS E ENTIDADES FEDERAIS COM ATRIBUIÇÕES DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. OPORTUNIDADES DE MELHORIA E DEFICIÊNCIAS DE PROCEDIMENTOS (BAIXOS PERCENTUAIS DE ARRECADAÇÃO DE MULTAS, DE INSCRIÇÃO DE INADIMPLENTES NO CADIN E DE AJUIZAMENTO DE COBRANÇAS JUDICIAIS DAS MULTAS. RISCO DE PRESCRIÇÃO DOS CRÉDITOS). MONITORAMENTO DE DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES EXPEDIDAS EM ACÓRDÃOS ANTERIORES. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROGRESSOS ADVINDOS DA PRESENTE AÇÃO CONTINUADA DE CONTROLE. NOVAS DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA".

21 Em 2017, a Anatel constituiu pouco mais de 1,7 mil multas que totalizaram R\$ 83,6 milhões, montante 39,8% inferior ao registrado em 2016. O valor arrecadado - R\$ 25,6 milhões -, por outro lado, superou em 129,6% o do exercício anterior. Desde o ano 2000, a Anatel constituiu 60,8 mil multas, o equivalente, em termos financeiros, a R\$ 5,3 bilhões. Na comparação com 2016, o percentual de multas suspensas judicialmente apresentou redução de 11,2 pontos percentuais. Do quantitativo de multas constituídas, 66% foram integralmente quitadas, o que corresponde a arrecadação de R\$ 741,0 milhões - 13,9% do valor devido à Anatel. Em relação aos valores ainda não arrecadados, a Agência tem adotado as medidas de cobrança necessárias. Até o final de 2017, das 20,6 mil multas ainda não quitadas, 27,7% haviam sido inscritas pela Anatel no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) e/ ou em Dívida Ativa e 2,1% estavam parceladas. Para 1,2 mil multas - que somavam R\$ 155,9 milhões -, foram expedidos comunicados para os devedores informando-os de que o não pagamento desse débito implicaria em inclusão no Cadin, no prazo de 75 dias, podendo acarretar, ainda, a inscrição do nome do devedor em Dívida Ativa e providências judiciais cabíveis. As multas suspensas judicialmente representavam, no final do exercício, 1,2% do total de sanções aplicadas; em termos financeiros, elas respondiam por 34% do montante constituído. Essa relação decorre do fato de que as empresas de grande porte, que tendem a recorrer ao Judiciário, respondem por multas de alto valor. A Anatel, por meio de sua Procuradoria, atua na esfera judicial para, a partir da decisão final, adotar as medidas de cobrança que porventura se façam necessárias. (Disponível em: <www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documentoVersionado.asp?numeroPublicacao=348395&documentoPath=348395.pdf&Pub=&URL=/Portal/verificaDocumentos/documento.asp>. Acesso em: 4 ago. 2018.)

Tabela 1 – Multas constituídas Anatel 2000 – 2017.

Montante arrecadado integralmente				
Situação	Financeiro (em R\$)	Percentual (Financeiro)	Físico	Percentual (Físico)
Multas arrecadadas	741.046.967,33	13,92%	40.132	66,02
Montante arrecadado parcialmente				
Situação	Financeiro (em R\$)	Percentual (Financeiro)	Físico	Percentual (Físico)
Suspensas judicialmente	2.699.796,09	0,05%	10	0,02%
Parceladas	520.982,1	0,01%	340	0,56%
CADIN e/ou Dívida ativa	1.726.797,53	0,03%	1.478	2,43%
Comunicado (CADIN) expedido	167.175,84	0,00%	130	0,21%
Comunicado (CADIN) pendente de expedição	76.466,32	0,00%	57	0,09%
Subtotal	5.191.217,97	0,10%	2.015	3,31%
Montante não arrecadado				
Situação	Financeiro (em R\$)	Percentual (Financeiro)	Físico	Percentual (Físico)
Suspensas judicialmente	1.806.315.577,69	33,93%	703	1,16%
Parceladas	15.081.490,13	0,28%	921	1,52%
CADIN e/ou Dívida ativa	2.593.105.057,83	48,71%	15.335	25,23%
Comunicado (CADIN) expedido	155.744.983,28	2,93%	1.054	1,73%
Comunicado (CADIN) pendente de expedição	6.582.317,33	0,12%	627	1,03%
Subtotal	4.576.829.426,26	85,98%	18.640	30,66%
Total	5.323.067.611,56	100,00%	60.787	100,00%

Fonte: Sistema Integrado de Gestão de Créditos (Sigec). Os montantes integralmente e parcialmente arrecadados correspondem ao valor principal recolhido, sem o acréscimo de juros e correção monetária. O montante ainda não arrecadado corresponde ao saldo devedor principal, desconsiderando os acréscimos moratórios.

Observa-se que a Anatel ao negociar o TAC submetido à apreciação do TCU visa, de fato, trocar a incerteza na arrecadação da multa pelo compromisso certo de investimento no setor, promovendo uma regulação setorial pautada em metas e finalidades voltadas a aprimorar a qualidade dos serviços de telecomunicações.

Como salientado, se a sanção é considerada a última *ratio* da regulação e o grau de *enforcement* das sanções da Anatel é baixo podemos entender que nesse processo, a arrecadação de multas seria uma externalidade, sendo perfeitamente admissível transacioná-las por meio do TAC, pois a finalidade primordial almejada pelo regulador seria o aprimoramento da qualidade da prestação do serviço regulado.

A SeinfraCOM também interfere sobre os critérios escolhidos pela Anatel para estipular a multa a ser aplicada nos casos de descumprimento dos compromissos²² e nos respectivos índices de atualização (pela SELIC), inclusive, propondo alteração do regulamento da agência sobre cálculo do Valor Presente Líquido (“VPL”)²³, o

22 “Pelo TAC, a penalização máxima corresponderia ao valor de referência (R\$ 2,86 bilhões) acrescido das multas diárias por atraso, o que não pode ser superior ao montante de R\$ 2,14 bilhões (o dobro do valor de referência para compromissos adicionais, definido pelo TAC como 25% do valor de referência do TAC). Porém, a SeinfraCOM entendeu ser esta uma metodologia ilegal porque “reduz a penalização da operadora, beneficiando-a”¹⁰¹. Segundo a unidade técnica, na medida em que os TACs têm dois tipos de compromissos (correção de irregularidades e ações de investimentos adicionais), o VR também deveria ser composto por duas parcelas: (i) ajuste das condutas irregulares, resultado da soma das multas aplicadas e estimadas, e (ii) compromissos adicionais, com valor definido pela ANATEL” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Juridicidade e controle dos acordos regulatórios*: O caso TAC Anatel. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulatórios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018, p. 47).

23 “Nessa linha, a SeinfraCOM propõe que os estudos financeiros conduzidos pela Agência para cálculo do Valor Presente Líquido considerem os seguintes fatores: a.1.32.1) extensão do período considerado no fluxo de caixa; a.1.32.2) distribuição e origem das receitas consideradas; a.1.32.3) distribuição e origem de todas as despesas consideradas, inclusive o comportamento no fluxo de caixa das despesas administrativas, despesas comerciais, dos custos de operação, manutenção e aluguel, e demais gastos; a.1.32.4) como são estimadas as despesas operacionais e não operacionais; a.1.32.5) data ou ano de início do cálculo do fluxo de caixa; a.1.32.6) critérios objetivos escolhidos para a distribuição da implantação da infraestrutura nas regiões dos municípios pactuados; a.1.32.7) escolha do preço de comercialização do serviço para cada região e cidade do país a serem atendidos; a.1.32.8) previsão de investimentos, incluindo a descrição técnica dos elementos que compõem o projeto proposto; a.1.32.9) taxa de desconto, chamada pela Anatel de Custo Médio Ponderado de Capital, utilizada no cálculo do fluxo de caixa e o período considerado nesse índice; a.1.32.10) análise sobre as cidades a serem atendidas acerca da eventual presença e percentual de participação no mercado das demais prestadoras de serviços de banda larga fixa, ou mesmo da própria operadora.” (Idem, p. 47)

que entendo como decisões que estão dentro esfera de autonomia financeira da agência. A SeinfraCOM ao propor determinações de alteração de critérios dessa natureza se desvirtua por completo o papel constitucional que é atribuído ao controlador.

Percebe-se, pelas situações acima ilustradas, uma certa “reatividade” do corpo técnico do órgão de controle em reconhecer a possibilidade de negociação das prerrogativas públicas entre regulador e regulado, em especial, a autonomia decisória da Anatel na realização dos acordos substitutivos^{24, 25}.

Vale frisar que a adoção de meios consensuais como o TAC, em que se assume um compromisso de conversão de multas em investimentos para o regulado melhorar a qualidade do serviço, criar ou ampliar as infraestruturas existentes, fomentar a competição entre as prestadoras ou alcançar metas de universalização mais ambiciosas do que as impostas na regulamentação, nem sempre serão passíveis de aplicação pelo regulador.

24 O uso de TAC para conversão de multas em investimentos não é realidade exclusiva da Anatel, trata-se de modelo regulatório adotado por outras agências e previstos em suas regulamentações específicas, tais como:

Resolução n. 57/2001 da ANS: Art. 1º A ANS poderá firmar com as operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei n. 9.656, de 1998, termo de compromisso de ajuste de conduta, na forma desta Resolução, com vistas a adequar sua conduta à legislação pertinente e às diretrizes gerais estabelecidas para o setor de saúde suplementar.

Art. 2º O termo de compromisso de ajuste de conduta será celebrado em decorrência de ações da ANS em processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares.

Resolução n. 442/2005 da ANTT (alterada pela Resolução 847/2005): Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

Resolução Normativa n. 333/2008 da ANEEL: Art. 1º A ANEEL poderá, alternativamente à imposição de penalidade, firmar Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TAC com as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, com vistas a adequar a conduta desses agentes às disposições legais, regulamentares ou contratuais. [...]

Art. 3º A solicitação será encaminhada ao Superintendente de Fiscalização da ANEEL a quem a matéria seja afeta, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, observado que:

I - se favorável, indicará as condições para a formalização do TAC, incluindo o cálculo da multa passível de ser aplicada, quando for o caso, para fins de ajustamento de um Plano de Ações e/ou Investimentos a serem realizados pela interessada e posterior submissão da proposta resultante para deliberação da Diretoria;

25 Na esfera estadual, a questão foi debatida na AGETRANSP, ocasião em que se enfrentou a possibilidade de conversão de penalidade imposta ao Metrô-Rio em investimentos na realização de obras para instalação de escola de ensino técnico-profissionalizante de formação relacionada ao serviço público metroviário. (*Possibilidade de conversão de multa regulatória em investimentos a cargo do concessionário do serviço público*. (Parecer). In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral* 70: 348-369, Rio de Janeiro. 2016, p. 352.)

Há determinadas situações em que as infrações são reiteradamente cometidas pelo regulado e se evidencia a falta de interesse em aprimorar a qualidade do serviço prestado, nestes casos, o objetivo do regulador pode ser impor a sua autoridade²⁶. Sob essa ótica, não haveria *trade off*, restando pouco ou nenhum espaço para a adoção de termos de ajustamento de conduta ou de compromisso para o atendimento da finalidade regulatória, cabendo ao regulador a avaliação dessas circunstâncias, no caso concreto.

O que se defende neste trabalho é que a consensualidade emerge como uma alternativa à atuação administrativa²⁷, não se trata de uma forma preferencial de agir, apenas um outro mecanismo colocado à disposição da Administração para atendimento das finalidades públicas²⁸.

O relatório técnico, por outro lado, está impregnado da essência do Estado Unitário, da sujeição aos princípios do interesse público e de sua indisponibilidade, resquícios de um período em que imperava a gestão burocrática centralizada de intenso caráter sancionador.

26 A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por exemplo, registrou aumento na arrecadação de multas aplicadas às operadoras de planos de saúde. Até setembro de 2017, a Agência arrecadou cerca de R\$ 303,6 milhões [...] as infrações mais comuns registradas em 2016 e ao longo de 2017 se referem a multas por negativas indevidas de cobertura, suspensão ou rescisão de contrato, deixar de prever cláusulas obrigatórias no instrumento contratual firmado com o beneficiário ou pessoa jurídica contratante ou estabelecer disposições ou alterações contratuais que violem a legislação em vigor. (Disponível em: <www.ans.gov.br/sala-de-imprensa/releases/operadoras/4209-ans-arrecadou-mais-de-r-303-6-milhoes-em-multas-em-2018>. Acesso em: 16 dez. 2018.)

27 De acordo com Patrícia Baptista: "De fato, a consensualidade, conquanto deva representar importante forma de agir administrativa em um Estado social democrático não pode substituir indiscriminadamente a atuação unilateral da Administração. Ao mesmo tempo em que o consenso tem condições de ser a forma preferencial de atuação em sub-ramos, como os direitos urbanístico e econômico, em outros, como é o caso do direito tributário, há pouco ou nenhum espaço para ele [...]. Sobretudo no que se refere ao exercício da discricionariedade, a eleição das vias consensuais, no lugar das imperativas, permite a obtenção dos elementos necessários para que seja encontrada a solução mais adequada ao atendimento da finalidade pública perseguida" (In: *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 269-271.)

28 "Se a Administração Pública pretende aproximar o administrado de suas decisões, então, o ato consensual é preferido. No entanto, se a proposta for afirmar sua autoridade estatal, a sanção administrativa apresenta-se como o meio mais adequado para tanto. Importante asseverar que sanção administrativa e acordo administrativo são, ambos, instrumentos de ação administrativa fungíveis e com efeitos específicos que podem ser preferidos em determinado caso. Não há que se afirmar o acordo administrativo como um mecanismo alternativo à atuação administrativa típica, e nem como a forma preferencial de satisfação das competências pela Administração Pública no limiar no século XXI, em detrimento da atuação imperativa. São, indistintamente, instrumentos consensuais à disposição da Administração Pública [...]" (PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p.128-129).

O voto do Ministro Relator, por sua vez, procura ajustar uma nova perspectiva às lentes de seu corpo técnico e, em alguma medida, frear esse ímpeto claramente interventivo e sancionatório. Há uma preocupação em se reconhecer a autonomia da agência para fazer suas escolhas regulatórias e a ampla margem de discricionariedade que é conferida ao gestor para resolver as situações-problema que se colocam no caso concreto, sobretudo na negociação dos seus termos. Confira-se:

Nesse sentido, não se afigura razoável celebrar um TAC que viabilize tão somente o interesse público, visto que não traria incentivos à adesão do particular. O mesmo se diga do inverso: não pode o Poder Público celebrar um TAC que conceda vantagens excessivas ao agente privado, em ofensa ao interesse público. Dado o caráter nitidamente negocial e voluntário do instrumento, esse só resultará favorável aos objetivos de ambas as partes quando se encontrar o equilíbrio entre os interesses público e privado, o que nem sempre é tarefa fácil.

Assim, é natural que nesse processo a Anatel conceda certas vantagens à operadora interessada, para que haja estímulos à celebração. Ou seja, não só a Administração, mas todas as partes envolvidas (particular, agência e a sociedade) precisam enxergar na negociação um processo positivo, que as conduza a uma situação final melhor que a anterior, desde que esse seja pautado pelo equilíbrio entre os benefícios concedidos ao administrado, o interesse público no ajuste de conduta e na consecução dos projetos previstos e a redução no custo administrativo de carregamento dos Pados a serem substituídos pelo TAC.

Uma atuação eficiente por parte do Estado nessa atividade negocial deve, portanto, considerar essa estrutura de incentivos e nela interferir. Estamos diante de situações de administração gerencial na prática, que pressupõe a confiança no gestor público para definir a condução dos procedimentos [...]

Portanto, não se pode analisar o instrumento sob a ótica puramente burocrática, permeada por regras procedimentais e controles-meio. [...] Também, repito, não deve analisá-lo com a mesma lupa burocrática com que examina, por exemplo, processos de licitações e contratos, visto tratar-se de um instrumento de gestão negociada. É com esta visão que conduzo este Voto²⁹.

Por fim, a despeito da relevância do precedente consignado no Acórdão n. 2121/2017, o TAC da Anatel não foi concluído, pois a Telefônica desistiu de celebrar o compromisso³⁰. No entanto, a não implementação do TAC neste caso concreto não afasta o reconhecimento da juridicidade dos acordos substitutivos como um instrumento regulatório alternativo, inspirado pela consensualidade e pelos novos rumos de um direito administrativo moderno, em que se prioriza uma gestão estatal desburocratizada, policêntrica e dinâmica fundada nos pilares constitucionais da juridicidade, da legitimidade democrática e da eficiência³¹.

29 Trechos do voto do Ministro Relator Bruno Dantas proferido nos autos do Processo TC 022.280/2016-2, p. 230.

30 "Primeiramente, outras operadoras de pequeno e médio porte se insurgiram ao TAC da Telefônica, considerando que o mapa geográfico de investimento gerava um favorecimento competitivo à empresa em detrimento dos demais pequenos fornecedores de internet. Em segundo lugar, muito embora o TCU tenha reconhecido a validade jurídica do TAC, terminou por fazer uma série de determinações sobre a atividade-fim do acordo e exigiu posterior reapresentação do TAC contemplando as determinações. A aprovação final do acordo, nesses novos termos, pela Agência tomou tempo considerável e, no dia 8 de março de 2018, o Conselho Diretor decidiu aplicar multa no valor de R\$ 370 milhões em processos contemplados no TAC, mas que iriam prescrever em abril. Todos eles diziam respeito a questões regulatórias polêmicas, datadas ou de endereçamento pela regulação normativa, como o não desligamento por solicitação, o não desbloqueio do aparelho dentro do prazo regulamentar ou a demora no conserto de TUPs. Juntamente com outras multas previstas no valor de R\$ 30 milhões em processos também próximos à prescrição, o valor atualizado corresponderia a R\$ 700 milhões. Nesse interim, a ANATEL sinalizou que não mudaria a metodologia do TAC, possivelmente porque isso implicaria em novo controle pelo TCU. Considerando um cenário desfavorável que se avizinhava, a Telefônica desistiu de firmar o TAC para conversão de R\$ 2,2 bilhões de multas em R\$ 4,87 bilhões de investimento. É certo que o Acórdão 2.121/17 figura como o *leading case* dos acordos de investimento no Brasil. Porém, o controle do TCU sobre as atividades-fim da Agência agravou as dificuldades de celebração final da avença. O presente artigo debate os limites do controle das atividades-fim negociais das Agências Reguladoras na dinâmica consensual a partir do Caso do TAC da Telefônica." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Idem*, p. 3-4.)

31 Nas palavras de Diogo de Figueiredo: "Com efeito, a legitimidade da ação administrativa pública é, sem dúvida, a grande conquista ética desta era, orientando a finalidade cada vez mais funcionalizada do aparelho do Estado, o que obriga, em consequência, a eficiência dos procedimentos de gestão. [...] É preciso, sobretudo, que o próprio resultado da gestão administrativa atenda as legítimas pretensões e necessidades dos administrados e o faça eficientemente, vale dizer, a legitimidade deve estar também nos fins e não apenas nos procedimentos, e os resultados também só podem ser considerados suficientemente satisfatórios se atenderem eficientemente as finalidades constitucionais cometidas ao Estado" (In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 29-30).

3. Conclusão

A decisão da Corte de Contas reconhece a juridicidade de acordos substitutivos ou dos termos de ajustamento de conduta (“TACs”) e, apesar das críticas abordadas acima, consubstancia importante precedente que poderá vir a ser adotado pelas agências reguladoras em processos administrativos sancionadores.

O TAC da Anatel se vislumbra como uma alternativa interessante à instauração de processos administrativos custosos, morosos e ineficientes. Os reguladores e regulados, com base na consensualidade, podem atuar de forma mais ativa negociando e destinando o valor da multa ou da penalidade (imposto ao término do processo) à modernização e ao aperfeiçoamento do serviço prestado naquele setor específico. A partir desse julgado, entende-se que as agências reguladoras passam a ter o respaldo do órgão de controle para a negociação e execução de acordos substitutivos.

A adoção de meios consensuais como o TAC, contudo, nem sempre será passível de aplicação pelo regulador, mas emerge como uma alternativa à atuação administrativa. Não se trata de uma forma preferencial de agir, apenas um outro mecanismo colocado à disposição da Administração para atendimento das finalidades públicas.

Por fim, conquanto o TAC da Anatel não tenha sido concluído, isso não prejudica o reconhecimento do Acórdão n. 2121/2017 como um relevante precedente que tende a reforçar o papel da consensualidade na esfera regulatória.

4. Referências

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Introduction & Fundamentals. In: *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

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

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COGLIANESE, Cary. *Regulation's Four Core Components*. The Regulatory Review, Sep 17, 2012. Disponível em: <<https://www.theregreview.org/2012/09/17/regulations-four-core-components>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

DERBLI, Felipe. Possibilidade de conversão de multa regulatória em investimentos a cargo do concessionário do serviço público. (Parecer). In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral* 70: 348-369, Rio de Janeiro. 2016.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício de poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica (Parecer). In: *Revista de Direito Administrativo* 221: 353-370, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set.2000.

_____; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: O caso TAC Anatel*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulatórios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018.

MOREIRA, Egon. *Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economicodiscricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Regulação e autoridade - O poder sancionador na regulação*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.) *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RELATÓRIO Anual de 2017 da Anatel. Disponível em: <www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documentoVersionado.asp?numeroPublicacao=348395&documentoPath=348395.pdf&Pub=&URL=/Portal/verificaDocumentos/documento.asp>. Acesso em: 4 ago. 2018.

Luiz Augusto da Silva
Clara Dantas

**Estado administrativo, ordem
econômica e Constituição:
Uma proposta para além do
“princípio da subsidiariedade”**

14

Estado administrativo, ordem econômica e Constituição: Uma proposta para além do “princípio da subsidiariedade”

Luiz Augusto da Silva¹ e Clara Dantas²

Resumo

O artigo discute e rejeita a existência de um “princípio da subsidiariedade” na Constituição de 1988, enquanto critério para a intervenção do Estado Administrativo na economia. Uma leitura democraticamente aberta sustenta que o caráter compromissório do texto constitucional comporta múltiplos projetos de atuação econômica do Estado – os quais podem ser mais ou menos interventivos, a depender das escolhas infraconstitucionais. Em alternativa, oferece-se algumas diretrizes para a jurisdição constitucional para além da subsidiariedade, tomando como inspiração o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF, que reputou constitucional a Lei das Organizações Sociais (Lei n. 9.637/98).

Palavras-chave: Constituição econômica. Estado Administrativo. Intervenção do Estado. Princípio. Subsidiariedade.

Abstract

The article discusses and rejects the existence of a “principle of subsidiarity” in the Brazilian Constitution of 1988, as a criterium for the Administrative State intervention in the economy. A democratically open reading holds that constitutional commitments may support multiple economic roles for the State – which may be more or less State-oriented, depending on infraconstitutional choices. As an alternative, the article offers some guidelines for constitutional adjudication beyond the doctrine of subsidiarity, by drawing inspiration on the Brazilian Supreme Court ruling issued in “Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF”, which deemed constitutional the Social Organizations Act (Law 9.637/98).

1 Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado em Curitiba/PR. E-mail: luiz.augustosilva26@gmail.com.

2 Pós-graduanda em Licitação e Contratos com tópicos em Direito das Concessões, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Advogada em Curitiba/PR. E-mail: claradmentes@gmail.com.

Keywords: Economic constitution. Administrative State. State intervention. Principle. Subsidiarity.

“O desenvolvimento é a transformação do conjunto das estruturas de uma sociedade em função de objetivos que se propõe alcançar essa sociedade [...] possui ele um sentido; é um conjunto de respostas a um projeto de autotransformação de uma coletividade humana.”

(Celso Furtado)

1. Introdução

Chegados os primeiros trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, muito mudou em nosso Estado Administrativo – com destaque para o seu relacionamento com a *esfera econômica*. Sob a vigência do mesmo texto constitucional, as transformações foram inúmeras. Partimos de uma economia relativamente fechada e centrada na figura do Estado. Vivenciamos intenso processo de abertura de mercados e de reforma administrativa: privatizações de estatais, concessões de serviços públicos, criação de agências reguladoras independentes. Experimentamos um breve – e malsucedido – “ensaio desenvolvimentista” (SINGER, 2015, p. 40). E agora, ao que tudo indica, vemos novamente o retorno do pêndulo, com a retração da atuação do Estado e a ênfase crescente nos potenciais da iniciativa privada: conceitos como privatização de empresas estatais, liberalização de mercados, desinvestimento de ativos públicos, reforço das formas de cooperação público-privada, e por aí vai, estão no centro do palco da agenda brasileira³.

3 O breve correr de olhos sobre os principais temas das propostas dos candidatos à Presidência nas eleições de 2018 demonstra a assertiva: <<https://www.valor.com.br/eleicoes-2018/propostas>>. Acesso em: 16 set. 2018. Igualmente, algumas iniciativas econômicas mais recentes lançadas pelo Governo Federal (as quais tendem a ser mantidas e aprofundadas no novo governo a se iniciar em 2019) também corroboram o asseverado. Em 2016, por exemplo, o governo criou o Programa de Parcerias de Investimentos (Lei n. 13.334/2016) como esforço para aquecer grandes projetos de infraestrutura até então paralisados: dentre seus objetivos estão “assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da *mínima intervenção nos negócios e investimentos*” (art. 2º, IV), além de “fortalecer o *papel regulador do Estado* e a autonomia das entidades estatais de regulação” (art. 2º, V). As principais propostas econômicas para o governo a ser iniciado em 2019 encontram-se consolidadas em relatório do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão intitulado “Transição de Governo 2018-2019: Informações Estratégicas”, cuja leitura é altamente recomendável: <<https://goo.gl/FEJcRm>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

Para o estudioso do Direito Constitucional, no entanto, os desafios ficam alguns passos atrás. Toda a agitação em torno do setor privado aparentemente dá razão a uma linha proeminente de teóricos do Direito Público em geral, e de Direito Constitucional em particular: aqueles que sustentam a existência de um *princípio constitucional da subsidiariedade* a conduzir os esforços do Estado Administrativo na economia. Numa definição preliminar, enquanto diretriz econômica – e constitucional – o princípio da subsidiariedade sustenta que a livre-iniciativa individual deve prevalecer sobre a intervenção do Estado; e o mercado, sobre a coordenação e planejamento públicos. Somente quando os indivíduos e os mecanismos de mercado falham em alcançar os seus propósitos é que o Estado estaria autorizado a legitimamente interferir na economia – de preferência para corrigir falhas e estimular o setor privado; como exceção absoluta, para se engajar diretamente na produção. O Estado deveria estar fazendo menos, e o mercado, fazendo mais.

Este artigo apresenta um contra-argumento, de um ponto de vista *jurídico*, a esse entendimento. Vale a ênfase, de largada: este é um texto sobre direito e interpretação constitucionais, não sobre economia⁴. Nosso objetivo é o seguinte: oferecer uma leitura satisfatória da Constituição Econômica⁵ brasileira a fim de pôr à prova as reivindicações por um “Estado subsidiário” enraizado nela. Sendo essencialmente jurídicos, nossos argumentos são de natureza normativa e conceitual, não empíricos ou meramente descritivos. Não se trata de dizer se o Estado brasileiro *efetivamente* desempenha um papel subsidiário na economia – aliás, é possível que a resposta seria negativa –, mas de entender se o Estado Administrativo necessariamente *deve*, sob bases constitucionais, aspirar a restringir suas funções a uma espécie de roteiro subsidiário. E, se não, qual é a alternativa, se lida sob sua melhor luz, que a Constituição pode oferecer.

4 A despeito do enorme apreço contemporâneo por abordagens teóricas como a “análise econômica do Direito” (em muitos casos, merecido), este artigo toma um caminho metodológico diferente. Parte-se da premissa cognitiva de que o Direito é em alguma medida independente da economia, e que ele tem (=deve ter) autonomia *vis-à-vis* considerações econômicas de eficiência, maximização de riqueza ou outro critério similar. Sobre a autonomia do Direito em relação à economia, ver Barbosa (2014, p. 641).

5 A Constituição é tomada aqui não apenas como a expressão jurídica da ordem política fundamental, mas também como a expressão jurídica de uma *ordem econômica fundamental*. Sobre o tema, ver Moreira (1979, p. 41); Santos; Gonçalves; Marques (2010, p. 30-34); e Azevedo (2017, p. 53-57).

2. O argumento: subsidiariedade como princípio da ordem econômica constitucional

O argumento em defesa do princípio⁶ constitucional da subsidiariedade, num esforço de síntese, pode ser mais bem compreendido em três etapas. São elas: (i) primeiro, articulam-se ideias morais quanto ao relacionamento entre o Estado, os indivíduos e a chamada “sociedade civil”; (ii) depois, procede-se a tornar essas proposições morais abstratas em determinações jurídicas inscritas no texto constitucional, ao mesmo tempo em que elas seriam (iii) o resultado inderrogável de reformas institucionais conduzidas durante as últimas décadas, tanto a nível constitucional quanto a nível infraconstitucional (legislativo e administrativo).

Eis o raciocínio.

2.1 O argumento moral

A intervenção econômica do Estado é, como regra, uma exceção à liberdade de iniciativa que assiste aos agentes privados; nessa condição, ela deve ser operacionalizada e interpretada com ambos os olhos em suas restrições. Em termos morais, o argumento sustenta que haveria uma *prioridade axiológica* do indivíduo em relação a instituições coletivas maiores, especialmente o Estado – uma tese que foi mais bem elaborada pela doutrina social da Igreja Católica⁷. O que leva à percepção de que, num sistema econômico justo e funcional, a livre ação e o livre investimento privados possuem maior *valor*

6 Não é nada claro, a julgar pelo estado da arte do debate, em que sentido a subsidiariedade deveria ser tomada como princípio em sentido *jurídico*. Este texto não trata de teoria das normas. Mas vale a menção ao fato de que, a considerar a literatura prevaiente, costuma-se encarar a subsidiariedade enquanto “princípio” segundo o *critério material* de distinção: ela faria parte do conjunto das *normas mais importantes* do ordenamento jurídico-constitucional (“mandamentos nucleares do sistema”). Sobre a discussão em torno dos princípios e os distintos critérios diferenciadores em relação às demais espécies normativas (regras, princípios e postulados), ver o trabalho de Ávila (2016, p. 60-149).

7 De fato, foi nas lições da Teoria Social da Igreja Católica dos séculos XIX e XX que o termo “subsidiariedade”, tal como é utilizado hoje em dia – no Brasil e na Europa –, apareceu com contornos mais nítidos no léxico sociopolítico. Destacadamente, merece menção a edição da encíclica “*Rerum Novarum*” pelo papa Leão XIII, em 1891. Posteriormente, em 1931, o papa Pio XI fez referência expressa ao princípio, em sua hoje clássica encíclica “*Quadragesimo Anno*”. Nas décadas que se seguiram, outras encíclicas papais lançaram com mais detalhes as implicações da subsidiariedade para o campo econômico: “*Mater et Magistra*” editada pelo então papa João XXIII e, em especial, “*Centesimus Annus*” de 1991, editada pelo papa João Paulo II. Sobre o desenvolvimento histórico do princípio da subsidiariedade, desde os autores antigos e clássicos passando pela Doutrina Social Católica, conferir os trabalhos de Martins (2003, p. 85 e ss) e Carrer (2010).

intrínseco se comparados com as investidas de cima para baixo do Estado sobre a economia. Assim, nossa escolha normativa constitucional teria sido por “uma ordem aberta ao fracasso [da livre ação individual] ao invés de uma suposta estabilidade certa e eficiente [oferecida pelo Estado] [...]”; a ordem é centrada na atividade de pessoas e grupos e não nas atividades do Estado” (FERRAZ JUNIOR, 1989).

Desse modo, em última análise, as recomendações do argumento são suficientemente diretas: a operação estatal na economia só seria justificável, em situações (bastante) excepcionais, se ela viesse no sentido de favorecer e complementar a livre iniciativa individual e, ao fim e ao cabo, corrigir *falhas de mercado*⁸. A finalidade última da intervenção econômica do Estado deveria ser a de imitar as condições ideais de mercado sob as quais a iniciativa privada e a autonomia individual pudessem florescer livremente – e nunca embaraçar as dinâmicas do mercado⁹.

O Estado deve permitir que indivíduos, empresas e outros grupos e associações resolvam seus problemas de forma autônoma e cumpram suas metas econômicas por conta própria. Somente se um objetivo econômico específico não puder ser alcançado satisfatoriamente por atores sociais, aí sim, a força do Estado entraria em cena – para encorajar, apoiar e estimular a iniciativa privada; nunca (ou, como uma exceção absoluta) para competir ou para tomar o lugar dela (MARQUES NETO, 2005, p. 9).

8 Dentre os exemplos de falhas típicas de mercado a serem enfrentadas pelo modelo de Estado subsidiário, como a literatura econômica evidencia, os mais relevantes são: (i) falhas de mobilidade dos fatores produtivos; (ii) informação assimétrica (entre empresas ou entre empresas e consumidores); (iii) falhas estruturais (como a concentração desenfreada de poder econômico em uma empresa ou conglomerado, ou mesmo em monopólios); (iv) falhas de sinalização (externalidades negativas não incluídas nos preços finais dos produtos); (v) falhas de incentivo (devido à existência de “bens coletivos” e a conseqüente falta de incentivos para sua exploração econômica); e (vi) custos de transação excessivos (parcialmente criados por projetos institucionais do Estado, normas legais, etc.). Sobre o assunto, ver Nusdeo (2015, p. 115-136).

9 A literatura internacional sobre subsidiariedade também comumente associa o mercado a um espaço de realização da liberdade por excelência, de maneira similar a algumas linhas da teoria constitucional brasileira. Comentando *Centesimus Annus*, um autor argumenta que o mercado seria a expressão da “natureza humana” e sua constante busca da liberdade (tradução livre): “*Centesimus Annus* é importante porque fornece uma defesa da economia de livre mercado baseada na natureza da pessoa humana. Os seres humanos são livres e buscam a liberdade. Feridos pelo Pecado Original, podemos transcender nossos próprios interesses e ainda assim buscá-los. Uma das virtudes da economia de mercado é que ela oferece espaço para liberdade e iniciativa individuais, possibilitando trabalhar pelo bem comum de uma maneira que não implica ignorar os interesses de cada um” (BEABOUT, 1998, p. 136).

Mais: haveria – prossegue o aspecto moral do argumento – uma “ordem espontânea” na sociedade e na economia a demandar proteção constitucional qualificada contra o poder tendencialmente opressivo do Estado (MOREIRA NETO, 2005, p. 12). Essa é a principal razão para o entendimento frequente de que o Estado estaria autorizado a intervir exclusivamente *depois* do esgotamento dos potenciais privados num dado setor econômico – devido à falta de interesse, ineficiência, inabilidade, ou algum critério similar –, ou quando o mercado apresenta falhas que ele é incapaz de corrigir através da melhoria de seus próprios mecanismos. Se a ordem “espontaneamente desenvolvida”, resultado das dinâmicas sociais – uma expressão da liberdade individual e da autonomia – funciona de maneira adequada, não há de existir justificativa plausível para que o Estado afete impositivamente tal equilíbrio. Pelo contrário: o Estado deve manter a ordem espontânea intacta¹⁰.

2.2 O argumento jurídico

Agora sob fundamentos já propriamente jurídico-constitucionais, o argumento sugere que a subsidiariedade deve ser tida como um “princípio constitucional implícito” (BARRACO, 1995, p. 25). A fim de provar a assertiva, muitos juristas geralmente invocam a leitura de um conjunto de certos dispositivos constitucionais que, se lidos de maneira conjunta, são de algum modo remissivos de vários dos princípios filosóficos descritos pela doutrina católica sobre a subsidiariedade.

Suas fontes constitucionais formais estariam, então, no ideal de “dignidade humana”, escolhido como fundamento da

10 O publicista Diogo de Figueiredo Moreira Neto deixa claro o seguinte: “[...] se, por um lado, os princípios da ordem econômica espontânea das sociedades humanas nem sequer exigem elucidação, pois estão naturalmente associados ao conceito fundamental da dignidade humana, por outro, todos esses (princípios) introduzidos artificialmente por uma lógica da razão devem ser necessariamente expressos na Constituição. [...]” (MOREIRA NETO, 2005, p. 12-13). Em um sentido similar: “As necessidades de mudança são evidentes, e a sociedade muda sozinha, quando julga necessário. O Estado, em geral, impede a transformação e, em muitos casos, procura levá-lo a direções que não pretende seguir. Nem sempre cabe ao Estado transformar a sociedade, portanto é necessário dessacralizar a política” (BARRACO, 1995, p. 23.); “[O Estado] intervém assim toda vez que a atividade privada ou o poder econômico de certos grupos colocam em risco o bem comum e a ordem espontânea. A função do Estado, aqui, é ordenar e estimular o correto exercício dos direitos econômicos, fiscalizando o comportamento do mercado e garantindo maior igualdade de oportunidades – e não de resultados – tanto quanto possível (TORRES, 2001, p. 154).

República Federativa do Brasil (art. 1º, II, CF); no “valor social da livre iniciativa” (art. 1º, IV, CF), que é também um princípio estrutural da ordem econômica (art. 170, caput, CF); no princípio do “pluralismo político” (art. 1º, V, CF) e, finalmente, na linguagem supostamente restritiva da autorização constitucional para as “intervenções diretas do Estado” no domínio econômico – especialmente mediante suas estatais em concorrência com empresas privadas –, a qual seria legítima somente quando “imperativos de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo” assim a exijam (art. 173, caput, CF). Alguns comentadores falam da subsidiariedade até mesmo como autêntico “princípio geral do Direito”, aplicável a todas as formas de interposição coercitiva do Estado – não só intervenções econômicas – nos domínios da sociedade civil (MARQUES NETO, 2005, p. 10).

2.3 O argumento institucional

Em acréscimo aos argumentos morais e jurídicos, alguns eventos recentes da história econômica brasileira são percebidos como prova, pelos seus adeptos, da existência de um princípio da subsidiariedade entre nós. Foi durante as reformas constitucionais e do aparelho do Estado implementadas na década de 1990 – e nos anos que aí seguiram – que a ideia de subsidiariedade realmente fincou dentes no Direito Público brasileiro. No seu texto originalmente promulgado em 1988, a Constituição era, na opinião de alguns de seus críticos, em grande parte o resultado de orientações ideológicas “estatocêntricas” no que diz respeito às funções do Estado na condução da atividade econômica e do desenvolvimento (MOREIRA NETO, 2012, p. 13). Isso porque a redação original da Constituição de 1988 continha restrições drásticas à participação de capitais estrangeiros na economia brasileira, ao passo em que também institucionalizava uma série formidável de privilégios estatais. Muitos deles assumiam a forma de serviços e monopólios públicos – eletricidade, petróleo e gás, telecomunicações, infraestrutura, transportes, para nomear os principais – os quais eram desempenhados, até então, em regime de exclusividade por empresas estatais e suas subsidiárias.

Nos anos 1990, porém – como parte do projeto maior de “Reforma do Estado e da Administração Pública”¹¹ – uma sequência de emendas constitucionais viria a permitir a condução de um processo de liberalização e privatização da economia (BARROSO, 2002, p. 289 ss). As emendas nº 6 e nº 7 puseram fim a algumas restrições relevantes à participação de capital estrangeiro (relativas ao tratamento legal favorável às empresas de pequeno porte e à pesquisa e exploração de recursos minerais, bem como transportes hidroviários, respectivamente); as emendas nº 5, nº 8 e nº 9, por sua vez, abrandaram muitos importantes monopólios estatais, abrindo-se à concorrência privada, via contratos de concessão (bem como permissões e autorizações), os serviços públicos de distribuição local de gás canalizado, telecomunicações, transmissão de rádio e boa parte da indústria do petróleo.

Dado esse contexto, se alguma dúvida ainda permanecia quanto à adoção de um princípio da subsidiariedade no texto constitucional original, de acordo com seus partidários, feitas as reformas da década de 1990, tal dúvida estaria agora dissipada. Afinal, as várias emendas constitucionais – e respectiva legislação e atos administrativos que as seguiram – revelariam um movimento claro rumo à restrição dos papéis econômicos do Estado e ao incremento do protagonismo da iniciativa privada (MOREIRA NETO, 2012, p. 13). O “espírito da Constituição”, portanto, conteria a ideia de um Estado subsidiário. Reformas institucionais teriam feito nada mais do que trazer esse espírito constitucional à evidência¹².

2.4 Uma distinção dogmaticamente pertinente

Enfim, deve-se ter o cuidado de distinguir entre pelo menos dois *usos técnicos* do princípio da subsidiariedade na dogmática

11 O movimento certamente não foi exclusivo do Brasil. Diversos processos de privatização foram experimentados em muitos países da Europa e da América Latina, principalmente após o Consenso de Washington de 1989. Para um resumo das linhas-mestras teóricas da “Reforma do Estado e da Administração” brasileira, escrito por um dos principais economistas responsáveis por sua implementação, ver o trabalho de Bresser-Pereira (1998).

12 Estas são as observações de um estudioso sobre o assunto: “Desde o advento da Carta Magna de 1988, esse [princípio da subsidiariedade] tem sido o espírito da Lei Superior após uma série de reformas que a Constituição sofreu durante os anos. São modificações constitucionais realizadas pelo Poder Constituinte Derivado, que não podem ser consideradas pontuais, esparsas ou desconectadas umas das outras. Pelo contrário, são reformas sistemáticas inspiradas em um espírito constitucional comum: precisamente o de conferir maior ênfase à opção política constitucional pela primazia da liberdade de iniciativa, bem como defender o princípio da subsidiariedade e a ação pública das ordens sociais e econômicas, principalmente via regulação” (TRAVASSOS, 2015).

do Direito Constitucional Econômico brasileiro. Num sentido (*i*) *amplo*, a subsidiariedade refere-se a todos os tipos de intervenção coercitiva do Estado na sociedade civil e, especialmente, na esfera econômica, seja a intervenção de caráter normativo (promulgação de regras, planejamento público, etc.) ou propriamente administrativo (supervisão econômica, sancionamento de condutas, etc.). A subsidiariedade seria uma diretriz, por exemplo, para impor limites à abrangência e à intensidade da regulação econômica (MARGUES NETO, 2005, p. 11; CUNHA, 2013, p. 65 e ss), ao poder de polícia, ao planejamento (que é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, na forma do art. 174 da CF), e assim por diante.

Já num sentido (*ii*) *estrito*, o princípio da subsidiariedade refere-se apenas àquilo que os juristas geralmente abordam como sendo as intervenções *diretas* do Estado na economia (isto é, intervenções não normativas)¹³. Aqui se fala em criação de empresas estatais concorrentes da iniciativa privada, na participação estatal em empresas privadas (as chamadas “empresas público-privadas”), na instituição de monopólios públicos. Interpretando o artigo 173 da Constituição, a restrição da intervenção direta do Estado a casos de “interesses coletivos relevantes” e/ou “imperativos de segurança nacional” é tomada como uma proteção da esfera econômica – um ambiente privado por excelência – contra intrusões indevidas do Estado (BRITTO, 2016, p. 108 ss). Não mais do que para *suplementar* uma eventual falta de interesse privado em determinada área poderia o Estado divergir do mandamento constitucional, de ausência na economia, e se envolver diretamente na produção como empreendedor¹⁴.

13 Para um exemplo desse uso do princípio da subsidiariedade no direito público brasileiro, especificamente, na discussão acerca dos critérios para a criação de empresas estatais e participação do Estado em empresas privadas, ver também Aragão (2017, p. 96 ss); Guedes (2015, p. 23 ss); e Schwind (2017, p. 208 ss).

14 Neste sentido, menciona-se a posição de um jurista que bem sintetiza o asseverado: “O art. 173 da Constituição só [...] permite ao Estado atuar diretamente na economia de maneira suplementar, isto é, quando a própria Constituição faz tal exceção, exigindo a existência de imperativos de segurança nacional ou de interesses coletivos relevantes. Partindo desta premissa, emergem dois princípios: o da subsidiariedade, em que o Estado só intervém diretamente na economia em casos expressos mencionados na Constituição; e o de abstenção, segundo o qual o Estado não deve se envolver em atividades econômicas, excluindo ou competindo com a iniciativa privada, exceto nas circunstâncias acima mencionadas” (SADDY, 2015, p. 24).

3. Compromissos constitucionais e as múltiplas possibilidades econômicas para o Estado: razões para rejeitar o *status* constitucional da subsidiariedade

Pois bem: seria um “princípio de subsidiariedade”, de fato, a melhor interpretação que se pode construir sobre o papel constitucional do Estado Administrativo brasileiro no desenvolvimento social e econômico? Há boas razões para acreditar que não é. O que se propõe nesta sessão é expor algumas delas.

3.1 Princípios constitucionais de uma ordem econômica plural

Primeiro, o ponto de convergência: não há como negar a realidade de que a Constituição brasileira estabelece um modelo econômico *capitalista*. O texto constitucional fala longamente em propriedade privada, na liberdade de iniciativa enquanto motor na condução da dinâmica econômica e, em suma, em direitos “negativos” de não interferência do Estado nas atividades privadas (MOREIRA, 1987, p. 61 e ss) – algo que, em certa medida, se alinha com os ditames principais da doutrina da subsidiariedade. Disto ninguém duvida: nenhum esforço legislativo ou administrativo que vise a acabar com a estrutura básica capitalista do sistema jurídico poderia ser considerado constitucionalmente legítimo (por exemplo, a abolição completa da propriedade privada; a nacionalização de setores econômicos inteiros sem maior consideração à produção privada etc.).

Ocorre que, ressalvados tais extremos, a Constituição também contém, ainda assim, um amplo conjunto de normas de cunho *social, nacionalista, intervencionista e promocional* que podem exigir, em diferentes graus, a intervenção socioeconômica do Estado para sua maior realização. São direitos de dimensão “positiva”, pois autorizam, ou até, exigem, sob muitas circunstâncias, que o Estado adote ações interventivas, proativas, a fim de instalar mudanças *ab ovo* nos processos sociais e econômicos, em vez de meras omissões de Estado (deveres de “não perturbação”) ou de manutenção de eventual “ordem espontânea” (para quem acredita que tal estado de coisas exista).

Apesar das reformas privatizadoras que ocorreram durante a década de 1990 (ou “reformas subsidiárias”, poder-se-ia cogitar), a proteção de uma esfera privada de operação na economia contra intrusões arbitrárias do Estado continua sendo, apenas, *uma* das nossas preocupações constitucionais – existem muitas outras, de igual importância. Basta a leitura abrangente e íntegra do texto constitucional para chegar a uma tal conclusão: (i) o artigo 1º, IV, estabelece como fundamento da República brasileira, junto à liberdade de iniciativa, o valor social do trabalho; (ii) o artigo 3º elenca os objetivos fundamentais da República Brasileira, dentre os quais estão “criar uma sociedade livre, justa e solidária” (inc. I), “garantir o desenvolvimento nacional” (inc. II), “acabar com a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inc. III) e “promover o bem de todos, sem prejuízo de qualquer espécie” (inc. IV); (iii) o artigo 6º estabelece uma longa lista de “direitos sociais” fundamentais, como educação, saúde, alimentação (incluída pela Emenda Constitucional 4/2010), habitação (EC 26/2000), lazer e transporte (EC 90/2015), segurança, segurança social e outros.

E a própria ordem econômica vai adiante: o artigo 170 da Constituição, seu texto estruturante, não apenas repete o valor social do trabalho, mas também declara que a ordem econômica e financeira tem por fim primário “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observandos os princípios da “soberania nacional”, a “função social da propriedade”, a “defesa do consumidor”, a “proteção ambiental”, a «redução das desigualdades regionais e sociais”, a “busca pelo pleno emprego” e o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

3.2 O caráter compromissório da ordem constitucional econômica

Essa vasta gama de princípios oferece fundamentos muito importantes para a negação do *status* constitucional da subsidiariedade. Na verdade, existem *múltiplos princípios constitucionais* para oferecer legitimidade e direção ao desempenho do Estado sobre a economia. O que importa dizer: existe um forte contra-argumento *democrático* à ideia de subsidiariedade. A Constituição de 1988 não favorece uma única ideologia econômica específica (BERCOVICI,

2018) – como a subsidiariedade, o liberalismo, o socialismo e coisas do gênero. Pelo contrário, o texto constitucional afirma elementos de *múltiplas ideologias*. Seu caráter é eminentemente compromissório (SILVA, 2011, p. 790; TAVARES, 2011, p. 123). Está repleto de *compromissos dilatórios*, sobretudo em temas econômicos.

Assim, tendo em vista que os redatores originais da Constituição de 1988 – e reformadores, de igual modo – não conseguiram chegar a um consenso sólido sobre qual deveria ter sido o papel econômico do Estado e em que medida ele poderia intervir – em outras palavras, se um modelo mais liberal ou um modelo mais orientado pelo Estado era adequado –, a opção restante foi a seguinte: incluir no texto constitucional diferentes disposições na forma de princípios, e assim deixar para os esforços *legislativos* posteriores a tarefa especial de interpretar, harmonizar e implementar, em cada tempo histórico, os compromissos constitucionais abstratos (MENDONÇA, 2018, p. 232; SOUZA NETO, MENDONÇA, 2007, p. 709 e ss)¹⁵.

De fato, ainda que os mecanismos de mercado estejam operando bem – pelo menos de acordo com padrões teóricos de concorrência e informação perfeitas –, o Estado pode *ainda assim* ser obrigado a agir com o objetivo de implementar políticas públicas democraticamente definidas, políticas essas que tenham como meta a promoção de princípios constitucionais diferentes dos mais voltados ao mercado (liberdade de iniciativa, concorrência privada, etc.). Nada imediatamente evidente no texto constitucional sugere que o Estado precisaria aguardar, em toda e qualquer ocasião, pelo esgotamento total dos potenciais privados – como uma absoluta falta de interesse ou suficiência – e *só então* agir na economia. Em alguns casos, esse tipo de avaliação empírica pode não ser facilmente acessível; em muitos outros, pode até não ser desejável retardar as respostas do Estado por tanto tempo. O que não implica afirmar que estimular e apoiar atividades privadas ou resolver as falhas do mercado *jamaís* serão objetivos econômicos legítimos à vista do Estado. A matéria está aberta às escolhas legislativas democráticas. O Poder Público, no entanto, não está de

15 Sem endossar uma postura originalista ou historicista da Constituição, são dignos de nota alguns detalhes dos debates travados durante a assembleia constituinte. Os dispositivos que tratam da ordem econômica, e sobretudo da intervenção do Estado, foram alvo de intensa discussão, sendo que muitos textos substitutivos foram apresentados. Vários deles, de viés mais “liberal”, foram rejeitados – e inclusive um cuja justificativa explícita era, exatamente, o princípio da subsidiariedade (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987).

maneira alguma *constitucionalmente* obrigado a implementar esses objetivos exclusivamente (GABARDO, 2009, p. 222 e ss).

Por essa razão, uma característica que muitos argumentariam ser a maior falha da Constituição Econômica pode, na verdade, se revelar como a sua maior virtude. É devido ao texto altamente analítico e compromissório da nossa Constituição, o qual tem muito a dizer sobre diferentes assuntos econômicos, que a própria Constituição pode legitimamente apoiar uma variedade de modelos de Estado Administrativo econômico. Cabe ao *debate democrático*, então, definir a extensão exata, a natureza e o escopo da intervenção do Estado, adotando uma das muitas alternativas possíveis dentro do marco constitucional. A Constituição de 1988 não é a o “Estado Subsidiário”; é a do Estado Democrático (MENDONÇA, 2018, p. 246).

3.3 “Subsidiariedade” e as chamadas intervenções diretas: o art. 173 da Constituição

Esse mesmo raciocínio é aplicável para contra-argumentar a subsidiariedade tanto em seu sentido amplo – relativa a todos os tipos de atividade coercitiva do Estado na sociedade – quanto em seu sentido estrito. Em relação a este último, a “intervenção direta do Estado” na economia é geralmente a maior preocupação da subsidiariedade em sua expressão econômica. O artigo 173 da Constituição Brasileira, de fato, impõe restrições relevantes à criação de empresas estatais, com destaque para aquelas destinadas a concorrer com a iniciativa privada¹⁶. Tais restrições, no entanto, não parecem necessariamente tão drásticas e substanciais quanto os axiomas da subsidiariedade pretendem que sejam.

¹⁶ Outras Constituições, especialmente na Europa após a Segunda Grande Guerra, contêm disposições similares sobre a intervenção econômica direta do Estado – a criação de empresas estatais ou a nacionalização de empresas privadas. É interessante notar que muitas delas, ao contrário da “linguagem restritiva” adotada pela Constituição Brasileira de 1988 (lida por muitos de seus comentaristas), referem-se expressamente a um “setor econômico público” coexistente com a iniciativa privada. A Constituição portuguesa de 1976 trata de três esferas autônomas de propriedade dos fatores de produção: o setor público, o setor privado e o “setor cooperativo” (artigo 80º). Da mesma forma, a Constituição italiana de 1947 refere-se tanto à propriedade econômica pública quanto à privada (artigo 42), proclamando, ao mesmo tempo, a liberdade de iniciativa privada (artigo 41). O exemplo mais notável, no entanto, parece ser o da Constituição Espanhola de 1974: o texto explícita e diretamente apela ao “reconhecimento da iniciativa pública na atividade econômica” (artigo 128º). Não obstante a diferença de linguagem, o debate sobre a subsidiariedade da ação econômica do Estado, na maioria das vezes, segue caminhos semelhantes na Europa e no Brasil. A fim de analisar a defesa do princípio da subsidiariedade, na doutrina portuguesa, menciona-se o trabalho de Otero (1998, 35 ss); na doutrina espanhola, ver Farreres (2003); na literatura italiana, ver Mangiameli (2007).

Bem vistas as coisas, uma interpretação mais construtiva e sem vieses identifica no artigo 173 um típico *compromisso dilatório*: a Constituição determina que a criação de empresas estatais é justificada sempre que “imperativos de segurança nacional” ou “interesses coletivos relevantes” assim o exigirem – conforme *definidos em lei*. Vale dizer: nenhuma empresa estatal será constitucionalmente legítima sem algum nível de deliberação democrática sobre as razões de sua existência (segurança nacional ou interesses coletivos). Agora, este comando normativo *não é* o mesmo que evocar uma intervenção “subsidiária”, suplementar, *ultima ratio*, excepcional, anômala. Os potenciais democráticos vão além de uma tal perspectiva assim tão restrita.

Talvez parte da razão para o entendimento predominante – de que a atuação direta do Estado só há de ser legitimada se seus objetivos forem *suplementares* ao mercado – esteja em “ecos interpretativos” que ainda vêm do texto constitucional anterior¹⁷. De fato, a Constituição de 1967, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 1/69, autorizava a intervenção estatal “quando indispensável [...] para organizar setor que *não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa*, assegurados os direitos e garantias individuais” (art. 163). Aí sim, quem sabe, se poderia cogitar da constitucionalização de alguma forma da subsidiariedade (entendida como “suplementariedade”). Bem de ver, no entanto, que esse estilo de redação constitucional em matéria econômica foi típico de Estados autoritários – tanto que, não por acaso, foi inaugurado pela *Carta del Lavoro* de Benito Mussolini, em 1927¹⁸.

17 Nesse sentido: “Neste dispositivo da redação precedente à atual, estava consagrado o princípio da subsidiariedade. O legislador constituinte, entretanto, resolveu alterar propositalmente a norma, com vista a fazer desaparecer a ideia de subsidiariedade [...]. Equivocadamente, a doutrina brasileira parece não ter atentado para esta decisão do constituinte, em razão do que vem reconhecendo o caráter implícito do princípio” (GABARDO, 2009, p. 225).

18 O infame documento assim dispunha em seu item IX (tradução livre): “A intervenção do Estado na produção econômica tem lugar unicamente quando falte ou seja insuficiente a iniciativa privada ou quando estejam em jogo interesses políticos do Estado. Tal intervenção pode assumir a forma de controle, de encorajamento e de gestão direta”. Disponível em: <<http://www.historia.unimi.it/sezione/fonti/codificazione/cartalavoro.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

Só que tal linguagem, muito mais limitada e restritiva¹⁹, simplesmente não foi repetida no texto constitucional *em vigor*. São múltiplos e variados os princípios constitucionais que podem ser densificados através das leis que autorizam o Estado a atuar como empreendedor na economia. A ação exclusivamente suplementar do Estado *pode*, sim, ser considerada apropriada após o debate legislativo; seria, no entanto, uma restrição extrema ao potencial democrático – de todo incompatível com as nuances da Constituição de 1988 – transformá-la numa determinação legal obstinada. Mais uma vez, a Constituição parece favorecer a democracia antes de qualquer doutrina geral específica e já pré-estabelecida.

4. Jurisdição constitucional para além da subsidiariedade: lições de um julgamento do Supremo Tribunal Federal (ADI 1.923/DF)

Ainda assim, uma pergunta crucial permanece sem resposta: como, exatamente, a abordagem oferecida aqui pode funcionar na *prática da jurisdição constitucional*? Se, por um lado, o “princípio” da subsidiariedade (que sequer representa um princípio em sentido *jurídico*) é, por sua própria natureza, muito restritivo – já que todo projeto econômico não subsidiário seria injustamente descartado como inconstitucional –, por outro, o argumento democrático, se levado ao extremo, acabaria sendo *muito permissivo*. Em qualquer democracia, o texto constitucional existe não apenas para assegurar um espaço de pluralismo político legítimo e debate democrático, mas também, e sobretudo, para oferecer à comunidade *consensos políticos mínimos*, inderrogáveis mesmo que por decisão majoritária.

Pois é da essência das constituições impor *algum grau* de restrições, limites – e, em Constituições como a brasileira,

¹⁹ O que não deixa de ser, de certo modo, um golpe de *ironia histórica*. Apesar da linguagem mais restritiva das Constituições anteriores, foi durante o regime militar que o Brasil viveu seu período de maior expansão do setor público empresarial, com a criação de 302 (trezentas e duas) empresas estatais entre 1964 e 1985. A maioria dessas empresas servia para fins governamentais de promoção da industrialização e criação de infraestrutura (energia, telecomunicações, petróleo, etc.). A falta de controles administrativos mais rígidos ofereceu os incentivos para sua disseminação insustentável (DA COSTA; MIANO, 2013, p. 152 ss.).

direcionamentos²⁰ – mesmo à legislação democraticamente promulgada, o que de igual modo se aplica às leis relativas ao papel econômico do Estado. Harmonizar esses dois polos, democracia e constitucionalismo, é, de fato, uma expressão daquele que já foi dito como o mais fundamental desafio colocado pelo controle judicial de constitucionalidade (ELY, 2016, p. 8; VIEIRA, 1997, p. 53).

Está para além do propósito deste artigo alcançar um entendimento sobre uma teoria tão ampla assim. O objetivo nesta sessão, muito mais modesto, é elaborar algumas diretrizes possíveis para a tomada de decisão constitucional que possam se mostrar deferentes à índole democrática e compromissória do Texto de 1988 em matérias econômicas, ao mesmo tempo em que ofereçam constrições e diretrizes legítimas à legislação e outros atos do Estado – mas sem o recurso às proposições ideológicas da doutrina da subsidiariedade (ou de qualquer outra).

4.1 O cerne do debate: intervenção do Estado entre constitucionalismo e democracia

Nesse sentido, boas lições podem ser extraídas de um importante julgado do Supremo Tribunal Federal (STF). Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF, o Tribunal se defrontou com examinar a constitucionalidade da lei que criou, durante as reformas do Estado e da Administração Pública dos anos 1990, o instituto das “organizações sociais”: organizações privadas, sem fins lucrativos, prestadoras de serviços públicos “sociais” como educação, saúde, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção ambiental e aditvidades culturais – Lei n. 9.637/1998). Tal categoria de pessoas privadas, após o atendimento a certas condicionantes formais (qualificação pelo Poder Executivo – art. 2º, celebração de “contrato de gestão” – art. 5º), podem receber do Poder Público tanto recursos orçamentários, quanto outros instrumentos de apoio técnico e logístico (tais como: o uso de bens e servidores do setor público),

20 Sobre o tema, eis passagem emblemática do Supremo Tribunal Federal: “Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170” (BRASIL, 2006).

como forma de financiamento e fomento estatal (DI PIETRO, 2017, p. 337-350)²¹.

A ADI 1.923/DF tinha como principal ponto de questionamento o novo papel econômico do Estado institucionalizado pela legislação. Conforme já vimos, as reformas dos anos 1990 implementaram uma série de medidas em nível constitucional, legislativo e administrativo de reconfiguração – e, em alguns setores, redução – das funções do Estado: um movimento pró-subsidiariedade, segundo alguns. Foram rearranjados em aspectos básicos a divisão de tarefas entre Estado e a iniciativa privada. E, realmente, as então recém-fundadas organizações sociais são exemplo eloquente de uma estratégia econômica orientada pela subsidiariedade: sob esse modo de governança, o Estado apoia e fomenta associações privadas sem fins lucrativos com recursos financeiros e técnicos a fim de viabilizar a provisão de utilidades públicas, em vez de tentar oferecer esses serviços diretamente, sozinho, por sua própria estrutura administrativa ou pela de seus entes descentralizados²². Na opinião dos autores da ADI, a legislação infraconstitucional não poderia legitimamente transferir serviços públicos a atores privados e, com isso, limitar o Estado em suas funções de provedor direto, pois tais serviços seriam constitucionalmente mandatórios enquanto *dever estatal*.

Complexa como não poderia deixar de ser, a ação abriu espaço para um rico debate entre os ministros do STF. No núcleo da discussão, estava o ponto que há pouco referimos como o desafio fundamental de toda a jurisdição constitucional, e da jurisdição constitucional relacionada a matérias econômicas em específico: a eterna tensão entre *constitucionalismo e democracia*. Confira-se.

O Ministro Carlos Ayres Britto, o primeiro a votar, decidiu pela parcial inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/1998. Segundo ele, a participação privada na prestação de serviços públicos,

21 Sobre alguns dos êxitos e fracassos do modelo, conferir o artigo de Moreira (2007).

22 O economista brasileiro Bresser-Pereira, mentor intelectual da maioria das reformas, explica a intenção por trás da criação de "organizações sociais". Segundo ele, as organizações sociais fazem parte de um setor "público não estatal", pois são organizações sem fins lucrativos que fornecem à população serviços públicos básicos (educação, saúde, cultura, etc.). Assim, permitiriam uma provisão mais eficiente de serviços básicos, bem como maior controle pela sociedade (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 235 ss.).

por imposição constitucional, só poderia ser complementar à do Estado – jamais o contrário. O modelo administrativo das organizações sociais, com suas limitações do Estado ao papel de mero encorajador e supervisor, redundaria na renúncia de seus deveres constitucionais para a prestação de serviços públicos.

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux foi rápido em divergir dessa linha de raciocínio. Manejando argumento diametralmente oposto, asseverou que a Constituição de 1988 não acolhe, ela mesma, um modelo imutável de Estado. Pelo contrário – prosseguiu o argumento – é a missão das maiorias democraticamente eleitas, não da Corte Constitucional, desenhar em cada momento histórico-cultural seus próprios projetos de operação econômica para o Estado e a Administração Pública. Além disso, de acordo com o Ministro Fux, à luz da Lei n. 9.637/1998 o Estado não estava, na realidade, se esquivando de seus deveres constitucionais de prover serviços públicos à população; ele estava configurando uma *forma diferente* de prestação. Em vez da tradicional prestação embutida no aparato estatal (administração direta ou entes descentralizados), a lei optou por uma técnica baseada primariamente no fomento e na regulação de instituições privadas pelo Estado, qualificadas normativamente como “organizações sociais”.

Como se pode perceber, a opinião do Ministro Fux fundamentalmente apela à ideia de *democracia*. Seu voto mostra uma preocupação clara com o fato de que a Constituição, embora coloque sobre os ombros do Estado um conjunto de deveres ativos de participar na dinâmica social e econômica, permite uma ampla arena de debate democrático sobre como, de um ponto de vista administrativo e operacional, o Estado irá dar atendimento às suas obrigações – seja pela provisão direta de bens e serviços ou pelo fomento a atores privados, com uma vasta gama de opções intermediárias no meio do caminho:

Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas clamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral (BRASIL, 2015).

O Ministro Marco Aurélio, no entanto, levantou algumas objeções interessantes ao “argumento democrático” lançado pelo Ministro Fux. Suas considerações levaram a discussão a pender para o outro lado da balança: as preocupações já não residiam na democracia *per se*, mas nos limites normativos impostos pela Constituição à legislação; em outras palavras, no *constitucionalismo*. O que fica bastante evidente pela seguinte passagem de seu voto:

No Estado de Direito, o princípio democrático não é o único merecedor de deferência. Fosse assim, a Constituição seria despicienda. As regras básicas do funcionamento do Estado de Direito, das quais resultam limitações à atividade legislativa estão estampadas, precisamente, no corpo da Lei Maior. O princípio majoritário leva, por vezes, à edição de leis desarmônicas com o próprio Direito, e a quantidade de pronunciamentos do Supremo que implicaram declaração de inconstitucionalidade, desde a promulgação da Carta de 1988, revela essa circunstância. Desse modo, o Tribunal tem a tarefa – nada singela, diga-se – de acomodar as decisões da maioria, cristalizadas na legislação oriunda do Congresso Nacional, e os princípios e regras constantes na Constituição Federal (BRASIL, 2015).

Com essas considerações em mente, o voto do Ministro seguiu rumo à inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/1998. Em sua visão, similar à do ministro Ayres Britto, a Constituição de 1988 conteria comando para que serviços públicos fossem necessariamente oferecidos, em alguma medida, de maneira direta pelo Estado. Nenhuma lei ou ato administrativo poderia ser reputado constitucional, disse ele, se seu propósito fosse o de excluir a participação direta do Estado e limitá-lo a funções de mero fomento externo.

4.2 A ratio decidendi: não há modelos únicos de Estado cristalizados na Constituição Econômica (subsidiários ou não)

Depois de muito debate, a lei sobre as organizações sociais foi finalmente endossada pelo STF em 2015, por voto da maioria, em julgamento no geral aclamado pela comunidade jurídica.

Os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio compuseram a minoria derrotada; o voto do Ministro Fux convenceu os demais membros do Tribunal. E, passados cerca de três anos, é seguro dizer que o julgamento entrou para o elenco das “decisões da jurisdição constitucional que transcendem ao caso concreto e alteram o modelo de compreensão de amplos segmentos da ordem jurídica” (MODESTO, 2017, p. 13).

Para os nossos propósitos, vale ressaltar as constatações mais gerais que embasaram o julgado. A despeito do tema central da ADI 1923/DF ser a intervenção no domínio social, isto é, tocar os ditos “serviços públicos sociais” (não exclusivos do Estado e abertos à iniciativa privada) o fundamento jurídico do voto vencedor tem pressuposto amplo e universalizável, uma *ratio decidendi*²³: a inexistência de “um modelo único e engessado a respeito da intervenção do Estado no *domínio econômico e social*” que seja extraível, em si e por si, da Constituição brasileira.

A partir daí, muito embora em momento algum mencione o conceito de “subsidiariedade”, uma interpretação construtiva da *ratio decidendi* do julgado poderá notar que o Supremo Tribunal efetivamente rejeitou o argumento central dos partidários dessa doutrina. Afinal, baseado no voto vitorioso de Fux, o julgado determinou que a Constituição em si não contém qualquer modelo econômico específico de Estado – seja um “modelo subsidiário” ou outro de qualquer tipo ou ideologia. Longe disso, o Tribunal decidiu em favor da abertura constitucional a diferentes opções democráticas sobre o relacionamento do Estado com a economia. Confira-se o trecho nuclear do acórdão, que bem sintetiza as suas razões de decidir:

A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado,

23 Sem alongar a discussão sobre a natureza e a interpretação de precedentes em matéria constitucional, basta dizer que se usa aqui o conceito de *ratio decidendi* (ou *holding*, como é chamada pelos norte-americanos) enquanto “as partes de uma decisão que focam as questões jurídicas efetivamente presentes e a serem decididas pela corte” (GARNER *et. al.*, 2016, p. 44-75). O esforço de identificar a *ratio decidendi*, ou *holding*, de um julgado consiste em extrair razões generalizáveis utilizadas como fundamento para a decisão, alcançando um grau de abstração suficiente para permitir sua aplicação a outros casos futuros.

impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiores políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva (BRASIL, 2015).

Isso pode parecer um paradoxo, mas paradoxo não é. A fim de sustentar um modelo de Administração Pública *legislativamente* pautado na ideia de subsidiariedade – no caso, o modelo das organizações sociais – o Supremo Tribunal Federal teve de aceitar que a Constituição não deve impor, todo de uma vez e nem de uma vez por todas, nenhum modelo administrativo específico. Como consequência lógica vem que se um formato “estatocêntrico” de economia – com destaque para a prestação de serviços públicos –, tal como o supostamente existente durante o período pré-reformas, não é constitucionalmente mandatário, tampouco poderia ser o projeto de um Estado subsidiário voltado somente à preservação da liberdade individual e aos mecanismos de mercado. Precisamente porque muitos dos objetivos públicos perante a economia são expressos pela linguagem abstrata de princípios constitucionais, a definição das atividades, dos instrumentos e do tamanho do Estado para a sua realização são – leia-se, devem ser – em larga medida suscetíveis de definição e adaptação democrática.

E por que esse raciocínio se sagrou vitorioso? Qual foi, afinal, a diretriz constitucional imposta pelo Supremo ao legislador? O Tribunal certamente foi respeitoso diante da deliberação democrática ao apoiar uma escolha legislativa razoável, tal como idealizou o Ministro Fux; porém ele também foi referente ao constitucionalismo – embora num tom diferente, mais contido, do que aquele pretendido pelos Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio. A consideração decisiva para determinar a constitucionalidade da lei das organizações sociais parece ter sido a seguinte: a Lei n. 9.637/1998, ao contrário do que os votos vencidos argumentaram, não estava dando carta branca ao Estado de se abster de suas obrigações constitucionais de serviço público.

Na verdade, a promulgação da lei demonstrou um objetivo *prima facie* de reforçar a efetividade desses serviços, ao selecionar um

meio alternativo para a sua prestação: a criação de organizações sociais – de natureza privada – a serem apoiadas e reguladas pelo Estado. Assim, o Supremo Tribunal Federal manteve a lei não sob o pretexto de que ela expressaria um “Estado subsidiário”, e sim porque o Poder Público mostrou uma preocupação com seus deveres econômicos constitucionais (ainda que pela reformulação de sua estrutura administrativa). As vantagens e desvantagens concretas do modelo – as quais sempre têm de existir – foram corretamente relegadas ao teste da deliberação democrática enquanto um problema *político*. E não uma determinação constitucionalizada.

4.3 Negar a constitucionalização da subsidiariedade é “estatismo”?

Nesse momento final, um aspecto relevante do argumento apresentado aqui merece ser enfatizado, a fim de afastar qualquer má-compreensão. Negar o *status* constitucional de um princípio de subsidiariedade não é insinuar a existência de um diretiva constitucional oposta – a de um “Estado máximo”, por assim dizer. Argumentar nesses termos significaria incorrer exatamente na mesma falha que a abordagem pretende superar: impor um modelo de Estado preconcebido segundo uma preferência política ou filosófica – um modelo intervencionista de Estado – no interior da moldura aberta e altamente democrática da linguagem de nossa Constituição econômica.

O que quer dizer que alguém pode, de fato, ser um apoiador fervoroso da subsidiariedade enquanto um *bom ideal político*, sob uma variedade de razões (morais, econômicas, emotivas) – ou, aliás, de qualquer outro projeto econômico para o Estado brasileiro – e ainda assim estar convencido de que a Constituição não determina, ela mesma, que tal princípio de intervenção limitada do Estado seja sempre adotado no plano legislativo. E ao fazê-lo, estará sendo completamente coerente em suas assertivas (MENDONÇA, 2018, p. 231-232).

Tome-se, por exemplo, as reformas do Estado e da Administração conduzidas nos anos 1990, ou mesmo as recentes medidas “subsidiárias” promulgadas pelo Governo Federal, tais como o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (Lei n. 13.334/2016,

v. nota nº 1). São todas elas decisões políticas, expressadas por meio de legislação democrática, que em boa medida recorrem a conceitos vindos da doutrina da subsidiariedade como formas de implementar as responsabilidades econômicas do Estado.

A operacionalização prática e a efetividade empírica delas são matérias de *política ordinária*, não de direito constitucional. Seria bastante insensato simplesmente taxá-las de inconstitucionais devido à reestruturação por elas operada do papel do Estado. Seria do mesmo modo insensato, no entanto, imaginá-las como sendo "imposições" constitucionais, como se nenhum outro curso de ação coerente – subsidiário ou não – pudesse ter sido legitimamente adotado, no plano infraconstitucional, pelas maiorias políticas.

Afinal, é bem provável que a *melhor luz* da Constituição econômica brasileira consista precisamente nisto: nos seus compromissos radicais, democraticamente inclusivos, quanto ao relacionamento entre o Estado Administrativo e a economia.

5. Conclusão

O artigo apresentou um contra-argumento normativo ao "princípio da subsidiariedade" enquanto parte da ordem econômica brasileira. Os compromissos constitucionais expressos na linguagem abstrata de múltiplos princípios – alguns mais orientados ao mercado, outros de caráter social, interventivo, nacionalista – oferecem a principal razão para rejeitar o *status* constitucional da subsidiariedade. Sendo o Estado um elemento importante da ordem econômica, sua atividade mais ou menos interventiva, especialmente quanto aos seus instrumentos administrativos – desde a prestação direta de bens e serviços de interesse coletivo até os vários arranjos de interação com a iniciativa privada – devem ser definidos através da deliberação democrática.

A bem de ver, essa é uma proposta interessante para toda a jurisdição constitucional. Requer uma grande dose de modéstia por parte dos intérpretes e, mais especificamente, do Tribunal Constitucional encarregado de avaliar a constitucionalidade da legislação econômica e outros atos oficiais do Estado: deve ele evitar derrubar leis democráticas baseado em visões particulares

e preconcebidas do Estado, como se elas estivessem inscritas, de uma vez por todas, no texto constitucional – e o julgamento proferido na ADI 1.923 serve de bom exemplo dessa atitude interpretativa. Favorece-se a democracia antes de qualquer proposição transcendental preconcebida – tal como a subsidiariedade e demais doutrinas abrangentes. Mais até, colabora-se com a estabilidade constitucional, pois ficam preservadas as possibilidades de compromissos valiosos no cerne da Constituição, deixando a argumentação ideológica onde ela pertence: ao debate público. E, ao fim e ao cabo, ampliam-se as possibilidades democráticas para a atuação do Estado Administrativo brasileiro, em prol do desenvolvimento econômico e social.

Passados os primeiros trinta anos da vigência da Constituição de 1988, muito foi feito; e ainda há muito mais por fazer. Que venham os próximos trinta.

6. Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão da Ordem Econômica*. Volume 166. Anteprojeto da Comissão. Brasília: Centro gráfico do Senado Federal, abr./1987.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- AZEVEDO, Maria Eduarda. *Temas de direito da economia*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. A recusa de conformação do jurídico pelo económico. *Boletim de Ciências Económicas: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, vol. LVII, t. I, p. 633-670. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.
- BARRACO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 200, p. 21-54, abr./jun. 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.
- BEABOUT, Gregory R. The Principle of Subsidiarity and Freedom in the Family, Church, Market and Government. *Journal of Markets & Morality*, v. 1, n. 2, p. 130-141, October 1998.

- BERCOVICI, Gilberto. *O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>>. Acesso em: 1 mar. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.512/ES. Tribunal Pleno, Relator para acórdão Min. Eros Grau. *Diário de Justiça da União*: 30.06.2006
- _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para acórdão Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça da União*: 17.12.2015.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34, 1998.
- BRITTO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARRER, Matteo. *Il Principio di Sussidiarietà: dalle Regole Costituzionali all'azione di Governo*. 2010. Tesi (Doutorado de pesquisa in Direito público e tributario nella dimensione europea) – Facolta di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo, Bergamo.
- CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. *A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do Estado na economia: definição e instrumentalização*. 2013. 178 fls. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- DA COSTA, Frederico Lustosa; MIANO, Vítor Yoshihara. Estatização e Desestatização no Brasil: o papel das empresas estatais nos ciclos da intervenção governamental no domínio econômico. *Revista de Gestão Pública*, v. 2, n. 1, p. 145-181, jan./jun. 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, out./dez. 1993.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.
- FARRERES, Germán Fernández. Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad en el derecho administrativo español. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Congelamento de preços – tabelamentos oficiais (Parecer)*. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26>>. Acesso em: 2 mar. 2018.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARNER, Bryan A., et. al. *The Law of Judicial Precedent*. St. Paul: Thomson Reuters, 2016.

- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GUEDES, Filipe Machado. *A Atuação do Estado na economia como acionista minoritário*. São Paulo: Almedina, 2015
- MANGIAMELI, Stelio. *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*. Disponível em: <<http://www.issirfa.cnr.it/stelio-mangiameli-sussidiarieta-e-servizi-di-interesse-generale-le-aporie-della-privatizzazione-agosto-2007.html>>. Acesso em: 5 maio 2018.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, v. 4, nov./dez. 2005.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MODESTO, Paulo. As organizações sociais no Brasil após a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, de 2015. In: FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. *Organizações sociais após a decisão do STF na ADI N. 1.923/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação). *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 46, n. 0, p. 75-110, 2007. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14130>>. Acesso em: 5 maio 2018.
- MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.
- . *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 1-19, jul./set. 2005.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, maio/ago. 2015.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SINGER, André. Cutucando onças com varas curtas: o ensaio desenvolvimentista no primeiro mandato de Dilma Rousseff (2011-2014). *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 102, p. 39-67, jul./2015, p. 39. Disponível em: <http://www.adcefetrj.org.br/arquivos/13_10_15_01.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018.
- TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TRAVASSOS, Marcelo Zenni. O Estado subsidiário regulador e de fomento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, n. 27, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2015/01/subsidiariedade.html>>. Acesso em: 2 mar. 2018.
- VIEIRA, Oscar Vilella. A Constituição como reserva de justiça. *Lua Nova*, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997.

Marina Cyrino
Douglas Leite

**Desafios atuais para a tutela
do direito fundamental
à privacidade: Lei Geral
de Proteção de Dados,
consentimento e regulação**

15

Desafios atuais para a tutela do direito fundamental à privacidade: Lei Geral de Proteção de Dados, consentimento e regulação

Marina Cyrino¹ e Douglas Leite²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar os atuais desafios impostos ao Estado em relação à tutela do direito fundamental à privacidade, sobretudo diante da proliferação de atividades econômicas baseadas no tratamento de dados pessoais e dos potenciais riscos de dano a indivíduos e à própria sociedade. Inicialmente, é feita uma análise sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, destacando os dispositivos que têm por base o direito à autodeterminação informativa e o consentimento do titular para tratamento de dados pessoais. Em seguida, analisa-se questões ligadas a assimetrias informacionais, que podem ser um problema para uma estratégia legal baseada em autodeterminação informativa, especialmente quando o consentimento é exigido como condição para acesso a aplicações de internet. Após, é feita uma breve análise do recente escândalo envolvendo uso indevido de dados obtidos através do Facebook, com o propósito de demonstrar os riscos a que a sociedade está sujeita. Por fim, é abordado como o órgão regulador pode ser útil para, em complemento às disposições da lei, ajudar na efetiva tutela da privacidade como direito fundamental.

Palavras-chave: Direito fundamental à privacidade. Novas tecnologias. Lei Geral de Proteção de Dados. Consentimento. Regulação.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the current challenges faced by the State regarding the legal protection of the fundamental right to privacy, mainly in view of the increase of economical activities

1 Mestranda em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. LL.M. pela Northwestern School of Law. Graduada em Direito pela UERJ. Advogada. E-mail: macyrino@gmail.com.

2 Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Graduado em Direito pela PUC-Rio. Advogado. E-mail: douglas.leite@lickslegal.com.

based on the treatment of personal data and the potential risks to individuals and the society. Initially, it is presented an analysis about the Data Protection General Legislation, highlighting the provisions based on the right of information self-determination and the consent of the data owner to the treatment of personal data. Then, it is analyzed issues concerning the informational asymmetries, which can be a problem for a legal strategy based on self-determination, especially when consent is required as a condition to access internet applications. After that, it is presented a brief analysis of the recent scandal involving the unauthorized use of data gathered from Facebook, with the purpose to show the risks to which the society is exposed. Finally, it is addressed how the regulatory body can be useful, in addition to the legal provisions, to help the effectiveness of privacy protection as a fundamental right.

Key words: Fundamental right to privacy. New technologies. General Legislation on Data Protection. Consent. Regulation.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, que em 2018 comemora 30 anos desde a sua promulgação, já prevê, desde sua origem, em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando ainda “o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Ainda, a caracterização da privacidade como um direito autônomo e fundamental deriva, igualmente, das garantias constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana³.

Com o desenvolvimento da internet, percebe-se um crescimento no fornecimento de dados na rede em progressão geométrica. Para demonstrar um pouco do que significa o crescimento em progressão geométrica, a lenda da segunda metade do tabuleiro de xadrez é ilustrativa. Certo rei ofereceu uma recompensa a um de seus súditos pela criação de um jogo de xadrez e pediu-lhe para nomear o seu preço. O sábio inventor pediu que um grão de arroz fosse dobrado para cada quadrado do tabuleiro de xadrez. O governante prontamente aceitou

3 DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico* 12/103. Joaçaba: Unoesc, 2011. p. 103.

a oferta, a qual ele não pôde honrar por que quando se chegou na segunda metade do tabuleiro de xadrez o montante já era maior do que a produção de arroz mundial⁴. Nos últimos anos, o crescimento no volume de dados tratados na internet cresceu 50% por ano. Ou seja, o volume de dados disponível na rede, dobra a cada dois anos⁵.

O avanço da humanidade no campo da ciência e tecnologia, além de gerar como consequência a produção social de riqueza, igualmente acarreta a produção social de riscos⁶, e nos dias de hoje a existência cada vez maior de modelos de negócio baseados na coleta e análise de dados pessoais demanda especial atenção por parte do Poder Público quanto à criação de mecanismos que protejam, adequadamente, a privacidade dos indivíduos⁷.

Nesse contexto, foi promulgada no Brasil, em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)⁸. Antes dela, contudo, a aplicação da previsão constitucional já vinha sendo buscada em diplomas como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet⁹. A LGPD, assim, chega para buscar a proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. A referida

4 FENGLER, Wolfgang. Big data and development: The second half of the chess board. In: *Africa Can End Poverty* (World Bank Blog) (Feb. 2013). Disponível em: <<http://blogs.worldbank.org/africacan/big-data-and-development-thesecond-half-of-the-chess-board>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

5 LOHR, Steve. The Age of Big Data. 11 de fevereiro de 2011, New York Times. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2012/02/12/sunday-review/big-datas-impact-in-the-world.html>>, acesso em: 21 nov. 2011:

"What is Big Data? A meme and a marketing term, for sure, but also shorthand for advancing trends in technology that open the door to a new approach to understanding the world and making decisions. There is a lot more data, all the time, growing at 50 percent a year, or more than doubling every two years, estimates IDC, a technology research firm. It's not just more streams of data, but entirely new ones. For example, there are now countless digital sensors worldwide in industrial equipment, automobiles, electrical meters and shipping crates. They can measure and communicate location, movement, vibration, temperature, humidity, even chemical changes in the air".

6 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011. p. 23-25.

7 "A coleta, o processamento e a utilização de dados pessoais tendem, hoje, a alcançar todos os aspectos da vida, graças ao barateamento incessante da informática e do armazenamento de dados. Governos e empresas criam, rotineiramente, perfis de personalidade que permitem classificar e discriminar os indivíduos consoante seus hábitos, características biológicas, preferências e convicções, em flagrante ameaça não só à privacidade, mas, também, à própria dignidade humana" (CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. V. 13/2017. p. 59/67).

8 Lei Federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018.

9 O Código Civil de 2002 prevê, em seu artigo 21, a inviolabilidade da vida privada. O Código de Defesa do Consumidor também traz dispositivos, como o artigo 43, buscando a proteção de dados de consumidores nas relações de consumo. O Marco Civil da Internet, de 2014, vem restringir o uso de ou acesso a informações privadas na internet.

lei representa, portanto, uma tentativa de aperfeiçoar a garantia da previsão constitucional de 30 anos atrás, prevista no artigo 5º, XX.

Com a massificação do uso da internet, o dado pessoal passou a ser tratado como mercadoria¹⁰. Informações pessoais obtidas, por exemplo, com históricos de compra, realização de buscas, atividades em redes sociais e postagem de comentários em *blogs* ou *sites* de notícias podem ser utilizadas para finalidades diversas. Este uso pode envolver desde a otimização de anúncios publicitários para viabilizar a comercialização de itens dentro do perfil de consumo dos usuários ou até o ranqueamento dos indivíduos pelo governo de acordo com suas reputações, como já vem ocorrendo na China por meio do chamado sistema de crédito social¹¹.

Nesse cenário, em que, como no mundo distópico de George Orwell em 1984, todas as ações dos indivíduos são monitoradas e catalogadas, o grau de insegurança cresce exponencialmente: informações pessoais sensíveis, fornecidas de forma consciente e/ou inconsciente (como no caso de buscas de produtos ou *websites* que, quando vistas em conjunto, determinam certo perfil de compra ou estilo de vida) são distribuídas e utilizadas de forma diversa a que os titulares destas informações poderiam esperar. Exemplo que ilustra esta questão foram os escândalos envolvendo o uso indevido, pela empresa Cambridge Analytica, de dados obtidos por meio do Facebook, que ajudaram a trazer à cena essa insegurança geral¹².

Diante deste contexto, a LGPD foi promulgada com a ambição de promover a necessária proteção aos direitos fundamentais de liberdade e privacidade. Como consta no parecer apresentado no Senado em 19 de junho de 2018, “o dado pessoal é um ingrediente

10 “Os dados pessoais constituem um bem de elevado valor econômico na sociedade atual, caracterizada pela elevada competitividade comercial e pela vigilância, controle e manipulação de comportamento dos indivíduos. Quando submetidos a processos informáticos ou telemáticos, os dados pessoais são capazes de, por meio de triagem, agrupamento, classificação e análise, traçar perfis, comportamentos e hábitos dos indivíduos, resultando em informações pessoais completas” (LAEBER, Márcio Rafael Silva. Proteção de dados pessoais: o direito à autodeterminação informativa. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 37/2007, p. 59/80).

11 Sobre o sistema de crédito social chinês ver BOSTMAN, Rachel. *Who can you trust? How technology brought us together and why it might drive us apart*. New York: PublicAffairs, 2018.

12 BBC, “Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades”, de 20 mar. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>>; <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/como-a-cambridge-analytica-recolheu-dados-do-facebook.shtml>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

indissociável da privacidade do cidadão e sua preservação guarda conformidade com o efetivo respeito a garantias fundamentais do indivíduo, tal como prescritas na Constituição Federal”¹³. O artigo 1º da Lei também ressalta tal objetivo:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A pergunta de pesquisa do presente artigo consiste em saber se as disposições da LGPD efetivamente serão aptas a garantir a proteção dos dados pessoais e a segurança de seus titulares. A hipótese aqui defendida é de que a referida Lei – conquanto represente um avanço em matéria de proteção de dados pessoais – não tem condições de, por si só, atingir estes objetivos. Por outro lado, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, vetada do texto final da LGPD e posteriormente criada por Medida Provisória, bem como a regulamentação a ser futuramente desenvolvida, poderão desempenhar papel-chave para tanto.

O presente trabalho será dividido em cinco partes. A primeira parte tratará das disposições contidas na LGPD, especialmente no que se refere ao direito à autodeterminação informativa e ao consentimento do titular para tratamento de dados, que são pilares da legislação. A segunda parte analisará os problemas que podem afetar uma estratégia legal baseada em consentimento, tais como assimetrias informacionais e o problema de se exigir consentimento como requisito para o acesso a serviços. A terceira parte trará uma análise do recente escândalo envolvendo a utilização indevida de dados pessoais coletados por meio do Facebook, que impactou diretamente a aprovação da LGPD. A quarta parte, então, trará considerações sobre o papel que pode ser desempenhado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Na quinta parte, será apresentada a conclusão em relação ao tema.

13 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751566&ts=1538690044203&disposition=inline&ts=1538690044203>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

2. O papel do consentimento do titular dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira

Após anos de debates legislativos, que contaram com a realização de uma série de audiências públicas, finalmente foi aprovada no Brasil, em 2018, uma norma específica voltada à proteção de dados pessoais, a LGPD¹⁴. A redação da Lei prevê o consentimento do titular como uma das hipóteses – e não a única – autorizativa do tratamento de dados. De fato, o art. 7º da LGPD elenca dez possíveis bases legais para o tratamento de dados pessoais, e o consentimento é apenas uma delas¹⁵.

Com efeito, há nove hipóteses que sustentam a utilização de dados pessoais sem o consentimento do titular. Vale notar, entretanto, que a LGPD prevê, em seu art. 7º, § 6º, que “a eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular”. E, dentre os princípios previstos no art. 6º da LGPD, alguns merecem destaque.

O princípio da finalidade (art. 6º, I) impõe que os propósitos específicos do tratamento devem ser explícitos, e o titular dos dados deve ser deles informado, sendo vedado o tratamento fora dessas finalidades. Já o princípio do livre acesso (art. 6º, IV) garante aos titulares a consulta facilitada e gratuita sobre a forma e duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais. Ainda, o princípio da transparência (art. 6º, VI) dá o direito aos titulares de terem informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre o tratamento e os agentes por ele responsáveis, observados os segredos de negócio.

14 Para uma análise quanto às discussões que antecederam a aprovação da LGPD, ver BIONI, Bruno Ricardo. De 2010 a 2018: a discussão brasileira sobre uma lei geral de proteção de dados pessoais. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protacao-de-dados/de-2010-a-2018-a-discussao-brasileira-sobre-uma-lei-geral-de-protacao-de-dados-02072018>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

15 Com relação ao tratamento de dados pessoais sensíveis, a LGPD impõe como requisito a obtenção de consentimento, de forma específica e destacada, pelo titular ou seu representante legal, para finalidades específicas. Ainda assim, a Lei prevê hipóteses excepcionais nas quais os dados pessoais sensíveis podem ser tratados sem fornecimento de consentimento do titular.

Para Bruno Bioni, mesmo com a existência de hipóteses de tratamento de dados sem consentimento do titular, este não deixou de ser o vetor principal da LGPD. Tal conclusão se extrai de uma análise dos princípios da lei e também da forma como o consentimento é trabalhado e dissecado ao longo do diploma, denotando uma preocupação com a efetiva participação do indivíduo no manejo de seus dados pessoais. Com efeito, o autor observa que a palavra “consentimento” aparece 35 vezes no texto da LGPD, e uma análise quantitativa ou qualitativa revela “um arranjo normativo circular à figura do consentimento e que o canaliza como seu elemento cardeal”¹⁶.

Além das situações acima descritas, a LGPD exige, por exemplo, consentimento específico do titular para casos em que o controlador¹⁷ pretende comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores¹⁸. Além disso, a lei estabelece ser necessário consentimento específico e em destaque de um dos pais ou do responsável legal para o tratamento de dados pessoais de crianças¹⁹, bem como impõe a mesma exigência para a transferência internacional de dados pessoais²⁰.

Ainda, a lei estabelece que, nas hipóteses em que o tratamento de dados pessoais for realizado mediante o consentimento do titular e o consentimento for fornecido por escrito, este deve constar em cláusula destacada das demais cláusulas contratuais²¹.

O que se percebe, portanto, é que a LGPD é calcada na ideia de direito à autodeterminação informativa, que, como corolário dos direitos humanos, consiste em garantir às pessoas naturais o controle sobre suas informações pessoais, cabendo aos indivíduos a decisão sobre quais de suas informações devem ser submetidas

16 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 134-135.

17 Conforme o art. 5º, VI, da LGPD, controlador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”.

18 LGPD, art. 7º, § 5º.

19 LGPD, art. 14, § 1º. Por crianças, entende-se a pessoa de até doze anos de idade incompletos, na forma do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

20 LGPD, art. 33, VIII.

21 LGPD, art. 8º, § 1º.

ao público^{22,23}. Nas palavras de Canotilho, tal direito “se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais”²⁴.

Todavia, sabe-se que o ser humano tem uma racionalidade limitada²⁵, e sua capacidade cognitiva não é infinita, de modo que a compreensão dos indivíduos sobre questões sensíveis a um processo de tomada de decisões pode envolver problemas de diferentes ordens. No que diz respeito aos dados pessoais, não são claros para muitas pessoas os possíveis prejuízos que podem advir de sua utilização indevida, sobretudo quando tais dados são requisitados como condição para a fruição de um serviço da internet, como o acesso a uma rede social.

3. Assimetrias informacionais e o problema da exigência de consentimento como condição para acesso a serviços na internet

Os principais problemas relacionados ao consentimento para acesso de serviços na internet são os seguintes: (i) há assimetria de informação entre o usuário e o requisitante do dado e (ii) sem o consentimento, o uso do serviço pelo usuário é impedido.

22 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. O direito à autodeterminação informativa na jurisprudência portuguesa: breve apontamento. *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 5, dezembro/2017, p. 27-30.

23 O direito à autodeterminação informativa encontra-se previsto no art. 35 da Constituição da República Portuguesa, *in verbis*: artigo 35º: - Utilização da informática: 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua proteção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excecionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de proteção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

24 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 515.

25 Sobre racionalidade limitada (“bounded rationality”), ver JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, v. 50/2004. p. 1477.

A atuação das pessoas no ambiente de rede demonstra a falta de conhecimento do que pode ser feito com os seus dados. É comum que pessoas compartilhem integralmente suas vidas em redes sociais sem considerar que suas informações poderão ser utilizadas contra elas mesmas para manipulá-las a agir de determinada forma, comprar determinado produto, ou até mesmo, para subsidiar decisões de seguradoras, por exemplo, sobre a recusa de determinado serviço por conta de seus hábitos de vida²⁶. O risco do fornecimento indistinto de dados é invisível para a maior parte da população, e a conscientização acerca desse tipo de risco é fundamental para incentivar que as pessoas sejam mais cuidadosas com a divulgação de seus dados pessoais.

A assimetria de informação se mostra na medida em que os usuários não têm consciência de como e onde os dados fornecidos serão utilizados.

Por exemplo, uma forma de utilização dos dados que é ignorada pela grande maioria dos usuários da rede mundial de computadores são as análises preditivas de sites de vendas, que buscam uma operação mais eficiente e maximização de lucros por meio da previsão de comportamento futuro com base em padrões de comportamentos pretéritos, conforme apresentado por Shaun B. Spencer²⁷. Os dados de determinado consumidor são associados a dados de consumidores com perfis e comportamentos semelhantes para prever o comportamento futuro de consumidores deste grupo²⁸.

26 Em pesquisa realizada por Alessandro Acquisti e Jens Grossklags em 2004 nos Estados Unidos, os autores demonstram as incertezas da população do uso de suas informações fornecidas em sites de compra *on-line*: "On the other hand, most of our subjects attributed incorrect values to the likelihood and magnitude of privacy abuses. In a calibration study, we asked subjects several factual questions about values associated with security and privacy scenarios. Participants had to provide a 95-percent confidence interval (that is a low and high estimate so that they are 95 percent certain that the true value will fall within these limits) for specific privacy-related questions. Most answers greatly under or overestimated the likelihood and consequences of privacy issues. For example, when we compared estimates for the number of people affected by identity theft (specifically for the US in 2003) to data from public sources (such as US Federal Trade Commission), we found that 63.8 percent of our sample set their confidence intervals too narrowly –an indication of overconfidence. Of those individuals, 73.1 percent underestimated the risk of becoming a victim of identity theft" (ACQUISTI, Alessandro. GROSSKLAGS, Jens. Privacy and Rationality in Individual Decision Making, *IEEE Security & Privacy*, Volume: 3, Issue: 1, Jan.-Feb. 2005).

27 SPENCER, Shaun B. Privacy and Predictive Analytics in *E-Commerce*, 49 *New Eng. L. Rev.* 629, 2015.

28 Nesse sentido, Shaun B. Spencer acrescenta que essa condição ou característica pode ser considerada como a probabilidade de um determinado comportamento comercial, como clicar em um anúncio *on-line*, comprar determinado produto, ir para um concorrente ou deixar de pagar um empréstimo. Ainda a condição ou característica pode também ser utilizada para estabelecer a probabilidade de comportamentos não comerciais, como morrer cedo ou se▶

Nesse caso, o uso dos dados não é óbvio. A análise preditiva é baseada principalmente na evidência secundária dessas condições ou características de interesse e não em evidências primárias. A evidência primária, por exemplo, pode ser a resposta do consumidor diante de perguntas sobre suas preferências ou outras características específicas. A evidência secundária, por outro lado, aparece em pequenas partes de dados sobre o comportamento passado do consumidor que, ao serem analisados em conjunto, mostram com mais precisão as atitudes e preferências dos consumidores do que os autorrelatos vistos isoladamente em questionários²⁹.

O autor cita o exemplo da análise feita pela empresa Target para identificar usuárias grávidas, que resultou no envio de diversos anúncios para uma adolescente. A loja foi questionada pelo pai, que só veio a descobrir a gravidez da filha na semana seguinte: pelo perfil de busca da adolescente, a loja conseguiu identificar que ela estava grávida e para quando estava previsto o nascimento do bebê³⁰.

Por fim, outro problema do consentimento é a sua obrigatoriedade imposta pelo *website* para uso do serviço. Um dos dispositivos da GDPR, norma europeia que embasou a LGPD, traz expressamente que não será considerado que o consentimento foi dado livremente se o titular dos dados não tiver uma escolha genuína ou livre ou se for incapaz de recusar ou retirar o consentimento sem prejuízo³¹. Há um prejuízo ao usuário que não fornece os dados

28 envolver em um acidente de carro, com base em hábitos de vida. A condição ou característica pode ainda ser alguma condição do momento presente: estar grávida ou problema de saúde, que seriam características específicas de interesse para determinado comerciante.

A análise preditiva é utilizada de diversas formas no comércio eletrônico que podem ser divididas nas seguintes categorias: (1) publicidade direcionada; (2) discriminação de preços; (3) segmentação de clientes; e (4) determinações de elegibilidade para determinados produtos financeiros e de seguros (Shaun B. Spencer, *Privacy and Predictive Analytics in E-Commerce*, 49 *New Eng. L. Rev.* 629, 2015).

29 SPENCER, Shaun B. *Privacy and Predictive Analytics in E-Commerce*, 49 *New Eng. L. Rev.* 629, 2015.

30 SPENCER, Shaun B. *Privacy and Predictive Analytics in E-Commerce*, 49 *New Eng. L. Rev.* 629, 2015.

31 GDPR: "(42) Where processing is based on the data subject's consent, the controller should be able to demonstrate that the data subject has given consent to the processing operation. In particular in the context of a written declaration on another matter, safeguards should ensure that the data subject is aware of the fact that and the extent to which consent is given. In accordance with Council Directive 93/13/EEC (1) a declaration of consent preformulated by the controller should be provided in an intelligible and easily accessible form, using clear and plain language and it should not contain unfair terms. For consent to be informed, the data subject should be aware at least of the identity of the controller and the purposes of the processing for which the personal data are intended. Consent should not be regarded as freely given if the data subject has no genuine or free choice or is unable to refuse or withdraw consent without detriment". Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

para a utilização da plataforma ao ter o acesso negado caso não concorde em fornecer os seus dados

Impedir o acesso dos usuários a um site de compras, ou, mais grave ainda, ao uso de redes sociais, que fazem parte do dia a dia da grande maioria das pessoas, mostrar-se-ia como um sério prejuízo ao indivíduo. Inclusive, Sabeel Rahman sustenta que os *web-sites* de media social deveriam ser tratados como *public utilities* e, dessa forma, seu acesso não poderia ser limitado³².

4. O escândalo Cambridge Analytica e Facebook

Um caso concreto que demonstra os danos que podem ser causados pelo uso indevido de dados pessoais e traz questionamentos sobre as limitações do consentimento é o recente escândalo envolvendo a empresa britânica *Cambridge Analytica* e a rede social Facebook.

Este episódio, amplamente noticiado, envolveu a coleta e venda de dados pessoais, bem como a elaboração de perfis comportamentais dos usuários e utilização para fins políticos, notadamente na eleição do presidente norte-americano Donald Trump e no movimento de saída do Reino Unido da União Europeia, o chamado *Brexit*³³. Não por acaso, o referido escândalo foi um dos fatores que acelerou a aprovação da LGPD no Congresso brasileiro. Logo após sua divulgação, ocorreu no Senado Federal uma sessão temática extraordinária sobre o Projeto de Lei do Senado n. 330/2013, uma das propostas que resultou na LGPD³⁴.

O Facebook foi criado em 2004 e hoje possui 1,49 bilhões de usuários ativos por dia e 2,27 bilhões de usuários ativos em um único

32 RAHMAN. K. Sabeel. *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, 39 *Cardozo L. Rev.* 1621, 2018.

33 Algumas matérias veiculadas na mídia nacional sobre o assunto: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>>; <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/como-a-cambridge-analytica-recolheu-dados-do-facebook.shtml>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

34 As notas taquigráficas da sessão temática extraordinária realizada no Senado Federal em 17/04/2018 estão disponíveis em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/s/23384>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

mês³⁵. Somente no Brasil, há cerca de 125 milhões de usuários³⁶. Cada usuário cria o seu perfil pessoal, no qual pode compartilhar conteúdos diversos, envolvendo informações sobre sua vida cotidiana, vídeos, fotografias e notícias. A rede social possibilita, também, a troca mensagens com outros usuários e interações, além da participação em grupos, de acordo com os interesses de cada um.

Para aderir aos serviços do Facebook e participar dos benefícios e conexões da rede, o usuário deve concordar com os termos de uso e política de privacidade. Não é permitido utilizar as funcionalidades da rede Facebook sem aceitar todas as condições estabelecidas pelo próprio Facebook.

Em março de 2018, foi tornado público o vazamento de dados pessoais e perfis de comportamento de 87 milhões de pessoas conectadas à referida rede social³⁷. Tais dados teriam sido coletados por meio das respostas de usuários a questionários e pesquisas apresentados dentro do próprio Facebook, bem como por meio da análise de perfis, curtidas e atividades em geral na rede. Posteriormente, essas informações refinadas teriam sido entregues à empresa britânica de consultoria *Cambridge Analytica*, que as teria utilizado para a identificação de perfis e direcionamento de mensagens e propagandas de cunho político, com o fim de influenciar comportamentos e o próprio voto de eleitores^{38,39}.

35 Dados do próprio Facebook referentes ao mês de setembro de 2018. Disponível em: <<https://newsroom.fb.com/company-info/>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

36 Facebook chega a 125 milhões de usuários no Brasil, Estadão, conteúdo de 19 de julho de 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/facebook-chega-a-125-milhoes-de-usuarios-no-brasil/#>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

37 A divulgação do escândalo se deu através de matéria veiculada pelo jornal norte-americano *New York Times*, disponível em <<https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>>, acesso em 17 nov. 2018. Sobre a quantidade de usuários do Facebook que tiveram seus dados afetados pelo escândalo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/facebook-eleva-para-87-milhoes-o-n-de-usuarios-que-tiveram-dados-explorados-pela-cambridge-analytica.ghtml>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

38 ISAAK, Jim; HANNA, Mina J. *User data privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and privacy protection*. Computer. Computer. IEEE Computer Society, Institute of Electrical and Electronics Engineers. Agosto/2018. Disponível em: <<https://www.computer.org/csdl/mags/co/2018/08/mco20180800056.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

39 No Brasil, por volta de 443 mil usuários foram atingidos. Ver BRIGATTO, Gustavo. Facebook compartilhou com Cambridge Analytica 443 mil contas do Brasil. *Notícia do Valor Econômico* de 5 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/empresas/5432807/facebook-compartilhou-com-cambridge-analytica-443-mil-contas-do-brasil>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

Interessante notar que os dados pessoais foram obtidos mediante consentimento dos indivíduos, que voluntariamente aceitaram responder um questionário apresentado na plataforma do Facebook. Estes usuários concordaram em fornecer dados de seus perfis pessoais, bem como dos perfis dos amigos a eles conectados – o que era, até então, permitido pela política de privacidade da rede social. Após a divulgação do escândalo, o Facebook afirmou que as letras minúsculas que acompanhavam o questionário informavam os usuários que os dados coletados seriam usados apenas para fins acadêmicos. Contudo, foi verificado que, nos dizeres apresentados aos usuários, também constava a informação de que os dados poderiam ser usados para finalidades comerciais⁴⁰.

A repercussão do caso gerou um escrutínio público do Facebook por parte de autoridades nos EUA e na Europa e, sobre o tema, Mark Zuckerberg, perante o Congresso norte-americano, pediu desculpas públicas e assumiu o erro acerca do uso indevido das informações dos usuários da rede social. Conforme parte de seu depoimento:

Foi um erro meu, e eu sinto muito, eu comecei o Facebook, eu o controlo e sou responsável pelo que acontece aqui [...] Mas está claro agora que não fizemos o suficiente para impedir que essas ferramentas sejam usadas para o mal também. Isso vale para notícias falsas, interferência estrangeira em eleições e discurso de ódio, bem como desenvolvedores e privacidade de dados. Não tivemos uma visão ampla o suficiente de nossa responsabilidade, e isso foi um grande erro⁴¹.

Enfim, este episódio teve grande repercussão e foi relevante para chamar atenção aos riscos a que os indivíduos, e a própria

40 Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/04/22/business/media/cambridge-analytica-aleksandr-kogan.html>>; <<https://www.nytimes.com/2018/04/08/us/facebook-users-data-harvested-cambridge-analytica.html?rref=collection%2Fbyline%2Fmatthew-rosenberg&action=click&contentCollection=undefined®ion=stream&module=inline&version=latest&contentPlacement=1&pgtype=collection>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

41 UOL, matéria de 10 abr. 2018, Zuckerberg pede desculpas e assume erros em depoimento ao Congresso dos EUA, disponível em: <https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2018/04/10/mark-zuckerberg-depoimento-ao-congresso-dos-eua.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

sociedade, estão sujeitos em razão da disponibilização de dados na internet e os possíveis usos que podem ser feitos com sua coleta e análise. Mais ainda, o escândalo deixou no ar a questão de como os governos e autoridades podem agir, por meio de legislações e/ou medidas regulatórias para evitar que tais danos ocorram.

5. O papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados

Como visto, o Brasil promulgou a LGPD buscando dar efetividade à previsão constitucional que trata a privacidade como direito fundamental diante de um cenário em que a possível utilização indevida de dados pessoais disponibilizados pelos cidadãos na internet acarreta insegurança e riscos não apenas às pessoas naturais titulares destes dados, mas a toda a sociedade. A legislação brasileira, calcada na ideia de direito à autodeterminação informativa, confia na figura do consentimento como elemento-chave para proteger a privacidade dos indivíduos.

Todavia, em razão de fatores como os apontados no item 3 acima, tais como a racionalidade limitada do ser humano, a existência de assimetrias de informações e especialmente por conta de modelos de negócio que exigem o consentimento como condição ao acesso de serviços e aplicações na internet, há sérias dúvidas a respeito do grau de proteção que uma estratégia baseada em consentimento, por si só, é capaz de efetivamente conferir aos dados pessoais. A atuação do Estado por meio da regulação⁴² com a criação de um órgão regulador pode desempenhar papel relevante para promover maior segurança e mitigar riscos.

O tratamento de dados pessoais pode e deve ser entendido como uma atividade econômica, e, como leciona Floriano de Azevedo Marques Neto, “a regulação é uma forma de ordenação da

42 Como regulação, adotamos o conceito de Alexandre Santos de Aragão: “[...] a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicas, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 37).

atividade econômica. Ordenação que não dispensa, mas tampouco se limita ao caráter normativo⁴³. Para o mesmo autor, a Administração Pública, por meio da regulação, atua em benefício e com sujeição ao administrado, pois é ele o titular do interesse público⁴⁴ que cumpre ao Estado perseguir. Desse modo, a regulação pode ser entendida como uma forma de garantir o bem-estar aos cidadãos e assegurar os valores constitucionais, inclusive por meio da restrição de direitos individuais em prol da coletividade⁴⁵.

De fato, em vista das apontadas dificuldades que os indivíduos, mesmo por meio do direito à autodeterminação informativa e do consentimento, têm de tutelar seus dados pessoais, bem como diante do potencial de danos de caráter difuso decorrente do uso indevido destes dados, é desejável que o Estado atue como regulador das atividades econômicas que envolvem tratamento de dados.

O texto do Projeto de Lei da Câmara n. 53/2018 (PLC 53/2018), que originou a LGPD, em sua redação aprovada no Congresso, incluía a previsão de criação de um órgão regulador, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), como “integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério da Justiça”⁴⁶. A instituição da agência foi vetada pelo Presidente Michel Temer “por afronta ao artigo 61, §1º, II, ‘e’, cumulado com o artigo 37, XIX da Constituição”⁴⁷. Com base nestes dispositivos, o chefe do Executivo entendeu que a criação do órgão deveria se dar por lei específica de

43 MARQUES NETO. Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade regulação estatal. In: *Temas de direito regulatório*. GUERRA, Sérgio (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 213.

44 A regulação deve buscar o interesse público. Em relação a este conceito, a doutrina, em sua maioria, concorda em discordar: não há um consenso sobre a sua definição. Neste trabalho, interesse público deve ser entendido genericamente, como o bem de toda a coletividade. Nesse sentido, Odete Medauar conclui: “Mesmo sem exaurir todos os modos de conceituar *interesse público*, logo se conclui no sentido da impossibilidade de chegar a uma definição jurídica precisa; tal noção não corresponde a uma realidade direta e univocamente definível. Parece possível, no entanto, associá-la ao que deveria ser o bem de toda a coletividade. Uma percepção geral das exigências da comunidade” (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 232).

45 MARQUES NETO. Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade regulação estatal. In: *Temas de direito regulatório*. GUERRA, Sérgio (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 206.

46 Art. 55, caput, da redação do PLC 53/18 conforme aprovada pelo Senado Federal.

47 Razões de veto parcial do PLC 53/18, Diário Oficial da União – Seção 1 – 15/8/2018, Página 80 (Veto), disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13709-14-agosto-2018-787077-veto-156214-pl.html>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

iniciativa do Presidente da República. Assim, no dia 27 de dezembro de 2018, a 4 dias do encerramento de seu mandato, o Presidente da República editou Medida Provisória⁴⁸ criando a ANPD, como um “órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República”, e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade.

Pela redação da Medida Provisória, a ANPD é dotada de autonomia técnica e tem atribuições como zelar pela proteção dos dados pessoais, editar normas e procedimentos sobre a matéria, requisitar a qualquer tempo informações a controladores e operadores de dados pessoais, fiscalizar e aplicar sanções, elaborar estudos, promover ações de cooperação com autoridades de dados estrangeiras, realizar consultas públicas, entre outras. Já o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade tem competência para propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para a atuação da ANPD, avaliar a execução de ações em matéria de proteção de dados, sugerir ações a serem realizadas pela ANPD, além de elaborar estudos e realizar debates e audiências públicas sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade.

Desse modo, a ANPD e o Conselho poderão desempenhar o papel tanto de conscientização dos membros da sociedade a respeito da importância dos dados pessoais e dos direitos a eles associados, bem como de efetivo monitoramento e fiscalização das atividades econômicas que envolvem o tratamento de dados, com vistas a assegurar o interesse público. Espera-se, ademais, que a ANPD busque regular mais pela consensualidade do que pela imperatividade, prestigiando a participação dos setores regulados e de representantes da sociedade civil em suas atividades⁴⁹.

48 Medida Provisória n. 869/2018, publicada no D.O.U. em 28 de dezembro de 2018.

49 Juliana Bonacorsi de Palma ensina: “Antes de uma exteriorização da participação administrativa ou afirmação da democratização na Administração Pública, a consensualidade consiste em uma técnica de gestão cujo instrumento de formalização corresponde ao *acordo administrativo*. Isso significa que o acordo administrativo consiste em um dos meios para satisfação das finalidades públicas que a Administração tem ao seu dispor, o que certamente reforça o caráter instrumental da atuação administrativa consensual, dado o enforque no fim de interesse público que a Administração deve perseguir” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 112).

Como ensina Patrícia Baptista, a consensualidade deve ser reconhecida como técnica da administração com condições de realizar o interesse público com maior eficiência e contribui para aumentar a transparência⁵⁰. Na mesma linha, Juliana Bonacorsi de Palma defende que “o acordo administrativo consiste em um dos meios para satisfação das finalidades públicas que a Administração tem ao seu dispor, o que certamente reforça o caráter instrumental da atuação administrativa consensual, dado o enfoque no fim de interesse público que a Administração deve perseguir”⁵¹.

Assim, acredita-se que um órgão regulador dotado de pessoal provido de capacidade técnica e *expertise* e, sobretudo, que consiga, com legitimidade e aceitação decorrentes de práticas transparentes e consensuais, disciplinar e fiscalizar as atividades de tratamento de dados, poderá desempenhar papel importante para fazer valer a previsão do art. 5º, XX, da Constituição Federal e os direitos previstos na LGPD⁵².

A justificativa apresentada no projeto de lei para a criação de uma autoridade nacional de proteção de dados é a assimetria de

50 “Algumas razões podem ser apontadas em favor do consenso como meio de desenvolvimento da atividade administrativa. A primeira é a constatação de que o interesse público tem condições de ser realizado com maior eficiência em um contexto de harmonia e, simultaneamente, com a satisfação de interesses privados. Como destaca Ernesto Damiani, a Administração Pública que se desenvolve sobre bases consensuais, ao contrário daquela que é vinculada à legalidade estrita, apresenta maior agilidade e adaptabilidade aos interesses que concorrem para a realização da ação administrativa.

A atividade consensual contribui, ainda, para aumentar a transparência das atividades administrativas. É preferível, por óbvio, que os interesses privados associados à Administração Pública sejam devidamente identificados em um acordo formal do que, como ocorrem por vezes, acertados em prévias negociações de bastidores e, depois, trazidos a público disfarçados de interesses da coletividade. Nessa perspectiva, o consenso se apresenta como instrumento moralizados e de imparcialidade da Administração Pública.” (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 182-183).

51 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 112

52 É importante ressaltar que a simples criação de um órgão regulador sem capacidade técnica, não traria a solução buscada. Entendemos que o órgão regulador deve ser criado e a sua capacidade técnica constantemente investigada. Nas palavras de André Cyrino: “É necessário investigar sobre a capacidade técnica das agências e órgãos reguladores. Há notícias que realmente tornam preocupante a atividade dos órgãos reguladores brasileiros, a qual, por vezes, se afasta desregradamente do ideal de profissionalização que as informa. Indicações de diretores de agência sem nenhuma, ou com pouca experiência nos setores regulados e a contratação de técnicos sem concurso público fazem parte do noticiário brasileiro, o que leva a questionar sobre a possibilidade empírica de que, no Brasil, promova-se a chamada virada institucional na teoria da interpretação da regulação da economia. É de se interrogar se os juízes brasileiros, diante de um quadro de desvirtuamento das finalidades técnicas das agências, não seriam melhores intérpretes da Constituição econômica, mesmo que tenham de considerar aspectos sistêmicos e pragmáticos. É muito importante haver estudos sobre tais perspectivas” (CYRINO, André. *Direito constitucional regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 293-294).

informação entre os usuários e os agentes de tratamento^{53,54}. A falta de informação e a necessidade de proteção dos usuários justificam a criação de um órgão técnico específico para este fim.

6. Conclusão

Como visto, 30 anos após a promulgação da Constituição, são grandes os desafios do Estado para dar concretude à proteção ao direito fundamental à privacidade. Diante do avanço do uso da internet e do exponencial crescimento de atividades econômicas baseadas no uso de informações pessoais dos cidadãos, o Brasil viu nascer em 2018 uma legislação específica voltada à proteção dos dados pessoais: a LGPD.

A nova lei tem como um de seus pilares o direito à autodeterminação informativa e confia na figura do consentimento como forma de garantir que os indivíduos possam ter controle sobre seus dados pessoais. Esta estratégia, contudo, parece problemática quando se leva em conta que as pessoas possuem racionalidade limitada e sofrem com assimetrias de informações por não saberem ou não conseguirem dimensionar os riscos a que estão expostas com a utilização de seus dados pessoais. O problema é ainda mais grave quando se verifica que o consentimento, muitas vezes, é exigido como condição para acesso a serviços de internet. Como visto com o escândalo envolvendo a *Cambridge Analytica* e o Facebook, o uso mal-intencionado de dados pessoais pode levar a consequências indesejadas, causando danos de caráter difuso.

Nesse contexto, se revela importante a presença de um órgão regulador, como a ANPD, que efetivamente supervisione e estabeleça regras claras sobre as atividades que envolvem tratamento de dados pessoais no país, criando condições para evitar a prática de atividades lesivas ao interesse público. A ANPD pode, por exemplo, balizar questões referentes à obtenção de consentimento,

53 Estudo de Veto n. 33/2018, disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7825273&ts=1545173536700&disposition=inline>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

54 O veto presidencial que excluiu a criação da agência de proteção de dados ocorreu exclusivamente por conta de vício de iniciativa: "Os dispositivos incorrem em inconstitucionalidade do processo legislativo, por afronta ao artigo 61, § 1º, II, 'e', cumulado com o artigo 37, XIX da Constituição" (Estudo de Veto n. 33/2018, disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7825273&ts=1545173536700&disposition=inline>>. Acesso em: 19 dez. 2018).

buscando garantir que os titulares de dados não sofram prejuízos caso recusem-se a consentir com determinado uso de seus dados, a exemplo de como se dá na Europa com a GDPR. Espera-se, ainda, que a regulação sobre tratamento de dados no Brasil observe boas práticas, devendo ser baseada em consenso, participação, transparência e expertise.

Por fim, como um dos problemas apresentados diz respeito ao consenso como exigência para utilização de plataformas *on-line*, é relevante definir melhor em Decreto os limites para a atuação das plataformas em caso de o usuário não consentir com a utilização de seus dados. Nesse passo, incluir norma semelhante à existente na GDPR seria de extrema importância para o nosso sistema jurídico, incluindo expressamente que não pode se caracterizar consentimento quando sua exigência é condicionada ao acesso à plataforma, ou seja, em caso em que o usuário seja incapaz de recusar ou retirar o seu consentimento sem prejuízo.

7. Referências

- ACQUISTI, Alessandro. GROSSKLAGS, Jens. Privacy and Rationality in Individual Decision Making. *IEEE Security & Privacy* (Volume: 3 , Issue: 1 , Jan.-Feb. 2005).
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.
- BIONI, Bruno Ricardo. De 2010 a 2018: a discussão brasileira sobre uma lei geral de proteção de dados pessoais. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/de-2010-a-2018-a-discussao-brasileira-sobre-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-02072018>>. Acesso em: 14 nov. 2018.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BOSTMAN, Rachel. *Who can you trust? How technology brought us together and why it might drive us apart*. New York: PublicAffairs, 2018.
- BRIGATTO, Gustavo. Facebook compartilhou com Cambridge Analytica 443 mil contas do Brasil. Notícia do *Valor Econômico* de 5 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/empresas/5432807/facebook-compartilhou-com-cambridge-analytica-443-mil-contas-do-brasil>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13/2017.
- CYRINO, André. *Direito constitucional regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico* 12/103. Joaçaba: Unoesc, 2011.
- FENGLER, Wolfgang. Big data and development: The second half of the chess board. In: *Africa Can End Poverty* (World Bank Blog) (Feb. 2013). Disponível em: <<http://blogs.worldbank.org/africacan/big-data-and-development-thesecond-half-of-the-chess-board>>. Acesso em: 17 nov. 2018.
- ISAAK, Jim; HANNA, Mina J. *User data privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and privacy protection*. Computer. Computer. IEEE Computer Society, Institute of Electrical and Electronics Engineers. Agosto/2018. Disponível em <<https://www.computer.org/csdl/mags/co/2018/08/mco2018080056.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2018.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, v. 50/2004.
- LAEBER, Márcio Rafael Silva. Proteção de dados pessoais: o direito à autodeterminação informativa. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 37/2007.
- LOHR, Steve. The Age of Big Data. 11 de fevereiro de 2011, *New York Times*, disponível em: <<https://www.nytimes.com/2012/02/12/sunday-review/big-datas-impact-in-the-world.html>>. Acesso em: 21 nov. 2011.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade regulação estatal. In: *Temas de direito regulatório*. GUERRA, Sérgio (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias. O direito à autodeterminação informativa na jurisprudência portuguesa: breve apontamento. *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 5, dezembro/2017.
- RAHMAN, K. Sabeel. *The new utilities: private power, social infrastructure, and the revival of the public utility concept*. 39 *Cardozo L. Rev.* 1621, 2018.
- SPENCER, Shaun B. Privacy and Predictive Analytics in *E-Commerce*, 49 *New Eng. L. Rev.* 629, 2015.

Matheus Meott Silvestre

**Estado administrativo nos
Estados Unidos e Brasil:
Um modelo construído pela
jurisprudência**

16

Estado administrativo nos Estados Unidos e Brasil: Um modelo construído pela jurisprudência

Matheus Meott Silvestre¹

Resumo

O Estado administrativo como construção teórica do século XX nos Estados Unidos desafia a compreensão clássica de separação de poderes defendida pelos Fundadores e esculpida no texto constitucional. O presente artigo analisa por quê e como o surgimento do estado administrativo modifica a compreensão da separação de poderes a partir de três pilares: a doutrina da não delegação, a impossibilidade de combinação de funções num só poder e o comprometimento com um executivo republicano. Analisa também, a partir de precedentes, como o Judiciário ajudou a construir o Estado administrativo através da deferência às suas decisões. Por fim, pergunta-se se o Brasil está tão distante da realidade dos Estados Unidos em relação às premissas do Estado administrativo.

Palavras-chave: Abnegação da lei. Estado administrativo. Legalidade.

Abstract

The administrative State as a theoretical construction of the twentieth century in the United States challenges the classical understanding of separation of powers championed by the Founders and sculpted in the constitutional text. This article analyzes why and how the emergence of the administrative state modifies the understanding of separation of powers from three pillars: the doctrine of non-delegation, the impossibility of combining functions in one power and commitment to a republican executive. It also analyzes, from precedents, how the Judiciary helped to build the administrative State through the deference to its decisions. Finally, the question is whether Brazil is so far removed from the reality of the United States in relation to the premises of the administrative State.

Keywords: Law's abnegation. Administrative state. Legality.

¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor substituto da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: meottms@gmail.com.

1. Introdução

O estado administrativo é um dos conceitos mais importantes do direito administrativo dos Estados Unidos no século XX. O modelo de administração descentralizada, com autonomia e respaldo do Legislativo é um modelo exportado mundialmente, sobretudo a partir da década de 1980 com esforços de entidades como Banco Mundial e OCDE.

Um consenso entre as maiores economias do mundo se construiu a partir da ideia do afastamento da política sobre as intervenções do Estado no domínio econômico. Muitas das medidas propostas e adotadas nesse contexto já haviam sido incorporadas no sistema americano ao longo do século XX, sobretudo a partir do *New Deal* na década de 1930 e a expansão do papel do Estado na vida dos cidadãos e na economia.

O presente artigo tem como objetivo analisar o estado administrativo dos Estados Unidos, o contexto de seu surgimento e o papel do Judiciário, através da Suprema Corte, na construção dos pilares fundamentais desse afastamento entre burocracia e política. A análise do estado administrativo tem como objetivo estabelecer três pontos fundamentais do conceito para então analisar o modelo brasileiro. São os três pontos fundamentais eleitos para o fim desse trabalho: (i) a separação relativa da burocracia técnica em relação ao Chefe do Poder Executivo (Presidente); (ii) o respeito do Judiciário aos procedimentos decisórios impostos às agências insculpidos na norma pelo Congresso; e (iii) deferência à interpretação da agência quando houver ambiguidade ou falta de clareza na norma.

Não se pretende aqui – nem se poderia pretender – aplicar a lógica do sistema estrangeiro à realidade brasileira. O que se pretende, na realidade, é, a partir dos pontos fundamentais eleitos, testar a aderência do Brasil ao conceito, eventuais problemas e potenciais soluções que podem ser encontradas ao aplicar essa ideia à realidade nacional. Nesse sentido, tenta-se sempre trazer exemplos concretos para ilustrar o problema.

O Brasil ensaiou uma expansão do modelo administrativo descentralizado a partir da reforma do Estado na década de 1990

com a criação de agências reguladoras e um reposicionamento das funções do Estado, outrora empresário e então regulador das atividades econômicas. Surgida a necessidade da separação entre burocracia técnica e política, nas normas de criação das agências lhe foram garantidos mecanismos para concretizar tal objetivo.

Indaga-se, então: é possível extrair da experiência americana possíveis soluções para problemas semelhantes que surgem da experiência de estado administrativo no Brasil?

Para cumprir seu objetivo, o artigo se divide em três capítulos: no primeiro, aborda o estado administrativo e como ele flexibiliza o conceito de separação de poderes da tradição constitucional dos Estados Unidos, a partir da ideia de abnegação da lei proposto por Vermeule; no segundo capítulo, analisa-se uma série de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos para se definir os pontos fundamentais do estado administrativo, familiarizando o leitor com os principais casos de direito administrativo americano; por fim, o artigo traz os pontos fundamentais para a realidade brasileira, analisando a realidade das agências reguladoras em relação ao paradigma do estado administrativo.

2. O estado administrativo nos Estados Unidos: flexibilização da tradição da separação dos poderes

“O último e maior triunfo do legalismo foi que o direito depôs a si mesmo”². O argumento para essa afirmação, segundo Vermeule, é de que os juízes preservaram o poder de dizer o que a lei é; e o que a lei manda é que os juízes sejam deferentes às agências. Os juízes retêm o poder de decidir sobre normas claras e políticas que fogem dos limites da lei, mas o poder de dizer o que é a lei foi voluntariamente cedido por eles.

Com o passar do tempo, há um aprofundamento dessa deferência, porque as cortes que começam a deferir passam a desenvolver princípios que defendem a deferência em muitas áreas e esses princípios se tornam parte do arcabouço jurídico, aumentando ainda

2 VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 2.

mais a deferência. O resultado, segundo Vermeule é que “a abnegação se torna não uma negação do direito, mas a consequência lógica dos próprios compromissos internos do direito”³.

Vermeule chama atenção para a impossibilidade de se cometer o mesmo erro que Dworkin ao interpretar o direito, ignorando o papel do estado administrativo, ou vê-lo apenas de maneira caricatural em que o legislador escolhe a política, enquanto agências implementam comandos políticos num nível técnico por meio de métodos utilitaristas e que o Poder Judiciário é o ‘fórum de princípios’⁴. Trata-se de um purismo no qual as cortes decidem somente por princípios e as agências aplicam somente através de juízos consequencialistas.

Há alguns problemas nessa visão: o utilitarismo usado pelas agências é também um princípio; as cortes devem considerar as consequências de suas decisões; as agências ao interpretar as leis devem necessariamente escolher quais princípios honrar e estabelecer *trade-offs* entre princípios conflitantes. Assim, as agências são tanto ‘fóruns de princípios’ quanto as cortes judiciais, pois fazem juízos de valor e não só de consequências⁵.

Vermeule critica diretamente a ideia de Dworkin, mas a origem da interpretação de funções claras e determinadas para cada Poder vem da longa tradição do surgimento dos Estados Unidos e seus Pais Fundadores. Segundo Ronald Pestritto, o estado administrativo⁶ flexibiliza o conceito de *rule of law* e da separação de poderes desenvolvido pelos Fundadores em seus princípios fundamentais.

O primeiro ponto da *rule of law* apontado por Pestritto é o do consentimento do governado: como as normas são feitas previamente e se aplicam a um espectro amplo de situações que possam

3 *Ibidem*, p. 3.

4 *Ibidem*, p. 4.

5 VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 6.

6 O termo “estado administrativo” aparece originalmente no trabalho de Dwight Waldo *The Administrative State* de 1948. Refere-se originalmente ao estudo da burocracia ou de agências administrativas que constituem o cerne da função administrativa de um governo num sistema democrático. Entretanto, o termo tem ganhado novo significado para descrever os desenvolvimentos crescentes do governo nas várias facetas da vida. Cf. CRITCHLOW, Donald T.; VANDERMEER, Philip R. (eds.). *The Oxford Encyclopedia of American Political & Legal History*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 11-14.

surgir no futuro, os governados têm a oportunidade de consentir por meio da deliberação e voto de seus representantes. Segundo esse princípio, não existiriam decisões *ad hoc*, que consideram somente o caso concreto e são aplicadas retroativamente, não oferecendo a oportunidade de o cidadão consentir. O segundo ponto é o de que a *rule of law* dificulta que o governo favoreça ou prejudique determinados indivíduos, privilegiando a proteção igual dos direitos dos cidadãos, que é a base de todo governo legítimo⁷.

Como instrumento de garantia da *rule of law*, os Fundadores criaram mecanismos institucionais, como a separação de poderes, que é resumida por Pestritto em três princípios. O primeiro princípio é o da não delegação (*non-delegation*), em que um Poder do Estado não pode permitir que outro exerça substancialmente suas funções. O segundo é corolário do primeiro; não pode haver uma combinação de funções num único Poder. O terceiro princípio é o da responsabilidade da administração com um executivo republicano, permanecendo completamente popular, porque aqueles que executam respondem diretamente ao Presidente, que é eleito⁸.

O estado administrativo rompe com essa tradição dos Fundadores ao flexibilizar os três mencionados princípios da separação de poderes. O surgimento do estado administrativo é atribuído ao *New Deal* do Presidente Franklin Roosevelt (32º Presidente dos Estados Unidos de 1933 a 1945), que aumentou a burocracia e lhe garantiu maior autoridade. As agências que comportam essa burocracia, apesar de estarem vinculadas ao Poder Executivo, transcendem os limites tradicionais do poder executivo e o exercício desses poderes é realizado de maneira relativamente independente do controle presidencial e completamente independente do controle político⁹.

Esse surgimento de uma burocracia crescente e independente se insere no contexto do *New Deal* dada a força que as ideias Progressistas, que surgiram na geração anterior, ganharam com

7 PESTRITTO, Ronald J. The Birth of the Administrative State: Where It Came From and What It Means for Limited Government. In: *First Principles Series*, n. 16. Washington: The Heritage Foundation, 2007, p. 3.

8 *Ibidem*, p. 3-4.

9 *Ibidem*, p. 1.

a visão de que o Estado deveria ser responsável por mais tarefas para a superação da crise econômica. Como o surgimento dessa burocracia independente altera o curso da história americana pode ser exemplificado pelo caso da *C.T. Chenery Corporation* no início dos anos de 1940.

Com a aprovação em 1935 do *Public Utility Holding Act* pelo Congresso, exigiu-se que as holdings de empresas de utilidades públicas reorganizassem suas estruturas corporativas e que a recém-criada *Securities and Exchange Commission* (SEC) fiscalizasse e aprovasse os planos de reorganização. A lei não previa nenhum parâmetro para a atuação da Comissão. Quando a *Federal Water Service Corporation* foi se reorganizar, sua administradora, a *C. T. Chenery Corporation* não tinha como saber o que deveria ser feito para se manter no controle da companhia.

Eventualmente ficou claro que a SEC permitiria que acionistas preferenciais convertessem suas ações da antiga companhia em ações da nova companhia reorganizada, e a *Chenery* comprou uma grande quantidade de ações preferenciais no mercado. A posterior aprovação do plano pela SEC realmente permitiu que acionistas preferenciais convertessem suas ações, mas excluiu nominalmente a *Chenery*.

A razão pela qual a SEC excluiu a *Chenery* foi que a agência decidiu que não era permitido que uma companhia administradora comprasse ações durante a reorganização. Essa proibição não estava expressa em nenhuma lei, norma ou regulação quando a *Chenery* realizou a compra. Tampouco a aplicação do entendimento era feita para outras empresas além dela. O entendimento não foi aplicado novamente pela SEC. A Comissão criou um parâmetro na ocasião e aplicou retroativamente ao caso para essa companhia em específico¹⁰.

A *Chenery Corporation* ajuizou o caso na justiça federal diante da clara violação da *rule of law*. A Comissão contestou que o Judiciário deveria dar deferência à expertise da agência e permitir

10 PESTRITTO, Ronald J. The Birth of the Administrative State: Where It Came From and What It Means for Limited Government. In: *First Principles Series*, n. 16. Washington: The Heritage Foundation, 2007, p. 2.

que ela exercesse o julgamento caso a caso. Em 1943, a Suprema Corte não concordou com os argumentos da SEC, julgando em favor da autora. Entretanto, em 1947 a Comissão encontrou uma Suprema Corte mais propensa aos seus argumentos, conseguindo uma decisão favorável com o entendimento de que qualquer requisito rígido para que as agências agissem de acordo com regras preestabelecidas faria com que o processo administrativo se tornasse inflexível e incapaz de lidar com os problemas complexos que surgem¹¹. Assim decidiu a Suprema Corte no caso:

The function of filling in the interstices of the Act should be performed, as much as possible, through this quasi-legislative promulgation of rules to be applied in the future. But any rigid requirement to that effect would make the administrative process inflexible and incapable of dealing with many of the specialized problems which arise. [...] Not every principle essential to the effective administration of a statute can or should be cast immediately into the mold of a general rule. Some principles must await their own development, while others must be adjusted to meet particular, unforeseeable situations. **In performing its important functions in these respects, therefore, an administrative agency must be equipped to act either by general rule or by individual order.** To insist upon one form of action to the exclusion of the other is to exalt form over necessity¹². (grifo não presente no original)

A mudança de entendimento na Corte, entretanto, não foi unânime. O *Justice* Robert H. Jackson em voto dissidente afirmou que se o posicionamento da maioria se tornasse um princípio, na prática a maioria das decisões administrativas estariam acima da lei¹³.

11 PESTRITTO, Ronald J. The Birth of the Administrative State: Where It Came From and What It Means for Limited Government. In: *First Principles Series*, n. 16. Washington: The Heritage Foundation, 2007, p. 2-3.

12 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Securities and Exchange Commission v. Chenery*, 1947.

13 *Idem*.

A flexibilização *rule of law*, pelo que Ronald Pestritto chama de liberalismo progressista, envolve a delegação da produção de normas ou regulações do Congresso para um aparato administrativo que seria mais capaz de lidar com os problemas de uma economia moderna e complexa por conta de sua expertise e sua habilidade de se especializar¹⁴.

Para tanto, foi necessário superar a doutrina da não delegação e a adoção de uma combinação de funções. A regulação é para ser baseada na expertise – neutra e objetiva – e para tanto os administradores devem ser livres de influência política. Para insular as agências, entretanto, foi necessário se afastar da tradição constitucional de que todo Poder Executivo responde ao Presidente eleito.

Embora o surgimento do estado administrativo seja atribuído ao período do *New Deal*, suas premissas já eram desenvolvidas anteriormente. O democrata Woodrow Wilson (28º Presidente dos Estados Unidos de 1913 a 1921) defendia a ideia de uma burocracia isolada das paixões partidárias na sua carreira acadêmica anterior à presidência. Na campanha presidencial em 1912 defendia que o constitucionalismo do velho liberalismo – rígido, mecânico e ‘newtoniano’ – fosse substituído por uma perspectiva ‘darwinista’ em que a Constituição é orgânica e capaz de se adaptar às mudanças de realidade¹⁵.

O resultado dessa capacidade de se adaptar seria uma burocracia organizada por princípios empresariais que lidaria com temas fora da política e para isso seria necessária elasticidade administrativa. Uma burocracia que não pode ser destituída sem justificativa pelo Presidente, é capaz de alargar suas competências e decidir a partir de delegações genéricas dadas pelo Legislativo. As bases teóricas do estado administrativo foram plantadas e os frutos colhidos duas décadas depois quando as condições econômicas e políticas permitiram um alargamento das funções do Estado.

14 PESTRITTO, Ronald J. *The Birth of the Administrative State: Where It Came From and What It Means for Limited Government*. In: *First Principles Series*, n. 16. Washington: The Heritage Foundation, 2007, p. 5.

15 WILSON, Woodrow. *The New Freedom: A Call for the Emancipation of the Generous Energies of a People*. New York: Doubleday, Page & Company, 1913, p. 10.

A partir de então a administração dos Estados Unidos tem se caracterizado pela separação da administração e política através da delegação de funções normativas, combinação de funções nas agências (executiva, legislativa e judiciária) e controle presidencial limitado^{16,17}.

Mais do que o simples afastamento da política, corporificado pelos agentes públicos eleitos e sujeitos às paixões partidárias e eleitorais, a compreensão de que a administração age através de princípios neutros e guiada pela expertise culminou também no afastamento do Judiciário, criando-se uma ampla jurisprudência de deferência judicial à administração, que Vermeule chamou de abnegação da lei.

3. Expertise e flexibilidade: a deferência judicial construída pela Suprema Corte

O estado administrativo é muitas vezes vinculado à doutrina *Chevron* que estabelece clara deferência do Judiciário às decisões das agências administrativas. Apesar disso, muitos outros casos da Suprema Corte ajudaram a consolidar esse afastamento dos juízes das questões administrativas. O presente capítulo pretende abordar resumidamente algumas decisões que ao longo das décadas possibilitaram a relativa independência das agências em relação ao controle judicial.

O primeiro caso abordado foi o *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp* em que a Suprema Corte entendeu ser possível a criação de normas *ad hoc* em virtude da expertise da agência para lidar com situações complexas.

Ainda em 1935, a Suprema Corte julgou o caso *Humphrey's Executor v. United States* que entendeu que o Presidente não pode

16 PESTRITTO, Ronald J. The Birth of the Administrative State: Where It Came From and What It Means for Limited Government. In: *First Principles Series*, n. 16. Washington: The Heritage Foundation, 2007, p. 13-15.

17 O surgimento do estado administrativo como se conhece não foi, nem é, imune a críticas e resistências. Veja-se, por exemplo, a incisiva crítica constitucional de Gary Lawson que entende ser o estado administrativo um risco à própria existência de um discurso constitucional nos Estados Unidos. Para o autor, a administração pós-*New Deal* é a morte do governo limitado, a morte da doutrina da não delegação, a morte do Executivo unitário e a morte do Judiciário independente - em suma, o fim da separação de poderes inconciliável com o texto da Constituição e suas emendas. Cf. LAWSON, Gary. The Rise and Rise of the Administrative State. In: *Harvard Law Review*, vol. 107, n. 6, abril de 1994, p. 1231-1254.

remover um indicado para uma agência reguladora independente exceto pelas razões que o Congresso estabeleceu em lei. No caso, Roosevelt insatisfeito com os posicionamentos de William Humphrey, membro da *Federal Trade Commission* (FTC) com mandato até 1938, demitiu o funcionário antes do final de seu mandato em 1933. Entretanto, a norma de criação da Comissão permitia a demissão apenas por ineficiência, negligência ou conduta ilegal e as razões do Presidente eram puramente políticas¹⁸.

Na ocasião do julgamento, a Suprema Corte por unanimidade entendeu haver diferenças entre servidores administrativos e servidores “quase-legislativos” e “quase-judiciais”. Os últimos poderiam ser demitidos somente pelas condições estabelecidas pelo Congresso, os primeiros, por servirem ao Presidente, podem ser demitidos pela sua conveniência. No entendimento da Corte, a FTC seria “quase-legislativa” por conta dos poderes que detinha¹⁹.

O *Justice Sutherland*, redigindo o voto pela Corte, entendeu que o mandato garantido pelo Congresso no ato de criação da Comissão tem motivação tanto no desenvolvimento da experiência dos comissários ao longo do tempo, bem como a liberdade de decidir conforme sua expertise e não por força de deferência à autoridade do chefe do Poder Executivo. Por essas razões, não é possível que o Chefe do Poder Executivo demita por conveniência um comissário, ignorando as razões que o Congresso teve para lhe oferecer garantias:

Thus, the language of the act, the legislative reports, and the general purposes of the legislation as reflected by the debates all combine to demonstrate **the Congressional intent to create a body of experts who shall gain experience by length of service – a body which shall be independent of executive authority except in its selection, and free to exercise**

18 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Humphrey's Executor v. United States*, 1935.

19 Assim constou na ementa do caso: “When Congress provides for the appointment of officers whose functions, like those of the Federal Trade Commissioners, are of Legislative and judicial quality, rather than executive, and limits the grounds upon which they may be removed from office, the President has no constitutional power to remove them for reasons other than those so specified”. Cf. ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Humphrey's Executor v. United States*, 1935.

its judgment without the leave or hindrance of any other official or any department of the government.

To the accomplishment of these purposes it is clear that Congress was of opinion that length and certainty of tenure would vitally contribute. And to hold that, nevertheless, the members of the commission continue in office at the mere will of the President might be to thwart, in large measure, the very ends which Congress sought to realize by definitely fixing the term of office²⁰. (grifo não presente no original)

Em 1978, a Suprema Corte julgou o caso *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* em que entendeu que a Corte não pode impor às agências procedimentos para produção de normas e decisões regulatórias. No caso, a empresa *Vermont Yankee* desejava construir e operar uma usina nuclear, sendo necessárias duas licenças distintas, uma para construir e outra para operar a serem concedidas pela *Atomic Energy Commission*.

Em dezembro de 1967, foi concedida a licença para construção e a empresa deu entrada no pedido da licença de operação, havendo objeção da organização não governamental de proteção ao meio ambiente *Natural Resources Defense Council* (NRDC). Em 1971, começaram as audiências para análise do pedido de licença de operação sem a consideração dos efeitos da operação para o descarte do material e outras questões ambientais, aprovando a licença de operação da *Vermont Yankee*, procedimento confirmado pelo Conselho de Apelação.

Em novembro de 1972, a Comissão instituiu um processo de produção normativa para regulamentar a consideração dos efeitos ambientais associados ao ciclo do urânio fazendo referência expressa ao processo da *Vermont Yankee* e à decisão do Conselho de Apelação. Foram feitas duas propostas, a primeira não consideraria avaliações quantitativas dos riscos ambientais do ciclo de reprocessamento ou descarte do urânio porque foram considerados insignificantes e a segunda consideraria valores numéricos de

20 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Humphrey's Executor v. United States*, 1935.

impactos ambientais do ciclo mencionado que seriam compilados numa tabela com outros fatores relevantes para se determinar o custo-benefício da concessão da licença de operação.

No processo de avaliação das propostas, foram realizadas extensas audiências públicas com prazos para manifestação e complementação de representantes dos mais variados interesses na questão e, ao final, decidiu-se pela adoção da segunda proposta por se considerar que oferecia uma boa base de dados para orientar a decisão da Comissão. Em relação ao caso da *Vermont Yankee*, entendeu-se não ser necessário reavaliá-lo porque os riscos ambientais envolvidos no novo procedimento eram baixos, não havendo necessidade de emendas ao processo. A NRDC, insatisfeita com o resultado, ajuizou ambas as questões – o procedimento adotado e a manutenção da licença de operação da *Vermont Yankee* – na Corte de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia.

A Corte de Apelações em relação à licença entendeu que, não havendo procedimentos específicos, a Comissão deveria lidar com o impacto ambiental. Ao analisar o procedimento em si, apesar de a Comissão ter aplicado todos os procedimentos exigidos por lei, a Corte entendeu-os inadequados e invalidou o processo. Consequentemente, a decisão sobre a licença da *Vermont Yankee* foi remetida à Comissão para procedimentos adicionais.

Na Suprema Corte, entendeu-se que a Corte de Apelações considerou os procedimentos inadequados e, portanto, inválidos. Entretanto, a Corte de Apelações não indicou quais procedimentos não foram seguidos, criando uma nova exigência não prevista em lei pelo Congresso, seja no *Administrative Procedure Act* ou nas leis específicas da *Atomic Energy Commission*. A Suprema Corte entendeu que tal exigência feita pelo Judiciário seria uma intervenção indevida no processo criado pelo Congresso, uma interpretação equivocada do papel da *judicial review*. Assim consta do voto do *Justice Rehnquist*:

Finally, and perhaps most importantly, this sort of review fundamentally misconceives the nature of the standard for judicial review of an agency rule. The court below uncritically assumed that

additional procedures will automatically result in a more adequate record because it will give interested parties more of an opportunity to participate in and contribute to the proceedings. But informal rulemaking need not be based solely on the transcript of a hearing held before an agency. Indeed, the agency need not even hold a formal hearing. See 5 U.S.C. 553 (c) (1976 ed.). Thus, the adequacy of the “record” in this type of proceeding is not correlated directly to the type of procedural devices employed, but rather turns on whether the agency has followed the statutory mandate of the Administrative Procedure Act or other relevant statutes. If the agency is compelled to support [435 U.S. 519, 548] the rule which it ultimately adopts with the type of record produced only after a full adjudicatory hearing, it simply will have no choice but to conduct a full adjudicatory hearing prior to promulgating every rule. In sum, this sort of unwarranted judicial examination of perceived procedural shortcomings of a rulemaking proceeding can do nothing but seriously interfere with that process prescribed by Congress²¹.

A decisão é categórica ao afirmar que não cabe ao Judiciário criar procedimentos, pois os requisitos máximos já foram estabelecidos pelo Congresso. As agências, por sua vez, podem estabelecer procedimentos adicionais baseados em sua experiência e conhecimento técnico, mas às Cortes cabe apenas o controle e a observância daqueles procedimentos previstos em lei.

Em 1984, a Suprema Corte julgou um dos casos mais conhecidos de sua história e certamente um dos mais citados quando se estuda o estado administrativo. Em *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council* a Corte estabeleceu os parâmetros para se garantir deferência do Judiciário às interpretações que as agências realizam das normas que administram. Em 1977, o Congresso modificou o *Clean Air Act* a respeito dos estados que não

21 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*, 1978.

obtiveram o resultado desejado de acordo com os parâmetros estabelecidos pela *Environmental Protection Agency* (EPA). Em 1981, o comando da Agência mudou e foi estabelecido um novo parâmetro para o cumprimento das exigências previstas na lei, mais benéfico às indústrias.

A *Natural Resources Defense Council* contestou o novo posicionamento da EPA na justiça federal, obtendo resultado favorável. Posteriormente, a *Chevron*, empresa prejudicada pela decisão da justiça, recorreu da decisão. A Suprema Corte entendeu que a Corte de Apelações errou ao adotar uma definição estática do conceito de *stationary source*, conceito genérico utilizado pelo Congresso na lei e cuja interpretação foi alterada pela EPA.

Segundo a Suprema Corte, o judiciário, ao analisar a construção interpretativa de uma agência sobre o significado de uma norma que administra, deve considerar duas questões: primeiro, se o Congresso definiu diretamente a questão; se o Congresso foi claro, é o fim do problema para a Corte e para a agência, devendo respeitar a intenção inequívoca do Congresso. Caso não haja um posicionamento inequívoco do Congresso, a segunda questão a ser feita é a se a construção da agência se baseia numa interpretação possível da norma. Essa duas questões ficaram conhecidas como o *Chevron two-step test*.

Se o Congresso deixou explicitamente um espaço a ser preenchido pela agência, houve uma delegação expressa de autoridade para a agência elucidar. Entretanto, há hipóteses em que há uma delegação implícita e o Judiciário não pode substituir a construção razoável do administrador pela sua.

Ao analisar o conteúdo da norma e a intenção do Congresso, a Suprema Corte concluiu que a linguagem usada poderia resultar em diferentes interpretações legítimas. Entendeu-se que o uso dos termos pelo Congresso teve o objetivo de alargar o escopo de atuação da agência para regular e dar efetividade às políticas da norma.

In these cases, the Administrator's interpretation represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests, and is entitled to deference: the regulatory scheme is technical and

complex, the agency considered the matter in a detailed and reasoned fashion, and the decision involves reconciling conflicting policies. Congress intended to accommodate both interests, but did not do so itself on the level of specificity presented by these cases. Perhaps that body consciously desired the Administrator to strike the balance at this level, thinking that those with great expertise and charged with responsibility for administering the provision would be in a better position to do so; perhaps it simply did not consider the question at this level; and perhaps Congress was unable to forge a coalition on either side of the question, and those on each side decided to take their chances with the scheme devised by the agency. For judicial purposes, it matters not which of these things occurred²².

O julgamento também deixa claro que os juízes não são especialistas na área em questão e não são parte de nenhum dos dois ramos políticos do Governo²³. Cortes devem conciliar interesses políticos conflitantes, mas não baseados em preferências políticas dos julgadores. Embora as agências também não respondam diretamente ao povo, ao respeitarem os limites da delegação do Congresso e por estarem ligadas ao Chefe do Executivo – legítima autoridade para fazer escolhas políticas – podem resolver conflitos de interesse que o legislativo não previu ou não quis fazê-lo explicitamente na norma.

Em 2013, a Suprema Corte teve mais uma oportunidade de confirmar categoricamente o entendimento de *Chevron*. Em *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*. No caso em questão, o licenciamento de zonas de construção de torres de telecomunicações era demorado por parte dos governos locais e estaduais. Diante do cenário, o Congresso apresentou uma emenda ao *Communications Act* de 1934 obrigando os governos

22 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 1984.

23 A interpretação de que o Judiciário deve deferências às escolhas das agências por conta de seu conhecimento especializado foi chamado de capacidades institucionais. Cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 156. Chicago: The University of Chicago, 2002.

locais e estaduais a responderem aos requerimentos em “tempo razoável”. Em 2008, a FCC foi peticionada pela indústria a interpretar a norma sobre o tempo razoável, criando prazos concretos para a análise dos governos locais e estaduais.

Insatisfeitos com a medida, alguns governos locais (incluindo a cidade de Arlington, Texas que dá nome à ação) ajuizaram a questão alegando que não cabe à Comissão interpretar sua própria competência na lei que administra. Alegam os autores que, segundo o julgamento de *Chevron*, o Judiciário deve dar deferência à interpretação da agência sobre questões concretas, mas não em situações em que a agência define sua própria competência.

A Corte de Apelação do Quinto Circuito decidiu em favor da Comissão e o caso chegou à Suprema Corte pelo recurso dos governos locais. A Suprema Corte numa decisão de 6-3 decidiu que o entendimento de *Chevron* se estende também às situações em que a própria competência da agência não está clara na norma, não sendo possível, portanto, determinar a intenção do Congresso.

O julgamento do caso, apesar de se alinhar à posição deferente, teve um placar dividido que demonstra uma insatisfação com o posicionamento. Cinco juízes votaram pela aplicação de *Chevron*, o *justice* Breyer ofereceu um voto concorrente em que concorda com a conclusão mas apresenta outros fundamentos, deixando claro em seu posicionamento que não entende haver delegação do Congresso apenas porque não se pode determinar a intenção do mesmo na lei. Três juízes apresentaram posição divergente. Ressalta-se o fato de que o *justice* Scalia, redator do voto da maioria, não compõe mais a Corte, tendo sido substituído por Neil Gorsuch. O *justice* Kennedy que acompanhou o voto dissidente também não compõe mais a Corte, tendo sido substituído por Brett Kavanaugh. Ambos foram indicados pelo Presidente Donald Trump (45º presidente 2017-atual) ferrenho crítico da burocracia, apontando-se assim para uma gradual mudança de entendimento.

Muitos outros casos da Suprema Corte dos Estados Unidos poderiam ser citados para demonstrar a construção paulatina do Estado administrativo, isto é, um posicionamento crescente de deferência à estrutura burocrática técnica da administração

pública e os poderes a ela delegados pelo Congresso, com um resultante afastamento da ingerência tanto do Judiciário como do Chefe do Poder Executivo.

Dos casos trabalhados, extraímos três pontos fundamentais da jurisprudência dos Estados Unidos para, posteriormente, analisar comparativamente ao Brasil: (i) a separação relativa da burocracia técnica em relação ao Chefe do Poder Executivo (Presidente); (ii) o respeito do Judiciário aos procedimentos decisórios impostos às agências insculpidos na norma pelo Congresso; e (iii) deferência à interpretação da agência quando houver ambiguidade ou falta de clareza na norma (doutrina *Chevron*).

A narrativa, entretanto, não é tão linear quanto a abordagem de casos pode fazer crer. Há pontos de resistência na história, como por exemplo o julgamento de *Food and Drug Administration v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* em 2000, em que a Suprema Corte julgou a favor da indústria e contra a agência ao entender que o *Food, Drug, and Cosmetic Act* não dava competência à FDA para regular produtos derivados de tabaco como drogas. O entendimento é de que quando o Congresso paulatinamente nega competência à agência e cria um sistema de regulação fora do controle da agência, não foi dada a ela a competência na matéria em questão.

Outro ponto de resistência é a tentativa de aprovação no Congresso do *Regulatory Accountability Act* que modifica as regras do processo decisório das agências constante no *Administrative Procedure Act* bem como expressamente acaba com a doutrina *Chevron* permitindo a decisão do Judiciário, no ponto sugestivamente chamado de *Separation of Powers Restoration Act*. O projeto já foi aprovado na câmara baixa e aguarda decisão do Senado.

4. Brasil: (ainda) muito longe de um estado administrativo

O modelo de administração pública brasileiro é um amalgamado de influências estrangeiras e adaptações nacionais. Pode-se citar as influências da França, Alemanha e Estados Unidos. Como mencionado, a principal característica do direito administrativo americano no último século – e que continua firme nas

duas primeiras décadas do século atual – é o estado administrativo, resposta concreta às necessidades de um Estado cada vez mais presente, interventor e responsável por questões dinâmicas e complexas. Como visto anteriormente, a descentralização da administração nos Estados Unidos e sua construção pela via jurisprudencial teve dois objetivos: isolamento das flutuações políticas e flexibilidade para adaptação às novas demandas.

Não se ignora, para uma reflexão que olha dois países, que a realidade da administração brasileira sugere um nível de descentralização menor. Aqui ainda se faz administração de maneira mais centralizada do que nos Estados Unidos e a figura do Presidente – e dos chefes do Poder Executivo em geral – ainda é muito forte em termos de elaboração de políticas e de legitimidade para efetivar escolhas políticas. Entretanto, a partir da década de 1990, inserido num contexto global que ganha força ainda na década anterior, o Brasil começa a descentralizar de maneira mais incisiva sua administração e, nesse sentido, as agências reguladoras são o retrato mais próximo do que se tem a oferecer em termos de estado administrativo²⁴.

No Brasil, as agências reguladoras foram criadas em âmbito federal a partir de 1996 com o objetivo de desburocratizar a tomada de decisões econômicas relevantes e se adequar ao novo paradigma de intervenção do Estado no domínio econômico: a regra deixa de ser a participação direta por meio da atividade empresarial e passa a ser a de regulação da atividade privada, privilegiando a livre iniciativa enquanto resguarda o interesse público.

Apesar das mudanças constitucionais pontuais para acomodar a nova lógica – as Emendas Constitucionais que acabaram com os monopólios nas telecomunicações e de petróleo que previram a criação de agências reguladoras para esses setores – pouco se desenvolveu no âmbito constitucional para responder de maneira clara o que deveriam ser essas entidades reguladoras e qual a extensão de suas atribuições. Coube então ao plano legal a definição dessas atribuições e o estabelecimento do conceito do que são agências reguladoras: autarquias com autonomia reforçada, isto é,

²⁴ Cabe esclarecer que aqui se menciona a descentralização de atividades tipicamente estatais, não se ignorando que a criação de empresas estatais, característica marcante do Estado brasileiro ao longo de todo século XX também é uma forma de descentralização.

entidades que se enquadram no arcabouço do Decreto-Lei n. 200 de 1967 enquanto buscam inovar ao garantir autonomia administrativa e financeira, bem como poder normativo.

O modelo brasileiro de agências reguladoras se inspirou no modelo de descentralização dos Estados Unidos e seu estado administrativo. Tal inspiração se reflete no Brasil em diversas opções institucionais que visam garantir o binômio isolamento-flexibilidade das novas estruturas decisórias criadas, mas também deixa em aberto muitas das mesmas questões que tiveram que ser respondidas na via jurisprudencial nos Estados Unidos. Essas questões foram ou estão sendo enfrentadas também pelo Supremo Tribunal Federal e apresentam forte paralelo com a jurisprudência americana.

A seguir, apresenta-se brevemente as escolhas institucionais realizadas no ordenamento brasileiro e os pontos de esgarçamento do modelo que desafiaram e ainda desafiam a concepção tradicional de administração pública no Brasil, a saber: (i) a impossibilidade de livre demissão dos dirigentes das agências; (ii) ampliação do poder normativo de estrutura do Poder Executivo e a deferência judicial às decisões das agências; e (iii) a possibilidade de contínua interpretação das próprias competências pelas agências.

Fruto do fenômeno da descentralização, as competências das autarquias eram originalmente de titularidade da pessoa política, passadas de maneira específica por meio de lei para a autarquia. A lei, contudo, pode garantir maior autonomia ao passar competências privativas às autarquias, sem possibilidade de interferência da Administração direta, bem como menor autonomia ao permitir a possibilidade de revisão das decisões pela administração central. A autonomia também varia com relação aos recursos financeiros da autarquia, podendo haver a instituição de tributo em prol da atividade da mesma ou a completa dependência de transferência de recursos do ente ao qual ela está vinculada²⁵.

Quando se fala em agências reguladoras, entretanto, fala-se de autarquias *especiais* e o que difere as autarquias especiais do

25 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 124.

regime padrão é que elas possuem maior autonomia em relação à Administração direta, como a estabilidade de seus dirigentes e as suas decisões possuírem caráter final em âmbito administrativo, não sendo passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. Enquadram-se na categoria de *especiais* entidades como as Universidades públicas²⁶, as agências executivas e as agências reguladoras. O maior grau de autonomia não advém da expressão autarquia especial, mas sim de um regime jurídico objetivo conferido pela lei, criando situações em que a lei se refere à autarquia como especial sem que o seja²⁷.

Para Gustavo Binenbojm, o regime diferenciado das agências reguladoras – o que as torna *especiais* – é caracterizado pela autonomia reforçada e a concentração de funções públicas. A primeira característica engloba a independência política dos dirigentes, a independência técnica decisional, a independência normativa e a independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada²⁸. Em relação à segunda característica, as agências exercem atividades tipicamente administrativas, decorrentes do poder de polícia que lhes incumbe, bem como atividade arbitral – “quase-jurisdicional” – sendo competentes para dirimir controvérsias por meio de contencioso administrativo normal²⁹.

A independência política dos dirigentes diz respeito à nomeação por indicação do chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, com termo fixo e estabilidade durante o mandato, sem que possa ser exonerado *ad nutum* pelo Presidente; a independência técnica decisional determina que predominem as motivações técnicas sem que se sujeite a recurso hierárquico im-

26 A primeira aparição da expressão autarquia especial foi na Lei n. 5540/68, em seu artigo 4º: “As universidades e os estabelecimentos de ensino superior isolados constituir-se-ão, quando oficiais, em autarquias de regime especial ou em fundações de direito público e, quando particulares, sob a forma de fundações ou associações”.

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 117.

28 Não se ignora que tais previsões apresentaram problemas quando testadas na vida real. O texto trata de como a literatura interpretou o potencial das agências reguladoras a partir de suas leis criadoras. Entretanto, há literatura que demonstra as limitações da independência política dos dirigentes e da independência financeira.

29 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 252-258.

próprio³⁰ – as decisões das agências são finais na seara administrativa – gerando impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios ou pelo Presidente da República, no caso de agências federais; a independência normativa diz respeito à necessária disciplina dos serviços públicos submetidos ao controle da agência; a independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada diz respeito às rubricas orçamentárias próprias de receitas atribuídas pela lei às agências ressaltando-se as taxas de fiscalização de atividades econômicas e as taxas regulatórias que lhes são permitida a cobrança, bem como participação em contratos e convênios³¹.

As atividades exercidas pelas agências reguladoras são também outra importante característica que as distancia das autarquias comuns, chegando “a desafiar algumas formulações mais tradicionais da separação dos poderes”³². As agências, parte da Administração, ainda que indireta, exercem funções outrora identificadas com os outros poderes. O fenômeno da deslegalização e os organismos independentes tentam preencher o lapso de racionalidade política e judicial, atribuindo-lhes poderes normativos setoriais e de resolução de conflito – é o fenômeno percebido na realidade norte-americana em que “as autoridades independentes desenvolvem um papel de scientific alternative à influência do poder jurisdicional sobre os processos decisórios públicos”³³.

Alexandre Santos de Aragão também destaca quatro atividades que juntas diferenciam as agências reguladoras das demais autarquias. a atividade normativa, a mais importante para considerar qualquer órgão ou entidade como regulador; a atividade fiscalizadora; a atividade sancionatória; e atividade julgadora³⁴.

30 Há leis de agências reguladoras que qualificam a agência como última instância administrativa de recursos e julgamento, é o caso da ANATEL e ANVISA. Outras leis não se manifestam a respeito, mas também não preveem a possibilidade de recurso hierárquico impróprio. Tampouco o Decreto-Lei n. 200 se manifesta sobre a possibilidade dos mesmos ao qualificar as autarquias. Entretanto essa possibilidade já foi aventada tanto em relação ao CADE pelo Ministro da Justiça quanto em relação às agências reguladoras pela Advocacia-Geral da União no Parecer AC-051.

31 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 252.

32 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 336.

33 *Idem*.

34 *Ibidem*, p. 337-338.

Em relação à autonomia entre a burocracia técnica e as autoridades políticas, as agências reguladoras possuem algumas garantias legais. Há ainda possíveis gatilhos de constrição dessas entidades, sobretudo no aspecto financeiro e também nas indicações para a cúpula dessas agências, que não há nenhuma garantia efetiva de que serão feitas a partir de parâmetros republicanos ou que serão preenchidas com diligência, podendo haver um esvaziamento dos colegiados responsáveis pelas decisões³⁵.

Um dos pontos fundamentais do desenho institucional das agências reguladoras é a estabilidade de seus dirigentes, com objetivo de gerar um isolamento das flutuações políticas. Para tanto, não poderão livremente ser substituídos, além de seus mandatos não serem coincidentes com os do Chefe do Poder Executivo. A impossibilidade da livre demissão dos dirigentes, no Brasil, é controversa e originalmente resultou na edição da Súmula 25 do STF ainda sob a vigência da Constituição de 1946, garantindo a possibilidade de demissão mesmo de dirigente nomeado a termo e posteriormente recepcionada pela Constituição de 1988. A impossibilidade só foi revertida em decisão liminar na ADI 1949/RS em 1999, tornando possível a possibilidade de previsão de nomeação a termo vedada a demissão livre, decisão que foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2014. Há aqui um indicativo de que o Judiciário brasileiro reconhece o valor da separação entre técnica e política, e a autoridade do Congresso para estabelecer esse tipo de entidade.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul contra dispositivo da lei criadora da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), Lei estadual n. 10.931/97. A lei foi atacada em dois pontos fundamentais em relação à nomeação e demissão dos dirigentes da referida agência: (i) a necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa para indicação dos conselheiros, o que foi considerado constitucional por simetria ao artigo 52, III da Constituição Federal e (ii) a demissão dos conselheiros por atuação exclusiva do Poder Legislativo, o

³⁵ Um minucioso estudo sobre o tempo de vacância e do perfil dos escolhidos para ocupar os cargos de cúpula das agências reguladoras pode ser encontrado em SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Orgs.). *Nomeação de dirigentes de agências reguladoras: um estudo descritivo*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

que foi considerado violação da separação de poderes. O acórdão de 2014 não considerou a vedação à demissão *ad nutum* um problema em si, mas sim que tal vedação fosse imposta somente ao Poder Executivo, podendo a Assembleia Legislativa demitir imotivadamente. Assim consta da ementa:

3. Ressalte-se, ademais, que conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, **tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia**³⁶. (grifo não presente no original)

Diferentemente do caso americano *Humphrey's Executor*, o controle abstrato de constitucionalidade brasileiro permite que o dispositivo da lei seja atacado, sem que haja a personificação da questão e o agravamento de divergências políticas. O resultado prático, entretanto, é semelhante: a possibilidade de estabilidade dos mandatos dos dirigentes das agências.

Outra questão enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal foi o poder normativo das agências reguladoras na ADI 4874. Na ação, representante das empresas reguladas atacava a RDC 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária que proibia a adição de componentes em produtos fumígenos. Para a autora, a Agência excedeu sua competência ao criar norma cuja competência não era prevista em sua lei de criação. Os argumentos tanto da autora quanto das autoridades que se manifestaram no processo giravam em torno do caráter primário ou secundário da Resolução e se a agência seria competente apenas para o exercício do poder de polícia nas hipóteses descritas pelo legislador em sua lei de criação.

Aqui se verifica mais uma das dificuldades de adoção de um modelo baseado em experiência estrangeira. Buscou-se discutir se a Resolução é ato normativo primário ou secundário, categorias

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1949*. Relator Min. Dias Toffoli. Publicado no DJ de 14.11.2014.

clássicas da cultura jurídica brasileira. Ou seja, se ela extrai seu fundamento de validade da lei ou diretamente da Constituição. O ponto central, entretanto, não é esse. Não há dúvidas de que as leis criadoras das agências garantem a elas determinado poder normativo – muito mais amplo do que o que se verificou até então na cultura jurídica nacional. A pergunta não é se a lei permite o exercício do poder normativo mas *em qual extensão* a abertura do texto legislativo permite a agência ir.

Aqui é inevitável o paralelo com *Chevron*. A agência deve, necessariamente, interpretar sua lei de criação para saber onde, quando e como pode atuar. A deferência prestada pelo Judiciário americano é reflexo de uma consciência amadurecida da separação de poderes: o Legislativo conferiu determinadas competências à agência – por vezes de maneira clara, por vezes através de conceitos mais abrangentes. Ao Judiciário, só haveria espaço em situações que a discricionariedade da agência extrapola o razoável.

O julgamento, entretanto, terminou empatado em 5 a 5 devido à declaração de suspeição do Ministro Roberto Barroso. Por isso, a decisão ficou sem efeitos vinculantes e erga omnes, mantendo a questão em aberto. O acórdão, até o momento da publicação do presente artigo não havia sido disponibilizado no *site* do Supremo Tribunal Federal.

O passo seguinte ao reconhecimento inequívoco do poder normativo das agências reguladoras é o estabelecimento de um precedente de deferência pelo Poder Judiciário às decisões técnicas das agências. Não se pretende afirmar que numa análise *macro* o Judiciário não presta a devida deferência – faltam dados para tanto. É certo, entretanto, que não existem precedentes do Supremo Tribunal Federal nesse sentido tal como existem nos Estados Unidos – aqui mais uma vez aparece *Chevron*, mas também *Vermont Yankee*. Não só a deferência às interpretações razoáveis mas também a vedação ao Judiciário em criar procedimentos não previstos na lei criadora da agência.

Veja-se como exemplo o caso da Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil que permite a cobrança de bagagem apartada do preço da passagem. A Resolução foi editada em

meados de dezembro de 2016 e entraria em vigor somente em março de 2017. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública perante a Justiça Federal de São Paulo faltando pouco mais de uma semana para a entrada em vigor da Resolução e na véspera o juiz federal da 22ª Vara Federal de São Paulo concedeu liminar sustentando os efeitos do ato normativo sob o argumento de que não haviam evidências de que a nova regra traria benefícios para os consumidores.

O juiz na liminar diz que a Agência apenas supõe que haverá benefícios para os consumidores mas que não apresenta evidências, sem entretanto fazer menção a nenhum dispositivo seja da lei criadora da agência seja de seus regulamentos internos para embasar tal decisão. A decisão foi posteriormente cassada pelas instâncias superiores, mas chama atenção de que a compreensão do juiz substituiu numa semana a decisão técnica da agência, demonstrando não só falta de deferência (ainda que o juiz faça concessões à lógica econômica da norma impugnada em sua decisão) e exige requisitos para o processo decisório da agência. Falta, repita-se, precedentes claros das instâncias superiores no sentido de autolimitação do Judiciário em relação às decisões técnicas do Executivo, tais como *Chevron* e *Vermont Yankee* nos Estados Unidos.

O último paralelo entre a jurisprudência americana e a realidade brasileira é a flexibilidade dada às agências para interpretarem continuamente suas competências. Aqui mais uma vez deve-se mencionar *Chevron*, mas também o precedente de *Arlington* em que a agência viu a necessidade de interpretar e solucionar um conflito resultante da divisão de competências do federalismo. No Brasil, encontra-se no Supremo Tribunal Federal a ADP 546 que analisa ato normativo da Agência Nacional de Telecomunicações que amplia suas competências em matéria de resolução de conflitos em sede administrativa.

A Resolução 693/2018 acrescenta dispositivo no Regulamento da Agência prevendo a competência para solução de conflitos entre as prestadoras de serviços de telecomunicações e prestadoras de serviços de valor adicionado (que pela Lei Geral de Telecomunicações não são serviços de telecomunicações). Alega o autor da Ação que tais prestadoras de serviço estariam fora do escopo de regulação da agência. Por outro lado, a lei criadora da

agência prevê sua competência para resolução de conflitos entre operadoras de telecomunicações e usuários consumidores. Estaria a agência interpretando o conceito de usuários consumidores?

A questão central a ser decidida pelo Supremo Tribunal na ação em questão é tanto a situação concreta criada pela norma mas também a possibilidade de interpretação de suas competências pelas agências. Pode o Tribunal entender que a interpretação foi excessiva e que extrapola os limites do texto legal, mas seria prudente e necessário para a flexibilidade do modelo de regulação que a possibilidade de interpretação fique clara no acórdão.

5. Conclusão

O estado administrativo é umas das principais construções do direito administrativo dos Estados Unidos no século XX. É um esforço conjunto dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) de criarem uma estrutura capaz de dar respostas técnicas e eficientes a problemas para os quais as autoridades políticas e judiciais não têm preparo ou capacidade para lidar adequadamente. O sistema envolve também a criação de mecanismos capazes de resolver atritos entre poderes, como a tentativa de ingerência do chefe do Poder Executivo e decisões arbitrárias de juízes.

O papel da Suprema Corte na construção desse sistema foi fundamental. Apesar da forte tradição da separação dos poderes que muitos acreditam contrariar o próprio significado e existência do estado administrativo, a cúpula do Judiciário foi capaz de afirmar, ainda que sob protestos, o modelo que se conhece hoje.

Como apontado no artigo, o Judiciário não abriu mão do seu poder de rever as decisões das agências, apenas entendeu que em determinadas circunstâncias esse não é o seu papel, por não possuir legitimidade ou capacidade para tal. O Congresso por sua vez trabalha num projeto de lei para reverter a doutrina *Chevron* que é o coração da ideia de estado administrativo. É certo que, ao longo desse quase um século de existência da ideia de estado administrativo, as agências e comissões americanas gozaram de autonomia para realizar seu trabalho e tomar suas decisões de maneira técnica.

No Brasil, o modelo de administração descentralizada chega na metade da década de 1990 no contexto da desestatização, do fim dos monopólios e da privatização de empresas públicas, medidas propagadas mundialmente pelas principais economias do mundo e por entidades supranacionais. O modelo que começa com força levando ao surgimento de diversas agências reguladoras perde força após a troca de governo e não se vê grande entusiasmo no modelo das agências reguladoras a partir dos anos 2000.

O modelo brasileiro de agências é muito mais recente do que o modelo americano e, naturalmente, ainda não chegou ao mesmo grau de amadurecimento. O Judiciário brasileiro tem, entretanto, se deparado com questões muito semelhantes às questões enfrentadas pelo Judiciário americano no cotidiano do estado administrativo. O presente artigo teve como objetivo e motivação principal apresentar os principais precedentes e, possivelmente, um caminho a ser trilhado na resolução dessas questões.

6 Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1949*. Relator Min. Dias Toffoli . Publicado no DJ de 14.11.2014.
- _____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4874*. Relator Min. Rosa Weber . Publicado no DJ de 09.02.2018.
- BREYER, Stephen. Vermont Yankee and the Courts' Role in the Nuclear Energy Controversy. In: *Harvard Law Review*, vol. 91, n. 8, junho de 1978, p. 1833-1845.
- CRITCHLOW, Donald T.; VANDERMEER, Philip R. (eds.). *The Oxford Encyclopedia of American Political & Legal History*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 1984.
- _____. Supreme Court of the United States. *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 2013.
- _____. Supreme Court of the United States. *Food and Drug Administration v. Brown & Williamson Tobacco Corp*, 2000.

- _____. Supreme Court of the United States. *Securities and Exchange Commission v. Chenery*, 1947.
- _____. Supreme Court of the United States. *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*, 1978.
- _____. Supreme Court of the United States. *Humphrey's Executor v. United States*, 1935.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- LAWSON, Gary. The Rise and Rise of the Administrative State. In: *Harvard Law Review*, vol. 107, n. 6, abril de 1994, p. 1231-1254.
- PESTRITTO, Ronald J. The Birth of the Administrative State: Where It Came From and What It Means for Limited Government. In: *First Principles Series*, n. 16. Washington: The Heritage Foundation, 2007.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Orgs.). *Nomeação de dirigentes de agências reguladoras: um estudo descritivo*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.
- SUNSTEIN, Cass R. Chevron Step Zero. In: *Virginia Law Review*, vol. 92, n. 2, abril 2006, p. 187-249.
- _____; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 156. Chicago: The University of Chicago, 2002.
- _____; VERMEULE, Adrian. Libertarian Administrative Law. In: *University of Chicago Law Review*, vol. 82, 2015, p. 393-473.
- THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. The Two Faces of Chevron. In: *Harvard Law Review*, vol. 120, no. 6, 2007, p. 1562-1584.
- VERMEULE, Adrian. Conventions of Agency Independence. In: *Columbia Law Review*, vol 113, n. 5, junho de 2013, p. 1163-1238.
- _____. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- WILSON, Woodrow. *The New Freedom: A Call for the Emancipation of the Generous Energies of a People*. New York: Doubleday, Page & Company, 1913.

Pedro Burdman da Fontoura

**Os limites para a intervenção
estatal na economia através
de sociedades de propósito
específico**

17

Os limites para a intervenção estatal na economia através de sociedades de propósito específico

Pedro Burdman da Fontoura¹

Resumo

O Brasil foi governado por ditaduras por longos períodos em seu passado recente. A Constituição Federal de 1988 trouxe diversos mecanismos para evitar o retorno de regimes autoritários e garantir a estabilidade democrática no país. O princípio da separação de Poderes, cláusula pétrea em nosso ordenamento constitucional, é um desses mecanismos. Os artigos 37, incisos XIX e XX, e 173, *caput*, da Constituição Federal, exigem a participação do Poder Legislativo na tomada de decisão pela intervenção estatal na economia, bem como estabelecem requisitos para sua expansão. O Poder Executivo, contudo, tem aumentado sua presença na economia sem respeitar os mandamentos constitucionais, à revelia do Parlamento. O crescimento da Eletrobras e da Petrobras através de sociedades de propósito específico (SPE), sem qualquer participação do Poder Legislativo no processo, são exemplos desse fenômeno. Além disso, as entidades criadas não estão sendo submetidas a mecanismos eficazes de controle.

Palavras-chave: Regulação. Interações institucionais. Separação de poderes. Intervenção na economia. SPE.

Abstract

Brazil was governed by dictatorships for long periods in its recent history. The Federal Constitution of 1988 brought various mechanisms to prevent the return of authoritarian regimes and guarantee democratic stability in the country. The principle of separation of Powers, an immutable clause in our constitutional order, is one of such mechanisms. Articles 37, sections XIX and XX, and 173, *caput*, of the Federal Constitution, require the

¹ Graduado em Direito pela UERJ; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UCAM; Mestrando em Direito pela FGV. Procurador do Município de Niterói. Advogado no escritório Bastos-Tigre, Coelho da Rocha, Lopes e Freitas Advogados. E-mail: pedrofontoura@globocom.

participation of the Legislative Branch in the decision making of state intervention in the economy, as well as establish requirements for its expansion. The Executive Branch, however, has expanded its presence in the economy without respecting the constitutional commandments, in default of Congress. The expansion of Eletrobras and Petrobras through special purpose companies (SPE), without any participation of the Legislative Branch in the process, are examples of this phenomenon. In addition, the SPE created by these entities are not being subjected to effective control mechanisms.

Keywords: Regulation. Institutional interactions. Separation of powers. Intervention in the economy. SPE.

1. Introdução

Os artigos 37, XIX e XX, da Constituição Federal, dispõem, respectivamente, que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação” e que “depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

Além disso, o artigo 173, *caput*, da Carta Política, prevê que “[r]essalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Neste ponto, o constituinte enuncia as hipóteses de atuação do Estado – União, Estado-membro e Município – como agente econômico, em área cuja titularidade pertence ao setor privado².

Como se pode ver, os mandamentos constitucionais exigem o cumprimento de dois requisitos cumulativos para a criação de estatal ou participação desta em empresa privada: (i) promoção

2 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 103.

da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo; e (ii) previsão legal específica.

Em outras palavras, a opção pela prestação direta de atividade econômica pelo Estado deve sempre ser objetivamente justificada, através de lei autorizativa específica, com a demonstração concreta da existência dos pressupostos da segurança nacional ou de relevante interesse público.

Não se olvida que “seria impossível que o Poder Legislativo estivesse, a toda hora, legislando sobre tudo, especialmente pelo fato de que a realidade dos sistemas político, social e econômico, com o passar do tempo, se mostrou muito mais complexa [...]”³. No entanto, a adoção de procedimento complexo, com a intervenção compulsória do Poder Legislativo para viabilizar a intervenção estatal na economia, é imposição constitucional plenamente justificada pela relevância e pelas consequências deste tipo de opção política.

Além disso, tem-se que apenas excepcionalmente deve o Estado explorar atividade econômica. A regra, portanto, é a não intervenção, sendo a exceção condicionada à exposição por lei da presença de um dos dois requisitos constitucionais supracitados. Ressalta-se o papel determinante do Poder Legislativo na exposição da necessidade, e não mera conveniência, de intervenção direta do Estado na economia⁴.

Nesse sentido, interessante pontuar que a distinção entre a prestação de serviços públicos e o exercício de atividade econômica pelo Estado, na doutrina de Vitor Schirato, residiria no fato de que os serviços públicos seriam uma obrigação do Estado, enquanto a exploração de outras atividades econômicas, com base no artigo 173 da Constituição Federal, seria mera faculdade do Estado⁵. Faculdade essa, portanto, cuja necessidade deve evidenciada através de procedimento complexo, com a participação dos Poderes Executivo e Legislativo.

3 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 109.

4 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 269.

5 SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 135.

A necessidade de lei específica para a criação de nova estatal, de subsidiária ou para participação em empresa privada representa nitidamente, portanto, a materialização de um instrumento de controle pelo Congresso de uma escolha do Poder Executivo.

Neste trabalho, pretende-se responder as seguintes perguntas: pode o Poder Executivo Federal promover o aumento da participação do Estado na economia à revelia do Parlamento e do regramento constitucional? Além disso, as entidades utilizadas para a intervenção estatal são submetidas a mecanismos de controle adequados?

Parte-se da hipótese de que o Poder Executivo está fazendo uso da criação de SPE (sociedades de propósito específico) por estatais já existentes para expandir a intervenção estatal na economia sem que haja o cumprimento dos pressupostos constitucionais necessários para tanto e, posteriormente, essas entidades não são submetidas a mecanismos eficazes de controle.

Para resolver esse problema de pesquisa, será necessária a análise de casos concretos, de modo a avaliar se as estatais federais têm expandido sua intervenção na economia sem respeitar os supracitados comandos constitucionais.

2. Breves considerações acerca do desenho institucional brasileiro e separação dos Poderes

As doutrinas brasileira e estrangeira parecem convergir para a afirmação de que o modelo puro de separação de Poderes, proposto por Montesquieu, em que três órgãos distintos e independentes exercem o Poder, nunca foi plenamente reproduzido no desenho institucional de qualquer Estado moderno^{6,7}. Eros Grau chega a afirmar que “[a] separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal [...]”⁸.

Esse modelo surgiu como uma reação à concentração de poderes em torno do rei, um freio ao poder, uma garantia aos direitos

6 CAROLAN, Eoin. *The Problems with the Theory of the Separation of Powers*, University College Dublin (UCD) – School of Law, 2009, p. 1.

7 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 371.

8 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 225.

dos indivíduos ou como distribuição de poderes exclusivos a certos órgãos, sendo sempre presente a preocupação de desconcentração do poder. Essa ideia também marcou presença na gênese do direito administrativo⁹.

O constituinte originário pátrio dispôs, no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, que “[n]ão será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes”. Em outros termos, somente com o advento de uma nova Constituição é que se poderia cogitar de um sistema que prescindisse da organização do país através de Poderes independentes e harmônicos entre si.

A determinação constitucional deixa clara a relevância da separação de Poderes para o desenho institucional brasileiro. No entanto, não impede a previsão constitucional de órgãos independentes, que não se enquadram propriamente em nenhum dos três Poderes classicamente concebidos por Montesquieu: Executivo, Legislativo e Judiciário¹⁰. É o caso, para citar um exemplo brasileiro, do Ministério Público. Nos Estados Unidos, fala-se do surgimento de um novo sistema, que viria a abranger cinco ou seis Poderes¹¹.

No mesmo sentido, pode-se afirmar que a adoção desse modelo não implica a conclusão de que cada um dos Poderes só possa exercer uma das funções tradicionalmente consideradas – legislativa, judicial e executiva. Também não é capaz de exigir que todas as funções estatais se enquadrem em uma dessas três clássicas funções estatais¹².

Hodiernamente já se fala no rompimento de um paradigma do Estado moderno, pelo qual todas as funções deveriam girar em torno da lei e sempre contidas em algum dos três Poderes tradicionalmente concebidos: Executivo, Legislativo e Judiciário. Trata-se da superação do dogma da tripartição dos poderes, cuja atuação era centralizada, monopolizada e fechada em si mesma¹³.

9 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 26.

10 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

11 ACKERMAN, Bruce. *Good-bye Montesquieu*. Comparative Administrative Law. Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth (Org.). Edward Eugar Publishing. 2012, p. 129.

12 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001, p. 111.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 79-80.

De todo modo, a própria teoria do Estado de Direito implica certa concepção da democracia através da qual os representantes eleitos são obrigados a respeitar regras jurídicas superiores¹⁴, dentre as quais se destaca o mandamento constitucional que determina a separação dos Poderes.

A despeito da previsão constitucional de separação de Poderes, que não surgiu no ordenamento jurídico pátrio apenas na Constituição de 1988, o Brasil conviveu por muitos períodos nos quais o poder do Executivo em muito se sobressaiu aos demais. O momento mais marcante em nossa história recente foi a ditadura militar, quando magistrados foram cassados e o Congresso fechado.

Era de se esperar, portanto, que o advento da Constituição de 1988, democrática, trouxesse consigo instrumentos que impedissem ou dificultassem o surgimento de novos governos autoritários. A separação entre os Poderes seria essencial para esse fim, razão pela qual foi alçada ao status de cláusula pétreia.

De uma forma simplificada, pode-se afirmar que a legitimidade do Executivo advém tanto do espectro político, materializado através da vontade popular, quanto de sua *expertise* na gestão, na administração da burocracia estatal¹⁵. Apesar de legítimo, o Constituinte preocupou-se em incluir diversos mecanismos de controle no texto constitucional, *checks and balances*, de modo a evitar arbitrariedades e concentração de poder.

Nesse contexto, nada mais natural do que a imposição constitucional de autorização legislativa prévia e específica para o aumento da participação do Estado na economia, de modo a exigir a participação do Congresso e a criação de um debate público a respeito do assunto.

3. A interpretação de conceitos jurídicos indeterminados

O já mencionado artigo 173 da Constituição utiliza as expressões “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”, delegando ao

14 CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução de A. Pozzo. Belo Horizonte. Fórum, 2013. p. 48.

15 KATYAL, Neal. Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch From Within. *Yale Law Journal*, vol.115, 2006.

legislador ordinário a definição das mesmas. Tratam-se de cláusulas gerais, categoria ampla dentro das quais situam-se os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios e que, na doutrina de Luís Roberto Barroso, têm por característica principal “o emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir para o intérprete o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos do caso concreto”¹⁶.

As expressões utilizadas pelo constituinte no artigo 173 são conceitos jurídicos indeterminados, com “sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído”¹⁷.

A utilização dessa técnica confere ao aplicador da norma um grande espaço de interpretação, sem, contudo, caracterizar-se como arbitrário ou ilimitado. Além disso, os conceitos jurídicos indeterminados têm zonas de certeza negativa, positiva e cinzentas, devendo o Judiciário se abster de intervir apenas no último caso, de modo a prestigiar a escolha do intérprete¹⁸.

Assim, deve o legislador ordinário demonstrar em lei específica, caso a caso, o porquê da necessidade de criação de nova estatal, de subsidiária ou de participação em empresa privada, sempre à luz dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

Em caso de zona de certeza negativa, ou seja, na hipótese de a situação nitidamente não se enquadrar em algum dos pressupostos do artigo 173, é poder-dever do Judiciário, se provocado, realizar o controle do ato e impedir a expansão estatal sobre a economia em desacordo com os mandamentos constitucionais.

Em sentido semelhante, o STF consolidou o entendimento de ser possível o controle excepcional de medidas provisórias que não observem os requisitos constitucionais da relevância e urgência, consoante dispõe o *caput* do artigo 62 da Carta Política.

16 Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 312.

17 Idem.

18 Ibidem, p. 314-316.

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 2527¹⁹, ficou estabelecido que “[e]sta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente”.

No julgamento conjunto de diversas ações de controle concentrado²⁰, o STF confirmou o entendimento supracitado e assentou que

[c]onforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de “relevância” e “urgência” (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF).

O mesmo raciocínio é aplicável aos conceitos jurídicos indeterminados presentes do artigo 173 da Constituição. Assim, em caso de ausência patente de um dos requisitos para a expansão da intervenção estatal na economia, é plenamente cabível a realização de controle do ato pelo Poder Judiciário.

4 A expansão desenfreada do Poder Executivo brasileiro na economia

O Estado brasileiro já contou com mais de seiscentas empresas estatais apenas no âmbito federal. Mais recentemente, esse número foi reduzido a pouco mais de cento e cinquenta²¹. A despeito desse sensível decréscimo, a exploração de atividade econômica pelo Estado não parece ter sido reduzida na mesma proporção, sendo certo que o orçamento anual das remanescentes gira em torno de 1,2 trilhão de reais²².

19 ADI 2.527 MC, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2007, P, DJ de 23-11-2007.

20 ADI 2.213, rel. min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI 1.647, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162 MC, rel. min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997; ADC 11 MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 28-3-2007, P, DJ de 29-6-2007; ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, j. 8-3-2012, P, DJE de 27-6-2012.

21 Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-09-26/fat-cat-bureaucrats-in-brasilia-see-betrayal-as-austerity-looms>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

22 Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-09-26/fat-cat-bureaucrats-in-brasilia-see-betrayal-as-austerity-looms>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

A forte presença do Estado brasileiro na economia remonta há mais de dois séculos atrás, com a criação do Banco do Brasil em 1808, a primeira sociedade de economia mista do país. Após as duas grandes guerras, a atuação empresarial do Estado experimentou grande desenvolvimento²³.

Sérgio Guerra pontua que a “[o] quadro de forte centralização do poder nas mãos do Chefe do Poder Executivo só foi modestamente mitigado no Brasil com a implantação, parcial, do modelo de agências reguladoras”²⁴. Como bem ressalta o autor, houve mera mitigação, e não superação, da já tradicional concentração de poder pelo Executivo.

Nessa linha, a Constituição restringe as situações em que é lícito ao Estado atuar como empresário. Essas hipóteses (segurança nacional e relevante interesse coletivo) são materializadas via conceitos jurídicos indeterminados, cujo conteúdo precisa ser bem definido e trabalhado em prévia lei autorizativa, em respeito ao próprio texto constitucional.

Ressalta-se aqui a posição de Marcos Juruena, que reputa constitucional a delegação de lei para que decreto do Poder Executivo determine discricionariamente o melhor momento para a privatização de determinada estatal, desde que haja a prévia autorização legal para a alienação, já que exigência idêntica existe para a criação²⁵.

Quando atua diretamente na economia, o Estado presta a atividade econômica sem excluir a iniciativa privada e sem titularizar a atividade. Em outros termos, essas atividades também podem ser exploradas pela iniciativa privada por direito próprio. O interesse perseguido pelo Estado quando explora atividade econômica é de cunho fiscal ou estratégico²⁶.

23 MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 186.

24 GUERRA, Sérgio. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. *Revista Estudos Institucionais*. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21783/rei.v3i1.151>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

25 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 51.

26 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 178-179.

Há indícios, contudo, de que o Poder Executivo Federal vem descumprindo os mandamentos constitucionais que normatizam a criação de empresas estatais para exploração direta de atividade econômica. Para isso, vem se utilizando da criação de subsidiárias, de SPE e da participação acionária em empresas privadas.

A empresa subsidiária é aquela que “pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como única acionista sociedade brasileira”²⁷. A subsidiária integral constitui uma sociedade unipessoal e tem como único acionista uma sociedade brasileira. Além disso, a sociedade controladora deve deter todas as ações de emissão da controlada para que ela possa ser definida como subsidiária integral²⁸.

Já a SPE não é um novo tipo societário, mas sim uma sociedade empresária com um único objeto social. Pode ser instituída sob qualquer roupagem societária²⁹, mas sempre com um objeto social único, de implantar e gerir determinado projeto³⁰.

O objeto da SPE deve ser necessariamente específico e determinado. Além disso, é vedada a participação de SPE em outra sociedade. Seu prazo de duração deve ser determinado, tendo por limite o término da consecução de seu objeto social específico³¹.

As parcerias entre o público e o privado surgiram com a intenção de remediar a crise das finanças públicas e o empobrecimento do Estado, sendo necessários recursos privados para financiar a produção de equipamentos públicos³². No entanto, há fortes indícios no sentido de que as regras para a utilização dessas necessárias parcerias como ferramenta de intervenção na economia têm sido ignoradas.

27 Artigo 251, *caput*, Lei n. 6.404/1976.

28 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*: Volume III - Art. 189 a 300. São Paulo: Quartier, 2011. p. 387.

29 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 444-445.

30 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Método, 2013. p. 180.

31 PEREIRA, Anna Christina Jimenez. *As regras para a sociedade de propósito específico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/anna-pereira-regras-proposito-especifico-sao-retrocesso>. Acesso em: 12 set. 2018.

32 CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 113.

Neste ponto, pode-se questionar se não teria sido possível ante-ter esse problema, de modo a criar mecanismos aptos a evitá-lo. Ao analisar questão semelhante, Mariana Prado traz uma possível explicação interessante ao sustentar que, quando do desenho da norma de controle, o Constituinte teria se preocupado apenas em garantir um desenho geral de garantias de independência, sem adentrar nos detalhes dos mecanismos criados e no seu funcionamento prático no sistema político e jurídico brasileiro³³.

Importante também pontuar que essa atuação do Poder Executivo não encontra guarida na doutrina do *self-help*. Isso porque não há qualquer conduta ilegal ou sequer reprovável na exigência constitucional pela prévia e específica aprovação pelo Parlamento de maior intervenção estatal na economia, não havendo, então, qualquer justificativa para superar a lei e as instituições³⁴.

Além disso, interessante ressaltar a posição de Gustavo Binenbojm, que ao tratar da temática do veto legislativo, no contexto do estudo sobre agências reguladoras, menciona que sua existência e uso eventual devem servir como desincentivos à prática de abusos³⁵. O mesmo raciocínio é aplicável à hipótese sob estudo, haja vista que a submissão da expansão da intervenção estatal na economia ao prévio controle legislativo também funcionaria como mecanismo de autocontrole do Poder Executivo.

Ressalta-se, contudo, que não se questiona aqui a possibilidade de intervenção estatal no setor econômico. No entanto, sua atuação indiscriminada e sem controle como forma de expansão da participação estatal na economia denota um claro descumprimento aos requisitos constitucionais que regem a atuação do Estado neste campo.

É preciso ter em mente que o próprio modelo constitucional de intervenção vem sendo questionado pela doutrina, que determina que a intervenção do Estado na economia deve ser subsidiária e a mais reduzida possível, com a consequente condenação de qualquer interferência injustificada³⁶.

33 PRADO, Mariana. The challenges and risks of creating independent regulatory agencies: a cautionary tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41(2), 2008.

34 POZEN, David. Self-help and the separation of powers. *Yale Law Journal*, 2014.

35 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 286.

36 TORRES, Sílvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 156.

No mesmo sentido, pode-se assentar que no sistema capitalista a atividade econômica é desenvolvida no regime de livre iniciativa, que estabelece um limite em função do qual a ação do Estado será excepcional, inibidora ou concorrente das empresas privadas, de modo a atribuir esse papel ao planejamento econômico, elaborado de forma democrática³⁷.

Assim, não se defende o retorno do primado da lei, um dos principais aspectos do constitucionalismo do século XVIII na França. Nesse período, de proeminência absoluta do Poder Legislativo, a lei era considerada intocável³⁸. No entanto, exige-se o respeito às normas constitucionais, que demandam a participação do Poder Legislativo em escolhas de alta relevância, como é o caso do tamanho da participação do Estado na economia.

5. Os sérios problemas de governança das SPE estatais

Visto o contexto em que se discute os limites para uma maior ou menor intervenção do Estado na economia, passa-se à análise dos mecanismos de controle a que são submetidas as SPE após sua criação.

Aqui, aborda-se a hipótese supracitada de que as SPE não são submetidas a mecanismos prévios eficazes de controle. Para análise do tema, utiliza-se primordialmente estudos elaborados pelo TCU e pela CGU no âmbito de duas das principais estatais federais, a Eletrobras e a Petrobras.

5.1 Caso Eletrobras

O artigo 74, II, da Constituição Federal, prevê que cabe ao sistema de controle interno “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal [...]”.

37 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 100.

38 GUERRA, Sérgio. *Discretionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 39-40.

Em decorrência dessa atribuição constitucional, a CGU realizou trabalho de avaliação dos resultados da gestão no Grupo Eletrobras³⁹. Com base nele, pode-se apontar os sérios problemas de governança nas SPE do Sistema Eletrobras.

O objetivo do trabalho da CGU foi de avaliar o papel da Eletrobras como holding, na seleção, condução, acompanhamento e controle dos negócios das empresas do Grupo realizados em parceria com empresas privadas e como parceira pública, na gestão dos empreendimentos de geração e transmissão no exterior já implantados por meio de SPE.

O estudo deixa claro que a expansão do setor elétrico nacional tem se realizado primordialmente por intermédio de investimentos feitos em parcerias entre empresas controladas pelo Poder Público e companhias privadas, que, a partir do conceito de projetos estruturados de financiamento (*project finance*), constituem SPE, geralmente sob a forma de sociedades anônimas, para construir e operar novos ativos de geração e transmissão de energia elétrica.

No caso específico das empresas do Grupo Eletrobras, que desempenham um expressivo papel na expansão do setor elétrico nacional, tem-se observado uma atuação predominantemente pautada em participações por intermédio de SPE, cuja quantidade vem crescendo de forma intensa nos últimos anos. Atualmente, o grupo possui 154 SPE, sendo que no período de quatro anos (2011 a 2014) houve um crescimento de 69,71% no volume total investido nesse tipo de empreendimento em parceria com a iniciativa privada.

Por outro lado, o modelo de gestão e governança desse tipo de parceria é novo e abrange certas peculiaridades, pouco conhecidas e avaliadas no setor público. Nesse sentido, os mecanismos de planejamento, gestão e controle utilizados pela estatal em relação aos empreendimentos estruturados sob a forma de SPE precisam ser capazes de contribuir para o alcance dos objetivos desse novo modelo de expansão, garantindo sua eficácia, eficiência e efetividade.

³⁹ Relatório CGU n. 201505919. Acesso em: 12 set. 2018. Antes disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/>>, porém fora do sítio eletrônico da CGU desde, pelo menos, o mês de dezembro de 2018.

Nessa linha, o Plano Diretor de Negócios e Gestão 2015 – 2019 (“Plano”) definiu, no que se refere à gestão das parcerias público privadas, o estabelecimento de diretrizes de governança para as SPE e outras participações acionárias e a definição e implantação de um modelo de gestão unificada para as SPE.

Segundo o Plano, as estratégias definidas objetivam aperfeiçoar as práticas de governança corporativa na gestão das SPE e outras participações acionárias, bem como proporcionar maior rentabilidade e competitividade nos negócios.

A preocupação do Grupo com as estratégias de associação com o setor privado tem origem em dois fatores: o primeiro, a baixa rentabilidade dos empreendimentos, inferior à taxa de rentabilidade mínima para leilões de geração e transmissão; e o segundo, o resultado de fiscalizações pretéritas do Tribunal de Contas da União, da Controladoria Geral da União e da Auditoria Interna da Eletrobras, nas quais foi apontada, em uníssono, a falta de diretriz centralizada sobre os negócios envolvendo SPE e os consequentes riscos de tal deficiência.

Ante a falta de uniformidade quanto aos padrões mínimos a serem perseguidos nos negócios, a holding instituiu um grupo de trabalho para o aprimoramento dos modelos de governança e gestão para as empresas Eletrobras que possuem SPE, denominado GT de SPE.

Criado em 28.06.2013, por meio da resolução RES-DEE-447/2013, o Grupo de Trabalho constatou que o processo de acompanhamento não estruturado e a indefinição do papel da holding e das empresas Eletrobras dificultam o acesso, o compartilhamento e o monitoramento das informações.

Após diagnóstico da situação, o trabalho culminou com a elaboração do “Manual das SPE”, publicado em 22.04.2015, que traz o mapeamento dos processos de gestão das parcerias, desde a concepção dos empreendimentos até sua operação. O documento contém ainda diretrizes, normas gerais e modelos padrão de instrumentos vinculativos.

O TCU também enfrentou a questão e analisou em tomada de contas o supracitado Manual das SPE elaborado pela Eletrobras⁴⁰, que “contém as principais atividades e práticas para o desenvolvimento de parcerias em SPE que agreguem valor para as empresas Eletrobras e aperfeiçoem o seu modelo de gestão”.

O julgado foi o resultado da apreciação de auditoria operacional conduzida pela Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro (SecexEstataisRJ) em Furnas Centrais Elétricas S.A., subsidiária da Eletrobras, com o objetivo de avaliar os instrumentos e mecanismos de planejamento, gestão e controle utilizados pela estatal para garantir o alcance dos objetivos e dos resultados dos empreendimentos estruturados sob a forma de SPE.

Os achados de auditoria consignados pela equipe de fiscalização constataram a inexistência de orientação geral com diretrizes e normas formalizadas sobre gestão de SPE emanada pela controladora (Eletrobras); a ausência de política ou norma formalmente instituída sobre o processo de seleção de parceiros para as SPE; a insuficiência de regras sobre os processos de seleção e avaliação de desempenho dos representantes de Furnas nas SPE (conselheiros de administração e fiscais); a fragilidade das estruturas internas de governança corporativa no âmbito das SPE; a falta de regulamentação e controle para os casos de SPE em que os sócios de Furnas atuam também como fornecedores; e, por fim, a acentuada perda de rentabilidade em projetos associados a SPE.

O relator registrou que, após a conclusão da auditoria, a Eletrobras publicou seu Manual de SPE. Com isso, considerou que parte das necessidades identificadas pela equipe de fiscalização havia sido suprida mediante a edição do manual, restando, contudo, aprofundar sua análise em confronto com os achados da auditoria, a fim de verificar se ainda há matérias que não foram contempladas. Também determinou que o acompanhamento pela unidade técnica da implementação das medidas constantes naquele normativo, para verificar se as regras nele estabelecidas serão realmente colocadas em prática.

40 TCU. Tomada de Contas TC 033.696/2015-2. Relator Ministro Vital do Rêgo. Julgado em 10.08.2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/OA/53/2A/8C/COA765105F3FD1652A2818A8/033.696%20Eletrobras.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.

No relatório da auditoria realizada em Furnas, o TCU havia registrado a necessidade de que a estatal desenvolvesse sistemas informatizados relacionados ao processo de acompanhamento e controle do desempenho das SPE de que participa. Outro ponto registrado pela unidade técnica quando da auditoria operacional foi a ausência de política ou norma formalmente instituída sobre o processo de seleção de parceiros para a formação das SPE. Ficou consignado que o Manual não apresenta o nível de detalhamento adequado quanto a esse ponto, fazendo-se oportuno, então, recomendar à Eletrobras que oriente suas subsidiárias que participam em SPE a elaborarem e a implementarem normas próprias e detalhadas no que tange ao processo de seleção de parceiros. A auditoria operacional detectou, também, a inexistência de conselho fiscal e de comitê de auditoria nas SPE das quais Furnas participa, o que contraria princípios básicos de boa governança corporativa.

Quanto às parcerias constituídas anteriormente à vigência do Manual, o TCU recomendou à Eletrobras que, em conjunto com suas subsidiárias, elabore plano de ação e oriente seus representantes nas SPE a solicitarem aos presidentes dos respectivos conselhos de administração a convocação de assembleia geral para a instalação de conselho fiscal e de comitê de auditoria.

5.2 Caso Petrobras

Em setembro de 2016, o TCU prolatou acórdão em que aborda o problema da ausência de políticas e orientações corporativas em relação à constituição de SPE pela Petrobras⁴¹. Foi constatado que a Petrobras desenvolvia projetos de parcerias operacionais com agentes financeiros nacionais e internacionais e com empresas do setor de petróleo e de energia com o objetivo de viabilizar os investimentos necessários nas áreas de negócio em que atuava.

Os projetos estruturados eram viabilizados por meio de SPE, cujas atividades eram, na essência, controladas pela Petrobras, em razão dos compromissos contratuais com transferência de benefícios, riscos e controles assumidos e, ao término de cada contrato,

41 TCU. Tomada de Contas TC 009.044/2016-7. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Julgado em 28.09.2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2577C651101577CB62AD078B0&inline=1>>. Acesso em: 12 set. 2018.

a Petrobras tinha o direito de exercer a opção de compra dos ativos ou a totalidade das ações ordinárias das SPE.

Desde o final da década de 90, a empresa utiliza o modelo de SPE para o desenvolvimento de seus projetos de E&P (exploração e produção), transporte de gás e refino, tais como: Marlim (1999), Cabiúnas (2000), Espadarte-Voador-Marimbá (2000), Barracuda/Caratinga (2000), Albacora Japão (2000), Albacora Petros (2001), Nova Marlim (2001), Pargo-Carapeba-Garoupa-Cherne-Congro (2002), Projeto Malhas (2002), Projeto Urucu-Manaus (2004), Marlim Leste (2004), Mexilhão (2005) e REVAP (2006). A Petrobras chegou a controlar dezenove SPE.

Quando questionada pelo TCU acerca da existência de políticas ou orientações internas em relação à constituição e extinção de SPE, a Petrobras ressaltou que não havia qualquer regulamento interno que dite ou discipline diretrizes para tanto.

O Tribunal, então, concluiu pela necessidade de a Petrobras possuir políticas e orientações corporativas em relação à constituição e extinção de SPE, de modo a evitar conflitos de interesse, bem como para que tais normas contribuam com a melhoria e a transparência da gestão. A decisão da Corte, portanto, está alinhada com aquela prolatada em relação à Eletrobras, e evidencia que o problema não é restrito apenas a uma estatal federal.

Em atendimento à determinação do Tribunal de Contas, a Petrobras divulgou, em 29.10.2018, as novas medidas de controle interno que foram tomadas para aprimorar a prevenção e o combate à corrupção, quais sejam: colaborar ativamente com as investigações; responsáveis por irregularidades foram punidos e estão respondendo na Justiça; recuperaram mais de R\$ 3 bilhões do dinheiro desviado; criaram um canal de denúncias independente; contrataram especialistas reconhecidos pelo combate à corrupção; tornaram mais rigorosos o controle e a prevenção; nenhum executivo contrata mais nada sozinho; todo fornecedor passa por uma análise de integridade para fazer negócios com a empresa; e contam com alta liderança mais técnica e respeitada pelo mercado⁴².

42 Petrobras. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/conheca-nossas-10-principais-aco-es-anticorruptcao.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

Ainda é cedo para avaliar com exatidão os resultados da nova política de controle interno da Petrobras. No entanto, o mero fato de haver uma política interna de controle, respaldada por instituições externas especializadas, já demonstra uma grande evolução em comparação ao passado recente da empresa.

6. Conclusão

O Brasil conviveu com regimes ditatoriais por longos períodos em seu passado recente. Como reação a eles, os governos democráticos que lhes seguiram buscaram mecanismos para evitar a repetição dos erros do passado e possibilitar a estabilidade democrática no país.

Nesse sentido, o princípio da separação de Poderes foi alçado ao mais alto posto hierárquico do nosso ordenamento jurídico, de cláusula pétrea. Assim, somente com o advento de uma nova ordem constitucional no país é que se poderia cogitar da alteração do modelo de organização do Estado baseado na separação de Poderes entre órgãos harmônicos e independentes entre si.

No entanto, a mera determinação pela separação e convívio harmônico entre Poderes independentes não é suficiente para garantir o funcionamento sadio do sistema. Foi nesse contexto que a Constituição de 1988 estabeleceu diversos mecanismos de controle recíproco entre os Poderes.

A necessidade de prévia e específica autorização legislativa para o incremento da participação do Estado na economia nada mais é, portanto, do que um instrumento desenhado pelo constituinte para garantir a participação de dois Poderes na tomada de decisão sobre tema de grande relevância.

Ao exigir que o Poder Executivo, em conjunto com o Legislativo, decida sobre a necessidade e a conveniência do montante de intervenção estatal na economia, o constituinte gerou a necessidade de um debate público em torno do tema. A decisão não ficaria restrita ao chefe do Executivo, sendo tomada com a participação de todos os representantes eleitos pelo povo.

Como consequência natural a esse processo decisório, a opção tomada tende a ser mais acertada. A uma, porque será aberta

à participação de mais órgãos e entidades interessadas em contribuir para a discussão, sejam públicas ou privadas. A duas, porque procedimento mais complexo permitirá a maturação necessária para a deliberação sobre tema cujas consequências são sentidas por toda a população.

Além disso, os limites impostos pela adequada interpretação constitucional de conceitos jurídicos indeterminados exige dos Poderes envolvidos na tomada de decisão a demonstração, em cada caso, da presença de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo a justificar a intervenção na economia.

A burla ao mandamento constitucional que exige a participação do Poder Legislativo na tomada de decisão acerca do tamanho da participação do Estado na economia parece representar a manifestação de mais um sintoma de uma patologia perigosa e recorrente no atual regime democrático brasileiro, qual seja o desrespeito ao desenho institucional do país e ao regime de separação dos Poderes nele previsto.

Mais do que isso, traz como consequência a perpetuação de um modelo de Estado através do qual o Poder Executivo exerce um protagonismo exacerbado, muitas vezes ao arripio da Constituição. O sufocamento do Legislativo pelo Executivo em nada contribui à democracia, razão pela qual deve ser combatido.

Os casos da Eletrobras e Petrobras, duas das principais estatais federais, evidenciam que o problema não reside apenas na criação indiscriminada de SPE. Mais do que isso, as entidades criadas não são submetidas a mecanismos eficazes de controle, o que já trouxe sérias consequências em termos de eficiência e moralidade no trato com os recursos públicos.

O desafio a ser enfrentado parece ser o enfrentamento da questão de modo a coibir procedimentos abusivos e ilegais, esforço esse que deve ser realizado no âmbito de todos os Poderes. Idealmente, o assunto deve ser abordado sob o ponto de vista institucional, sem enveredar para o campo das ideologias políticas pontuais, e tendo sempre em vista que não se pode transigir no respeito ao que determina a Constituição.

7. Referências

- ACKERMAN, Bruce. *Good-bye Montesquieu*. Comparative Administrative Law. Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth (Org.). Edward Eugar Publishing, 2012, p. 129.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001, p. 111.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAROLAN, Eoin. *The Problems with the Theory of the Separation of Powers*, University College Dublin (UCD)- School of Law, 2009, p. 1.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução de A. Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada: Volume III - Art. 189 a 300*. São Paulo: Quartier, 2011.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- _____. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. *Revista Estudos Institucionais*. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21783/rei.v3i1.151>>. Acesso
- KATYAL, Neal. Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch From Within. *Yale Law Journal*, vol.115, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

- MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Método, 2013.
- POZEN, David. Self-help and the separation of powers. *Yale Law Journal*, 2014
- PRADO, Mariana. The challenges and risks of creating independent regulatory agencies: a cautionary tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41(2), 2008.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- TORRES, Silvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Pedro Henrique Christofaro

**O Projeto de Lei n. 8.889/2017
e a política de conteúdo
local para o serviço de
fornecimento de conteúdo
audiovisual por demanda**

18

O Projeto de Lei n. 8.889/2017 e a política de conteúdo local para o serviço de fornecimento de conteúdo audiovisual por demanda

Pedro Henrique Christofaro¹

Resumo

Um dos setores mais afetados pela revolução tecnológica recente, especialmente no ramo da informática e das comunicações, foi o do entretenimento. Passamos das fitas cassete, CDs e DVDs, à ausência total de mídias. Tudo isso graças ao surgimento dos serviços de *streaming*, mais especificamente das empresas fornecedoras de conteúdo audiovisual por demanda. Por meio delas, os assinantes passaram a ter acesso instantâneo e sempre disponível a conteúdo de entretenimento de diversos tipos e origens. Todavia, a globalização exagerada põe em risco as peculiaridades culturais, motivo pelo qual os ordenamentos jurídicos buscam criar mecanismos de fomento à produção cultural local. No Brasil, não é diferente, há proposta legislativa de fixação de mínimo de conteúdo local que tais prestadoras de serviço devem oferecer em seu catálogo. A despeito dos objetivos razoáveis do projeto, os meios escolhidos não parecem se afigurar como os mais eficientes. Desta feita, discute-se a possibilidade de adoção de outras estratégias regulatórias, especialmente a de incentivos, para atingir o mesmo alvo.

Palavras-chave: PL n. 8.889/2017. Prestação de serviços de fornecimento de conteúdo audiovisual por demanda. Política de conteúdo local. Estratégias regulatórias. Política de incentivos.

Abstract

One of the sectors most affected by the recent technological revolution, especially in the field of computer science and communications was entertainment. We went from cassette tapes, CDs and DVDs, to the total absence of any media. All this thanks to the emergence of the streaming services, more specifically of

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Bacharel em História pela Universidade Federal Fluminense; Pós-graduado em Direito Público pela UCAM; Mestrando em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas com apoio da FGV e da CAPES. E-mail: phchristofaro@gmail.com.

the companies supplying audiovisual content on demand. Through them, subscribers have instant and always available access to entertainment content from all over the world. However, exaggerated globalization jeopardizes the cultural peculiarities, which is why legal systems seek to create mechanisms to foster local cultural production. In Brazil, it is no different, there is a legislative proposal to create minimum local content that such service providers should offer in their catalog. Despite the reasonable objectives of the project, the means chosen do not seem to be the most efficient. This paper discusses the possibility of adopting other regulatory strategies, especially incentives, to reach the same target.

Key Words: PL 8,889/2017. Audiovisual content on demand services provision. Local Content Policy. Regulatory Strategies. Incentive policy.

1. Introdução

A criação do serviço de fornecimento de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD), seja acoplado a serviços de TV por assinatura (*Now*), seja por fornecedoras independentes (*Netflix*, *Crunchroll*, *Vimeo*, *Amazon Prime*, entre outros), representou uma revolução no mercado mundial de entretenimento.

Mais do que uma verdadeira hecatombe no mercado de video-locadoras e uma crise sem precedentes no de TV por assinatura, proporcionou-se ao consumidor o acesso instantâneo, sempre disponível, de conteúdo farto e muito variado.

Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é analisar a aplicação de possíveis estratégias regulatórias ao setor de provisão de conteúdo audiovisual por demanda, buscando responder à indagação de qual estratégia regulatória mais se adapta às peculiaridades do setor.

Sob a perspectiva metodológica, nos baseamos, teoricamente, no trabalho compilatório de Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge² e Stephen Breyer, os quais apresentam de forma didática

2 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 105-136.

e completa, as principais estratégias regulatórias conhecidas pela teoria. Em seguida, utilizaremos a lógica dedutiva para aplicarmos os instrumentos regulatórios no caso concreto proposto. Para tanto, analisaremos a aplicação do sistema de cota de conteúdo nacional nos mercados de petróleo e gás e de cinema; com isso, esperamos situar o leitor em relação aos riscos e possibilidades da referida estratégia verificados em tais mercados e que podem ser transpostos para a hipótese em estudo.

Para resolução de tal questionamento, dividimos o trabalho em três seções. Na seção inicial, faremos uma breve apresentação sobre o setor de fornecimento de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD).

Dando continuidade, avaliaremos quais foram as estratégias adotadas pelo PL 8889/2017, o qual se propõe a ser, no Brasil, o marco regulatório inicial do setor. Daremos destaque à política de cota de conteúdo local, bem como traremos comparações com o setor petrolífero e cinematográfico, com o objetivo de discutir a viabilidade da política proposta.

Por fim, avaliaremos estratégias regulatórias alternativas à vaticinada pelo legislador. Para isto, será discutida a possibilidade de adoção de uma política de incentivos, instrumentalizada pela CONDECINE, bem como da adoção de mecanismos mais brandos de regulação.

2. O *streaming* e o mercado de fornecimento de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD)

Muitos lembram, com ares de nostalgia, das corridas às video-locadoras para ter acesso aos limitados exemplares de fitas (os mais antigos) ou DVDs. O avanço tecnológico nas áreas da informática e telecomunicações foi o grande responsável pela ruptura e pela transformação dessa prática em memória.

Saímos de uma era na qual era necessário “ter” o filme ou a música sob a forma de algum tipo de mídia física (LP, CD, DVD, fitas, *blu-ray*), passando a outra em que bastava armazenar o arquivo em sua rede pessoal (cartões de memória, HDs), até chegarmos ao momento atual, quando basta, tão somente, “ter o

acesso” ao conteúdo audiovisual ou musical disponível na rede mundial de computadores³.

A tecnologia de *streaming* foi a grande responsável para a passagem ao último, e contemporâneo, estágio. Ela pode ser definida nos seguintes termos:

Streaming é uma forma de transmissão de determinado conteúdo digital através de uma cópia temporária do que será enviado logo em seguida – buferização –, sem que haja o efetivo armazenamento do conteúdo no equipamento que está sendo utilizado para reproduzi-lo, vez que este recebe as informações ao mesmo tempo que as repassa ao usuário⁴.

O seu grande mérito é permitir a constante disponibilidade do conteúdo produzido, bem como tornar o consumidor independente do uso de mídias físicas para o armazenamento de arquivos⁵. Ademais, a facilidade de acesso, combinada a preços acessíveis, causou redução na pirataria, tanto pela compra de mídias no comércio informal, quanto pelo download ilegal⁶.

Contudo, para seu funcionamento adequado, o sistema depende de uma rede de acesso à internet veloz e de custos de acessíveis, capaz de sustentar a corrente de dados transmitidos, o que pode se configurar uma dificuldade a sua popularização em países cujo trânsito de dados ainda não se encontra em estágio satisfatório de desenvolvimento.

Dentro do gênero *streaming* é possível encontrar algumas espécies: *streaming* ao vivo; *streaming* interativo; *streaming* não

3 LOYOLA, Renata. O Streaming no Mundo. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; Feigelson (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 p. 525.

4 Completa ainda o autor: “Inclusive, o termo ‘*streaming*’ deriva do termo em inglês *stream*, que significa pacotes, pois o dispositivo recebe as informações em forma de pacotes, os quais transmitidos sequencialmente ensejam a percepção de uma continuidade na transmissão”. Idem, p. 526.

5 Atualmente, porém, já surgiu uma forma de acesso a conteúdo digital na interseção entre o *download* e o *streaming*, “o *streaming off-line*, por meio do qual há o acesso à mídia sem conexão à internet ou à rede de dados de telefonia. É igualmente conhecido como *download* temporário ou condicional justamente pelo fato de já ter sido realizado previamente ao acesso um *download* que cria uma cópia efêmera do conteúdo na memória do equipamento, sendo esta acessada de maneira semelhante ao *streaming*”. Idem, p. 526.

6 GANUZA, Juan José. VIECENS, María Fernanda. Over-the-top (OTT) Content: implications and best response strategies of traditional telecom operators. *Evidence from Latin America*. Proceedings of the 8th CPR LATAM Conference. Bogotá, May 30-31st, 2014, p. 8.

interativo; *streaming off-line*. Para o presente trabalho, importa-nos compreender melhor a modalidade interativa de *streaming*, já que tal categoria materializa a prestação de serviços de fornecimento de conteúdo audiovisual por demanda (CAVD).

Em tal modalidade, permite-se ao usuário escolher o conteúdo que deseja receber (ler, assistir, jogar ou escutar). O provedor disponibiliza, em seu portal, o acesso e o usuário decide qual programa (livro, faixa) e de que forma irá assisti-lo, podendo pausar a transmissão, repeti-la ou até pular determinada seção. Essa liberdade decorre justamente da interação direta e constante do usuário com seu fornecedor esse materializa como um de seus grandes atrativos⁷.

O grande ponto distintivo dessa esfera de serviços é a liberdade amplíssima dada ao consumidor, pois

[...] na modalidade do *streaming webcasting*, ou *on-demand*, não existe uma programação única veiculada indistintamente, tampouco há simultaneidade na disponibilização do conteúdo da obra e um público diverso. Ao contrário, cada usuário, de acordo com seus próprios interesses, escolhe as obras que deseja acessar, utilizando-as no local e no momento que melhor lhe aprouver⁸.

Nos serviços de CAVD, ao pagar uma mensalidade fixa, geralmente em valores módicos, tendo em vista o volume de conteúdo ofertado⁹, o usuário torna-se o senhor de sua programação, declara sua independência de uma grade de horários formulada com base nos interesses econômicos (venda de horários de propaganda) das emissoras e não mais se vê obrigado a amargar entediantes minutos com propagandas de produtos os quais não tem a menor intenção de consumir¹⁰.

7 LOYOLA, Renata. *O streaming no mundo*. *Op. cit.*, p. 529.

8 *Idem*, p. 529.

9 SILVA, Rafael. *Por trás do Netflix*: 1 milhão de filmes, 10 milhões de arquivos, 120 formatos de vídeo. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/120668/por-tras-netflix/>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

10 Estima-se, inclusive, que os usuários de serviços CAVD tenham deixado de assistir aproximadamente 160 horas de propaganda por ano. NASCIMENTO, Elias. *Você sabe quantas horas de comerciais deixa de ver por dia de Netflix*. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/netflix/85145-voce-sabe-quantas-horas-comerciais-deixa-ver-dia-netflix.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Visto isso, fica evidente o potencial revolucionário (disruptivo) dessa nova sorte de serviços sobre o mercado (amplo) de entretenimento doméstico¹¹. Um dos resultados foi a perda em massa de clientes pela TV por assinatura, com estimativa de, no ano de 2016, o cancelamento de aproximadamente 312 mil contratos¹².

Desde o surgimento, em 2007, da *Netflix* como plataforma de *streaming*¹³, surgiram diversos outros provedores de serviços idênticos ou análogos¹⁴, explorando diversos nichos dentro desse mercado (animações japonesas, produções independentes, conteúdos considerados clássicos, entre outros).

Trata-se de modelo de negócio cujos custos de manutenção da infraestrutura são relativamente baratos, especialmente quando comparados com a TV por assinatura, uma vez que utiliza a internet como meio para o fornecimento do seu produto, não dependendo da instalação de uma rede física ou de satélites e antenas. Em decorrência disso, as OTT SVOD (*Over The Top – Subscription Video on Demand*) acabam por gozar de certo fôlego financeiro para investir na produção de conteúdo próprio de transmissão.

3. O PL n. 8.889/2017 e a política de cotas para as CAVd: em busca do *standard* perdido

No cenário brasileiro, já é possível encontrarmos movimentos

11 TEIXEIRA JR. Sérgio. *Como o furacão Netflix está transformando a televisão*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/como-o-furacao-netflix-esta-transformando-a-televisao/>. Acesso em: 20 dez. 2018.

12 RAGAZZO, Carlos. *A Netflix e o destino da TV por assinatura*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniaao-e-analise/artigos/a-netflix-e-o-destino-da-tv-por-assinatura-09102017>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

13 Anteriormente funcionava como locadora a domicílio de mídias físicas.

14 Citamos exemplificativamente, plataformas que funcionam de forma semelhante seja por assinatura ou por aquisição individualizada de conteúdo: *Crunchyroll* (especializado na transmissão de animações japonesas); *Crakle* (serviço gratuito dos estúdios Sony); *Hulu* (que oferece, ainda, serviços de *streaming* ao vivo); *Amazon Prime Video*; *Google Play Videos*; *iTunes* (plataforma da *Apple*); *Acorn.tv* (focada em conteúdo produzido na Inglaterra); *Sling TV* (toda programação é ao vivo); *Viki* (plataforma de conteúdo Coreano); *Mubi.com* (voltado à difusão de filmes clássicos e independentes); *PopcornFlix* (igualmente assentado no provimento de filmes clássicos e de produtoras independentes); *Vudu* (de propriedade do *Walmart*); *Looke* (plataforma brasileira que combina a oferta de assinatura com a de aquisição individualizada de conteúdo); *HBO Go* (canal virtual de conteúdo exclusivo da *HBO*, o qual permite acesso a toda a programação de forma livre).

legislativos para a regulação¹⁵ do CAVD, os quais se materializaram na elaboração do PL n. 8889/2017¹⁶, ainda em tramitação, de autoria do deputado Paulo Teixeira (PT-SP)¹⁷.

Nas justificativas da proposição, são destacados quatro enfoques:

O primeiro diz respeito à determinação dos valores devidos a título de contribuição ao desenvolvimento do mercado audiovisual. A aplicação do Condecine por título ofertado seria abusiva para essa indústria, pois o estoque de títulos é muitas vezes superior ao fluxo de demanda no mercado brasileiro. Optamos, pois, por aplicar uma contribuição progressiva de até 4% sobre o faturamento bruto apurado, acompanhando práticas de outros países para esse setor. Preserva-se, assim, uma proporcionalidade com o porte das operações dessas empresas no mercado local.

O segundo refere-se ao estímulo ao consumo de títulos brasileiros. Inexistindo previsibilidade no fluxo de demanda, a mera presença do título no catálogo não assegura o acesso pelo consumidor. Além disso, impor uma proporção de títulos brasileiros no catálogo acima do razoável iria induzir empresas globais a restringir o tamanho da oferta no Brasil, prejudicando o consumidor. Preferimos, pois, atrelar o número de títulos disponíveis ao porte da produção local de material audiovisual nos últimos cinco anos, ao porte das empresas provedoras, e impor

15 No presente trabalho, adotamos o conceito de regulação de Alexandre dos Santos Aragão, qual seja: "... o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicas, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis". ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 40.

16 O PLS n. 37/2018, com os mesmos objetivos e disposições normativas semelhantes teve sua tramitação arquivada em 01/03/2018, conforme: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132210>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

17 Por questões de esclarecimentos teóricos, falamos em reguladores em sentido amplo. Nosso conceito engloba tanto o poder executivo, seja pelos órgãos diretamente subordinados a sua chefia, seja pelas Agências Reguladoras independentes, quanto o poder legislativo, através da produção de legislação primária.

condições de priorização dos títulos nacionais nos mecanismos de seleção oferecidos pela provedora, implantando o que vem sendo chamado de destaque visual ou proeminência desses títulos.

O terceiro relaciona-se ao fato de um número crescente de empresas globais oferecerem serviços a partir do exterior diretamente ao público brasileiro, sem manter representação no País. Somos, evidentemente, favoráveis à prática, que beneficia o consumidor nacional, e acreditamos que essa oferta deva ajustar-se à legislação local.

O quarto, enfim, reproduz mecanismo de estímulo à regionalização da produção audiovisual brasileira, nos moldes do que já é feito pela Lei do SeAC, estipulando que o mínimo de 30% dos recursos destinados ao Fundo Setorial do Audiovisual sejam empregados em produções das regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste.

Veremos que cada um desses enfoques acaba se materializando em disposições normativas previstas na proposta legal.

Inicialmente, o projeto de lei, em seu art. 2º, delimita os conceitos fundamentais e necessários à sua aplicação, tais como conteúdo audiovisual, modalidade avulsa de programação produtora, em sentido geral, brasileira e independente, entre outros.

O art. 3º¹⁸ do referido projeto atribui competência à Agência Nacional do Cinema (ANCINE) para agir como o regulador do mercado. Nessa qualidade, terá o dever de aprofundar a regulação mediante a produção de normas secundárias, bem como de fiscalizar e sancionar os agentes.

Ademais, o art. 4º do projeto analisado prevê quais os princípios diretores da provisão de conteúdo audiovisual por demanda, nesse sentido:

18 Art. 3º A regulação e fiscalização da atividade de comunicação audiovisual por demanda será de competência da Agência Nacional do Cinema - ANCINE. § 1º Compete à Agência Nacional de Cinema (Ancine) credenciar as empresas enquadradas no art. 2º, inciso VII, desta lei. § 2º O credenciamento de que trata este artigo constitui condição prévia para o exercício de atividades de provimento de conteúdo audiovisual por demanda. § 3º Todos os agentes deverão prestar informações à agência quando solicitadas, incluindo dados sobre a oferta e o consumo de conteúdos audiovisuais, assim como sobre as receitas auferidas no desempenho de suas atividades.

Art. 4º A provisão de conteúdo audiovisual por demanda, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios:

- I - liberdade de expressão e de acesso à informação;
 - II - promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação;
 - III - promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira;
 - IV - estímulo à produção independente e regional;
 - V - liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição entre modalidades de oferta de conteúdo audiovisual.
- Parágrafo único. Adicionam-se aos princípios previstos nos incisos deste artigo aqueles estabelecidos na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 485, de 20 de dezembro de 2006.

Portanto, da leitura dos enfoques apresentados na justificativa do PL e dos princípios elencados em seu art. 4º, fica evidente o objetivo de fomentar a produção nacional de conteúdo audiovisual como instrumento de preservação e difusão da cultura brasileira.

Para tanto, o legislador escolheu a adoção de política de cota de conteúdo nacional imposta sobre o setor como instrumento para o fomento das produtoras locais. Nesse sentido, a proposta legislativa determina, em seus arts. 7º e 8º o seguinte:

Art. 7º O catálogo de títulos ofertados por provedora de conteúdo audiovisual por demanda deverá incluir um número de títulos produzidos por produtora brasileira, determinado pela Ancine, considerando a capacidade econômica de cada provedora, sua atuação no mercado brasileiro e a produção total de títulos brasileiros nos cinco anos precedentes.

§ 1º Da cota estabelecida para cada provedora na forma deste artigo, 50% será composta de obras produzidas por produtora brasileira independente.

§ 2º A cota estabelecida no caput deverá ter caráter progressivo, não sendo inferior a 2% do total de horas do catálogo ofertado para empresas com receita bruta anual até R\$ 3,6 milhões e tendo como patamar mínimo 20% para empresas com receita bruta anual acima de R\$ 70 milhões.

§3º Estão excluídas das obrigações dispostas no item anterior as microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, nos termos da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 8º Os mecanismos de catalogação e seleção postos pela provedora de conteúdo audiovisual por demanda à disposição dos consumidores deverão assegurar destaque a conteúdo de produtoras brasileiras nas seguintes condições:

I – será oferecida disposição destacada a obras de produtoras brasileiras, de modo a assegurar proeminência às mesmas em relação ao restante do catálogo, na forma do regulamento;

II – a disposição de que trata o inciso I será aplicada aos vários gêneros ou categorias adotados nos mecanismos de busca e de oferta da provedora.

Para o *enforcement* das diretrizes legais, o projeto legislativo permite à Agência a imposição de sanções de advertência, multa (inclusive diária), suspensão temporária do credenciamento e cancelamento do credenciamento¹⁹.

19 Art. 12. A empresa que descumprir quaisquer das obrigações dispostas nesta Lei no exercício de atividade de provimento de conteúdo audiovisual por demanda sujeitar-se-á às seguintes sanções aplicáveis pela Ancine, sem prejuízo de outras previstas em lei, inclusive as de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa, inclusive diária;

III - suspensão temporária do credenciamento, quando couber;

IV - cancelamento do credenciamento, quando couber.

§ 1º Na aplicação de sanções, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos a terceiros dela resultantes, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica, entendida como a repetição de falta de igual natureza após decisão administrativa anterior. ▶

Apesar de o artigo 12 e seus parágrafos preverem as penalidades e algumas balizas para sua imposição, entre os quais reincidência, capacidade econômica do agente, gravidade e danos a terceiros, a norma não elenca tipos específicos de infrações administrativas, padecendo de falta de clareza e risco de insegurança.

3.1 Técnicas de comando e controle: vantagens e inconvenientes

A análise das disposições da proposta normativa em tela nos permite afirmar que foram adotadas, predominantemente, estratégias do tipo de comando e controle, ainda que com o claro objetivo de fomento da produção audiovisual nacional.

As estratégias de comando e controle representam a mais clássica ideia de direção estatal de uma atividade. Em muito se assemelham à noção de poder de polícia amplamente difundida na doutrina brasileira²⁰.

Esse tipo de método regulatório consiste na criação de normas impondo padrões de condutas cuja inobservância acarretará sanções. As normas regulatórias, nesse caso, aproximam-se das normas penais, há um preceito primário, a conduta proibida ou imposta, e um preceito secundário, a sanção pelo desatendimento da ordem anterior, mesmo que em dispositivos separados.

19 § 2º Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também serão punidos com a sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido de má-fé.

§ 3º A existência de sanção anterior será considerada como agravante na aplicação de outra sanção.

§ 4º A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ser inferior a R\$ 1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais) nem superior a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada infração cometida.

§ 5º Na aplicação de multa, serão considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

§ 6º A suspensão temporária do credenciamento, de até 30 (trinta) dias, será imposta em caso de infração grave cujas circunstâncias não justifiquem o cancelamento do credenciamento.

20 José Cretella Júnior, em artigo no qual minudencia o conceito de poder de polícia, afirma: "Estamos agora em condições de estruturar definição universal do poder de polícia, mediante o qual os Estados de direito, de nossos dias, satisfazem a tríplice objetivo, qual seja, o de assegurar a tranquilidade, a segurança, a salubridade, mediante uma restritiva série de medidas, traduzidas, na prática, pela ação policial, que se propõe a atingir tal desideratum". CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 162, p. 10-34, jan. 1985. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44771/43467>>. Acesso em: 20 dez. 2018. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v162.1985.44771>>, p. 28.

As proibições e imposições podem se manifestar em padrões de conduta específicas (*standards*), marcas a serem atingidas pelos agentes regulados, sob pena de sanção.

A vantagem mais evidente é a sua aplicação imediata e imperativa sobre o setor, com potencial de alterar as condutas dos agentes tão logo a norma entra em vigor. Ademais, é possível a determinação de exclusão do mercado de empreendedores que não se adequem aos padrões estabelecidos pelo Poder Público²¹.

Contudo, a eficácia instantânea e o forte incentivo ao *compliance* imediato são acompanhados de diversas fraquezas. A primeira delas é o problema, já há muito indicado pela literatura da teoria regulatória, da captura²². Esta se materializa no controle, pela indústria regulada, da produção normativa a qual lhe será imposta. Popularmente, refere-se como “colocar a raposa para tomar conta do galinheiro”, o que, evidentemente, restará apenas em benefícios ao vigia infame.

Mais uma adversidade seria a propensão ao excesso de legalismo. Normas de comando e controle tendem a iniciar um processo de criação exponencial de regras, as quais, por sua vez, demandam a produção de uma estrutura burocrática para sua fiscalização e implementação, aumentando os custos do regulador e do regulado²³.

Outra fragilidade do método impositivo é a dificuldade de se criar um parâmetro (*standard*) apropriado. O regulador há de buscar um equilíbrio entre seus objetivos regulatórios e os interesses dos consumidores, que não querem ser prejudicados, geralmente com aumento de preços, por fardos regulatórios²⁴. Além disso, uma vez fixado um padrão, os privados não terão qualquer incentivo para ir além do estabelecido e fazer melhor, mais do que um mínimo de qualidade, o parâmetro legal pode significar um teto de atuação para os regulados.

21 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice. Op. cit.*, p. 107.

22 STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n. 1. Rand Corporation. (Spring. 1971), p. 3-21.

23 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice. Op. cit.*, p. 108.

24 *Idem*, p. 109

No caso do projeto de lei em questão, adotou-se uma das formas pelas quais a normas de comando e controle podem se manifestar, qual seja, a criação de uma política de cota de conteúdo nacional para determinado mercado. Porém, faz-se necessário explicitar o conceito de política de conteúdo local adotado no presente trabalho:

Políticas de conteúdo local podem ser entendidas como a obrigação de utilizar bens produzidos no país ou contratar serviços prestados por nacionais. Os agentes econômicos submetidos a tal dever, ao invés de poderem importar um equipamento ou contratar um serviço no exterior, têm que utilizar um equipamento que seja total ou parcialmente fabricado em território nacional ou contratar um serviço que seja prestado por brasileiros²⁵.

O objetivo é criar a demanda para uma indústria local nascer e/ou se fortalecer para gerar uma série de externalidades positivas entre as quais o incremento da balança comercial, acréscimo de postos de trabalho e expansão da arrecadação tributária e desenvolvimento tecnológico local²⁶.

Como mencionamos acima, a grande dificuldade de normas criadoras dessa categoria é justamente o estabelecimento de parâmetros. Desse modo, ao aplicar a setores de infraestrutura, Danilo Tavares da Silva ressalta tal complexidade:

A adoção das políticas de conteúdo local lida com o desafio de dosar precisamente o percentual exigível das empresas reguladas: um índice muito baixo pode ser irrelevante para fins de promoção da indústria local, caso a meta estipulada já corresponda algo próximo da fatia do mercado detida pelos produtores nacionais, ao passo que um índice muito alto pode ser por demais dificultoso de ser obtido no prazo em que o regulador estipular, e isso pode implicar custos muito superiores ao que seria razoavelmente pressuposto incorrer²⁷.

25 SILVA, Danilo Tavares da. Alguns Comentários sobre políticas de conteúdo local em setores de infraestrutura. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDFFE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 191-221, set./fev. 2015, p. 191.

26 *Idem*, p. 192.

27 *Idem*, p. 206.

Estressando ainda mais o argumento, a calibração do *standard* é apontada como uma das maiores dificuldades pelos principais autores do tema. Stephen Breyer, afirma ser tentador, porém enganador, pensar no processo de estabelecimento de um *standard* a partir da idealização de um regulador racional. Tal agente, inicialmente, pesquisaria os problemas a enfrentar, então faria uma análise de custo/benefício inicial, para selecionar uma parte da disfunção que ele deve atacar inicialmente para obter melhores resultados aos menores custos. Em seguida, o administrador obteria informação e desenharia o *standard* que reduziria os efeitos adversos endereçados de forma razoavelmente econômica. Após, aplicaria o parâmetro desenvolvendo mecanismos para garantir o *compliance*. Por fim, o agente deveria monitorar e avaliar a efetividade do *standard* e revisá-lo a partir de suas observações empíricas²⁸.

Dando seguimento, o autor foca sua teoria na procedimentalização do estabelecimento de um *standard*. Haveria, para tanto, cinco estágios: estabelecimento de uma agenda inicial e padrões preliminares; obtenção de informação detalhada; formulação de um *standard* básico; barganhas para modificações, e; implementação do parâmetro final²⁹.

A primeira fase consistiria no estabelecimento de uma agenda inicial e padrões preliminares. Trata-se do momento de abertura do diálogo, estabelecimento de prioridades e condução de estudos de custo-benefício³⁰. No caso da proposta normativa presente, não parece ter ocorrido qualquer uma dessas posturas.

28 Nas palavras originais do autor: "It is tempting but misleading to think of the standard-setting process as it might exist in the idealized world of the rational policy planner. In such a legislator or an administrator with broad statutory authority would first seeks to define the adverse effect, such as pollution or highway deaths, that he seeks to control. The administrator would then use a preliminary, rough cost/benefit analysis to select the specific part of the general problem that he should attack initially in order to obtain the greatest improvement at the lowest cost. Next, the administrator would obtain information and design a standard that would reduce the target adverse effects to an economically reasonable level in least expensive way available. He would enforce that standard, developing means to ensure compliance. Finally, he would monitor enforcement, evaluate the standard's effectiveness, and revise it in light of his findings". BREYER, Stephen G. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press. 1982. p. 98.

29 Idem, p. 101.

30 Idem, p. 101.

A justificativa, demasiada sucinta, não apresenta qualquer espaço para diálogo, menos ainda expressa algum estudo de custo-benefício das medidas³¹.

No segundo passo, na medida em que o regulador começa a focar no desenvolvimento de uma norma permanente e detalhada, sua tarefa principal será coletar informações relevantes. Trata-se, com efeito, do maior obstáculo do processo, encontrar fontes inteligíveis, relevantes e confiáveis de conhecimento. Não apenas as dificuldades tornam relevante essa atividade, como também o fato de ser determinante para a definição dos passos futuros³².

Como afirmado anteriormente, no caso concreto não há qualquer indício de busca acurada de dados pelo legislador. Na verdade, há, conforme notícia supracitada, um diálogo esquizofrênico entre o Congresso Nacional e o órgão regulador do setor, a ANCINE, na medida em que esta se opõe, publicamente à política em exame.

Chegamos, então, ao momento central do procedimento, a definição do parâmetro. Neste ponto, o regulador deve optar entre o estabelecimento de um *design standard* ou uma *performance standard*. No primeiro, o agente estipula, precisamente, como o administrado deve agir, como estruturar seu *modus operandi*. Já no último, o Estado impõe uma performance obrigatória a ser atingida pelo mercado, deixando os agentes livres para determinar os meios³³.

No caso em estudo, é notória a escolha por um padrão de performance, o qual conta com qualidades e imperfeições. Tal *standard* facilita flexibilidade e mudança. Endereça-se diretamente ao problema, pois como a agência deve, em todo caso, considerar a performance de diferentes operadores para estabelecer o padrão de atuação, pode ser mais fácil para o regulador determinar exatamente as metas. Por outro lado, *performance standards* são, com frequência, de difícil aplicação, pois levam a

31 Não apenas a justificativa é magra como, em contato, via e-mail, com o autor do Projeto de Lei n. 8.889/2017 não obtivemos, até a presente dada, qualquer resposta sobre os parâmetros adotados e seu método de definição.

32 BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Op. cit., p. 103.

33 Idem, p. 105.

questionamentos substanciais sobre o procedimento adequado de medição do atingimento dos objetivos propostos³⁴.

No caso da proposição legal investigada, adotou-se um sistema de standards de performance, o qual é, deveras, mais cômodo e fácil de ser estabelecido pelo poder público. Não obstante, sua aplicação prática pode ser difícil e custosa de monitorar, bem como os objetivos estabelecidos correm o risco de oscilar entre a inocuidade e impossibilidade.

A quarta etapa corresponde à negociação de um *standard* definitivo. Abre-se à participação dos interessados, indústria, consumidores, outros grupos de interesse, para o levantamento e absorção de ponderações. Desse espaço de deliberação conflituosa e permeada de antagonismos, sai o padrão final. Nessa lógica, assevera Breyer:

A negociação envolvida na fixação de um *standard* não transforma o processo em uma forma de barganha coletiva. As partes não se encontram e trocam informações para atingir um consenso geral. Ao revés, a negociação consiste em esforços das partes em usar suas armas para modelar o padrão final, no lugar de seu estabelecimento através de uma análise racional. O resultado é um *standard* que se afasta do ideal do regulador, na medida em que é definido para garantir um acordo relutante entre os envolvidos, ou, no mínimo, a redução da veemência de sua oposição. Nesta medida, o ideal de parâmetros racionais é sacrificado pelo critério do negociador – eventualmente ao ponto no qual o resultado líquido é um acordado, mas ineficaz³⁵.

34 Originalmente, pelo autor: “A performance standard permits flexibility and change. It is directly addressed to the problem that must be solved. And since the agency must, in any event, consider the comparative performance of different machines in order to write a design standard, it may be easy for the agency to write its directly in terms of performance goals, such as cleaner air or fewer injuries. On the other hand, performance standards are often difficult to enforce, because they lead to complex arguments about the appropriate testing procedure for differently designed machines”. Idem, p. 105.

35 Tradução livre de: “The negotiation involved in standard setting does not turn that process into a form of collective bargain. The parties does not all meet and trade specifics in order to find general agreement. Rather, the negotiation consists of efforts by the parties to use their weapons to shape the final standard other than through rational analysis. The result is a standard that departs from the policy planner’s ideal insofar as it is designed to secure the parties’ reluctant agreement, or at least a reduction in the vehemence of their opposition. To this extent, the ideal of the rational standards is sacrificed to the criteria of the negotiator – sometimes to the point where the net result is an agreed – upon but ineffective standard”. Idem, p. 108.

No caso da cota de conteúdo local para CAVD, não consta, no processo legislativo em análise, uma comunicação verdadeira entre as partes interessadas, inclusive consumidores. Há vozes dissonantes reverberando nos meios de comunicação e redes sociais³⁶, mas não foi apresentado qualquer mecanismo substancial de negociação entre os personagens atingidos pela medida.

Atingimos, com a implementação do *standard*, o estágio derradeiro. Seja com a nova lei ou estatuto regulatório, de qualquer forma, haverá a imposição do parâmetro à indústria. Ao contrário do que parece, não se trata do fim de uma estrada, mas do começo de outra, possivelmente ainda mais árida, no cenário nacional, da judicialização³⁷.

Da implementação do parâmetro, surge outro tormento, garantir a sua efetividade. Justamente essa dificuldade é alvo de observações do já citado Stephen Breyer, para quem a efetividade do *standard* dependerá, obviamente, da habilidade do regulador em efetivá-la. Diversos são os obstáculos: quantidade de agentes, valorização das multas, diálogo com o setor regulado. Todos esses fatores influenciam no desenho do padrão. Situações em que o *compliance* voluntário é mais provável, a simplicidade e compreensibilidade das normas serão mais valorizadas e os reguladores poderão ter um papel mais ativo na definição das metas³⁸. Ou seja, mais do que

36 Podemos encontrar algumas matérias jornalísticas sobre o tema: Netflix e outros serviços de streaming podem ser legalmente obrigados a produzir conteúdo na Europa. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/netflix-conteudo-local-europa/>> (acesso em: 20 dez. 2018); Netflix faz críticas a UE sobre cota de conteúdo. Disponível em: <<https://www.oficinadanet.com.br/netflix/23980-netflix-faz-criticas-a-ue-sobre-cota-de-conteudo>> (acesso em: 20 dez. 2018); Netflix promove encontro com brasileiros para debater sobre conteúdo local. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/canaltech/netflix-promove-encontro-com-brasileiros-para-debater-sobre-conteudo-local,d91d740286edad2b8e6defbb357583385cqb7g xv.html>> (acesso em: 20 dez. 2018).

37 Assim explica Stephen Breyer: "As noted above, before an agency can implement the standard, it must survive judicial review. And the Process of review may take several years. The courts do not often strike down agency action; they are far more likely to accept than to reject the agency's standard. And in any event, the agency is usually free to enforce the standard during the review process. In important and controversial cases, however, the courts may stay enforcement of the challenged rule, thus adding significantly to agency delay". Idem, p. 108-109.

38 Originalmente como: "The effectiveness of the standard will obviously depend on the agency's ability to enforce it. Critics of OSHA complain, for example, that it has too few inspectors and that fines are so low – one thousand dollars for a serious violation – that employers do not worry about being caught. Employers, on the other hand, argue that they would comply voluntarily more often if OSHA would advise them about whether their proposed improvements in machinery or plant comply with the laws, but the statute inhibits OSHA from giving advisory opinions. In most agencies these later problems of implementation will affect the way in which the agency writes the standard. If the agency must rely on voluntary compliance, for example, simplicity and comprehensibility will be more important than precise accuracy, and the agency will be tempted to give the industry a larger role in the standard-setting process". Idem, p. 109.

estabelecer um parâmetro para o mercado, deve o regulador se equipar dos meios necessários à garantia de sua efetividade.

3.1.1 O PL n. 8.889/2017: O prelúdio de uma sinfonia desafinada

Passando à análise direta do PL n. 8.889/17, percebe-se, de início, que o projeto de lei em questão cria mais uma atribuição fiscalizatória para a ANCINE sem, todavia, reforçar seus recursos para tanto. Estabelecer mais uma incumbência sem conferir meios adequados para seu exercício tem elevadas chances de tornar o regulador um claudicante fiscalizador, tanto para a nova competência quanto para as já tradicionais.

Ademais, em sua elaboração, ocorreu um atropelo total das fases sugeridas pelo autor americano acima citado. O projeto elaborado, com poucas justificativas e sem adequada fundamentação e instrução, não esclarece os critérios para estabelecimento do *standard* da cota de conteúdo local. Não há indícios de participação da indústria ou de consumidores, muito pelo contrário, aparentemente estamos diante de uma escolha ideologicamente enviesada e atécnica. Portanto, a estratégia adotada não soa como a mais adequada para o mercado a ser regulado, especialmente na sua fase atual.

Como mencionado acima, a fixação de um *standard* de performance esbarra na dificuldade do *enforcement*. Ademais, normas restritivas tendem a gerar incentivos aos seus subordinados a buscar formas de “cumprilas, mas nem tanto”, isto é, a adoção de mecanismos criativos de *compliance* (*creative compliance*). Para fazer cumprir suas ordens, o regulador deverá investir em uma estrutura fiscalizatória pesada, com funcionários capacitados e capazes de se adaptar às estratégias da indústria.

No estágio atual, nem a ANCINE se apresenta suficientemente aparelhada para exercer mais essa atividade fiscalizatória, nem o mercado de CAVD e as produtoras nacionais se apresentam capazes de cumprir a nova ordem legislativa, ao menos sem incorrer em maiores custos seja para o público em geral, seja na categoria

de contribuinte ou na de consumidor do serviço de fornecimento de audiovisual por demanda³⁹.

Indo além, ao aceitarmos a premissa da eficiência na fiscalização das obrigações legais, conseqüentemente, teremos, ao menos no momento inicial, volume considerável de sanções aos agentes do mercado. A imposição abundante de penalidades pode desembocar na judicialização excessiva das infrações, aumentando ainda mais os custos, não apenas financeiros, mas também de *enforcement*.

Nesse diapasão, Stephen Breyer aponta os principais empecilhos causados pela intervenção judicial nas políticas de *standards*. O primeiro deles seria a adoção de procedimentos adversariais, dificultando a flexibilidade procedimental necessária a uma abordagem de tentativa e erro e constante revisão do padrão, por conta de constantes ingerências do Judiciário contra os procedimentos adotados. Somada a essa, pode surgir a dificuldade de o regulador manter registros de todas as informações que poderiam ter sido relevantes para a decisão. Os advogados dos reguladores irão inserir informações suficientes para análises de custo/benefício pelas cortes, gerando um risco de enviesamento e, possível dificuldade de compreensão pelo Judiciário, uma vez que essas análises são projetadas, geralmente, para avaliar os resultados das normas, não como elas devem ser.

Outra dificuldade se refere ao ruído na comunicação entre os reguladores, geralmente técnicos, e os magistrados, os quais podem não simplesmente discordar sobre quais elementos são suficientes para tornar a decisão regulatória racional. Finalmente, há o constante empecilho do atraso gerado pela intervenção judicial⁴⁰.

39 Isto porque, na fiscalização da cota tela pela ANCINE, os complexos cinematográficos que são obrigados a enviar seus dados à Agência reguladora, a qual faz uma análise documental do material enviado. Dessa maneira, há o deslocamento de recursos, financeiros e materiais, dos prestadores de serviços e do órgão regulador apenas para atividade fiscalizatória, conforme Relatório da Própria ANCINE referente à cota de tela do ano de 2015, disponibilizado em 03/07/2017. Disponível em: <<https://www.ancine.gov.br/pt-br/regulacao/cinema/cota-de-tela>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

40 Originalmente: Although the criteria applied by judges in reviewing agency decisions seem reasonable, leaving the agency with great discretion, the prospect of judicial review, even under such broad criteria as these, creates several problems for the agency. [...] *Adversary proceedings*. The procedural requirements of "notice and comment" rulemaking encourage the agency to use back-and-forth adversary trial-and-error approach to obtain information and develop standards. [...] Yet the decision makes it difficult for the agency to use information gathered either to promulgate an optimum standard or to make revisions expeditiously. [...] The agency ▶

As disfunções causadas pela judicialização em políticas de comando em controle ficam, portanto, evidentes e prejudicam a aplicação dessa estratégia para um mercado muito novo, dinâmico e em constante modificação. Tais riscos, como qualquer um, serão precificados, ameaçando uma das qualidades mais apreciadas pelos consumidores, a modicidade tarifária dos planos de assinatura do serviço em questão.

A título de abertura para o debate, ressaltamos que, como mencionado acima, um dos problemas da estratégia de comando e controle é o risco de captura pela indústria. Contudo, no caso de nossa pesquisa, não parece ser esse o caso. Em verdade, a indústria, e possivelmente a maior parte dos consumidores, se opõe à imposição dessa cota mínima de produção local⁴¹. Portanto, não avançaremos muito neste argumento.

3.12 Política conteúdo como um *standard* de atuação

Tendo em vista a novidade da proposta, para analisar sua efetividade devemos voltar nossos olhos a casos recentes em que se utilizou uma política de cota de conteúdo local. Naturalmente, a realidade demanda adaptações da teoria, não obstante, há elementos comuns os quais podem indicar problemas futuros para implantação eficiente de uma estratégia regulatória.

⁴⁰ may determine the standard's content initially through informal meetings and negotiation with those affected, later "ratifying" the decision with a more formal procedure. The courts may hold this process unlawful, however, as an effort to circumvent the law's procedural requirements. [...] *The need to keep records*. The possibility of court review has led agencies to keep records demonstrating the basis of their decision and the fact that all the relevant issues were explored. By doing so, the agency shows that its decision was rational. Yet the agency may find it difficult to keep a thorough set of records. [...] Thus, records for court review are often made ex post. The agency's lawyers insert into a public record sufficient information to show rational support for each key decision. Cost/Benefit analyses are often prepared to support decisions already reached rather than to help determine what future decisions ought to be made. *Rationality and hard information*. An agency decision must appear rational or nonarbitrary to a court in light of the information in the record. Yet an agency staff member or engineer may not agree with a judge or lawyer about what is rational. *Delay*. Judicial review is time-consuming possibly taking years. Courts are crowded, delay is inevitable, and any serious Confrontation may lead to an injunction postponing the effective date of the standard until the legal issues are resolved. This fact helps explain why modification of standards once set is difficult. It also reinforces the need for fairly simple standards that will last for many years without becoming obsolete" BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Op. cit., p. 116-118.

⁴¹ O próprio Ministério da Cultura já se manifestou contrariamente à exigência da cota de 20% de produções nacionais às plataformas de conteúdo audiovisual por demanda de grande porte. Contudo, ignorando os apelos do Poder Executivo, o Congresso Nacional enviou o PL n. 8.889/2017 às Comissões de Cultura; Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática; Finanças e Tributação; e, Constituição e Justiça e de Cidadania.

A política de cotas, como incentivo, deve trazer em si, para ser verdadeiramente eficiente, a fagulha de sua própria morte. Pautando-se pela transitoriedade, o fomento à indústria local só poderá ser considerado bem-sucedido se, passado razoável período de tempo, não mais se fizer necessário. Os produtores nacionais devem ser incentivados a buscar sua independência, do contrário, teremos um mercado pátrio viciado e hesitante, dependente de incentivos à custa da sociedade⁴².

Para compreender melhor a dinâmica de tal sistema, apresentaremos uma breve discussão sobre dois mercados que adotaram tal medida. O primeiro deles, de petróleo e gás, o qual, apesar da grande discrepância do CAVD, merece destaque por ser um caso paradigmático das políticas de conteúdo local no Brasil, inclusive sobre a qual já há relatórios dos órgãos de controle. O segundo mercado, visivelmente mais similar ao analisado, é o de cinema, que sofreu a imposição da cota de tela imposta pela ANCINE.

3.1.2.1 O caso da indústria do petróleo

No Brasil, o caso mais emblemático do uso de políticas de conteúdo local foi o do setor petrolífero. Após a flexibilização do monopólio e no início das rodadas de licitação o mercado de petróleo e gás encontrava um dilema, por um lado, ou as multinacionais chegariam ao país com sua já estabelecida rede de

42 O já citado Danilo Tavares da Silva assim nos alerta: "Uma das principais críticas ao protecionismo comercial diz respeito à sua incapacidade de estimular a contínua eficiência das empresas. Na falta de concorrência estrangeira, elas tendem a se acomodar, apropriando-se da renda sem repercutir em incrementos de qualidade de seus produtos e serviços. Daí a opinião de que a proteção à indústria não deve durar mais do que o suficiente para que ela ganhe condições de competitividade com as firmas estrangeiras e que ela deva ser focada em setores nos quais o país realmente tenha condições de alcançar a posição de destaque no mercado global no provimento de soluções tecnológicas em detrimento de atividades de baixo conteúdo técnico". "Ou seja, recomenda-se que o sobrepreço que a sociedade paga tenha como objetivo criar uma indústria eficiente, e não transferir renda para empresários protegidos da concorrência externa." [...] "Difícilmente alguém haveria de discordar do argumento de que a política industrial não é feita para enriquecer um grupo seleto de empresas à custa do usuário final do serviço, mas o consenso é mais difícil quando se trata de estabelecer o tempo de proteção necessário. Não é difícil crer que a eventual retirada das vantagens em favor do conteúdo local é tão mais difícil de ser realizada quanto maior for o êxito na criação de empregos e impostos, mesmo que a um custo elevado. Isso porque os custos desse tipo de política são distribuídos em porções reduzidas pelo gigantesco universo de usuários finais dos serviços, ao passo que a ativação ou reativação de indústrias, criação de postos de trabalho e arrecadação se dão à vista de modo mais fácil. Se o custo de proteção fosse consubstanciado num montante em dinheiro e destinado diretamente aos fabricantes de máquinas e equipamentos, não é de se duvidar que seria uma medida impopular." SILVA, Danilo Tavares da. *Alguns comentários sobre políticas de conteúdo local em setores de infraestrutura*. Op. cit., p. 205-206.

fornecedores internacionais, esmagando o mercado interno, ou, por outro, havia incertezas se as empresas nacionais, já comprometidas com as demandas da Petrobrás, teriam a capacidade de absorver a ampliação do mercado⁴³.

Previamente à implantação da referida política, foi realizado, sob encomenda da ANP, um estudo⁴⁴ sobre o tema, cuja conclusão foi:

pela capacidade de a indústria brasileira atender até 60% da demanda futura por máquinas e equipamentos e pela impossibilidade de estabelecimento de um índice de nacionalização mandatário, porquanto isso significaria protecionismo⁴⁵.

Diante desta conclusão, a agência decidiu não estabelecer, de início, um índice mandatário de conteúdo local, conferindo ao conteúdo local a qualidade de critério de pontuação na licitação.

Quando da realização da 5ª e 6ª rodadas, houve a estipulação, pela ANP, de percentuais mínimos globais para a exploração e desenvolvimento, bem como a pontuação de índices, em relação a itens específicos, propostos pelos licitantes. Contudo, a mudança acabou por acarretar problemas às concessionárias, uma vez que

Os índices estipulados pela ANP foram superiores em relação ao proposto pelos licitantes nos certames anteriores, e o fato de o índice permanecer como critério de julgamento levou a um número final constante das propostas maior ainda (79% e 86% e 86% e 89%). Posteriormente, verificou-se que as concessionárias não tinham como cumprir suas propostas e, em razão disso, têm sofrido sanções da ANP até hoje. A comprovação do atendimento de tais índices passa a se dar por declaração de origem emitida pelo fornecedor do bem nacional⁴⁶.

43 Idem, p. 209.

44 ANP/PUC-Rio (1999). Mecanismos de Estímulo às Empresas Concessionárias de Petróleo à Aquisição de Equipamentos, Materiais e Serviços no Mercado Nacional. Relatório Final - Consultoria. Rio de Janeiro. ANP.

45 SILVA, Danilo Tavares da. *Alguns comentários sobre políticas de conteúdo local em setores de infraestrutura*. Op. cit., p. 209.

46 Idem, p. 211.

Houve a tentativa, na 7ª rodada de licitações, de retirar o conteúdo local como critério de pontuação, porém, a proposta não foi acatada. Todavia, o modelo da referida rodada inovou ao prever o perdão (*waiver*) para as hipóteses de impossibilidade de cumprimento “do índice de algum item específico desde que previamente demonstrado pela concessionária e autorizado pela ANP”⁴⁷.

Nada obstante, não há, até a presente data, “uma avaliação oficial dos impactos da política de conteúdo local executada pela ANP”⁴⁸. Danilo Tavares da Silva, ao comentar o conteúdo local na indústria petrolífera, chega às seguintes conclusões:

Apesar dos impactos positivos na indústria doméstica, subsistem algumas críticas à forma geral política de conteúdo local. Uma delas é a de que ela deveria estar mais atrelada à capacitação tecnológica dos produtores locais, de modo que não haja discrepâncias de qualidade em relação aos equipamentos no estado da arte que poderiam ser importados. Os programas inglês e norueguês, que são apontados como exemplos, implicaram grandes esforços em P&D na cadeia de fornecedores, de modo que, quando tais programas foram extintos em meados dos anos 1990 por pressão da União Europeia, a indústria local já estava tão desenvolvida que teve condições de se manter face à concorrência internacional.

A outra crítica mais acentuada é a de que as características intrínsecas da atividade de exploração e desenvolvimento impedem o comprometimento com CL nos níveis estipulados pela ANP porque as incertezas acerca das características das reservas a serem exploradas pode levar a mudança de emprego da tecnologia inicialmente esperada, mudando a composição de equipamentos (e, por consequência, dos fornecedores), na qual o licitante baseou sua proposta; entre a celebração do contrato e o início da fase de desenvolvimento da produção podem se passar entre 5 e 8 anos, com alteração essenciais das técnicas cabíveis. Disso resulta uma proposta de não se definir o percentual de CL no momento

47 Idem, p. 212.

48 Idem, p. 213.

da licitação em sua totalidade, deixando para fases posteriores de execução do contrato (Programa Exploratório Mínimo e Plano de Desenvolvimento).

Também o TCU recomendou aprimoramentos ao programa de fiscalização do conteúdo local, tais como aumento de estrutura e pessoal, realização de auditorias mais frequentes nas empresas credenciadas, regulamentação detalhada dos pedidos de *waiver* e implantação de ferramentas de TI, dentre outros⁴⁹.

Especificamente quanto às recomendações do TCU, a leitura do seu relatório ressalta os problemas que estratégias de comando e controle encontram para sua efetividade. O relatório do Tribunal de Contas da União evidencia como o *enforcement* da referida política depende da criação e manutenção de uma estrutura fiscalizatória robusta e eficiente, o que não era o caso da ANP⁵⁰. Ilustrativamente, destacamos os seguintes trechos da conclusão da Corte de Contas:

282. Percebe-se que a fiscalização é mecanismo fundamental para o bom desenvolvimento da política de conteúdo local (CL). Diante disso, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) demorou a se estruturar para enfrentar o desafio das atividades de fiscalização de CL. [...]

284. Dessa forma, foi gerado um passivo em termos de blocos a serem fiscalizados. Além disso, algumas tarefas perdem eficiência devido à falta de sistemas informatizados para auxiliar o acompanhamento dos dados de CL e o planejamento das ações de fiscalização. [...]

286. Embora seja patente a melhoria nos resultados apresentados pela coordenadoria, foram identificadas fragilidades nos processos de trabalho e riscos de que a acumulação de atividades possa comprometer a qualidade e a confiabilidade dos resultados futuros. [...]

49 Idem, p. 213-214.

50 TC 016.701/2011-9 Natureza: Relatório de Auditoria Entidades: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Ministério das Minas e Energia (MME).

291. Atualmente, a despeito do esforço da atual equipe da CCL, há atividades que precisam ser planejadas e operacionalizadas com certa urgência, com o fito de não haver novas acumulações excessivas de trabalho pendentes que possam comprometer a apuração de CL e impactar a efetividade e eficácia da política, devido às limitações na retroalimentação de informações e à baixa expectativa de controle. As atividades identificadas como críticas são: a fiscalização do cumprimento de CL a partir da sétima rodada; as auditorias nas certificadoras; instrumentalização da análise de pedidos de waiver; e implantação das ferramentas de TI.

292. A falta de planejamento e operacionalização dessas atividades reserva o risco de serem gerados novos passivos, devido à acumulação de tarefas e responsabilidades. (grifo no original)⁵¹.

De passagem, ressaltamos a observação do referido autor sobre a política de compras da Petrobrás como fator tão, ou mais, importante para o fomento da indústria local do setor de apoio à atividade de petrolífera⁵², mostrando a possibilidade do uso mais produtivo de outros mecanismos.

Nosso objetivo, com a análise do caso do mercado de petróleo é mostrar a dificuldade de implementação e fiscalização de tal política por uma agência reguladora. Mesmo a ANP, de notória capacidade técnica, encontrou dificuldades em levar a cabo uma política de conteúdo local, agências com estrutura mais modesta, como a ANCINE, muito provavelmente, sentirão ainda mais dificuldades.

3.1.2.2 A política de cota de tela

Outro exemplo de política de cota de conteúdo nacional que merece destaque é a célebre cota tela imposta pela ANCINE aos complexos de exibição de conteúdo cinematográfico. A medida

⁵¹ Idem, p. 49-50.

⁵² SILVA, Danilo Tavares da. *Alguns comentários sobre políticas de conteúdo local em setores de infraestrutura*. Op. Cit. p. 214

foi instituída pelo art. 55⁵³ da, ainda vigente, Medida Provisória n. 2.228, de 6 de setembro de 2001. No dispositivo, previu-se a obrigatoriedade de exibição de obras nacionais por número de dias fixado, anualmente, via decreto, o artigo conferiu, ainda, à Agência o dever de fiscalizar o seu cumprimento.

A quantificação precisa fica a cargo de regulamentação do poder executivo. Para o ano de 2018, o Decreto n. 9.256 de 29 de dezembro de 2017, estabeleceu em seu anexo uma proporção de dias de exibição e variedade de títulos cuja oscilação depende da dimensão do complexo, medida a partir do número de salas de exibição que este conta. Nesse segmento, podemos definir a cota tela como

um mecanismo de incentivo ao cinema nacional onde é determinado o número de dias e a diversidade mínima de títulos nacionais a serem exibidos nas salas de cinema do país. Os exibidores devem respeitar esta cota, limitando a exibição de produções estrangeiras⁵⁴.

Por óbvio, o objetivo é fomentar a exibição de títulos nacionais nos cinemas, acarretando, por via transversa, no estímulo às produtoras nacionais, já que, mesmo artificialmente em decorrência de uma obrigação legal, haverá um aumento na demanda pelas obras produzidas aqui.

Conforme o supramencionado art. 55 da Medida Provisória n. 2228-1, o mecanismo, em princípio, deverá vigor até 4 de setembro de 2021. Como observamos anteriormente, um bom indicador de eficácia de uma política de cota é justamente a sua capacidade de fomentar o

53 Art. 55. Por um prazo de vinte anos, contados a partir de 5 de setembro de 2001, as empresas proprietárias, locatárias ou arrendatárias de salas, espaços ou locais de exibição pública comercial exibirão obras cinematográficas brasileiras de longa-metragem, por um número de dias fixado, anualmente, por decreto, ouvidas as entidades representativas dos produtores, distribuidores e exibidores.

§ 1º A exibição de obras cinematográficas brasileiras far-se-á proporcionalmente, no semestre, podendo o exibidor antecipar a programação do semestre seguinte.

§ 2º A ANCINE aferirá, semestralmente, o cumprimento do disposto neste artigo.

§ 3º As obras cinematográficas e os telefilmes que forem exibidos em meios eletrônicos antes da exibição comercial em salas não serão computados para fins do cumprimento do disposto no *caput*.

54 MC COURTNEY, Carlos Eduardo MP. *O efeito da cota de tela sobre o cinema brasileiro*. Monografia de final de curso. Orientador: Leonardo Rezende. Departamento de Economia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Novembro, 2015. p. 8

mercado a tal ponto em que ela mesma se torna desnecessária. Contudo, não basta a previsão normativa abstrata para a independência do setor se tornar uma realidade, eis que o mercado deve mostrar a sua capacidade de caminhar sem a bengala da política de apoio.

Quanto à fiscalização, cabe às empresas exibidoras o envio do relatório de cumprimento da cota de tela⁵⁵. Tal fato, por um lado, facilita a fiscalização do órgão regulador. Por outro lado, nos traz os seguintes questionamentos: Caso o regulado decida, simplesmente, mentir na sua declaração, a ANCINE será capaz de descobrir a falsidade? A agência em questão está aparelhada para, ainda que por amostragem, fazer abordagens *in loco* dos agentes?

Ao que tudo indica, especialmente pelo conteúdo dos relatórios de cumprimento da cota tela, não há qualquer indicativo de efetiva conferência por servidores da agência do real cumprimento das obrigações pelos exibidores⁵⁶. Portanto, conferir mais uma atribuição a uma entidade da Administração que, atualmente, sequer conta com estrutura suficiente para cumprir todos os seus deveres, de forma eficiente, é uma receita para emperrar toda a fiscalização sobre o setor de audiovisual brasileiro.

Estudo monográfico que analisou os efeitos da Cota de Tela sobre o mercado cinematográfico concluiu que, na verdade, o único efeito significativo da medida foi de reduzir o público de filmes estrangeiros. Com isso:

Os resultados mostraram que não há efeito significativo da cota de tela sobre o público dos filmes nacionais quando avaliamos os cinco maiores grupos exibidores no Brasil no período analisado. Este resultado confirma o que foi proposto na seção sobre os complexos analisados neste trabalho. Como a maior parte dos complexos não cumpriu a cota de tela de dias mínimos de exibição de filmes brasileiros no período analisado é razoável esperar que a cota não tenha de fato algum efeito sobre o público do filme nacional.

55 Idem, p. 11.

56 ANCINE. Relatório: Cota de Tela 2015 – Coordenação de Monitoramento de Cinema, Vídeo Doméstico e Vídeo por Demanda – CCV. Superintendência de Análise de Mercado.

Já os modelos (2) e (4) indicam uma relação negativa entre a cota de tela e o público do filme estrangeiro. Este resultado concorda com o que era esperado, pois se o número mínimo de exibição de filmes nacionais da cota é maior, e os exibidores cumprem a cota, em pelo menos algum montante, haverá uma maior disponibilidade de filmes nacionais para o público. Logo, possivelmente parte do público que normalmente seria destinado para os filmes estrangeiros é direcionada para os filmes nacionais.

Por outro lado, considerando que o espaço exibidor (salas de cinema) é fixo, um aumento na cota de tela consequentemente diminui a disponibilidade de filmes estrangeiros. Portanto a diminuição do público do filme estrangeiro é um resultado do simples fato de haverem menos filmes estrangeiros nos cinemas.

Neste caso, a cota de tela está cumprindo sua função de garantir uma reserva de mercado para o filme brasileiro, porém não é possível saber se está gerando resultados positivos para o cinema nacional em termos de preferência do público. Caso os coeficientes que medem o impacto da cota de tela no público nacional nos modelos (1), (3) e (5) fossem estatisticamente significantes, seria confirmado que embora haja uma maior disponibilidade de filmes brasileiros nos cinemas, o público ainda prefere assistir aos filmes estrangeiros.

Logo, de acordo com os resultados obtidos, o mecanismo de cota de tela atualmente funciona como um mecanismo frustrado que tenta reservar parte do mercado para o cinema nacional, mas não consegue, impossibilitando qualquer efeito positivo sobre o público dos filmes brasileiros. O único impacto significativo da cota de tela é a redução do público do filme estrangeiro que possivelmente ocorre devido ao número menor de filmes estrangeiros exibidos nos cinemas brasileiros⁵⁷.

57 MC COURTNEY, Carlos Eduardo MP. *O efeito da cota de tela sobre o cinema brasileiro*. Op. cit., p. 27.

Nesse caso, portanto, parece-nos claro que embora os efeitos não se mostrem perversos, os esforços regulatórios mostraram-se, na melhor das hipóteses, inócuos em cumprir os objetivos propostos.

3.2 Conteúdo local no Mercado de CAVD: As crônicas de um fracasso esperado

Aplicando essa lógica ao mercado de CAVD, a política de cota de conteúdo local não parece o mecanismo adequado de fomento às produtoras locais e, por via de consequência, à cultura nacional. Não apenas em abstrato a adoção de tal estratégia soa como equivocada, como os contornos delineados pelo projeto de lei em análise tornam sua aplicação, ao setor em questão, ainda mais desajustada.

Em primeiro lugar, não fica claro qual a penalidade para o descumprimento da cota. Há apenas, de forma pouco precisa, a previsão de sanções “de acordo com a gravidade da conduta”. Todavia, as sanções variam de advertência ao cancelamento do registro do prestador de serviço, passando por multa e suspensão. Não há sequer indicativos de qual seria a gravidade do descumprimento dos percentuais estabelecidos, o que impede o planejamento adequado das prestadoras de serviço.

Na verdade, a imposição de um percentual fechado de conteúdo local não leva em conta uma das características inerentes à prestação do serviço de fornecimento de conteúdo audiovisual pela internet, a sua desterritorialização. Muitos consumidores se identificam com o produto por, justamente, terem o acesso facilitado a um entretenimento internacional de forma instantânea. Na realidade, impor simplesmente uma cota de produções brasileiras, sem atentar para sua qualidade, simplesmente criaria uma série de títulos zumbi, que vivem no catálogo, mas para os assinantes são como mortos.

Ademais, a base de produção é internacional. A globalização dos sistemas de comunicação e do entretenimento permite que as pessoas tenham acesso às culturas mais exóticas em relação a sua própria, e é precisamente esse acesso a uma infinidade de produções internacionais que se apresenta como um diferencial do serviço em questão.

Tirar essa variedade, impondo cotas nacionais, pode funcionar como uma barragem no catálogo dos prestadores, na medida em que deixarão de incluir novas produções internacionais temendo sanções, enquanto não tiverem produtos nacionais prontos para lançamento.

Tal efeito de barragem pode levar os usuários a práticas de legalidade duvidosa, como o uso de “VPN”. Trata-se de ferramenta que, artificialmente, “naturaliza” a identificação do dispositivo de acesso. Isto é, um brasileiro pode utilizar tal ferramenta para mascarar a nacionalidade do seu computador, que passará a ser visto pela plataforma servidora como, por exemplo, americano, de forma que o usuário poderá acessar o catálogo, regionalizado, dos EUA. Assim, através desse instrumento informal, muitos assinantes simplesmente driblariam a política regulatória acessando o catálogo de outros países.

Podemos identificar, ainda, o risco de desequilíbrio de oferta e demanda, com as produtoras nacionais sequestrando os fornecedores (prática de *rent seeking*), cobrando preços mais elevados por produções de baixa qualidade. Isto porque, é possível que a imposição, de uma vez, de percentuais que podem chegar a 20% do conteúdo total do canal, de produções brasileiras.

Caso o projeto se torne lei de fato, os provedores dificilmente seriam capazes de se adaptar à norma em algum prazo factível. Destarte, sentimos a necessidade de, ao menos, a aplicação de uma técnica de amortecimento da exigência, ou seja, que os percentuais fossem, ao longo de um tempo razoável, aumentando e se adaptando à realidade do setor.

Por fim, há plataformas concebidas, essencialmente, para fornecimento de conteúdo tão específico que a exigência de conteúdo local desnaturaria completamente o propósito da plataforma. Podemos citar como exemplo o Crunchyroll, o qual tem seu nicho na transmissão de animações japonesas. Dessa forma, apenas assina o canal quem tem o interesse nesse segmento de entretenimento, não fazendo qualquer sentido para esse usuário a busca de produções brasileiras. Trata-se, portanto, de caso em que sequer há um mercado nacional a ser fomentado.

Diante desse caso singular, podemos vislumbrar, até mesmo, o risco de o estabelecimento de tal norma gerar efeito anticompetitivo. Stephen Breyer já indicava essa possibilidade nos seguintes termos:

A criação de um padrão pode afetar adversamente a concorrência de várias maneiras.

Barreiras à entrada. O custo adicional de conformidade com um padrão aumenta automaticamente as barreiras à entrada no setor.

Competição atual. Um novo *standard* provavelmente afetará a concorrência entre as empresas que já atuam no setor. A agência pode favorecer uma empresa existente, por exemplo, escrevendo normas com as quais apenas uma empresa atualmente cumpre.

Concorrentes futuros. É mais difícil para uma agência determinar se seus padrões prejudicam empresas que são potenciais entrantes, mas que não estão agora na indústria (grifos no original)⁵⁸.

Ou seja, o regulador deve, antes de estabelecer uma política da presente espécie, realizar um estudo sério de impacto regulatório para evitar, inclusive, um desequilíbrio prejudicial aos consumidores. Contudo, no caso em tela, não houve a indicação de qualquer estudo, apenas e tão somente um ímpeto político de fazer algo por um setor sem adequada justificativa técnica.

4. Novas estratégias

Diante das críticas apresentadas ao longo desse trabalho, especialmente na seção anterior, resta gritante a necessidade de se pensar em novas estratégias regulatórias para cumprir os objetivos de proteção e difusão da cultura brasileira.

58 Tradução livre de: "The creation of a standard can adversely affect competition in several ways. *Barriers to entry.* The added cost of compliance with a standard automatically raises barriers to entering the industry. *Present competition.* A new standard is likely to affect competition among firms already in the industry. The agency may favor an existing firm, for example, by writing standards with which only one firm presently complies. *Future competitors.* It is more difficult for an agency to determine whether its standards will injure firms that are potential entrants but not now in the industry". BREYER, Stephen. *Regulation and its reform.* Op. cit., p. 115.

Nesse contexto, é importante destacarmos as técnicas regulatórias de incentivos, as quais funcionam de forma diametralmente oposta às técnicas de comando e controle. Trata-se da criação de incentivos econômicos para estimular comportamentos desejados e desestimular comportamentos perniciosos⁵⁹, sendo, portanto, técnicas de controle de externalidades⁶⁰.

As técnicas mais comuns associadas a este método regulatório envolvem a imposição de impostos positivos ou negativos. O administrado irá receber, na proporção especificada pelo ordenamento, incentivos restritivos ou ampliativos quando alinhar sua atuação com os objetivos da política regulatória⁶¹.

O benefício deste modelo é a liberdade aos regulados para se adaptarem da forma que lhes parecer mais eficiente às determinações legais. Os agentes poderão ponderar quanto vale a pena, dentro do seu processo produtivo, trabalhar marginalmente com benefícios da política regulatória ou se vale mais suportar os ônus financeiros de uma ação mais livre⁶².

Dessa forma, a maior flexibilidade das técnicas de incentivo fornece estímulos à ação mais eficiente para o mercado regulado, refletindo em preços mais equilibrados aos consumidores e menores custos à Administração para fiscalização.

Por outro lado, o uso de estratégias de incentivos padece de algumas desvantagens práticas. A primeira delas é, assim como em sistemas de comando e controle, a possibilidade de inflação normativa, gerando insegurança e dificuldade de implementação dos mecanismos incentivadores.

Ademais, há a dificuldade de prever os efetivos resultados dos incentivos. Geralmente, a diferença entre um antídoto e um veneno é a dose; nesse caso não é diferente. Políticas dessa estirpe podem

59 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice. Op. cit.*, p. 111.

60 BREYER, Stephen. *Regulation and its reform. Op. cit.*, p. 164

61 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice. Op. cit.*, p. 112.

62 *Idem*, p. 112.

acabar fomentando as condutas as quais justamente buscava-se evitar, causando um desequilíbrio total no sistema de inventivos do mercado regulado. É possível vislumbrar, ainda, um cenário em que comportamentos ruins sejam tolerados, desde que o agente “pague o pedágio” por ele, impedindo que a indústria invista em mecanismos efetivos de atendimento dos objetivos regulatórios⁶³.

O projeto de lei em estudo deixa aberta uma porta para a adoção desta técnica regulatória. Nesse passo, em seu art. 9º, a proposta legislativa altera a Medida Provisória n.º 2.228-1 e passa a prever a cobrança de Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (CONDECINE).

Prevê-se a cobrança de uma alíquota de 0 a 4% sobre a renda bruta anual das provedoras. A escala das alíquotas depende do faturamento de cada empresa, isto é, sobre as de maior faturamento, cobra-se alíquota maior, sobre as de faturamento mais minguado, cobra-se menos.

A tributação, embora seja tradicionalmente instrumento de obtenção de receitas para o Estado, pode funcionar para encorajar condutas via deduções especiais ou créditos⁶⁴. No caso do presente estudo, estamos diante de hipótese ideal de utilização do sistema tributário como mecanismo de fomento.

Por esse ângulo, pode o regulador, no lugar de determinar um *standard* de cota de conteúdo local, oferecer deduções sobre o valor devido a título de CONDECINE para as prestadoras de serviços de fornecimento de CAVD. Dessa maneira, parcela do que a empresa investe em produções audiovisuais locais poderia ser deduzido do montante a ser pago a título de CONDECINE.

Com esse mecanismo, mais importaria o volume de investimentos, e possivelmente se privilegiaria a qualidade das produções, no lugar de se atingir uma meta meramente numérica. Ademais, com produções melhores, o público buscaria, naturalmente, os títulos nacionais, verdadeiramente fomentando o consumo à cultura nacional.

63 Idem, p. 112-113.

64 BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Op. cit., p. 164

Trata-se de alternativa mais flexível e com potencial de ser mais eficiente e menos invasiva ao mercado. Assim explica Stephen Breyer:

Apesar dessas dificuldades, os problemas levantados pela tributação podem ser significativamente menos graves do que os do sistema regulatório que substituiria. O próprio fato de estes problemas serem diferentes dos que acompanham a regulamentação clássica sugere que um regime fiscal deve ser considerado como uma alternativa possível⁶⁵.

Por fim, destacamos que o PL n. 8.889/2017 traz um mecanismo interessante de estímulo ao consumo de títulos nacionais em seu, já citado, artigo 8º.

Parece-nos se tratar de um mecanismo que mistura, por um lado, uma imposição sobre os agentes do mercado, mas por outro quer utilizar uma técnica de *nudge*⁶⁶ sobre o consumidor, tentando influenciar sua escolha a partir de vieses comportamentais na sua decisão de qual título irá assistir.

Consideramos não se tratar de medida muito invasiva sobre as empresas fornecedoras de conteúdo e tampouco significar forma exagerada de controle sobre o consumo dos usuários. Estamos diante, por conseguinte, de estratégia branda e de baixo custo de implantação, a qual pode ser de grande valia para o aumento da audiência de produções nacionais.

65 Tradução Livre de: "Despite these difficulties the problems raised by taxation may be significantly less serious than those of the regulatory system it would replace. The very fact that these problems are different from those accompanying classical regulation suggests that a tax regime must be considered as a possible alternative". Idem, p. 165.

66 Elas se referem a pequenos incentivos cujo objetivo é estimular a tomada de pequenas decisões benéficas ao consumidor, através de incentivos discretos. Não se impõe ao agente tomador da decisão uma opção predeterminada pelo regulador, contudo, a arquitetura de escolhas concatenada pelo controlador induz levemente o paciente à decisão socialmente desejada. Nesse sentido, Cass Sustein e Richard Thaler falam em paternalismo libertário. À primeira vista, parece um conceito contraditório, porém a própria contradição aparente que define a ideia. Trata-se de paternalismo, pois se busca influenciar a escolha de pessoas, porém é libertário na medida em que se limita em influenciar e não em impor, o alvo da política percebe-se como livre, e de fato está, ao tomar sua decisão. O ponto central está no fato de que se altera a arquitetura da escolha, mas não a sua liberdade, o indivíduo convicto pode sempre se desviar do padrão escolhido pelo regulador. Vide: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. *Op. cit.*, p. 123; e THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Michigan: Caravan. 2008, p. 5.

5. Conclusão

Os serviços de fornecimento de conteúdo audiovisual por demanda (CAVD) conquistaram os consumidores pela comodidade e liberdade que proporcionam. Trata-se de importante inovação no mercado de entretenimento que merece a devida atenção dos órgãos reguladores.

Portanto, qualquer medida regulatória deve vir depois de estudos e ponderações, sempre permeados pela participação de todos os envolvidos: Agência; empresas fornecedoras; associações de consumidores e representantes das produtoras. Busca-se assim, não apenas ventilar ideias para obter a melhor solução institucional, como também democratizar o procedimento normativo.

No PL n. 8.889/2017, não vislumbramos adequada participação de todos os setores interessados. Desta forma, busca-se a implantação de um sistema de cotas de conteúdo local sobre os agentes do mercado de CAVD e, por via reflexa, os consumidores, sem o debate adequado que tal medida demanda.

Até porque, no Brasil, a adoção de sistema de cotas não possui o melhor histórico de eficiência e alcance de metas. Como vimos acima, há várias ressalvas da sua aplicação tanto no mercado petrolífero quanto no cinematográfico.

Ora, diante dessas dificuldades, mais do que um momento para tentar fazer uma política duvidosa dar certo, é o tempo para experimentar novas estratégias. Aproveitando a existência da CONDECINE, cria-se uma base sólida para testar a utilização de mecanismos tributários de incentivos no mercado de CAVD.

Em suma, a Proposta Legislativa em análise, tendo em vista que ainda é mera proposta, deve sofrer alterações durante a sua tramitação para abraçar novas técnicas regulatórias. Dessa forma, será possível, através de estudos adequados e participação, equalizar o fomento à produção cultural nacional com o interesse dos consumidores e dos agentes de mercado.

6. Referências

- ANCINE. Relatório: Cota de Tela 2015 – Coordenação de Monitoramento de Cinema, Vídeo Doméstico e Vídeo por Demanda – CCV. Superintendência de Análise de Mercado.
- ANP/PUC-Rio (1999). Mecanismos de Estímulo às Empresas Concessionárias de Petróleo à Aquisição de Equipamentos, Materiais e Serviços no Mercado Nacional. Relatório Final – Consultoria. Rio de Janeiro. ANP.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Introduction & Fundamentals. In: *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BRASIL. Decreto n. 9.256/2017.
- _____. Medida Provisória n. 2228-1/2001.
- _____. PL n. 8.889/2017.
- BREYER, Stephen G. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press. 1982.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- CRETILLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 162, p. 10-34, jan. 1985. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44771/43467>>. Acesso em: 20 dez. 2018. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v162.1985.44771>>.
- FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; Feigelson (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GANUZA, Juan José. VIECENS, María Fernanda. Over-the-top (OTT) Content: implications and best response strategies of traditional telecom operators. *Evidence from Latin America*. Proceedings of the 8th CPR LATAM Conference. Bogotá, May 30-31st, 2014.
- LOYOLA, Renata. O Streaming no Mundo. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; Feigelson (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MC COURTNEY, Carlos Eduardo MP. *O efeito da cota de tela sobre o cinema brasileiro*. Monografia de final de curso. Orientador: Leonardo Rezende. Departamento de Economia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Novembro, 2015.
- NASCIMENTO, Elias. *Você sabe quantas horas de comerciais deixa de ver por dia de Netflix*. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/netflix/85145-voce-sabe-quantas-horas-comerciais-deixa-ver-dia-netflix.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

- RAGAZZO, Carlos. *A Netflix e o destino da TV por assinatura*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-netflix-e-o-destino-da-tv-por-assinatura-09102017>>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- SILVA, Danilo Tavares da. Alguns Comentários sobre políticas de conteúdo local em setores de infraestrutura. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 191-221, set./fev. 2015.
- SILVA, Rafael. *Por trás do Netflix*: 1 milhão de filmes, 10 milhões de arquivos, 120 formatos de vídeo. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/120668/por-tras-netflix/>>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n. 1. Rand Corporation. (Spring, 1971), p. 3-21.
- THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Michigan: Caravan. 2008.
- TEIXEIRA JR. Sérgio. *Como o furacão Netflix está transformando a televisão*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/como-o-furacao-netflix-esta-transformando-a-televisao/>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Pedro Henrique Pinheiro

**Riscos, controvérsias e
objeções éticas relevantes
para o *design* e a aplicação
do *nudge* como ferramenta
regulatória no Brasil**

19

Riscos, controvérsias e objeções éticas relevantes para o *design* e a aplicação do *nudge* como ferramenta regulatória no Brasil

Pedro Henrique Pinheiro¹

Resumo

Este artigo apresenta uma compilação dos riscos, controvérsias e objeções éticas em relação ao design e à aplicação do nudge, a fim de que essa ferramenta regulatória possa contribuir com a agenda de desenvolvimento nacional, sem vulnerar direitos e garantias individuais e coletivos e em consonância com o ordenamento jurídico no seu entorno.

Palavras-chave: *Nudge*. Regulação econômica. Direitos e garantias individuais e coletivas.

Abstract

This article discusses the risks, controversies and ethical objections to the design and implementation of *nudge*, in order for this regulatory tool to be able to contribute to Brazil's development agenda while still protecting individual and collective rights and interests and in agreement with the legal order that surrounds it.

Keywords: Nudge, Economic regulation. Individual and collective rights and interests.

1. Introdução

A teoria do *nudge* tem exercido amplo fascínio desde a sua formulação, influenciando acadêmicos, reguladores, executivos de negócios, cidadãos comuns e especialmente políticos em todo o planeta. A proposição de que é possível aproveitar os vieses cognitivos dos seres humanos para incentivá-los a tomar decisões em

¹ Gerente de Conduta de Mercado e Relações Internacionais da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSeg). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), com pós-graduação LLM em Direito do Estado e Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito RIO). Atualmente cursando *Master of Laws - LLM in International Law* na *London School of Economics and Political Sciences - LSE*. E-mail: ipedropinheiro@gmail.com.

seu próprio benefício, e em proveito do bem-estar de toda a sociedade, inspirou a criação de unidades de nudge em alguns dos mais importantes Governos do mundo, incluindo os Gabinetes do Presidente Obama e do Primeiro Ministro David Cameron, nos Estados Unidos e no Reino Unido, respectivamente.

No contexto atual, em que se discute a trajetória e as perspectivas do Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988, e especialmente no momento em que o Brasil busca alternativas para alavancar o crescimento econômico alterando o paradigma de Estado grande e intervencionista por uma matriz mais liberal, debater a “tropicalização” do nudge como ferramenta regulatória pode ser um dos vetores de contribuição para a solução de desafios monumentais que se apresentam à frente, tais como a insustentabilidade e as falhas dos sistemas de previdência, saúde, educação e segurança pública – só para citar alguns dos temas mais prementes.

Mas apesar da sua inegável popularidade, ou talvez precisamente em razão dessa mesma popularidade, a utilização do nudge na seara das políticas públicas como método de regulação econômica e de balizamento da atuação dos indivíduos tem sido frequentemente defendida, e por vezes aplicada, sem a devida atenção para os desafios de harmonização das premissas dessa teoria com imperativos éticos e com as regras e princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos nos quais se insere, notadamente os princípios democráticos da igualdade, impessoalidade, interesse público e transparência.

Este artigo propõe-se a contribuir para que eventuais experiências de “tropicalização” do *nudge* levem em conta as ressalvas e pontos de atenção dessa ferramenta regulatória, para que ela seja capaz de contribuir para a agenda de desenvolvimento nacional, gerando os grandes benefícios que provou ser capaz de gerar em outras partes do mundo, sem vulnerar direitos e garantias individuais e coletivos. Levantar quais são as referidas ressalvas e pontos de atenção para o *design* e a aplicação do *nudge* no contexto brasileiro constitui, portanto, o problema deste trabalho.

A hipótese defendida neste trabalho é que se aplicam ao *nudge* como ferramenta regulatória as mesmas preocupações

relacionadas ao “déficit democrático” que são comumente apontadas em relação às ferramentas tradicionais de regulação, e que essas preocupações devem ser levadas em consideração para a implementação de um sistema de *nudges* que coadune com a ética e o ordenamento jurídico no seu entorno.

O conceito de “déficit democrático” ao que se faz referência é aquele delineado por Marçal Justen Filho² com base na história da expressão no Direito Comunitário da União Europeia, e diz respeito às diversas vias de legitimação democráticas possíveis para instituições e processos do Estado que garantem a conformidade com certas exigências da ordem ética, não se restringindo, portanto, à eleição popular.

Para comprovar a hipótese defendida, será delimitado o conceito de *nudge* com base na proposição original de Thaler & Sunstein³, e em seguida será apresentada a categorização do *nudge* de acordo com o grau de impacto na autonomia individual, conforme proposta por Robert Baldwin⁴. Em seguida, serão compilados alguns dos riscos, controvérsias e objeções éticas mais relevantes em relação à utilização do *nudge* como ferramenta regulatória para, ao final, serem apresentadas as conclusões do artigo.

2. Delimitação do conceito: o que é o *nudge*?

O fascínio exercido pela teoria do *nudge* pode ser explicado, em grande parte, pela simplicidade da sua proposição original. A teoria elaborada por Thaler & Sunstein⁵ tem como alicerce um movimento denominado “paternalismo libertário”, que combina em uma expressão dois conceitos aparentemente contraditórios. O aspecto libertário do movimento reside na sua “franca insistência de que, como regra geral, as pessoas devem ser livres para fazer o que desejam – e para decidir desvencilhar-se de posições indesejadas

2 JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na regulação independente? Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf62.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

3 THALER, Richard H., and SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*. Penguin Books, 2009.

4 BALDWIN, Robert. From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree. *The Modern Law Review*, vol. 77, November, 2014. p. 836.

5 THALER, Richard H., and SUNSTEIN, Cass R. Op. cit.

quando quiserem⁶". O aspecto paternalista, a seu turno, revela-se pela afirmação de que "é legítimo que arquitetos da escolha tentem influenciar o comportamento das pessoas a fim de tornar suas vidas mais longas, saudáveis e melhores⁷".

A hipótese que orienta a construção da teoria é que o ser humano real é muito diferente do *homo economicus* retratado nos manuais de economia, que toma decisões racionais para maximizar o seu bem-estar, ou que pelo menos toma decisões melhores sobre o seu próprio bem-estar do que aquelas que seriam tomadas por um terceiro.

Seja na escolha entre o "trio de frutas" ou o bolo de chocolate na sobremesa, ou na decisão de poupar dinheiro para pagar pelas férias dos sonhos no futuro ao invés de financiar as passagens com juros para fazer a viagem agora, não é raro que o ser humano se comporte de maneira contrária ao que sabe ser a alternativa mais sensata ou prudente. É por isso que às vezes é desejável que uma terceira pessoa – chamada por Thaler & Sunstein de "arquiteto da escolha" – organize as alternativas disponíveis e as apresente de uma maneira que nos leve a escolher a mais racional – i.e. nos dê um "empurrãozinho" (um *nudge*) na direção certa.

O *nudge* só funciona porque os seres humanos não pensam e analisam todas as situações minuciosamente antes de chegar às conclusões que embasam suas decisões. Em vez disso, o cérebro humano utiliza atalhos criados na dinâmica de interação entre o sistema cognitivo automático e o reflexivo. Essa mecânica do pensamento humano foi estudada pela primeira vez pelos psicólogos israelenses Amos Tversky e Daniel Kahneman, que identificaram as três heurísticas, ou "regras de ouro" do raciocínio humano, chamadas de *ancoragem*, *disponibilidade* e *representatividade*. As heurísticas são responsáveis pela criação de vieses que afetam a capacidade de julgamento⁸.

Além dos vieses inconscientes, o pensamento econômico clássico construído a partir da lógica "sepultou", nas palavras do professor

6 Idem, p. 5.

7 Idem.

8 THALER & SUNSTEIN. Op. cit., p. 25.

peruano Aníbal Sierralta Ríos⁹, o “motor de todas as coisas”, que é a emoção. A busca pela felicidade como âncora da humanidade foi, ao longo da história, jogada no mar do racional e mensurável, e passou a ser equiparada à busca pela “utilidade”. Tudo para adequar-se a um ambiente em que a produção e os processos deviam ser uniformes para desenvolver economias de escala. Ao “reanimar” o *homo economicus* com as emoções intrínsecas à sua natureza, a psicologia econômica e a economia comportamental permitiram que se pudessem estudar formas de incentivá-lo a tomar decisões mais racionais.

Thaler & Sunstein defendem que o *nudge* pode ser útil em situações que exigem decisões complexas e infrequentes, que não trazem consequências imediatas, e que envolvem circunstâncias difíceis de serem traduzidas em termos cotidianos¹⁰. A contratação de um seguro ou um plano de previdência privada talvez seja um dos exemplos mais emblemáticos do tipo de decisão que propicia a adoção de um *nudge* em favor de uma decisão racional do contratante, pois reúne todos os aspectos mencionados: trata-se de uma decisão complexa que é tomada em um momento pontual da vida e que só trará consequências práticas no futuro, além de envolver conceitos jurídicos pouco conhecidos e muitas vezes de sentido equívoco, como “prêmio “ou “contribuição”, “carência”, “franquia”, “doença preexistente” etc.

Os proponentes da teoria do *nudge* defendem a adoção da abordagem paternalista para a liberdade de escolha nas relações entre o Estado e os particulares sob o argumento de que a “virtude” da neutralidade que se pretenderia preservar ao se rechaçar o *nudge* nessa seara é, na prática, inalcançável. Os reguladores são, de qualquer forma, arquitetos da escolha que afetam o comportamento dos indivíduos em alguma direção. O que o *nudge* faz é inserir um elemento de incentivo racional a essa arquitetura. O pressuposto de validade do *nudge* é que a sua adoção seja transparente para que o indivíduo possa desviar-se do sentido apontado caso deseje. Deve-se preservar a opção de *opt-out*, ou o “direito de saída”.

9 RÍOS, Aníbal Sierralta. La falacia de la racionalidad su impacto en el comportamiento del consumidor. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 24, n. 98, p. 37-52, mar./abr. 2015.

10 THALER & SUNSTEIN. Op. cit., p. 79.

3. A categorização como desdobramento da teoria original: *nudges* de primeiro, segundo e terceiro grau

Com base na intensidade com que diferentes tipos de *nudge* impactam a autonomia de escolha dos indivíduos como tomadores de decisão, Robert Baldwin¹¹ propõe uma distinção entre *nudges* de primeiro, segundo e terceiro grau. Os *nudges* de primeiro grau respeitam a autonomia de tomada de decisão do indivíduo e aprimoram o exercício reflexivo dessa autonomia. Os de segundo grau tipicamente se aproveitam de limitações comportamentais ou volitivas a fim de influenciar a decisão em uma determinada direção. E os de terceiro grau interferem de maneira mais grave na autonomia de vontade, impondo uma dificuldade para que a arquitetura da escolha seja desvendada e para que o indivíduo possa se desviar da direção apontada.

4. Riscos, controvérsias e objeções éticas em relação à utilização do *nudge* como ferramenta regulatória

Thaler & Sunstein previam que a teoria que propuseram enjanearia controvérsias. Por isso, dedicaram um capítulo inteiro do seu livro para discutir as objeções éticas que poderiam ser apontadas ao *nudge* e os possíveis contra-argumentos. Não por acaso, esse não é o capítulo mais popular do livro, o que pode ser apontado como razão para que Sunstein tenha escrito um artigo em 2015 dedicado inteiramente à consideração dos aspectos éticos que circundam a aplicação do *nudge*¹². Há grande entusiasmo em torno do *nudge* como ferramenta regulatória, pois de fato a proposta se baseia em conceitos que são, ao mesmo tempo, de simples compreensão e de sofisticada engenhosidade.

Além disso, o entusiasmo se justifica porque o *nudge* funciona. Entretanto, muito pouco se discute na literatura e nos eventos

¹¹ BALDWIN, Robert. Op. cit., p. 836.

¹² SUNSTEIN, Cass. The Ethics of Nudging. 2015. Yale Journal on Regulation, Volume 32, Issue 2, Article 6. 2015. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1415&context=yjreg>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

acadêmicos, especialmente nacionais, sobre os cuidados necessários para que a sua aplicação não interfira em direitos e garantias individuais e coletivos, sobre os limites para a sua efetividade e os desafios éticos dele decorrentes. Os parágrafos a seguir se propõem a suprir parte dessas lacunas.

4.1 O risco do paternalismo-autoritário

Os proponentes do *nudge* como ferramenta regulatória reconheceram, em primeiro lugar, o risco de que a aceitação de níveis modestos de “paternalismo libertário” poderia ensejar a adoção de intervenções cada vez mais intrusivas, escalando potencialmente e.g. campanhas informativas para o patamar da manipulação simples e direta, da coerção e do banimento. Contra o risco de que o aparente oxímoro “paternalismo libertário” escorregasse “ladeira abaixo” até que só sobrasse um “paternalismo” que mais beira o autoritarismo, Thaler & Sunstein reforçam a importância do contrapeso “libertário”. Um *nudge* só é legítimo se houver um “direito de saída” fácil e de baixo custo relativo.

Mas a oferta do “direito de saída” não é uma solução para os casos em que o *nudge* não pode ser facilmente desvendado, o que ocorre tipicamente em *nudges* de terceiro grau. A adoção de mensagens subliminares pode tornar-se insidiosa e “empoderar o Governo a manipular o povo na direção que preferir, e ao mesmo tempo oferecer aos agentes públicos ferramentas excelentes para alcançar esse propósito¹³”.

A legitimidade do *nudge* requer um revestimento do princípio da transparência, na acepção proposta pelo filósofo John Rawls, que circunscreve os seus limites e o seu modo de implementação, impondo aos agentes públicos o dever de somente orientar a arquitetura da escolha por critérios que possam ser publicamente defendidos, e de respeitar os cidadãos, o que significa não mentir ou esconder as verdadeiras intenções por detrás de um *nudge*.

Por isso, a adoção de *nudges* de terceiro grau no formato, por exemplo, de mensagens subliminares, deve ser considerada ilegítima em um ordenamento jurídico orientado por princípios

13 THALER & SUNSTEIN. Op. cit., p. 244.

republicanos e democráticos, mesmo que o Governo anuncie abertamente o recurso a esse tipo de medida para alcançar uma determinada finalidade pública.

4.2 O risco da promoção de interesses não republicanos

A utilização do *nudge* como ferramenta de regulação traz consigo, também, o risco de sua utilização pelos agentes públicos para a promoção de interesses não republicanos, incluindo o favorecimento de agentes privados, em vez da consecução de objetivos legítimos. Sunstein¹⁴ aponta algumas possíveis razões para esse fenômeno. Os arquitetos da informação podem carecer de parte do conjunto de informações necessárias para organizar o cenário de escolha (o problema do conhecimento).

Eles podem ser tendenciosos em função de valores e interesses pessoais (o problema do interesse público). E podem, como seres humanos que são, atuar sob a influência de seus próprios vieses cognitivos, gerando distorções na organização do cenário. Por isso, junto das unidades de *nudge* é necessário implementar estruturas de controle libertário e salvaguarda sobre os critérios que orientam as arquiteturas da escolha, buscando a permeabilização da formulação do *nudge* pelos princípios democráticos vigentes, como os do interesse público e da livre competição, e a aplicação de normas que visam combater fraudes e outros abusos na Administração Pública.

É necessário reconhecer, em linha com o que pontua Robert Baldwin, que “não se pode pressupor que os *nudges* (qualquer que seja o nível) sejam menos suscetíveis a deflagrar consequências indesejadas do que quaisquer outras formas de intervenção regulatória ou não regulatória”¹⁵, e que enquanto *nudges* de primeiro grau encorajam a deliberação consciente no modelo de reflexão racional, *nudges* de segundo grau influenciam respostas automáticas de acordo com os efeitos desejados que foram definidos pelo arquiteto da escolha.

¹⁴ SUNSTEIN, Cass. Op. cit., p. 449.

¹⁵ BALDWIN, Robert. Op. cit., p. 843.

4.3 A falta de *accountability* dos arquitetos da escolha

Outro conjunto de preocupações relacionadas ao *nudge* como ferramenta de política pública diz respeito à falta de *accountability* dos arquitetos da escolha. Reguladores em geral não possuem um mandato eletivo e, embora comumente existam mecanismos de validação democrática das indicações para o alto escalão do Estado-regulador, é possível discutir se só os agentes públicos eleitos diretamente pela vontade popular deveriam estar legitimados a atuar como arquitetos da escolha e a valer-se do *nudge* para influenciar a decisão dos indivíduos. Ainda que se reconheça, como bem estabelece Marçal Justen Filho¹⁶, que “o princípio fundamental da soberania popular não significa a necessidade de todos os agentes públicos serem eleitos mediante sufrágio popular”, é cabível argumentar se competência para interferir no ambiente decisório do indivíduo por meio da arquitetura da escolha não seria uma das situações excepcionais a exigir uma legitimação democrática em sentido mais *estrito*, ou seja, pelo voto. Soma-se a isso o fato de que, uma vez implantados, os *nudges* são muito menos suscetíveis ao escrutínio público e a terem sua validade questionada *ex post* como é comum acontecer com normas tradicionais de comando e controle, o que relativiza a força do argumento da legitimação democrática por vias alternativas (a “legitimação pelo processo”¹⁷).

4.4 O impedimento do efeito pedagógico do erro

Militantes do espectro libertário, especialmente os adeptos a um viés construtivista, poderiam sustentar, ademais, que “em uma sociedade livre, as pessoas possuem o direito de errar, e às vezes errar é útil pois é errando que se tem a oportunidade de aprender.” Thaler & Sunstein respondem que, quando legitimamente implantado, o *nudge* preserva a autonomia do indivíduo para errar, na medida em que oferece o “direito de saída”.

A título de exemplo, pode-se considerar um *nudge* destinado a influenciar um estudante universitário a passar mais tempo dedicando-se aos estudos na biblioteca do que jogando sinuca e ingerindo

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit.

¹⁷ Idem.

bebidas alcoólicas no Diretório Central dos Estudantes – digamos que a biblioteca tenha sido estrategicamente construída no local mais central do *campus* universitário, próxima aos alojamentos, enquanto ao DCE tenha sido alocada a zona mais distante. Não é difícil imaginar que um estudante possa exercer seu “direito de saída” (nesse caso, literalmente) visando aproveitar os anos de juventude e socializar com os amigos, gozando de mais alegria no presente em troca, talvez, de um débito em sua saúde ou em seus anos de vida mais adiante.

A preservação da autonomia para errar e do caráter pedagógico do erro pelo oferecimento do “direito de saída” no *nudge* é, na realidade, questionável, especialmente em um *nudge* de primeiro grau. Sendo o *nudge* necessariamente desvendável, e sendo evidente a arquitetura da escolha direcionada a uma alternativa considerada mais benéfica, uma escolha diferente tomada pelo indivíduo se revestirá de uma consciência prévia de que aquela não era a melhor alternativa, o que retira o caráter de espontaneidade do erro e diminui o seu potencial pedagógico.

O paternalismo que retira o direito que as pessoas têm de errar e aprender com seus erros deveria ser medido e justificado pela gravidade das consequências potenciais para cada indivíduo ou cada grupo de pessoas, levando-se em consideração suas características socioeconômicas, intelectuais, entre outras, como decorrência do princípio da igualdade material – algo que a arquitetura da escolha “massificada”, como aquela que é feita no nível do Estado-regulador, não tem condições práticas de concretizar.

4.5 O risco da “fadiga de arquitetura da escolha”

Outra categoria relevante de preocupações referentes à utilização do *nudge* como ferramenta regulatória, levantada por Robert Baldwin¹⁸, refere-se ao risco de que, com a utilização de *nudges* ao longo do tempo para uma série de temas e objetivos diversos, o acúmulo impedirá o aprimoramento natural da habilidade das pessoas de tomar decisões racionais, ao contrário, produzirá cidadãos maculados por uma “fadiga de arquitetura da escolha”, que serão menos responsáveis e deliberativos.

¹⁸ BALDWIN. Op. cit., p. 851.

A constante utilização de *nudges* pelo Estado-regulador gera incerteza sobre o verdadeiro nível de risco aos quais as pessoas estão expostas e as desencoraja a tornarem-se decisoras mais responsáveis. Essa preocupação é maior em relação à utilização do *nudge* como ferramenta regulatória pelo Governo do que pelas empresas, por meio de técnicas de marketing, porque os consumidores estão acostumados a serem cuidadosos com as mensagens publicitárias e a conduta das empresas, mas os cidadãos confiam mais e esperam não ser enganados pelo Governo que eles elegeram e em quem depositaram um conjunto de poderes.

4.6 A objeção ao *nudge* como política redistributiva e o dilema entre “dar o peixe ou ensinar a pescar”

Uma parcela das objeções impostas ao *nudge* inclui-se no âmbito da crítica a políticas redistributivas (ou “paternalistas”) em geral, que incluem a proteção dos pobres e iletrados pelo Governo às custas de outros grupos. Como resposta a essas objeções, Thaler & Sunstein afirmam que “uma boa sociedade faz trocas entre a proteção dos desafortunados e o encorajamento da iniciativa e da autoajuda”, mas os autores também pontuam que o *nudge* impõe apenas custos mínimos àqueles que não precisam de nenhuma ajuda (o custo de desvendar a arquitetura da escolha e exercer o direito de saída), e que os custos relativos são ainda mais irrisórios quando o público-alvo do *nudge* já impõe algum custo para a sociedade.

Também é possível argumentar que em vez de aplicar o *nudge*, os Governos deveriam educar as pessoas para tomar decisões informadas, e depois exigir que elas decidam – o que faz lembrar o conhecido ditado de que “menos vale dar o peixe do que ensinar a pescar”. Todavia, mesmo desconsiderando que a educação é um processo transformador de longo prazo, e que é necessário endereçar as dificuldades que os indivíduos possuem no presente para tomar decisões racionais, Thaler & Sunstein lembram que a educação também não é neutra e não garante a liberdade completa. Além disso, quando as escolhas são difíceis e muitas alternativas estão disponíveis, exigir uma escolha seria o oposto de promover a liberdade.

4.7 Os desafios para a eficácia do *nudge*

A eficácia do *nudge* em alcançar os objetivos almejados pela arquitetura da escolha também é contestada. Os *nudges* não causam um impacto uniforme em toda a população. Assim como seu potencial de impacto positivo é maior em grupos de indivíduos bem-intencionados e mais bem esclarecidos, a diferença de capacidade de exercício do direito de saída pode constituir uma discriminação contra certos indivíduos, configurando uma violação do já mencionado princípio da igualdade material.

Robert Baldwin também argumenta que em muitos casos o *nudge* não é capaz de atacar a verdadeira razão que leva os indivíduos a tomarem a decisão menos benéfica, porque a tomada de decisão não está relacionada somente às suas falhas cognitivas, mas também a fatores externos.

Tomando a epidemia global de obesidade como exemplo, fica evidente que as suas causas principais, que são o consumo excessivo de açúcar e gordura associado ao estilo de vida sedentário, não são apenas decorrentes de decisões equivocadas tomadas pelos indivíduos, mas também são consequências de um conjunto de fatores externos, incluindo forças de mercado que empurram para baixo o preço dos *fast foods* e para cima o das comidas saudáveis; a organização dos escritórios e as longas jornadas de trabalho; as estruturas familiares caracterizadas por pais que trabalham fora e não têm tempo de cozinhar para os filhos, etc.

4.8 A vulnerabilidade no *nudge* à resistência e aos efeitos do não *compliance* e o potencial de gerar efeitos contrários aos almejados

Os *nudges* são mais vulneráveis à resistência e aos efeitos do não *compliance*, e até mesmo a produzir os efeitos contrários aos almejados, em comparação com as normas de comando e controle. A título de exemplo, pode-se recorrer a um *nudge* aplicado na Suécia que restringe a comercialização de bebidas com volume alcoólico acima de 3,5% a lojas estatais especializadas, com acesso controlado e horários de funcionamento limitados, com o objetivo de reduzir o consumo de álcool pela população.

Como mecanismo de regulação mais *soft* do que uma limitação direta da quantidade que pode ser vendida a cada pessoa, o *nudge* está mais propício a ser contornado por meio da criatividade dos vendedores e compradores. Para mitigar os efeitos do *nudge*, os vendedores podem oferecer descontos para a compra de uma quantidade maior de bebidas ou disponibilizar a entrega gratuita no carro ou na casa dos consumidores. Como consequência, os consumidores podem tender a armazenar mais bebidas alcoólicas em casa, e a aumentar o seu consumo ao invés de diminuí-lo conforme pretendia o *nudge*.

4.9 O custo para as pessoas sensatas e bem-intencionadas

O exemplo mencionado no tópico anterior também ilustra outra crítica importante ao *nudge*, que diz respeito ao custo imposto às pessoas sensatas e bem-intencionadas, que nesse caso seriam representadas pela parcela da população que consome bebidas alcoólicas apenas moderadamente, e que teria que se submeter ao mesmo tipo de procedimento mais rigoroso para comprar bebidas alcoólicas que os consumidores mais desregrados. A situação enseja um evidente questionamento de justiça material, que deveria ser solucionado à luz dos princípios da igualdade, proporcionalidade e da razoabilidade.

5. Conclusão

O *nudge* tem o potencial de ser adotado no Brasil como uma ferramenta regulatória eficaz para contribuir no enfrentamento dos grandes desafios do país em temas estratégicos como a insustentabilidade e as falhas dos sistemas de previdência, saúde, educação e segurança pública, entre outros. Entretanto, a “tropicalização” do *nudge* não pode perder de vista os riscos, controvérsias e objeções éticas em relação à sua utilização como ferramenta regulatória.

O *design* e a aplicação do *nudge* deve levar em consideração os riscos do paternalismo-autoritário e da promoção de interesses não republicanos; a falta de *accountability* dos arquitetos da escolha; o impedimento do efeito pedagógico do erro; o risco da “fadiga de arquitetura da escolha”; os desafios para a eficácia do

nudge; a vulnerabilidade do *nudge* à resistência e aos efeitos do não compliance; o potencial de gerar efeitos contrários aos almejados; e o custo para as pessoas sensatas e bem-intencionadas.

Com a consideração desses pontos pelo agente público que atua como arquiteto da escolha, acredita-se que o *nudge* terá maiores chances de contribuir, como ferramenta regulatória, para a agenda de desenvolvimento nacional, gerando os grandes benefícios que provou ser capaz de gerar em outras partes do mundo, sem vulnerar direitos e garantias individuais e coletivos.

6. Referências

BALDWIN, Robert & CAVE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press, 2013.

_____. *From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree*. *The Modern Law Review*, vol. 77, November, 2014. p. 836.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na regulação independente?* Dezembro, 2008. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf62.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

RÍOS, Aníbal Sierralta. *La falacia de la racionalidad su impacto en el comportamiento del consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, v. 24, n. 98, p. 37-52, mar./abr. 2015.

SUNSTEIN, Cass. *The Ethics of Nudging*. 2015. *Yale Journal on Regulation*, vol. 32, Issue 2, Article 6. 2015. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1415&context=yjreg>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

THALER, Richard H., and SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*. Penguin Books, 2009.

Pedro Pamplona Cotia

**A recente proposta de
institucionalização do uso
da AIR pelas agências
reguladoras federais, e
algumas lições dos modelos
americano e europeu**

20

A recente proposta de institucionalização do uso da AIR pelas agências reguladoras federais, e algumas lições dos modelos americano e europeu

Pedro Pamplona Cotia¹

Resumo

Pretende-se investigar, neste trabalho, a recente proposta de institucionalização do uso – pelas agências reguladoras federais – da análise de impacto regulatório, consubstanciada nas Diretrizes Gerais para Análise de Impacto Regulatório e no Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, recentemente consolidados, após consulta pública, pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, que integra a estrutura da Casa Civil/Presidência da República. A análise terá como parâmetro algumas das regras dirigidas, no ponto, a determinadas agências federais norte-americanas, bem como à Comissão Europeia, na elaboração de propostas legislativas a serem encaminhadas ao Parlamento e ao Conselho europeus. Objetiva-se, com isso, sob determinados parâmetros, situar o modelo que se pretende institucionalizar no Brasil em relação às práticas adotadas por quem conta com experiência na utilização e no aprimoramento da AIR no cenário internacional. A pretensão, porém, é modesta: sem poder ignorar a literatura que trata de transplantes e cultura jurídica, espera-se apenas apresentar um ponto de partida para se pensar, à luz do contexto brasileiro, o uso da análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras.

Palavras-chave: Direito da regulação. Governança regulatória. Instituições. Agências reguladoras. Análise de impacto regulatório.

Abstract

The purpose of this study is to investigate the recent proposal for institutionalizing the use of regulatory impact analysis by the

¹ Mestrando em Direito da Regulação na Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela UNESA. Graduado em Direito pela PUC-Rio. Assessor Jurídico da Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail: pamplona.sb@gmail.com.

Brazilian federal independent regulatory agencies, embodied in the General Guidelines for the Regulatory Impact Analysis and the Guidelines for the Elaboration of Regulatory Impact Analysis, recently consolidated, after a public consultation, by the Sub-branch of Analysis and Monitoring of Government Policies – “SAG”, which integrates the structure of the Civil House/Presidency of the Republic. The analysis will have as a parameter some of the rules directed to certain US federal agencies, as well as to the European Commission, in drafting legislative proposals to be sent to the European Parliament and Council. The objective of this study is to situate the model that is intended to be institutionalized in Brazil in relation to the practices adopted by those who have experience in the use and improvement of RIA in the international scenario. The ambition here, however, is modest: without ignoring the literature dealing with transplants and legal culture, it is hoped to present a starting point to think, in the light of the Brazilian context, the use of regulatory impact analysis by regulatory agencies.

Keywords: Regulatory law. Regulatory governance. Institutions. Regulatory agencies. Regulatory impact analysis.

1. Introdução

Seja em razão dos limites mais estritamente jurídicos a que agências reguladoras estão submetidas em seus processos normativos, seja pelas consequências práticas das regras que resultam desses processos, fato é que a edição de normas por estas entidades têm sido objeto frequente de debate. No primeiro caso, as discussões costumam ter por lente temas clássicos, ao menos no Brasil, de direito público: princípio da legalidade, função regulamentar, separação de poderes, entre outros. Quanto às consequências práticas das normas editadas por agências reguladoras, pode-se destacar a – no Brasil ainda incipiente – análise de impacto regulatório, que, espera-se, tem o potencial de contribuir para a qualidade da regulação².

2 Como diz José Vicente Mendonça, a AIR “é o que o bom senso de um economista médio recomendaria fazer: coletar o máximo de dados, buscar meios de quantificar custos e consequências, sopesá-los, optar por uma linha de ação a partir de resultados”. MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 427.

Pretende-se, neste trabalho, investigar a recente proposta de institucionalização do uso – pelas agências reguladoras federais – da análise de impacto regulatório, consubstanciada nas Diretrizes Gerais para Análise de Impacto Regulatório e no Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, recentemente consolidados, após consulta pública, pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG), que integra a estrutura da Casa Civil/Presidência da República. A análise terá como parâmetro algumas das regras dirigidas, no ponto, a determinadas agências federais norte-americanas, bem como à Comissão Europeia, na elaboração de propostas legislativas a serem encaminhadas ao Parlamento e ao Conselho europeus.

Objetiva-se, com isso, situar o modelo que se pretende institucionalizar no Brasil em relação às práticas adotadas por quem conta com experiência na utilização e no aprimoramento da AIR no cenário internacional. A pretensão, porém, é modesta: sem ignorar a literatura que trata de transplantes jurídicos e de cultura jurídica, espera-se apenas apresentar um ponto de partida para se pensar, no contexto brasileiro, o uso da análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras.

Os pontos de investigação centram-se, especialmente, (i) nos casos em que se *deve* realizar uma AIR, (ii) nos *steps* recomendados para a avaliação de impacto regulatório e (iii) nos mecanismos de participação social na elaboração da AIR e na existência de um órgão ou entidade que possam fazer algum tipo de supervisão sobre a análise realizada.

Algumas palavras são necessárias para situar o tema.

Tramita na Câmara dos Deputados, em regime de prioridade, o Projeto de Lei n. 6.621/2016³, que “dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras”. O referido Projeto, item da pauta legislativa prioritária do Governo para 2018, já foi aprovado pelo Senado, e no mesmo sentido foi o parecer da Comissão Especial constituída na Câmara

3 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.621/2016*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 12 maio 2018.

dos Deputados, que apresentou substitutivo no qual foram feitas algumas modificações e inclusões à proposta.

Dispõe o artigo 6º do referido PL que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados devem ser precedidas, nos termos de regulamento, da realização de Análise de Impacto Regulatório, a conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo que se pretende editar. Os parágrafos primeiro ao quinto do referido artigo encerram a disciplina específica da AIR na proposta.

Em função do mencionado Projeto de Lei, e após constatar-se que as agências reguladoras federais utilizam elementos de AIR, mas em diferentes níveis de abrangência, aprofundamento e maturidade, foram elaborados, pela SAG, as Diretrizes Gerais para Análise de Impacto Regulatório e o Guia Orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório⁴, os quais foram consolidados após consulta pública que resultou em 538 contribuições, das quais 105 foram parcial ou totalmente acatadas⁵. Tais documentos foram elaborados com foco nas agências reguladoras⁶.

Se, de um lado, não se pode negar o risco de discorrer sobre um assunto que está, de algum modo, tratado num projeto de lei, há, por outro, pelo menos duas boas razões para que o tema seja explorado. Primeiro, a formulação das Diretrizes e do Guia de AIR contou com a possibilidade de participação da sociedade civil, bem como das próprias agências reguladoras federais, que tiveram representantes no grupo técnico instituído para elaboração daqueles documentos. Desse modo, mesmo que o PL demore a ser aprovado, ou até seja rejeitado, as Diretrizes e Guias elaboradas pela SAG podem continuar a ser, ainda assim, uma importante baliza à realização de AIR pelas agências reguladoras, que

4 Este histórico é tratado na Seção 2.

5 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Resultado da Consulta Pública: Diretrizes e Guia AIR - 001/2017*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/encerramento/consulta-publica-diretrizes-e-guia-air-001-2017>>. Acesso em: 12 maio 2018.

6 Apesar de, como neles se diz, poderem ser utilizados por qualquer instituição que edite normas com potencial de alterar direitos ou criar obrigações a terceiros.

participaram, de certo modo, de sua confecção. Além disso, é interessante destacar que, se as agências já realizam, de maneiras distintas, análises de impacto regulatório, não se pode desprezar o movimento ora feito no sentido de conferir alguma sistematicidade ao tema. Por tudo isso, é relevante a análise daquelas orientações: ainda que não sejam, Diretrizes e Guia, documentos dotados de força normativa, podem eles tornar-se importantes referências para a realização de análises de impacto regulatório.

A comparação do modelo proposto para o Brasil com (um recorte do) modelo americano justifica-se por ter sido nos EUA que se iniciou, já há algumas décadas, a utilização de instrumentos com os quais se buscava dar mais racionalidade ao processo de edição de normas, como a análise de custo e benefício, um dos métodos de avaliação das alternativas imaginadas para solução de determinada questão regulatória. Aquele país, como se verá na Seção 4, há quase quarenta anos experimenta discussões deste tipo.

Teremos como referência as regras previstas na *Executive Order* nº 12.866. Pretende-se, com isso, delimitar o objeto da pesquisa, mas o recorte apoia-se também em uma justificativa substantiva: assim como o “PL das Agências Reguladoras” estabelece, em seu artigo 6º, a obrigatoriedade de se realizar a AIR se preenchido o critério qualitativo previsto na norma, também aquela *Executive Order* dirige um comando de obrigatoriedade de sua realização, quando se estiver diante de possíveis *major rules*. Além disso, aquele ato presidencial, complementados pelas orientações expedidas pelo *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*, também nos fornece a possibilidade de comparações em termos de *steps* de uma AIR e acerca da existência de um órgão que possa fazer algum controle ou juízo sobre a análise de impacto. Assim, apesar de não se aplicar, aquele ato, às chamadas *independent regulatory agencies*, os pontos de comparação que ele oferece justificam uma análise mais detida sua.

Do mesmo modo, a comparação com as práticas adotadas pela Comissão Europeia se justifica em razão de sua relativamente recente, mas robusta iniciativa em direção àquilo que se convencionou chamar de “melhor regulação” (*better regulation*). Nesse sentido, aquela Comissão optou, em 2002, por adotar um conjunto

de medidas de reformas regulatórias, incluindo a edição de guias sobre avaliação de impacto, que, com o passar dos anos, foi sendo incorporada no processo normativo desenvolvido pela Comissão Europeia, a quem compete, no processo legislativo ordinário da União Europeia, apresentar propostas legislativas ao Parlamento e ao Conselho europeus.

2. O estado da arte da AIR nas agências reguladoras federais e no Inmetro

Se estamos tratando da recente proposta de institucionalização de um modelo de análise de impacto regulatório no Brasil, é preciso mencionar o estudo realizado pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG) na Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR,⁷ tendo em vista que este mapeamento subsidiou a edição das Diretrizes Gerais e do Guia de AIR.

Em janeiro de 2017, a SAG passou a coordenar um Grupo Técnico formado pelas Agências Reguladoras Federais e Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, com o objetivo de realizar um estudo sistematizado da análise de impacto regulatório. Buscava-se criar condições de regulamentação do tema, para o caso de o Projeto de Lei n. 6.621/2016, já aprovado pelo Senado, contar com a mesma sorte na Câmara dos Deputados⁸. Como se viu, o PL das Agências trata, em seu artigo 6º, da análise de impacto regulatório.

Ao verificar a inexistência de informações consolidadas sobre o estado da arte da AIR nas agências reguladoras federais, entendeu a SAG pela necessidade de mapear a situação de cada entidade, de modo a se construir uma visão geral sobre o ponto. O método escolhido foi o envio de um questionário às agências, com doze tópicos, entre os quais, por exemplo, a abrangência da realização da AIR, a sua base legal (se ato normativo interno trata

7 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Documentação produzida para Construção das Diretrizes Gerais e do Guia AIR*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air>>. Acesso em: 2 maio 2018.

8 Todas estas informações podem ser encontradas na própria Nota Técnica.

de AIR), previsão de exceções à realização da análise de impacto, padronização, integração com o processo decisório, AIR *ex-post* e capacitação.

O resultado do mapeamento mostrou, segundo se afirma na Nota Técnica, que “todas as dez agências reguladoras federais utilizam elementos de AIR, mas em diferentes níveis de abrangência, aprofundamento e maturidade”⁹.

Vale destacar algumas das conclusões gerais do mapeamento, apontadas no número 56 da Nota: i) em todas as agências há orientação ou previsão normativa para se realizar a AIR no início do processo normativo, mas a apresentação da AIR só é exigida no momento da consulta ou audiência pública, ou de apresentação da proposta à Diretoria, o que pode facilitar sua realização ocorrer tardiamente, ou sua utilização apenas como justificativa para decisões já tomadas; ii) na maioria dos casos, a AIR traz apenas a comparação entre duas alternativas: uma opção regulatória já escolhida e a alternativa de não regular; iii) em geral, a AIR é disponibilizada ao público já finalizada, não havendo discussões específicas sobre ela; iv) normalmente, a Diretoria não se manifesta especificamente sobre a AIR; v) quatro agências utilizam ou possuem minuta de ato prevendo AIR em níveis diferenciados¹⁰; vi) as agências não possuem prática de AIR *ex-post* (algumas exigem que propostas de atos normativos estabeleçam indicadores de acompanhamento de efetividade); vii) nenhuma agência conta com análise de risco sistematizada até o momento; viii) praticamente todas as agências enfrentam dificuldades quanto à obtenção, organização e tratamento adequado dos dados necessários às análises quantitativas; ix) a maioria das agências nota que há resistência interna à elaboração da AIR, seja por desconhecimento da ferramenta, seja em razão da pressão por agilidade na edição da norma regulatória (é ressaltado, aqui, que muitas vezes a AIR é vista como mera ferramenta burocrática).

As Diretrizes Gerais e o Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório serão vistas, nos detalhes que nos

9 Número 55 da Nota Técnica.

10 Ver Anexo II da Nota Técnica. São elas: ANTT, ANATEL, ANVISA, ANP (apenas minuta) e ANS (apenas minuta).

importam, na Seção 4. Antes, é preciso realizar algumas observações gerais sobre a AIR.

3. A AIR como instrumento de política regulatória

Ainda que não esteja livre de problemas, especialmente aqueles relacionados às dificuldades epistêmicas inerentes a qualquer análise prospectiva, é importante dizer algumas palavras sobre o papel da análise de impacto na política regulatória, que a situam como ferramenta que busca conferir racionalidade a uma decisão regulatória, possibilitando que ela seja informada por evidências.

Pois bem. De acordo com definição adotada pela OCDE¹¹, normalmente mencionada quando se trata do tema, a AIR é uma ferramenta política sistemática usada para examinar e medir os benefícios, custos e efeitos prováveis de uma nova, ou existente regulação. Seu resultado pode ser visto como um relatório analítico, a subsidiar os tomadores de decisão.

Nos últimos anos, afirmam Wojtowicz e Olejniczak¹², os governos da maioria dos países ocidentais têm dirigido esforços para assegurar a melhoria da qualidade de suas leis, na linha do movimento *Better Regulation*. Dentre as ações direcionadas a este objetivo, a adoção da análise de impacto regulatório assume grande importância e vem se tornando cada vez mais comum nos países que fazem parte da OCDE.

Kirkpatrick e Parker, em artigo destinado a avaliar a contribuição que a AIR pode dar à “melhor regulação” em países em desenvolvimento, argumentam que, se a regulação estatal tem por objetivo promover o bem-estar econômico e social, é preciso que ela seja efetiva, atingindo os objetivos propostos, e eficiente, o fazendo ao menor custo (tanto o dirigido ao Governo, quanto o de *compliance* por parte dos agentes econômicos) – há, assim, um argumento convincente para que se proceda à avaliação sistemática dos impactos positivos

11 OECD. *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers*, Version 1.1 2008. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2018.

12 OLEJNICZAK, Karol; DOMINIKA WOJTOWICZ. *Towards Better Regulations - The Role of Regulatory Impact Assessment in Modern State Lawmaking Systems*. Management and Business Administration. Central Europe, vol. 23, n. 2/2015, p. 59.

e negativos de qualquer alteração regulatória¹³. Vista desse modo, a AIR pode ser entendida como o processo de avaliação sistemática dos benefícios e custos de uma nova, ou existente regulação, com o objetivo de aprimorar a qualidade da política regulatória¹⁴.

Em sentido semelhante, um bom ambiente regulatório institucional, nas palavras de Kirkpatrick, é aquele que estabelece uma estrutura de incentivos que reduz a incerteza e promove eficiência, assim contribuindo para um desempenho econômico mais forte. E, diz o autor, a AIR tem sido uma característica das iniciativas de reforma regulatória em um número crescente de economias em desenvolvimento, contribuindo para os atributos de “boa regulação” em termos de transparência, *accountability*, consistência e proporcionalidade.

Uma última observação nesta Seção: tal como se verá, é importante dizer que não só algumas das ideias ligadas à análise de impacto regulatório encontram resistência por parte daqueles que as associam a um movimento de afrouxamento da regulação, em favor de valores de mercado, como também a própria operacionalização da AIR pode apresentar problemas, desde a dificuldade metodológica (por exemplo, a quantificação de determinados bens imateriais), até aquela relacionada aos recursos disponíveis (mão de obra qualificada, banco de dados etc.).

Ainda assim, parece um caminho sem volta este percorrido nas últimas décadas pelos Estados Unidos da América e, mais recentemente, pela União Europeia e seus Estados-membros, na institucionalização de meios de avaliação dos impactos que as regulações (aqui consideradas em sentido amplo) terão sobre seus destinatários e sobre o próprio Governo.

4. A proposta brasileira

Vimos que as Diretrizes e Guia de AIR foram elaboradas pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, em função do PL n. 6.621/2016. O artigo 6º do Projeto dispõe que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interes-

13 KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. *Regulatory impact assessment and regulatory governance in developing countries*. Public Admin. Dev., 24: p. 336.

14 *Ibidem*, p. 337.

se geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados devem ser precedidas, *nos termos de regulamento*, da realização de Análise de Impacto Regulatório.

O regulamento reclamado pelo Projeto deverá dispor sobre (i) o conteúdo e a metodologia da AIR, (ii) os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre (iii) os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que ela poderá ser dispensada (artigo 6º, § 1º do PL). Já a operacionalização da AIR deverá ser disciplinada pelo regimento interno de cada agência (artigo 6º, § 2º do PL).

Ao que parece, a estrutura desenhada no PL foi a seguinte: um regulamento (Decreto do Poder Executivo) estabelece padrões sobre conteúdo, metodologia, quesitos mínimos e casos de obrigatoriedade e de dispensa de realização de AIR, e os regimentos internos das agências estipulam as regras sobre a operacionalização da análise de impacto, respeitando aqueles padrões mínimos e as particularidades de cada entidade.

Caso o Projeto de Lei seja aprovado, é razoável supor que aquilo que foi estabelecido nas Diretrizes e no Guia poderá ser considerado no regulamento reclamado pelo artigo 6º¹⁵:

Considerando-se que o PL das Agências [...] não teve sua tramitação legislativa concluída, mas que houve substantiva discussão técnica a respeito das diretrizes gerais para a AIR e também sobre o Guia Orientativo para Elaboração de AIR optou-se por transformar a minuta decreto – elaborada no âmbito do Grupo de AIR, no documento Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido para a Realização de Análise de Impacto Regulatório – Diretrizes Gerais AIR.

Caso, ao contrário, o Projeto não seja aprovado ou demore a ser, as Diretrizes e o Guia poderão ser, ainda assim, um parâmetro importante para a realização de AIR, pelos mesmos motivos que se acaba de expor: houve substantiva discussão técnica em sua elaboração, que também contou com a participação de representantes das

15 Número 64 da Nota Técnica n. 4/2017/AESP/SAG/CC-PR. Como se disse, esses documentos foram submetidos a consulta pública, que resultou em diversas contribuições, muitas delas adotadas total ou parcialmente.

agências reguladoras federais. E mais: já hoje, enquanto ainda tramita o PL, aquelas orientações encontram-se “em vigor”, não se podendo desprezar o esforço direcionado a conferir alguma sistematização ao uso da análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras.

Dito isso, vejamos, naquilo que se propôs na Introdução, as Diretrizes e o Guia recentemente editados.

4.1 O critério para a necessidade de realização da AIR

As Diretrizes Gerais foram elaboradas em quadros, que tratam de diversas questões. Começemos por uma que poderá causar alguma polêmica: em consonância com o artigo 6º, *caput*, do Projeto de Lei, prevê-se que a AIR deverá ser realizada quando as propostas de ato normativo forem “de interesse geral” dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. De acordo com as Diretrizes, este ato de interesse geral é “aquele que tenha potencialidade de influir sobre os direitos ou obrigações” daqueles atores. No mesmo sentido, vai o Guia Orientativo.

O critério adotado pelo PL, e repetido nas Diretrizes, não parece, aparentemente, estabelecer a necessidade de que se esteja diante de uma proposta com potencial de apresentar consequências *significativas* que afetem, por exemplo, a economia, a sociedade, o meio ambiente ou os atores mais diretamente envolvidos com a regulação. Caso a proposta de ato a ser editado possa influir sobre os direitos ou obrigações dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados, dever-se-ia, em regra, realizar a AIR.

Assim, o critério pode parecer, à primeira vista, por demais amplo. A própria realização da análise de impacto regulatório, não se pode ignorar, apresenta custos. Que tipo de *trade-off* é estabelecido internacionalmente neste ponto?

Uma possível comparação pode ser feita com a Comissão Europeia. À Comissão¹⁶ compete, no processo legislativo ordinário

¹⁶ A Comissão Europeia é organizada em Direções-Gerais, que são responsáveis por diferentes domínios de intervenção, e é dirigida por um Colégio composto por 28 comissários, que decidem sobre as estratégias e as prioridades políticas do Órgão. Em regra, a ela cabe este papel de iniciativa normativa. A proposta tem de ser aprovada pelo Parlamento Europeu (que é diretamente eleito pelos cidadãos europeus) e pelo Conselho (ou seja, pelos governos dos países que integram a U.E.), na forma do artigo 294 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

da U.E., apresentar propostas legislativas ao Parlamento e ao Conselho europeus¹⁷. Desde 2001, de acordo com Lee e Kirkpatrick, a Comissão Europeia tem se mostrado comprometida a empreender uma análise, baseada em evidências, dos impactos de todas as suas principais propostas legislativas, considerando os seus potenciais custos e benefícios econômicos, sociais e ambientais, dentro e fora da União Europeia¹⁸. Neste sentido, Jonathan B. Wiener afirma que, baseada em um *White Paper* sobre governança e em um Relatório¹⁹ feito por um grupo de experts, ambos de 2001, a Comissão Europeia adotou um conjunto de medidas de reforma regulatória no ano seguinte, incluindo diretrizes para avaliação de impacto²⁰.

E quando deverá ser realizada uma avaliação de impacto pela Comissão? A resposta a esta questão pode ser encontrada nas Diretrizes de “melhor regulação” (*better regulation guidelines*), que são divididas em capítulos e estabelecem os princípios que a Comissão Europeia segue na preparação de novas iniciativas e propostas, e na avaliação de legislações existentes²¹. De acordo com o Capítulo III das mencionadas Diretrizes, uma avaliação de impacto é requerida para as iniciativas da Comissão que apresentem, potencialmente, “significativos impactos econômicos, ambientais e sociais”.

17 Ver artigos 289 e 294 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

18 KIRKPATRICK, Colin; NORMAN, Lee. *Evidence-based policy-making in Europe: an evaluation of European Commission integrated impact assessments*. Impact Assessment and Project Appraisal, 24:1, 23-33, DOI: <10.3152/147154606781765327>. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3152/147154606781765327>>. Acesso em: 15 maio 2018.

19 Esse Relatório foi elaborado pelo “Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa” (Grupo Mandelkern). De acordo com Raquel Lima Scalcon, as pesquisas realizadas pelo Grupo foram impulsionadas pelo ingresso, na União Europeia, de países do Leste, cujas legislações necessitavam de ampla adaptação e de melhoria em termos de legitimidade democrática e eficácia: “Suas recomendações, dirigidas à Comissão, ao Conselho e ao Parlamento da União Europeia, foram publicadas no conhecido “Relatório Mandelkern” (MANDELKERN GROUP, 2001). A partir delas, firmou-se ainda o Acordo Interinstitucional “Legislar Melhor” (Interinstitutional Agreement Better Lawmaking, 2003/C 321/01), cuja tarefa era a de reformar práticas legislativas anacrônicas de Estados-Membros”. SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 54, p. 117. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113.pdf>. Acesso em: 11 maio 2018.

20 WIENER, Jonathan B. *Better regulation in Europe*. Current legal problems, Volume 59, 2006, Issue 1, 1 January 2006, p. 447/448. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/documentos/biblioteca-internacional/2006/better-regulation-in-europe.pdf/view>>. Acesso em: 15 maio 2018.

21 Esses *guidelines* podem ser consultados no próprio site da Comissão Europeia. COMISSÃO EUROPEIA. *Better regulation: guidelines and toolbox*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en>. Acesso em: 21 maio 2018.

Nem sempre, vale dizer, foi exatamente assim. Como mostra o Relatório Especial n. 03/2010²² do Tribunal de Contas Europeu, que buscou investigar se a avaliação de impacto nas instituições da U.E. apoia o processo de tomada de decisão, foram realizadas, no período 2003/2008, avaliações de impacto relativamente a 69% de todas as iniciativas incluídas no programa legislativo e de trabalho da Comissão. Foi a partir de 2005 que, de acordo com os critérios então definidos pela Comissão, foram feitas avaliações de impacto de todos os elementos relevantes incluídos nos programas legislativo e de trabalho da Comissão, bem como de outras iniciativas que não constavam daqueles programas, “mas que também apresentavam um impacto potencialmente significativo”.

Em complementação às Diretrizes de “melhor regulação”, a Comissão Europeia também conta com uma “caixa de ferramentas”²³, que contém diversas sugestões mais avançadas sobre os temas relacionados àquele objetivo. Uma dessas ferramentas pretende responder, justamente, quando que uma avaliação de impacto é necessária (*TOOL #9*). Em adição ao que já diz o Capítulo III das Diretrizes, a ferramenta n. 9 esclarece que o “impacto significativo” pode ser aquele com potencial de ocorrer na economia ou na sociedade como um todo, mas também em apenas um setor particular seu, e até mesmo aquele que se dirige a um ator econômico específico.

Prevê aquela ferramenta, ainda, que o que se considera “significativo” dependerá de um julgamento técnico, e que, de todo modo, uma análise de impacto só deveria ser realizada quando se mostrar útil, julgamento que deve ser feito previamente e caso a caso. São apresentados três tipos de situações em que este julgamento pode resultar na conclusão de que não seria necessário realizar uma avaliação de impacto: a) quando há pouca ou nenhuma opção disponível para a Comissão, b) quando os impactos não podem ser claramente identificados *ex ante* e c) quando os impactos forem pequenos. Além disso, a *TOOL #9* também estabelece alguns tipos de iniciativa, e as correspondentes razões, para as quais, a princípio, uma avaliação de impacto não seria necessária.

22 TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. *Relatório Especial n° 3/2010*. Disponível em: <https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR10_03/SR10_03_PT.PDF>. Acesso em: 10 maio /2018.

23 COMISSÃO EUROPEIA. *Better regulation toolbox*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox_en>. Acesso em: 10 maio 2018.

Um dos exemplos apresentados são as decisões administrativas, em razão de sua falta de significativo impacto.

Vistas as considerações específicas sobre as avaliações de impacto conduzidas pela Comissão Europeia, outra referência importante está contida na *Executive Order* n. 12.866, emitida em 1993 por Clinton, então Presidente dos Estados Unidos da América. O referido ato, ao contrário das expectativas dos apoiadores da regulação, manteve a análise de custo e benefício no processo regulatório, e teve por objetivo disciplinar a revisão regulatória²⁴. Além disso, vale dizer que a E.O. 12.866 também promoveu uma alteração relevante em relação ao ato anterior que tratava do tema (a E.O. 12291, de Reagan): em vez de requerer que as agências demonstrassem que os benefícios da norma a ser editada *excedem* os seus custos, passou-se a prever a necessidade de que aqueles *justifiquem* estes.

Esse ato presidencial, é preciso mencionar, não se aplica às *independent regulatory agencies*²⁵:

The most extensive and broadly applicable of the requirements are in Executive Order 12866 and OMB Circular A-4, but they do not apply to independent regulatory agencies. The statutes that provide rule-making authority to independent regulatory agencies often require them to “consider” regulatory costs and benefits, and they often have less explicit requirements for cost-benefit analysis, if any. An OMB report indicated that independent regulatory agencies provided some information and costs and benefits in 76 of the 118 major rules they issued from FY2003 to FY2012. Cabinet departments and other agencies estimated monetary costs and benefits for some, but not all, of their rules.

24 SHAPIRO, Stuart. The evolution of cost-benefit analysis in US regulatory decision making. In: LEVI-FAUR, David. *Handbook on the Politics of Regulation*. Estados Unidos: Edward Elgar, 2013. O artigo traz, como sugere o seu nome, a evolução do uso da análise de custo e benefício no processo regulatório decisório nos EUA, mostrando como a discussão evoluiu, naquele país, de uma disputa entre apoiadores e opositores da regulação, para, chegando-se a algum consenso sobre a sua necessidade, como incorporar preocupações distribucionais e economia comportamental no uso da análise de custo e benefício.

25 CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *Cost-Benefit and Other Analysis Requirements in the Rulemaking Process*, December 9, 2014. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41974.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2018.

Esta circunstância, porém, não prejudica a comparação da E.O. 12.866, quanto aos casos em que exige seja feita uma análise de impacto regulatório, com o modelo que se pretende institucio- nalizar no Brasil, dirigido às agências reguladoras dotadas de certo grau de autonomia.

Dito isso, de acordo com a *Executive Order* n. 12.866, as agên- cias devem realizar uma análise de impacto regulatório para aque- las ações que são “significativas”, nos moldes da Seção 3 (f) (1), o que a Circular A-4, do *Office of Management and Budget*, descre- ve como “economicamente significativo”²⁶. Uma ação regulatória é economicamente significativa, neste caso, se for previsto que ela poderá ter um efeito anual sobre a economia de US \$ 100 milhões ou mais, ou que ela poderá influenciar adversamente, e de maneira relevante, a economia, um setor da economia, produtividade, con- corrência, empregos, meio ambiente, saúde pública ou segurança, ou governos ou comunidades estaduais ou locais.

Quanto ao “piso” de cem milhões de dólares, vale fazer dois comentários. Primeiro, este valor se aplica ao impacto da regu- lação em qualquer ano, e inclui benefícios, custos ou transferên- cias²⁷. Além disso, é curioso o fato de que o valor estabelecido na ordem executiva foi “pegado emprestado” da *Executive Order* por ela revogada, a de n. 12291, do Presidente Reagan, que, por sua vez, se inspirou na E.O. 12.044, do Presidente Carter, adotada em 1978 para exigir análises em todas as regulações que pudes- sem ter um efeito anual sobre a economia de US \$ 100 milhões ou mais²⁸. O valor, que é idêntico ao piso monetário que determina se se está diante de uma *major rule* sob o *Congressional Review Act* (CRA), assim como nesta Lei, não é ajustado pela inflação²⁹,

26 ESTADOS UNIDOS. CASA BRANCA. *Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions* (FAQs). Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4_FAQ.pdf>, p. 1. Acesso em: 14 maio 2018.

27 *Ibidem*.

28 MCEL FISH JR., James M. *Regulation: Is \$100 Million What It Used to Be?* Disponível em: <<https://www.eli.org/vibrant-environment-blog/regulation-100-million-what-it-used-to-be>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

29 Cf. WHITE HOUSE. *Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions* (FAQs). Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4_FAQ.pdf>, p. 2. Acesso em: 14 maio 2018. Já o ‘piso’, também de cem milhões de dólares, previsto no *Unfunded Mandates Reform Act*, é ajustado anualmente pela inflação, conforme disposição legal expressa.

e trata-se do mesmo montante utilizado em diversas outras leis e atos³⁰.

Em relação ao caso em que uma ação regulatória possa influenciar adversamente, e de maneira relevante, a economia, um setor seu, produtividade, concorrência, empregos, meio ambiente, saúde pública ou segurança, governos ou comunidades estaduais ou locais, é esclarecedor o exemplo de um ato que (1) importaria US \$ 98 milhões em custos no primeiro ano, com custos anuais mais baixos depois disso, (2) afetaria desproporcional e negativamente um pequeno setor da economia, e (3) ameaçaria criar uma perda significativa de empregos. Esta regra, note-se, seria considerada economicamente significativa, devendo ser precedida, nos termos da *Executive Order* n. 12.866, de uma análise de impacto regulatório³¹.

Pois bem. Dissemos, no início desta Seção, que o critério adotado pelas Diretrizes e Guia brasileiros, a balizar os casos em que deve uma agência reguladora realizar uma análise de impacto regulatório, parece ser, à primeira vista, por demais amplo. As experiências europeia e americana poderiam confirmar esta impressão, considerando que, se é possível apontar uma similitude entre elas, estabelecem ambas a necessidade de realização de AIR para os casos em que a proposta regulatória apresente potencial de afetar *significativamente* a economia, um setor seu, o meio ambiente, ou a sociedade, por exemplo. O que importa, lá, é menos o ator impactado, e mais a intensidade com que o ato a ser editado o impacta.

30 Cf. MCEL FISH JR., James M. *Regulation: Is \$100 Million What It Used to Be?* Disponível em: <<https://www.eli.org/vibrant-environment-blog/regulation-100-million-what-it-used-to-be>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

Vale conferir o seguinte trecho: 'OMB this year announced that it would use the same \$100 million level to define which regulations are subject to President Trump's new 2-for-1 executive order entitled "Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs" (E.O. No. 13771). This order requires the elimination of two existing regulations for every new one adopted by any agency, as well as a net regulatory cost of zero -to be achieved by each agency repealing sufficient existing regulations to offset all the costs of any new regulations (while not taking any benefits into account). Congress also is all-in with \$100 million as the trigger for extra scrutiny. The Regulations from the Executive in Need of Scrutiny (REINS) bill passed by the House earlier this year (H.R. 26) uses the same \$100 million projected effect as the definition of a "major" rule, which would not be allowed to take effect without affirmative congressional action approving the rule. The House-passed Regulatory Accountability Act bill (H.R. 5) also uses this threshold, applying additional procedures and determinations to \$100 million "major rules." (The bill also introduces the concept of a "high-impact" rule with projected economic impact of \$1 billion or more, which would require formal evidentiary hearings prior to the rule's enactment.)'.

31 WHITE HOUSE. *Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions (FAQs)*. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4_FAQ.pdf>, p. 2. Acesso em: 6 jun. 2018.

Talvez, porém, reconhecendo que nem sempre se justifica um comando de obrigatoriedade de realização de uma análise de impacto regulatório, as Diretrizes editadas pela SAG preveem tanto casos de *não aplicabilidade*, quanto casos em que é possível *dispensar* a sua produção. No primeiro tipo, são estabelecidas as seguintes hipóteses de não incidência da AIR: (i) atos normativos de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos à própria agência reguladora; (ii) atos normativos de efeitos concretos, voltados a disciplinar situação específica e que tenham destinatários individualizados; (iii) atos normativos que visam corrigir erros formais de normas previamente publicadas; (iv) atos normativos que visam revogar ou atualizar normas obsoletas, sem alteração de mérito; (v) atos normativos que visam consolidar outras normas sobre determinada matéria, sem alteração de mérito.

Os casos em que a AIR pode ser dispensada são os seguintes: (i) urgência; (ii) atos normativos voltados a disciplinar direitos ou obrigações definidos em instrumento legal superior que não permitam a possibilidade de diferentes alternativas regulatórias; (iii) atos normativos de notório baixo impacto. Nos casos de urgência em que a AIR for dispensada, dizem as Diretrizes e o Guia, por decisão fundamentada da Diretoria ou do Conselho Diretor da agência, será necessário identificar, em nota técnica ou documento equivalente, o problema regulatório que se pretende solucionar e os objetivos que se quer alcançar, até mesmo para subsidiar a elaboração da análise de resultado regulatório (que, segundo as orientações previstas naqueles documentos, deve ocorrer em até dois anos neste caso).

O Guia Orientativo consolidado pela SAG conta, ao seu final, com um glossário (tópico 5), que contém diversas definições, algumas delas explicitando os conceitos relativamente abertos vistos acima. Atos de *notório baixo impacto*, por exemplo, são aqueles que (a) não provocam *impactos significativos* sobre a saúde, segurança, meio ambiente, economia ou sociedade, ou (b) não geram aumento *significativo* de custos para os entes regulados e usuários, nem de despesas orçamentárias para a Agência. Já o ato de *efeito concreto* é aquele dirigido a pessoa ou empresa certa e determinada, criando situações jurídicas individuais, como autorizações, concessões, permissões; podem ser também enquadrados nesta categoria os

reajustes de taxas, tarifas ou preços com regras de reajustes já definidas em normas ou contratos.

O Guia define, inclusive, o que se deve entender por *urgência*: a necessidade de resposta de modo imediato ou célere, em virtude da existência de risco iminente ou de grave dano à saúde, à segurança, ao meio ambiente, à economia ou à sociedade, ou a necessidade de pronta regulação em função de prazo definido em instrumento legal superior.

Diante desse quadro, parece ser possível afirmar que, lidos em conjunto, as Diretrizes Gerais e o Guia elaborados pela SAG não se distanciam substancialmente das regras internacionais mais acima exploradas quanto à obrigatoriedade de realização da análise de impacto regulatório, que poderá não se justificar quando se estiver diante de propostas que apresentem baixo impacto potencial.

4.2 Os *steps* de análise de impacto regulatório

As Diretrizes e Guias preveem a realização da análise de impacto regulatório em dois níveis. Os passos essenciais que uma AIR Nível I deve seguir, de acordo com aquelas orientações, são os seguintes³²: i) identificação do problema regulatório, suas causas e extensão; ii) identificação dos atores ou grupos afetados pelo problema; iii) identificação da base legal que ampara a ação da agência reguladora; iv) definição dos objetivos que se pretende alcançar; v) descrição das possíveis alternativas para enfrentamento do problema regulatório identificado, considerando a opção de não ação, além de soluções normativas e, sempre que possível, opções não normativas; vi) exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas; vii) comparação das alternativas consideradas, com a indicação justificada daquela, ou da combinação daquelas, que se mostra mais adequada aos objetivos pretendidos; viii) descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, incluindo formas de monitoramento e fiscalização, assim como a necessidade de alteração ou revogação de normas em vigor; ix) considerações referentes às contribuições recebidas na elaboração da AIR em eventuais processos de participação social.

³² Deixamos de mencionar, aqui, os elementos formais. A ideia é focar naquilo que de substancial as Diretrizes e Guia preveem.

Caso o problema regulatório apresente significativa complexidade, ou as alternativas identificadas para seu enfrentamento apresentem impactos significativos, dizem as Diretrizes, a agência reguladora deve realizar uma “AIR Nível II”, que, adicionalmente aos itens anteriores, também contará com: i) mapeamento da experiência internacional no tratamento do problema regulatório em análise; ii) mensuração dos possíveis impactos das alternativas sobre os consumidores ou usuários dos serviços e sobre os demais principais segmentos da sociedade afetados; iii) mapeamento dos riscos envolvidos em cada uma das alternativas consideradas.

Essa diferenciação dos níveis de AIR foi amparada, no Guia Orientativo elaborado pela SAG, no que ali se chamou de “princípio da proporcionalidade”, o que significa dizer, nos termos daquela orientação, “que os recursos, esforços e tempo empregados em toda a análise devem ser proporcionais à relevância do problema investigado e dos possíveis impactos da intervenção governamental”³³.

Vale destacar que, de acordo com o já mencionado glossário contido no Guia Orientativo elaborado pela SAG, alternativas normativas à solução do problema regulatório são as “opções de intervenção do Estado que buscam resolver problemas regulatórios alterando o comportamento dos agentes econômicos por meio de atos de “comando e controle” (*comand and control*)”. Estas, diz o Guia, “consistem na edição, pelo poder público, de ato normativo prescritivo que impõe um conjunto de regras de conduta ou padrões a serem observados pelos particulares, sob pena de punição”.

Já as alternativas não normativas são as opções de intervenção que buscam resolver problemas regulatórios, mas por meio de mecanismos de incentivo que não envolvem a edição, pelo Estado, de um ato normativo do tipo “comando e controle”. São exemplos os incentivos econômicos, autorregulação, correção e campanhas de informação e educação.

É possível dizer que, neste aspecto relativo às alternativas normativas e não normativas para solução de determinado problema

33 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Guia orientativo para elaboração de AIR*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf/view>>. Acesso em: 20 maio 2018.

regulatório, a proposta brasileira segue o que a literatura aponta quando trata das estratégias regulatórias, ao acolher a possibilidade de diversos tipos de ação, a depender do objetivo que se pretende alcançar³⁴. Esta abordagem, vale notar, é adotada nas Diretrizes da Comissão Europeia³⁵, bem como em documento elaborado pela OIRA³⁶, por meio do qual orienta a realização das análises de impacto regulatório requeridas, para as *economically significant rules*, pelas *Executive Orders* n. 13.563 e n. 12.866. Um assunto a ser destacado aqui é a necessidade de sempre se considerar a alternativa de não agir: não apenas devem ser comparadas diferentes maneiras de ação para se atingir o objetivo traçado, como também deve ser considerada a possibilidade de não regular, o que reforça a ideia, brevemente desenvolvida na Seção 3, de que a regulação não é um fim em si mesma, servindo a análise de impacto justamente para que a decisão regulatória seja informada por evidências.

Quanto aos passos, em si, que deve uma AIR percorrer, o que se nota é também uma convergência do modelo brasileiro com aquilo que o referido documento elaborado pela OIRA, assim como as Diretrizes da Comissão Europeia preveem. O Guia Orientativo apresentado pela SAG, aliás, cita em sua bibliografia as referências americana e da Comissão Europeia trabalhadas aqui. Merece destaque, aqui, a gama de possibilidades metodológicas para a análise do impacto das alternativas imaginadas para lidar com o problema regulatório identificado: análise multicritério, análise de custo-benefício, análise de custo-efetividade, entre outras. A ideia é que, quando possível, sejam quantificados os benefícios e custos; quando isso não for possível, ou demandar custos e tempo desproporcionais, pode-se optar, segundo o Guia brasileiro, por métodos e técnicas que permitam a comparação entre alternativas a partir de critérios qualitativos.

Vale lembrar, por fim, nos termos da Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR, que subsidiou a edição das Diretrizes Gerais e

³⁴ Por todos, veja-se BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Introduction & Fundamentals. In: *Understanding Regulation*. Theory, Strategy, and Practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 105-136.

³⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Better regulation guidelines*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd_br_guidelines_en.pdf>, p. 22-24. Acesso em: 7 jun. 2018.

³⁶ ESTADOS UNIDOS. *Regulatory Impact Analysis: A Primer*. Disponível em: <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

do Guia de AIR e apresentou, em 2017, o estado da arte da análise de impacto regulatório nas agências reguladoras federais, que praticamente todas estas entidades enfrentam dificuldades relativas aos dados necessários para as análises quantitativas, assim como foi a capacitação, estruturada e direcionada, percebida como fator crítico para a adequada institucionalização e efetiva implementação da AIR. Vê-se, assim, que o funcionamento do modelo proposto poderá encontrar obstáculos práticos não desprezíveis, que precisarão ser removidos se se pretender levar a sério o uso da análise de impacto regulatório no país.

4.3 Participação social na elaboração da AIR e a inexistência de um órgão ou entidade de coordenação/supervisão

Em relação à participação social *na própria elaboração* da análise de impacto regulatório, é de se notar que o Projeto de Lei das Agências não prevê expressamente esta possibilidade. O artigo 9º do PL estabelece, em seu parágrafo terceiro, que a agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e em seu *site*, quando do início da consulta pública “sobre a proposta de ato normativo” (e não sobre a própria AIR, portanto), o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta (ressalvados os de caráter sigiloso).

Antes de avançar, vale dizer que, se, por um lado, parte da literatura especializada em direito público, sensível às transformações que o Estado vinha experimentando ao longo da segunda metade do século XX, passou a enxergar a abertura à participação social na esfera pública como algo salutar, ou mesmo fundamental, a partir de ideias como legitimidade material, democracia substantiva e consensualidade, por outro, não se pode ignorar os estudos existentes sobre os resultados da abertura à participação no processo normativo de agências reguladoras e da atuação, nele, de grupos de interesse, cujos efeitos nem sempre coincidem com as consequências esperadas deste tipo de medida (fala-se, aqui, entre outros, dos problemas da ossificação do processo normativo, bem como de sua utilização como estratégia de bloqueio).

Feita a ressalva, vale dizer que, ouvida pela Comissão Especial que analisa o Projeto na Câmara dos Deputados, Patrícia Regina

Pinheiro Sampaio apontou a necessidade de se incluir a AIR no rol de documentos que serão objeto de consulta pública anteriormente à tomada de decisão pela agência reguladora³⁷. A autora destacou, nesse sentido, que consulta e audiência pública deveriam ocorrer *no contexto* da AIR, oportunizando-se à sociedade a participação *na construção* das alternativas imaginadas para a solução do problema regulatório, e não apenas no oferecimento de ajustes redacionais à proposta de normatização, já finalizada em sua substância.

Vale lembrar, sobre este ponto, que o próprio Guia Orientativo elaborado pela SAG, apesar de afirmar que a realização de consultas e audiências públicas já é prática comum entre as agências reguladoras, reconhece que, geralmente, esses processos são realizados depois de já tomada a decisão sobre o tipo de ação a ser implementada. Seria, assim, salutar que se oportunizasse à sociedade manifestar-se quando ainda da elaboração do relatório da análise de impacto regulatório. E, é interessante notar, o Guia Orientativo destaca que a boa prática regulatória “recomenda que a consulta e o diálogo com os atores interessados no problema regulatório devem começar o mais cedo possível, ainda nos estágios iniciais da AIR”, sendo apontados, como ganhos desse processo, a redução da assimetria de informação e o reforço da legitimidade da decisão tomada. Nesse sentido, as Diretrizes Gerais, ao tratar da participação social no âmbito da elaboração da AIR, sinalizam que se deve oportunizá-la *sempre que possível*.

Percebe-se, portanto, que facultar a participação social na própria elaboração da análise de impacto regulatório não foi previsto como uma obrigatoriedade pelo Projeto de Lei das Agências, mas tal providência é recomendada pelas Diretrizes e Guia elaborados pela SAG, *sempre que possível* for. Sendo franqueada esta possibilidade, diz o Guia, o Relatório da AIR deve trazer uma seção específica para apresentar as considerações da agência sobre as contribuições e manifestações relevantes recebidas.

37 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Audiência Pública PL n. 6621/2016*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6621-16-agencias-reguladoras/documentos/audiencias-publicas/PatriciaSampaio.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Em suas Diretrizes, a Comissão Europeia também prevê a consulta pública no contexto de suas avaliações de impacto³⁸. Seria, porém, sempre o caso de se franquear esta possibilidade? Merece referência, aqui, um interessante caso apreciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (*Judgment in Joined Cases T-424/14 and T-425/14, ClientEarth v Commission*³⁹). Em 2014, a *ClientEarth*, uma organização sem fins lucrativos cujo objetivo é a proteção do meio ambiente, solicitou à Comissão Europeia o acesso a duas avaliações de impacto relacionadas à política ambiental. A Comissão recusou o acesso pretendido, afirmando, entre outras coisas, que, tendo em vista o fato de as avaliações de impacto se destinarem a ajudar na preparação de iniciativas legislativas em matéria ambiental, a divulgação desses documentos poderia comprometer seriamente seus processos decisórios, restringindo sua margem de manobra e reduzindo sua capacidade de alcançar um compromisso; além disso, tal divulgação poderia criar pressões externas que dificultariam os delicados processos de tomada de decisão, durante os quais uma atmosfera de confiança deve prevalecer⁴⁰.

O Tribunal entendeu, neste caso, que a Comissão tinha fundamento para recusar o acesso aos documentos solicitados, por considerar, em apertada síntese, que, no contexto da preparação e desenvolvimento de propostas normativas, a Comissão pode invocar fundamentos de natureza geral relacionados à necessidade de preservar o seu “espaço de pensamento” e de manobra e independência, a necessidade de preservar a atmosfera de confiança durante as discussões, e o risco de pressões externas passíveis de afetar a condução das discussões e negociações em andamento. De acordo com o Tribunal, a Comissão tem o direito de presumir, sem levar a cabo uma operação específica e um exame individual de cada um dos documentos relacionados com uma avaliação de impacto, que a divulgação desses documentos prejudicaria, em princípio, seriamente o seu processo decisório⁴¹.

38 COMISSÃO EUROPEIA. *Better regulation toolbox*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-53_en_0.pdf>, p 383. Acesso em: 18 maio 2018.

39 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Judgment in Joined Cases T-424/14 and T-425/14 ClientEarth v Commission*, 13.11.2015. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014TJ0424&langl=pt&type=TXT&ancre=>>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

Em que pesem as diferenças de sistema jurídico, o caso que se acaba de destacar pode servir de exemplo para se pensar a participação da sociedade na elaboração das análises de impacto pelas agências reguladoras brasileiras: a despeito de todas as alegações normalmente relacionadas ao tema, especialmente aquelas ligadas ao reforço da legitimidade das avaliações feitas e do próprio processo decisório, bem como à redução da assimetria de informação, não parece haver dúvidas de que, na prática, pode apresentar problemas a abertura à participação.

Por fim, não se estabeleceu, seja no Projeto de Lei, seja nas Diretrizes e Guia, um órgão ou entidade que possam fazer algum tipo de supervisão ou análise da AIR realizada pelas agências. O que faz o Projeto de Lei é, no parágrafo 7º de seu artigo 9º, conferir ao Ministério da Fazenda a competência para opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.

Nos Estados Unidos, o critério das normas “economicamente significativas” visto no primeiro item desta Seção, adotado para se estabelecer a necessidade de realização de análise de impacto regulatório, está inserido no contexto, mais amplo, da *revisão regulatória*. Esta é uma das funções principais do *Office of Management and Budget (OMB)*, consistente no processo de supervisão e coordenação das agências, gerenciado pelo seu *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*⁴². As Ordens Executivas nº 12.866 e n. 13.563, juntas, criam uma estrutura de supervisão, bem como articulam uma filosofia de regulação por meio da qual a *OIRA* busca gerenciar o Estado Administrativo americano⁴³. É preciso apenas lembrar que estas ordens executivas não se aplicam às *independent regulatory agencies*. É claro que este arranjo institucional desperta inúmeras discussões, cujo enfrentamento, porém, fugiria aos limites do presente trabalho. Fato é que os Estados Unidos

42 DAVIDSON, Nestor M.; LEIB, Ethan J. *Regleprudence* – At OIRA and beyond, 103 Geo. L.J. 259, 316, 2015, p. 276.

43 *Ibidem*, p. 279. Este processo de supervisão regulatória exercido pela *OMB*, principalmente por meio da *OIRA*, não está livre de discussões e críticas, mas não cabe abordá-las no presente trabalho.

contam, para aquelas agências que devem observância aos decretos presidenciais mencionados, com uma estrutura de supervisão regulatória que tem como uma de suas ferramentas a AIR.

No âmbito da Comissão Europeia, também existe um órgão responsável por realizar um controle sobre as avaliações de impacto. Esse papel cabe ao *Regulatory Scrutiny Board*⁴⁴, que é presidido por um dos Diretores Gerais da Comissão e conta com três oficiais seus de alto nível e três experts que não fazem parte da Comissão. O Conselho atua, em tese, de forma independente dos departamentos responsáveis por elaborar as propostas legislativas e de quaisquer outras instituições ou agências europeias. Interessante notar que, de acordo com o ato que o instituiu, o *Regulatory Scrutiny Board* pode aconselhar a Comissão acerca da aplicação e da interpretação das Diretrizes de “Melhor Regulação” em casos que envolvam avaliações particularmente exigentes, bem como sobre questões metodológicas. O Conselho, entre outras tarefas, examina e emite opiniões e recomendações sobre todos os projetos de avaliação de impacto, além de realizar avaliações retrospectivas de políticas já efetivadas, e uma opinião positiva sua é necessária para que uma iniciativa, acompanhada da correspondente avaliação de impacto, seja colocada à apreciação da Comissão.

5. Conclusão

Caminhando para as linhas finais deste trabalho, vimos que, lidos em conjunto, as Diretrizes Gerais e o Guia elaborados pela SAG não parecem se distanciar das regras americana e da Comissão Europeia vistas aqui, quanto à obrigatoriedade de realização da análise de impacto regulatório, que poderá não se justificar quando se estiver diante de propostas que apresentem baixo impacto – social, econômico, ambiental – potencial. Além disso, quanto aos *steps* que deve uma AIR percorrer, o que se nota é também uma convergência do modelo brasileiro com aquilo que as práticas internacionais destacadas preveem.

⁴⁴ O Conselho foi instituído por ato do Presidente da Comissão Europeia, em maio de 2015, substituindo o anterior *Impact Assessment Board*. Além disso, a ferramenta nº 3 de “Melhor Regulação” apresenta um detalhamento dos papéis do *Regulatory Scrutiny Board*.

Já a possibilidade de participação social *na própria elaboração* da análise de impacto regulatório não foi prevista como uma obrigatoriedade pelo Projeto de Lei das Agências, mas tal providência é recomendada pelas Diretrizes e Guia elaborados pela SAG, *sempre que possível* for, em consonância com as diretrizes seguidas pela Comissão Europeia.

E, ainda, não se estabeleceu, seja no Projeto de Lei, seja nas Diretrizes e Guia, um órgão ou entidade que possam fazer algum tipo de supervisão da AIR realizada pelas agências. O que faz o Projeto de Lei é conferir ao Ministério da Fazenda a competência para, quando considerar pertinente, opinar sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Neste aspecto, deixa-se de seguir as práticas americana (prevista na comentada Ordem Executiva n. 12.866) e europeia.

Vale dizer, por fim, que a análise de impacto regulatório não é, por óbvio, a solução para todos os problemas do sistema regulatório brasileiro. Questões de realidade política e de arranjo institucional são maiores do que uma boa iniciativa que pretende conferir mais racionalidade ao processo decisório das agências reguladoras.

Sobre o ponto, remete-se o leitor ao artigo “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”, de Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro⁴⁵, bem como aos comentários feitos por José Vicente Santos de Mendonça em Audiência Pública realizada na Câmara dos Deputados em 08/05/2018, para discutir o PL nº 6.621/2016, no sentido de que temos um modelo de agência reguladora que se inspira no dos Estados Unidos da América, mas não um sistema jurídico-administrativo semelhante ao daquele país – aqui, a Administração Central é o único ator que pode encaminhar um projeto de lei para mudança do regime jurídico das agências reguladoras; convivemos, também, com

45 JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 24 maio 2018. Doi: <<https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.155>>.

uma realidade em que o Chefe do Poder Executivo conta com uma ampla liberdade para contingenciar recursos⁴⁶.

Além disso, a própria utilização da análise de impacto regulatório apresenta problemas, desde a dificuldade metodológica, até aquela relacionada aos recursos disponíveis (mão de obra qualificada, banco de dados etc.).

De qualquer sorte, um primeiro passo parece ter sido dado rumo à institucionalização do uso, de maneira mais sistemática do que aquela com que se faz hoje, da análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais. Resta acompanhar se a orientação, recentemente elaborada, será seguida pelas agências, e se estas se empenharão em romper os obstáculos que estarão à sua frente neste processo.

6. Referências

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Introduction & Fundamentals. In: *Understanding Regulation*. Theory, Strategy, and Practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Audiência Pública PL n. 6621/2016*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6621-16-agencias-reguladoras/documentos/audiencias-publicas/PatrciaSampaio.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Audiência Pública PL n. 6621/2016*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6621-16-agencias-reguladoras/videoArquivo?codSessao=72558&codReuniao=51365#videoTitulo>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.621/2016*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 12 maio 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Guia orientativo para elaboração de AIR*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf/view>>. Acesso em: 20 maio 2018.

⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Audiência Pública PL n. 6621/2016*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6621-16-agencias-reguladoras/videoArquivo?codSessao=72558&codReuniao=51365#videoTitulo>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Resultado da Consulta Pública: Diretrizes e Guia AIR - 001/2017*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/encerramento/consulta-publica-diretrizes-e-guia-air-001-2017>>. Acesso em: 12 maio 2018.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Documentação produzida para construção das Diretrizes Gerais e do Guia AIR*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air>>. Acesso em: 2 maio 2018.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Better regulation: guidelines and toolbox*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en>. Acesso em: 21 maio 2018.
- _____. *Better regulation guidelines*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd_br_guidelines_en.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2018.
- _____. *Better regulation toolbox*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox_en>. Acesso em: 10 maio 2018.
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *Cost-Benefit and Other Analysis Requirements in the Rulemaking Process*, December 9, 2014. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41974.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.
- DAVIDSON, Nestor M.; LEIB, Ethan J. *Regleprudence - At OIRA and beyond*, 103 Geo. L.J. 259, 316, 2015.
- ESTADOS UNIDOS. *Regulatory Impact Analysis: A Primer*. Disponível em: <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.
- _____. CASA BRANCA. *Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions (FAQs)*. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4_FAQ.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.
- JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 24 maio 2018. Doi: <<https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.155>>.
- KIRKPATRICK, Colin; NORMAN, Lee. *Evidence-based policy-making in Europe: an evaluation of European Commission integrated impact assessments*. *Impact Assessment and Project Appraisal*, 24:1, 23-33, DOI:10.3152/147154606781765327. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3152/147154606781765327>>. Acesso em: 15 maio 2018.

- _____; PARKER, David. *Regulatory impact assessment and regulatory governance in developing countries*. Public Admin. Dev., 24: p. 333-344.
- MCELFISH JR., James M. *Regulation: Is \$100 Million What It Used to Be?* Disponível em: <<https://www.eli.org/vibrant-environment-blog/regulation-100-million-what-it-used-be>>. Acesso em: 6 jun. 2018.
- MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- OECD. *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers, Version 1.1 2008*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2018.
- OLEJNICZAK, Karol; Dominika WOJTOWICZ1. *Towards Better Regulations – The Role of Regulatory Impact Assessment in Modern State Lawmaking Systems*. Management and Business Administration. Central Europe vol. 23, n. 2/2015.
- SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 54, p. 113-130. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113.pdf>. Acesso em: 11 maio 2018.
- SHAPIRO, Stuart. The evolution of cost-benefit analysis in US regulatory decisionmaking. In: LEVI-FAUR, David. *Handbook on the Politics of Regulation*. Estados Unidos: Edward Elgar, 2013.
- TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. *Relatório Especial nº 3/2010*. Disponível em: <https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR10_03/SR10_03_PT.PDF>. Acesso em: 10 maio 2018.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Judgment in Joined Cases T-424/14 and T-425/14 ClientEarth v Commission*, 13.11.2015. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014TJ0424&lang1=pt&type=TXT&ancre=>>>. Acesso em: 9 jun. 2018.
- WIENER, Jonathan B. *Better regulation in Europe*. Current legal problems, vol. 59, 2006, Issue 1, 1 January 2006, p. 447-518. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/documentos/biblioteca-internacional/2006/better-regulation-in-europe.pdf/view>>. Acesso em: 15 maio 2018.

Rafael Berzotti

**Teubner e a reflexividade
administrativa**

21

Teubner e a reflexividade administrativa

Rafael Berzotti¹

Resumo

Este artigo analisa um problema conceitual relacionado ao conceito de reflexividade administrativa. Possui motivação teórica. No manual *Understanding regulation*, a sociologia de Teubner é associada a uma linha de teóricos céticos quanto à possibilidade de o direito regular os outros sistemas sociais. A pergunta de pesquisa que se busca responder é: a reflexividade administrativa, conceito que tem por fim justificar a escolha regulatória no direito brasileiro, é compatível com a sociologia de Günther Teubner? Depois de analisar os conceitos de direito reflexivo e de direito procedimental na teoria de Teubner e de examinar a construção do conceito de reflexividade administrativa no livro *Discricionarie-dade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, de Sérgio Guerra, conclui-se que, sim, o conceito de reflexividade administrativa, suas características e suas premissas estão de acordo com a sociologia jurídica de Günther Teubner.

Palavras-chave: Regulação. Estratégias regulatórias. Direito regulatório.

Abstract

This paper deals with a conceptual problem involving the idea of administrative reflexivity, created to validate regulatory interventions in Brazil. The paper's justification is theoretical. In *Understanding Regulation* (Baldwin, Cave and Lodge), Teubner's writings are associated with a strain of theorists who are skeptical regarding the effectiveness of regulatory intervention. The research question is as follows: is administrative reflexivity in line with Teubner's writings? In order to answer this question, I operationalize the concepts of reflexive law, procedural law and administrative reflexivity. The conclusion is that administrative reflexivity is in line with Teubner's writings.

Keywords: Regulation. Regulatory strategies. Regulatory law.

¹ Mestrando em Direito da Regulação na FGV Direito Rio. Pesquisador bolsista na mesma instituição. O autor agradece à CAPES e à FGV Direito Rio, fontes financiadoras da presente pesquisa. E-mail: rafaelberzotti@gmail.com.

1. Introdução

O tema do presente artigo é o conceito de reflexividade administrativa, proposto por Sérgio Guerra no livro *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*². Nessa obra, o conceito de reflexividade se coloca como uma **alternativa** ao conceito de **discricionariedade**. Oferece-se a reflexividade como uma nova categoria de direito administrativo. A reflexividade poderia, nessa condição, fundamentar a regulação (a escolha regulatória, isto é, a escolha do ordenamento jurídico brasileiro por um modelo de agências e também as escolhas administrativas concretas dos reguladores) e orientar a atuação dos reguladores no direito brasileiro.

Sérgio Guerra toma emprestada a expressão “reflexividade” do sociólogo do direito Günther Teubner³, que, em boa parte dos seus textos, estuda o direito à luz da teoria dos sistemas e a partir de uma perspectiva (neo)evolucionista⁴. Ocorre que Teubner, na obra de referência para o estudo da regulação *Understanding regulation*, de Baldwin, Cave e Lodge, é associado a uma corrente de teóricos que é **cética** quanto à possibilidade de regulação pelo direito (que é um subsistema social) dos outros subsistemas sociais (economia, política), exceção feita à procedimentalização (*proceduralization*) desses subsistemas por meio do direito, hipótese classificada por Baldwin, Cave e Lodge como **menos pessimista**⁵.

2 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2015.

3 Idem, p.197-213.

4 TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. In: *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983, p.239-286. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3053348>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

5 Textualmente: “Self-referential accounts of regulation have largely been influenced by the work of Niklas Luhmann, Gunther Teubner, and Helmuth Willke. The idea of self-referentiality involves an understanding of society that is increasingly differentiating into subsystems that are shaped by their own codes (hence the biological metaphor of ‘autopoiesis’). Each subsystem (law, economy, politics, religion, etc.) is seen to have its own rationality, yet to be able to react with its environment so as to self-generate and reproduce. Regulatory developments, accordingly, come to be analysed in terms of the nature, compatibilities, and interactions of autopoietic systems. Communication rather than any theory of action is at the centre of these accounts. As subsystems communicate in their won ‘code’, direct intervention becomes increasingly problematic, if not impossible. The instruments of law (speaking the language of ‘law’) do not directly translate into the language of the economy – therefore they require translation and ‘arrive’ in the economic subsystem not only in translate (distorted) form, but also with significant time delay. Thus, control is inherently limited, the consequence of this being either completely ineffectual regulation (the attempt at intervention is being rejected) or overbearing regulation that destroys the viability of the respective subsystem. For Teubner, attempts at intervention and ‘transplanting’ regulation is ▶

Pois bem. O meu problema de pesquisa é o seguinte: se a sociologia de Teubner é associada a uma espécie de ceticismo quanto à possibilidade de o direito regular os outros subsistemas sociais (ou quando muito menos pessimista), é consistente (guarda coerência) com o programa teórico de Teubner o uso que Guerra faz do conceito “reflexividade administrativa” para justificar, no Brasil, a regulação, pelo direito, de outros subsistemas sociais? Em outras palavras: a reflexividade administrativa, com o dimensionamento e as funções que Guerra lhe atribui⁶, é um conceito que se adequa **ao seu** marco teórico, a sociologia de Günther Teubner?

Como se pode imaginar, no que concerne à metodologia, para responder à pergunta que move esta pesquisa, dimensionarei o conceito de reflexividade administrativa no livro de Guerra⁷ indicado acima e analisarei se esse conceito e as características que lhe são atribuídas correspondem ao trabalho de Teubner. Para tanto, considerarei dois escritos que, penso, dão conta do projeto teórico e dos métodos de que Teubner se utilizou para tirar as conclusões às quais chegou⁸.

A possibilidade de, a partir da teoria dos sistemas, o direito conduzir os outros subsistemas sociais por meio da procedimentalização,

5 at best about creating ‘irritation effects’ – with eventual outcomes being highly uncertain. Teubner calls this the ‘regulatory trilemma’: when law seeks to relate to other sub-systems, law may either be irrelevant to the other sub-system and therefore may have no effect whatsoever (termed ‘mutual indifference’), or through creeping legalism law may inhibit the other sub-system, therefore constraining that other system’s viability, or law’s self-reproductive capacity itself may be harmed through being ‘over-socialized’ by the other sub-system.

[...]

Somewhat less pessimistic are the accounts by Teubner and Wilke in that both acknowledge the possibility of control. In both these cases, the limited solution to this regulation problem is two-fold – contextual steering through proceduralization and/or encouraging self-learning within social subsystems. In the former, reliance is placed on the importance of indirect steering through procedural devices that encourage sub-systems to steer themselves to desired outcomes without the negative side-effects of direct intervention. In the latter, the emphasis is on incentivizing self-learning capacity among differentiated sub-systems” (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p.61-63).

6 Sobre o conteúdo, dimensões, função, finalidade e consequências da reflexividade administrativa: GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2015. p.180-223.

7 Analisarei, em especial, o capítulo 2, no qual Guerra propõe a reflexividade administrativa; e o ponto 4.7.1, que trata da procedimentalização no direito administrativo atual.

8 São eles: TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. In: *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983, p. 239-286. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3053348>>. Acesso em: 27 jul. 2018; e TEUBNER, Günther. Direito e teoria social: três problemas. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, Dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702015000200075&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 ago. 2018.

como dito, é mencionada na obra de Baldwin, Cave e Lodge⁹. Esses autores sugerem, para o estudo da procedimentalização, o exame de dois textos de Black¹⁰, **quem, parece-me, resume de maneira bastante satisfatória todo o trabalho de Teubner**. A **síntese crítica** de Black é inteiramente compatível com os dois textos de Teubner de que falei acima. Para apresentar os resultados da presente pesquisa, valer-me-ei da síntese que Black faz da sociologia jurídica sistêmica de Teubner no primeiro dos textos destinados ao tema da procedimentalização^{11,12}.

A justificativa do presente trabalho é teórica. A reflexividade administrativa, parece-me, ainda não foi devidamente operacionalizada pela doutrina de modo crítico. Depois que Sérgio Guerra propôs a fórmula reflexividade administrativa, o conceito foi citado em outros trabalhos acadêmicos¹³ e em decisões tribunalícias¹⁴. Mas até hoje não se fez um exame da **compatibilidade** desse conceito com a sociologia de Günther Teubner nem se o dimensionou sistematicamente. Qual o conteúdo da reflexividade? É ela compatível com a sociologia jurídica de Teubner?

No capítulo 2, trago a síntese crítica que Black faz do pensamento de Teubner. Essa síntese crítica permite, de maneira satisfatória, a compreensão do que é, para Teubner, o direito reflexivo

9 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 62.

10 BLACK, Julia. Proceduralizing regulation: part I. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, 2000, p. 597-614; BLACK, Julia. Proceduralizing regulation: part II. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 21, 2001, p. 33-58.

11 BLACK, Julia. Proceduralizing regulation: part I. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, 2000, p. 597-614.

12 O presente trabalho, portanto, fica sujeito à seguinte crítica: se, para a compreensão da sociologia jurídica de Teubner, for necessário o exame de outros textos para além daqueles mencionados acima; ou se o pensamento de Teubner não estiver suficientemente resumido no texto de Black indicado na nota anterior, o trabalho estará incompleto. Crê-se, no entanto, que não é esse o caso. O exame de outros comentaristas do trabalho de Teubner dá a entender que os artigos indicados acima bastam para os objetivos do presente trabalho.

13 Por exemplo, BASTOS, Marina Montes. *A avaliação ambiental estratégica no contexto brasileiro: efetividade e desafios jurídico-institucionais*. 172 fls. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – FGV/SP, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015; MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fato limitativo da discricionariedade administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 259, jan./abr. 2012, p. 207-247.

14 Veja-se, por exemplo, o uso que fez do conceito o Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 603583, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-102 DIVULG 24-05-2012 PUBLIC 25-05-2012 RTJ VOL-00222-01 PP-00550.

e o direito procedimental. A análise de Black permite o exame das premissas das quais Teubner parte para redigir as suas reflexões. De outra parte, pode-se saber, por meio de Black, se a proposta teórica de Teubner é apenas conceitual ou é também normativa.

No capítulo 3, apresento os argumentos de Guerra para propor o conceito de reflexividade administrativa como uma nova categoria jurídica. Examinou uma a uma as críticas que Guerra faz a conceitos que, segundo o autor, não mais se adaptam à Administração Pública contemporânea.

No capítulo 4, apresento os resultados da pesquisa. De lado das incongruências teóricas, minha conclusão é a de que a reflexividade administrativa é compatível com o seu marco teórico, a sociologia jurídica de Teubner. A aparente incompatibilidade, que deu origem ao presente estudo, decorreu do fato de Baldwin, Cave e Lodge catalogarem os escritos de Teubner no interior das teorias de regulação que realçam o peso das forças intrainstitucionais das organizações¹⁵. Ao descrever essa linha, os manualistas dizem que, para os teóricos das forças intrainstitucionais, a regulação é limitada, “quando não inerentemente sobre o não controle [da regulação sobre os regulados]”¹⁶. O manual, é verdade, realça que a procedimentalização em Teubner dá conta da possibilidade de controle [da regulação sobre os regulados]¹⁷. A teoria procedimentalista de Teubner, no entanto, não só está dentro do tópico destinado a tratar das teorias das forças intrainstitucionais – para as quais a capacidade de a regulação influir em comportamentos é limitada, senão impossível¹⁸ – mas também é retratada como uma linha um tanto menos **pessimista** (*somewhat less pessimistic*)¹⁹. Se, em Teubner, a procedimentalização permite o controle dos sistemas regulados e o atingimento de metas substantivas, essa linha de pensamento **não é nada pessimista**. Reitero esses apontamentos no último capítulo do trabalho, destinado à conclusão.

15 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 58-63.

16 *Idem*, p. 58.

17 *Idem*, p. 63.

18 *Idem*, p. 58.

19 *Idem*, p. 62.

2. A teoria dos sistemas em Teubner

O objetivo de Black, no texto que serve de referência ao presente capítulo, é examinar as teses que defendem a procedimentalização da regulação²⁰. A procedimentalização a que Black se refere atine ao desenvolvimento, no interior das instituições regulatórias descentralizadas, de ritos que promovam a participação das pessoas e a democratização dessas instituições.

Na literatura de regulação, a procedimentalização, diz Black, é fortemente associada a uma mudança de foco da regulação. Aos estudiosos da regulação caberia voltar a sua atenção para as técnicas de regulação, privilegiando-se os métodos de indução em lugar das técnicas de comando e controle, destinadas ao atingimento de fins específicos (que são características do direito substantivo, modo de se comportar dos ordenamentos jurídicos aos quais corresponde uma racionalidade substantiva, correlacionada ao crescimento do Estado de Bem-Estar Social²¹).

Nesse ponto, Teubner entra em cena. Essa mudança de foco da literatura da regulação parte dos seus escritos. No trabalho de Teubner, afirma Black, as técnicas ligadas à procedimentalização consistem no desenho dos procedimentos de tomada de decisão no interior das instituições, a fim de garantir a democratização dessas instituições e a sua responsividade externa (às mensagens emitidas pelos outros subsistemas)²².

Mas o que estaria por trás da defesa da procedimentalização? O diagnóstico associado à procedimentalização é o de que as sociedades contemporâneas são plurais, diferenciadas. Trata-se da diferenciação funcional dos subsistemas sociais (jurídico, econômico, político, religioso). Não há, nessas sociedades, um ponto de vista privilegiado a partir do qual se possa oferecer um discurso dotado de maior validade que as demais mensagens correntes no sistema

20 BLACK, Julia. Proceduralizing regulation: part I. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, 2000, p. 597.

21 TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. In: *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983, p. 253. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3053348>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

22 BLACK, Julia. Proceduralizing regulation: part I. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, 2000, p. 598.

social. A estratégia regulatória que mais se adequaria a essa constatação é a descentralização do Estado. Entidades descentralizadas dialogariam com os subsistemas altamente diferenciados. Nesse sentido, uma das manifestações da descentralização do Estado é, diz Black, a adoção de estratégias de direito reflexivo: “o uso do direito não para impor fins substantivos mas para estruturar processos de tomada de decisão que assegurem que o resultado [da regulação] seja aceitável”²³. Ainda que a procedimentalização possa designar uma série de estratégias de descentralização estatal, afirma Black, é ela, enquanto estratégia de regulação, associada mais frequentemente ao direito reflexivo ou procedimental, ao qual Teubner dedicou bastante grande atenção²⁴. Quais, então, são as premissas a partir das quais Teubner desenvolveu o seu trabalho? É aqui que se queria chegar. Segundo Black:

It is worth exploring Teubner’s analysis for it [procedural law] is posited as a technique which can be separated from substantive values [...]. In Teubner’s analysis, procedural law is a recognition of the consequences of the functional differentiation of society into autopoietic systems. Autopoietic systems are self-referential, self-generative, recursive systems of communication that produce and reproduce themselves. Each constructs and differentiates itself from its environment, and is distinguished from that environment by the meaning it gives to its environment by its unique binary code: legal/illegal, payment/nonpayment. Systems are normatively closed in that they recognize no norms other than those which they produce as being valid. They are cognitively open in that they can observe their environment, although imposing their own construction on it. Systems communicate about their environment, they do not communicate directly with it. In communicating about that environment, they produce their own

23 Tradução livre. BLACK, Julia. Proceduralizing regulation: part I. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, 2000, p. 601.

24 *Idem*, p. 602.

communications, creating internal order from external noise. Systems are not mutually accessible to one another. No one system can act directly upon another. 'Interventions' by one on the other are rather seen as reciprocal observations between autonomous, hermetically sealed communication systems. The implications for regulation are that political system may attempt to use law, and law may in turn try to act on other social systems, but both attempts will fail to the extent that the norms that they try to impose are outside the paths and limits of the self-reproduction of those systems they try to act upon (i.e. to the extent that they go beyond the 'structural coupling' of those systems). This failure results for Teubner not only in a crisis of effectiveness for the welfare state, but in a crisis of legitimacy for law. For if law's legitimacy lies in its successful implementation of political goals, the legitimacy will be lost as implementation fails. Indeed the result is Teubner's regulatory trilemma: every regulatory intervention which goes beyond the limits of system self-reproduction is irrelevant (the systems are mutually indifferent), or in intervening in a way that endangers the system's conditions of self-reproduction results in the disintegration of the social area of life, or the positioning of law between the demands of the political system and the autonomous logic of the other social systems results in the disintegration of regulatory law itself²⁵.

O trilema regulatório, vale notar, é referido também por Baldwin, Cave e Lodge²⁶. O relato de Black da teoria de Teubner é consistente com a breve análise desenvolvida por esses três autores acerca dos pontos de contato entre a teoria dos sistemas e a literatura da regulação. A obra desses três autores, rememore-se, foi a que deu origem à pergunta de pesquisa que move o presente trabalho. A

25 Idem, p.602-603.

26 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 62.

síntese de Black, ainda que bastante simplificada, dá conta também da hipótese reflexiva que Teubner desenvolve ao conjugar os modelos de sociologia jurídica (neo)evolucionistas de Nonet e Selznick, Luhmann e Habermas²⁷. Que solução Teubner propõe para o trilema que a sua teoria dos sistemas lança? Black segue:

In Teubner's analysis the only way to avoid regulatory failure is to move forward to adopt a new legal paradigm. It is to move from the legal paradigm of material or regulatory law to that of procedural law. Procedural law is the adoption of indirect mechanisms for regulating social behaviour, the regulation of organization and procedures, the redistribution of power and competences. It is the replacement of state control with effective internal control; the creation of structural conditions for an 'organizational conscience' that would reflect the balance between the system's relation with other systems and its relationship with itself. Procedural law is a shift to more indirect and abstract guidance mechanisms but ones which are, like material law, purposive in their orientation. It is the recognition of a heterarchical and not hierarchical relationship between politics, law, and other social systems; its central characteristic is decentral, context regulation. It attempts to affect (irritate) the system in such a way that it moves from its current state to that which is required. It is 'social gardening' rather than social engineering'.

Procedural law entails a more focused, limited, and strategic use of state power as a resource which requires a less complete knowledge of the social systems than techniques of material law. [...] Procedural law does not bear the burden of the implementation of the requirements of the political system. Rather it externalizes the implementation

27 Dados os limites e objetivos do presente trabalho, não é possível se aprofundar nessa hipótese reflexiva de Teubner. Ver: TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. In: *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983, p. 239-286. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3053348>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

of social tasks to systems and requires systems to internalize the effects they have on other systems. It does not seek to expropriate social conflict to itself, but rather channels conflicts between systems by mechanisms of mediation and co-ordination²⁸.

Resta saber se a análise de Teubner é positiva ou normativa. Teubner limitar-se-ia a diagnosticar uma situação (o direito procedimental é o direito das sociedades diferenciadas funcionalmente) ou Teubner propõe que o foco dos estudiosos da regulação recaia sobre o direito reflexivo e sua principal estratégia, o direito procedimental? Black é categórica:

[...] For Teubner, procedural law is ultimately a technique, and moreover a technique for solving the problem of system integration. It does not seek to impose substantive ends, and its value orientation, such that it has one, is a subsidiary concern to the elaboration of its strategic form. The lack of any material content would be consistent with the theory's autopoietic base. Systems theory has no normative content, indeed no participant perspective. It is a technocratic, objectivating theory of social operation; there are no theories of validity, only theories of behaviour. But [...] Teubner does not abandon normativity so easily. His theory of procedural law is itself a prescription of the legal paradigm that ought to be adopted. [...] The pursuit of the goals of the welfare and regulatory state continues in procedural law, but in a different form²⁹.

A mudança de foco da regulação em Teubner, portanto, tem caráter não só positivo mas também **normativo**. A teoria dos sistemas que dá ocasião à reflexividade administrativa tem caráter **positivo e prescritivo**. O direito reflexivo e sua principal estratégia – o

28 BLACK, Julia. Proceduralizing regulation: part I. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, 2000, p. 603.

29 *Idem*, p. 604.

direito procedimental – consistiriam em **covariação**³⁰ dos ordenamentos jurídicos contemporâneos aos modelos de Estado que lhes correspondem. Cuida-se da **passagem** de um Estado que deixaria de tentar direcionar, por comando direto, os comportamentos dos regulados para um Estado cujo foco (para além das outras características arroladas nas transcrições acima) recairia na formulação de procedimentos indiretos de regulação, destinados à democratização de suas entidades centralizadas. Cumpre, então, examinar a construção do conceito de reflexividade administrativa para saber se é ou não adequado ao seu marco teórico.

3. A reflexividade administrativa

3.1 A construção do conceito

Reconstruo, no presente capítulo, o conceito de reflexividade administrativa partindo dos argumentos de Sérgio Guerra lançados no capítulo 2 e no tópico 4.7.1 de *Discretionariedade, regulação e reflexividade*³¹. Destaco os pontos que entendo fundamentais para, na sequência, examinar a **compatibilidade** do conceito com os textos de Teubner.

O capítulo 2 da obra de Guerra possui o seguinte título: “Críticas e propostas acerca dos instrumentos clássicos e modernos que conformam a escolha administrativa”. Nele, como se pode antever, Guerra traça uma série de críticas a mecanismos clássicos de direito administrativo sobre os quais a Administração Pública tradicionalmente embasava a sua atuação: legalidade (estrita), integração de conceitos indeterminados, *discretionariedade*, regulamentação de matérias (teoria do regulamento) e delegação legislativa. A reflexividade administrativa responde à insuficiência desses conceitos para dar conta da atuação da Administração Pública brasileira no mundo atual. Não é que os mecanismos criticados não valham ainda hoje. Pelo contrário: valem. Ainda possuem função. Eles não valem, no entanto, como

30 TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. In: *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983, p. 243. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3053348>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

31 GUERRA, Sérgio. *Discretionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.113-234 e 356-359.

fundamento da **regulação**, da função regulatória, que é a marca da Administração Pública contemporânea. Sozinhos, os conceitos objeto de crítica são insuficientes para o direito administrativo contemporâneo.

Para Guerra, vive-se hoje na pós-modernidade³². Reconhece-se, no plano da realidade política, a pluralidade de interesses sociais colidentes, advindos de grupos sociais distintos, a demandarem proteção do Estado³³. A sociedade atual seria marcada por conflitos distributivos³⁴. É uma sociedade pluriclasse (de muitas classes sociais, em contraposição à sociedade burguesa, à qual correspondeu o Estado liberal³⁵). Cumpriria ao Estado resolvê-los de maneira eficiente (*i.e.* reduzindo custos e maximizando benefícios³⁶), com respeito aos direitos fundamentais postos na Constituição. E o mecanismo para a resolução desses conflitos seria a ponderação³⁷. O Estado hoje seria um Estado de constante ponderação, isto é, que deve a todo momento resolver conflitos de interesse sem esvaziar os direitos fundamentais dos grupos que, em determinado caso concreto, vejam as suas pretensões preteridas em prejuízo das demandas de outros grupos.

Guerra afirma que, se não estamos mais na fase do Estado liberal, também não estamos mais diante do Estado intervencionista. Passou-se da fase de intervenção direta e **frequente** do Estado na economia. O Estado estaria a sofrer uma crise de financiamento³⁸. Uma série de tarefas – sobremaneira a prestação de serviços públicos – que antes estavam nas mãos do Estado

32 Idem, p. 72-77.

33 Idem, p. 69.

34 Idem, p. 73-74.

35 Sobre a evolução dos modelos de Estado desde o Estado liberal, passando pelo Estado intervencionista, até se chegar ao Estado regulador, ver: CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução de A. Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013; CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, 2009; MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador. In: *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. 2. ed. (Paulo Todescan Lessa Mattos – Coord.). São Paulo: RT, 2017; e CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

36 GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 222, 226.

37 Idem, p. 139, 163, 193, 216, 219.

38 Idem, p. 77-88.

passaram e devem continuar a passar para a atividade privada. A atuação do Estado haveria de ser subsidiária à da iniciativa privada³⁹. O Estado só deveria atuar quando os privados não o fizerem⁴⁰.

Para Guerra, **no direito constitucional, vive-se a fase do neo-constitucionalismo**⁴¹. Na economia, a fase do neoliberalismo, à qual o Brasil aderiu na década de 90 do século passado⁴². No plano internacional, tem-se a globalização⁴³. A sociedade, diz Guerra, é hipercomplexa. Os desafios que se poriam à Administração são a complexidade e a tecnicidade, esta última advinda da constante evolução tecnológica. Ocorre, avalia Guerra, que o direito administrativo forjado na época do iluminismo não se presta a essa realidade. O modelo de Estado que melhor se adequa a esse estado de coisas é o Estado regulador. Consequentemente, a escolha administrativa – a opção de direito administrativo – mais apropriada seria a escolha regulatória, a escolha **pela** regulação. As escolhas desenvolvidas anteriormente – vinculada, parcialmente vinculada e discricionária⁴⁴ –, por si só, não dariam conta das demandas do mundo atual. A opção que atende a essas demandas seria a regulação.

Esse é o pano de fundo das críticas de Guerra aos institutos clássicos de direito administrativo: legalidade (estrita), (integração de) conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e

39 Para um exame crítico da subsidiariedade, ver: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Ver ainda: MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018; e TORRES, Sílvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

40 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 97.

41 Idem, p. 28, 80, 84 e 181.

42 Idem, p. 77-88.

43 Idem, p. 84, 87, 96, 97, 319.

44 A respeito de atividades econômicas, vinculação, discricionariedade, e a modalidade inusual de autorização vinculada, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009; FARIA, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; e CÂMARA, Jacintho Arruda. *Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações*. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas* (Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto – Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

regulamentação de matérias (teoria do regulamento). E quais são as críticas de Guerra? Comece-se pela crítica à legalidade⁴⁵.

3.1.1 Crítica à legalidade (estrita)

A legalidade, diz Guerra, foi o pilar de sustentação do direito administrativo desde a sua fundação. A função administrativa era a manifestação concreta da função legislativa. A Administração Pública cumpria e fazia cumprir a lei⁴⁶.

Hoje, entretanto, a lei foi desmitificada. Não raro, a lei persegue interesses particulares. Não seria, desse modo, a expressão da vontade geral. Não consistiria em um ato impessoal que visa ao bem comum. É a continuação de um conflito – de interesses privados e de classe. Não é o ponto de chegada de relações sociais contraditórias. É, repita-se, a continuação de conflitos que existem no interior das sociedades contemporâneas⁴⁷.

Guerra, veja-se bem, **diz que a ideia de que o direito se auto-produz é uma ilusão**, que decorre da dissociação entre sociedade e direito⁴⁸. A escola filosófica que teria dado causa a isso seria a do normativismo lógico. O distanciamento entre o ser e o dever ser não satisfaria as necessidades das sociedades atuais. Não seria compatível com a regulação. Uma norma, diz Guerra, só pode ser compreendida se examinada **a partir de toda a realidade social que a cerca**; não apenas à luz do sistema lógico (jurídico) no interior do qual se encontra. Direito e realidade seriam duas grandezas dependentes uma da outra⁴⁹. A realidade econômica e social, se assim se pode dizer, estaria, segundo essa perspectiva, ao mesmo tempo fora e dentro do direito. De um lado, seria o campo de validade do direito. De outro,

45 Sobre a reconfiguração do princípio da legalidade no Estado contemporâneo, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set.2001; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998; e CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Editores, 2002.

46 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 115.

47 Idem, p. 118-119.

48 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 117.

49 Idem, p. 118-119.

seria uma realidade pressuposta pelas normas. Nesse último sentido, **ou é recebida ou é produzida por normas jurídicas.**

A lei, para Guerra, está também desgastada pela inflação legislativa. No mundo contemporâneo, avalia o autor, produzem-se muitos atos normativos. O fato de a lei ser necessariamente incompleta, de outra parte, requereria que a Administração, que é o intérprete por excelência do direito administrativo, tenha **margem de liberdade para determinar o conteúdo das normas.** Mas a lei, para Guerra, não é só incompleta. É também ambígua. Em virtude de acordos políticos realizados no interior do parlamento, usam-se expressões vagas nos diplomas legislativos. A ambiguidade da lei contradiria a complexidade do mundo contemporâneo. Também por isso a Administração deveria de ter razoável margem de liberdade para interpretar as leis.

A despeito de sua crise, para Guerra a lei deve ser observada. A lei, em matéria de regulação, estipula *standards* (padrões), que dão a moldura das escolhas da Administração. A atuação da Administração, sob essa perspectiva, dar-se-ia sob o prisma da **deslegalização** de matérias. A deslegalização seria a categoria de direito que **materializaria** a regulação. Consiste no rebaixamento da fonte normatizadora. Desde que efetuada dentro de parâmetros inteligíveis, a deslegalização seria cabível no direito brasileiro. Mas a deslegalização não seria só o instrumento de materialização da regulação: também seria **fonte de legitimidade** a escolha regulatória no direito brasileiro⁵⁰.

A relação desses temas com a reflexividade administrativa – que será dimensionada com mais cuidado adiante – é a seguinte: a atuação dos reguladores exige **flexibilidade.** E a reflexividade administrativa seria compatível com a **flexibilidade.** A deslegalização é um meio para a flexibilidade administrativa. A Administração poderia normatizar comportamentos de maneira ágil – ao menos mais ágil que o Legislativo –, observando os parâmetros gerais da lei. O que mudaria aqui seria a ideia de que a Administração só pode atuar se determinada ação estiver esmiuçada na lei (faz-se referência àquela ideia tradicional de que o particular pode fazer

50 Idem, p. 189.

tudo o que a lei não proíbe, enquanto a Administração só pode fazer o que a lei faculta). Pela deslegalização, **ampliar-se-iam os espaços de atuação do administrador**. Em matéria de regulação, a liberdade da Administração iria além do que a lei esquadrinhou. A Administração poderia estabelecer o marco regulatório dos setores regulados⁵¹; firmar negócios a despeito de normas imperativas⁵²; e atuar, de maneira técnica, no exercício de competência normativa prospectivamente⁵³.

3.1.2 Crítica aos conceitos jurídicos indeterminados

O segundo conceito usual de direito administrativo que é criticado por Guerra é o conceito jurídico indeterminado. Ou melhor: Guerra critica a ideia de que, no preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, seria possível se chegar a uma única solução. Pelo contrário: no preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, **o administrador público faz uma escolha discricionária**. Desde que a realidade indique a existência de mais de um caminho, não seria possível de antemão indicar-se uma única solução correta.

Os conceitos jurídicos indeterminados, diz Guerra, ligam-se à ideia de leis ambíguas, indicada acima. As leis são por vezes ambíguas em razão de negociações parlamentares. O Legislativo, nesse sentido, vale-se de conceitos jurídicos indeterminados para evitar a tomada de decisões peremptas sobre conflitos de interesses. Os conceitos jurídicos indeterminados seriam utilizados diante de reivindicações heterogêneas. São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados: modicidade tarifária, serviço adequado, eficiência⁵⁴. Para Guerra, a sua integração não dá ocasião a uma única solução, passível de ser antecipada de antemão.

As conclusões que Guerra tira disso são as mesmas lançadas a respeito da insuficiência do princípio da legalidade para reger as relações administrativas no mundo atual. **Também na integração de conceitos jurídicos indeterminados a Administração deveria ter**

51 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.192 e 234.

52 Idem, p. 207.

53 Idem, p. 208 e 219.

54 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 132.

flexibilidade, inclusive para adotar soluções negociadas (“acordos regulatórios”)^{55,56}.

3.1.3 Crítica à discricionariedade

O terceiro instituto de direito administrativo que Guerra examina criticamente é o exercício de competência discricionária. Da discricionariedade não se extrairia todo o sentido das atividades praticadas pela Administração no desempenho da regulação. Embora a prática de atos discricionários seja comum na regulação, não seria o conceito de discricionariedade que permitiria compreender a regulação – a opção do Estado pela regulação de matérias⁵⁷.

A discricionariedade seria insuficiente para o entendimento (e para a justificação) da regulação por dois motivos, que expressam demandas contraditórias do mundo atual. Em primeiro lugar, a sociedade, hoje, exige que se atenuem o grau de liberdade da Administração. Exige controle. Por outro lado, a atuação da Administração há de ser maleável, **não se resumindo aos espaços deixados pela lei**. Como compatibilizar esses dois problemas?

A resposta que Guerra dá (esmiuçada mais à frente) é a reflexividade administrativa. A reflexividade administrativa impõe ao administrador eficiência. O administrador deve sopesar custos e benefícios e **se apegar às soluções mais eficientes**. As soluções mais eficientes vinculariam o administrador. Aí estaria uma forma de atenuação do grau de liberdade da Administração. De outra parte, a reflexividade administrativa admitiria o controle do devido processo legal e o controle via motivação. O Judiciário, segundo essa perspectiva, deve controlar a observância do devido processo legal. Deve controlar os atos praticados no exercício de

55 Idem, p. 138-143.

56 A respeito da passagem do Estado marcado pela imperatividade para o Estado consensual, ver BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, segunda parte, capítulo IV. Ver também: FONT Y LLOVET, Tomás, Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto – Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.363-382; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.315-350; e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

57 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 143-153.

competência discricionária examinando a motivação. A Administração deve-se ater ao caso concreto e aos motivos tornados públicos para a adoção de determinada solução. Segundo Guerra, caberia o controle dessa correspondência (entre as circunstâncias do caso e a solução adotada)⁵⁸.

E a ideia de **discricionariedade técnica** consistiria numa melhor solução para o entendimento e justificação da regulação? Não. A discricionariedade técnica, Guerra concede, é um conceito criado justamente para o trato da regulação. Para os que a adotam, evitaria o controle judicial do regulador, ao argumento de que, no exercício da regulação, a Administração toma decisões de caráter estritamente técnico. Não caberia então ao juiz se imiscuir na matéria. Contudo, diz Guerra, a discricionariedade técnica não pode ser o fundamento da regulação porque não existiria no direito brasileiro qualquer regra ou instituto jurídico que dê suporte a uma discricionariedade técnica. Isto é, não existe a distinção entre duas discricionariedades. Ou se tem discricionariedade pura ou se tem vinculação⁵⁹.

3.1.4 Crítica à teoria dos regulamentos e à delegação legislativa

Por fim, Guerra critica a teoria dos regulamentos e a tese de delegação legislativa como base da regulação. Para o autor, não são os regulamentos que explicam o implemento da regulação. Nem o é a tese de delegação legislativa. Regulação não é o mesmo que regulamentação. Regulação é uma função de Estado, uma função administrativa; regulamentação da lei é função política, detida, no ordenamento pátrio, unicamente pelo Presidente da República⁶⁰.

A delegação não explicaria a regulação porque o Legislativo não detém competência regulatória. Essa competência pertence à Administração. Se o Legislativo detivesse a competência regulatória, poderia cassá-la. Guerra diz que, no entanto, não é esse o caso. **A regulação é execução da lei.** Não é o exercício de competência delegada⁶¹. Nos

58 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 209-210.

59 *Idem*, p. 153-157.

60 *Idem*, p. 179.

61 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 163 e 172-173.

Estados Unidos é esse o entendimento prevalente. Lá, entende-se a norma regulatória como sublei. A norma regulatória interpreta e dá concretude à lei. De maneira que, uma vez que não invade o campo de competência do Legislativo, não fere a Constituição americana⁶². Essa é a posição que Guerra propugna para o direito brasileiro⁶³.

3.1.5 A reflexividade administrativa

Pois bem. Feitas as críticas aos conceitos que a doutrina geralmente utiliza para explicar e justificar a regulação, cumpre saber o que Guerra tem a oferecer para ocupar o lugar dos conceitos criticados. As agências, diz o autor, são pré-intérpretes da Constituição. Devem, fazendo um exame da Constituição e do caso concreto, encontrar a solução para os casos que exigem sua solução normativa⁶⁴. A solução, no entanto, **advirá da autorreferência do subsistema regulado**⁶⁵. Como se pode ver, aqui Guerra começa a estabelecer o diálogo com a teoria dos sistemas autopoieticos.

A regulação, para Guerra, é uma **nova categoria** do direito administrativo brasileiro, a implicar **visão sistêmica**. Sob essa perspectiva, no estudo da regulação, a atenção se deveria voltar não para o produto da atividade administrativa (o ato administrativo) mas para o **processo de formação da decisão** ou para os **mecanismos de decisão**. Nesse sentido, citando Medauar⁶⁶, Guerra indica que o direito administrativo da regulação estaria a buscar um novo regime que seja objetivo, imparcial, controlável e previsível⁶⁷.

62 O debate, claro, é muito mais amplo. Existem posições contrárias e favoráveis. Os originalistas argumentam que, como a Constituição não previu o modelo de agências, não caberia a criação desses entes. Violar-se-ia a tripartição dos poderes. Ver nesse sentido, o argumento desenvolvido por Gary Lawson (The rise and rise of the Administrative State. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 6 (apr. 1994), p.1231-1254). Para um apanhado histórico da adoção do modelo de agências, ver GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário do modelo norte-americano? In: *Teoria do estado regulador* (Sérgio Guerra - Coord.). Curitiba: Juruá, 2015. p.13-106. Ver também: MATTOS, Paulo Todescan. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

63 GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 163.

64 Idem, p. 175.

65 Idem, p. 217.

66 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

67 GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 185.

Em resposta a essa necessidade, o autor propõe o conceito de reflexividade administrativa, **sustentada sobre o binômio prevenção/mediação**. Inicia citando Barroso, para quem o Direito é um “sistema aberto de valores”⁶⁸, que não admitiria o arbítrio⁶⁹.

Reflexividade, na obra sob exame, é uma fórmula jurídica. É uma categoria de sustentação da regulação⁷⁰. Por que reflexividade? *O nomen iuris*, para Guerra, pouco importaria (“parece ser desinfluyente”)⁷¹. Mas o autor pretende, sim, adotar um marco teórico bem delineado. Reflexividade, para a obra sob exame, é “a capacidade de um sistema tematizar a sua própria identidade”⁷². Cuida-se da relação de um objeto consigo próprio. Cada sistema, sob essa perspectiva, se colocaria no lugar dos outros para se ver de fora, **identificando o seu papel fundamental**. Veria o que lhe cabe e o que não lhe cabe realizar. A reflexividade teria, então, também função limitadora: o sistema que se vê de fora impõe limites às suas ações. Sob essa perspectiva, a reflexibilidade viabilizaria a autonomia regulada. Permitiria a maximização da racionalidade interna do subsistema. Quais os meios para tanto? **Procedimentos de consenso e de tomada de decisão coletiva**⁷³.

Nesta altura, Guerra se serve de Teubner. A reflexividade, nesse ponto da obra, é retratada como a autorreferência do sistema. Para a teoria de Teubner, diz Guerra, só por meio da auto-observação e da autorreferência podem os sistemas continuar a se organizar e a se reproduzir. A reflexividade asseguraria a integração dos subsistemas parciais diferenciados (dentro do sistema maior, o sistema social). Permitiria a formação de laços sistêmicos⁷⁴.

Não escapa a Guerra a questão das normas procedimentais. A vantagem das normas procedimentais estaria na sua não imperatividade. Não consistiriam em comandos ligados a sanções. Dessa

68 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 332.

69 *Idem*, p. 180.

70 *Idem*, p. 195.

71 *Idem*, p. 197.

72 *Idem*, p. 198.

73 *Idem*

74 GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 198.

forma, seriam compatíveis com a mobilidade do direito administrativo da economia. As normas procedimentais não interfeririam de maneira direta no funcionamento do sistema alvo da regulação⁷⁵.

Guerra reitera que a sociedade contemporânea é hipercomplexa, de sorte que não pode ser regulada só com as racionalidades formal e material⁷⁶. Mas o direito material – que para a teoria dos sistemas é aquele que diretamente busca o atingimento de fins sociais específicos – continuaria a ter a sua importância. O que deveria mudar é o seguinte: **a produção e a justificação do direito material deveriam dar lugar a uma procedimentalização socialmente adequada**⁷⁷. Caberia ao direito compreender os códigos do subsistema regulado. Ao regulador competiria buscar o acoplamento das lógicas jurídica e do subsistema regulado. Priorizar-se-ia a interpenetração das fronteiras sistêmicas⁷⁸.

A procedimentalização, veja-se bem, teria um duplo papel. De um lado, reduziria a insegurança jurídica. De que maneira? Por meio da previsibilidade técnica que caracteriza as ciências de cunho empírico. A previsibilidade técnica imporá ao regulador a atenção aos precedentes regulatórios. De outro lado, **legitimaria** (função de legitimação) as escolhas regulatórias descentralizadas, uma vez que permitiria a participação dos cidadãos, deslocando o foco do direito administrativo para as relações entre cidadão e Estado⁷⁹. Nesse sentido, poderia obstar o arbítrio e a tecnocracia.

Em que consistiria o binômio prevenção/mediação, que é a base da reflexividade? Prevenção, para Guerra, é o fundamento das escolhas administrativas difíceis. Não é o mesmo que a precaução do direito ambiental. A prevenção se aplicaria **aos impactos desconhecidos de práticas arriscadas**. A precaução, aos impactos **conhecidos**. A prevenção serviria, portanto, à contenção dos perigos abstratos. Exigiria do administrador o exame dos impactos futuros de suas práticas – exame prospectivo.

75 Idem, p. 200.

76 Idem, p. 203.

77 Idem, p. 203-205.

78 Idem, p. 200.

79 Idem, p. 356-359.

A mediação, de outra parte, permitiria a substituição da coerção pelo consenso. Na visão de Guerra, poderia inclusive estimular a prevenção de riscos. O regulador poderia chegar mais facilmente às informações detidas pelo regulado. Fóruns de negociação poderiam estimular esse tipo de contato. Mas não é só isso. **A mediação teria função de legitimação.** Guerra diz que **a legitimidade das decisões do Estado, hoje, se encontra nos procedimentos negociais de autorreferência que visem ao atingimento de consensos mediados**⁸⁰.

Em resumo, Guerra dimensiona a reflexividade da seguinte maneira. A reflexividade: a) embasa a atuação de entes descentralizados que atuam com certa independência decisória na regulação de atividades econômicas e sociais; b) não parte das ideias de oportunidade e conveniência do administrador público – porque as respostas deste devem levar em conta as circunstâncias técnicas que o caso concreto exigir –; c) exige da Administração a prevenção de riscos sistêmicos; d) torna possível a mediação de interesses e conflitos, legitimando a Administração mediadora; e) exige estudos constantes de custos e benefícios, a fim de que os riscos se tornem previsíveis; f) requer do regulador o equilíbrio e o reequilíbrio do sistema regulado por meio do debate com a sociedade das possíveis soluções que estão sobre a mesa⁸¹.

3.1.6 A reflexividade e o controle da Administração pelo Judiciário

Guerra conclui o dimensionamento da reflexividade administrativa examinando o tema do controle. A escolha regulatória embasada na reflexividade administrativa, nas palavras do autor, é controlável pelo Judiciário. O controle deveria recair sobre as escolhas erradas, abusivas ou arbitrárias⁸².

A disputa acerca do aumento de espaços para a atuação da Administração traz consigo o problema da inafastabilidade da jurisdição em face da tripartição de poderes. Tradicionalmente, os

⁸⁰ GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 206.

⁸¹ *Idem*, p. 208-210.

⁸² *Idem*, p. 213-223.

atos da Administração costumam ser invalidados, determinando-se à Administração a prática de um novo ato. Hoje, no entanto, não são raras as decisões judiciais que substituem o mérito de atos discricionários quando submetidos ao controle judicial.

Aqui parece estar o real ganho doutrinário do conceito reflexividade. Guerra diz que, ao efetuar o controle dos atos administrativos, ao juiz cabe o exame apenas do aspecto jurídico da questão – e não de todo o subsistema. O juiz não ingressa nos aspectos técnicos da regulação. Não deve, por isso, se imiscuir nos efeitos prospectivos. A Administração faria opção por razões não só jurídicas, mas também técnicas, econômicas, sociais, ambientais, de curto, médio e longo prazo.

O controle judicial deveria recair, portanto, **sobre o devido processo legal**. Cumpriria ao juiz examinar a adequação da solução aos dados empíricos que motivaram o ato administrativo. Mas ao Judiciário não compete, segundo Guerra, entrar na interpretação cíclica e prospectiva feita pelo administrador. O Judiciário deve controlar erros evidentes. Deve, mais que isso, fazer testes de razoabilidade, moralidade e eficiência. Mas nada disso condiz com o exame de questões técnicas e de efeitos prospectivos.

O juízo técnico seria expressão de uma função de Estado. O Judiciário não ingressaria nisso **não porque a escolha é discricionária** mas porque a **prerrogativa de avaliação** técnica é da Administração⁸³.

Resumindo: segundo tudo o que se disse, pela reflexividade administrativa, o Judiciário não deve ingressar na análise de conceitos indeterminados e de discricionariedade. Ao Judiciário cabe, no entanto, controlar escolhas discricionárias por violação ao devido processo legal, à razoabilidade, à moralidade e à eficiência. Mas, desde que o regulador comprove a existência, nos casos concretos, de mais de uma possibilidade técnica, a insindicabilidade do ato se impõe. Não havendo violação ao processo legal e estando a motivação da escolha sobre a mesa, diz Guerra, a escolha do regulador deve ser mantida⁸⁴.

83 Idem, p. 220.

84 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 221-223.

4. A reflexividade administrativa e o seu marco teórico

Uma vez postas as características gerais da teoria dos sistemas (e, conseqüentemente, das ideias de direito reflexivo e procedimental) em Teubner e uma vez examinada a construção do conceito de reflexividade administrativa, cumpre responder à pergunta que moveu o presente texto: a reflexividade administrativa guarda coerência com as ideias sistêmicas de Teubner? O conceito “reflexividade administrativa” guarda coerência com o seu marco teórico?

Começo por duas incongruências teóricas nos escritos de Guerra que não podem ser compatibilizadas com o direito reflexivo e a procedimentalização na sociologia jurídica de Teubner. Guerra caracteriza **criticamente** como ilusão a ideia de que o direito “se autoproduz”. Textualmente:

Entretanto, a dissociação entre realidade e direito conduz à ilusão de que o direito “se autoproduz”, cria sua própria realidade (uma realidade fossilizada, puramente normativa, e meramente ideativa, infensa a valores, a considerações políticas, sociológicas, econômicas etc.), dissociada da realidade complexa e sempre dinâmica da vida, notadamente no campo do sistema econômico⁸⁵.

Para a teoria dos sistemas, no entanto, não se trata de uma ilusão. Trata-se de uma realidade⁸⁶. A teoria dos sistemas se quer empírica⁸⁷. Extrai as suas conclusões da realidade. No entanto, mesmo

85 GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 117.

86 Rememore-se a síntese de Black acerca da sociologia jurídica de Luhmann: “It is worth exploring Teubner’s analysis for it [procedural law] is posited as a technique which can be separated from substantive values [...]. In Teubner’s analysis, procedural law is a recognition of the consequences of the functional differentiation of society into autopoietic systems. Autopoietic systems are self-referential, self-generative, recursive systems of communication that produce and reproduce themselves. Each constructs and differentiates itself from its environment, and is distinguished from that environment by the meaning it gives to its environment by its unique binary code: legal/illegal, payment/nonpayment. Systems are normatively closed in that they recognize no norms other than those which they produce as being valid” (BLACK, Julia. *Proceduralizing regulation: part I. Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, 2000, p. 602.)

87 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Revisão e apresentação do livro legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann*. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

que se tratasse de uma ilusão (como o é, por exemplo, uma ilusão funcionalmente útil a legitimação pelo procedimento em Luhmann⁸⁸), não deveria ser criticada pelo autor que propõe a reflexividade administrativa como nova fórmula do direito administrativo.

A segunda incongruência teórica aproxima-se dessa, mas é um pouco mais grave, pois se situa no tópico em que se propõe a reflexividade administrativa como nova fórmula jurídica a embasar a escolha regulatória (escolha de um modelo regulatório de agências independentes) no Brasil. Ao introduzir o tópico no qual propõe a reflexividade administrativa, Guerra vale-se, **sem ressalvas**, das ideias de Barroso, para quem o direito é “um sistema aberto de valores”⁸⁹. Literalmente:

A partir da segunda metade do século XX, e notadamente nesse início de milênio, há uma busca do direito e da justiça além das prescrições legalitárias. “O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores”, de modo que, pelo primado dos direitos fundamentais, não deve haver espaços para a arbitrariedade, ainda que escondida nas vestes da lei e da discricionariedade administrativa.

O direito, para a teoria dos sistemas de Teubner, não é um sistema aberto, mas um sistema normativamente fechado. É, sim, cognitivamente aberto. Mas interpreta as comunicações emitidas pelos outros sistemas segundo o seu próprio código interno (legal/ilegal). E se reproduz segundo a sua própria lógica⁹⁰.

88 Idem.

89 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 332.

90 Novamente: “Autopoietic systems are self-referential, self-generative, recursive systems of communication that produce and reproduce themselves. Each constructs and differentiates itself from its environment, and is distinguished from that environment by the meaning it gives to its environment by its unique binary code: legal/illegal, payment/nonpayment. Systems are normatively closed in that they recognize no norms other than those which they produce as being valid. They are cognitively open in that they can observe their environment, although imposing their own construction on it. Systems communicate about their environment, they do not communicate directly with it. In communicating about that environment, they produce their own communications, creating internal order from external noise. Systems are not mutually accessible to one another. No one system can act directly upon another. ‘Interventions’ by one on the other are rather seen as reciprocal observations between autonomous, hermetically sealed communication systems” (BLACK, Julia. Proceduralizing regulation: part I. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, 2000, p. 602.)

De lado essas incongruências, no entanto, as demais premissas e características da reflexividade administrativa são compatíveis com a sociologia de Günther Teubner. A premissa segundo a qual o momento atual, a exigir um direito reflexivo – que parta de uma racionalidade reflexiva –, intitula-se pós-modernidade é compatível com a sociologia jurídica de Teubner⁹¹. Também o é a premissa segundo a qual o momento atual é marcado por conflitos distributivos, que podem ser afetados pelo direito reflexivo⁹².

Os institutos criticados por Guerra – legalidade, conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade, teoria dos regulamentos e delegação legislativa – também se adaptam à sociologia de Teubner. Os dois primeiros ligam-se à crise da ordem jurídica formal (e sua respectiva racionalidade), enquanto os demais associam-se à crise da ordem jurídica material (e sua respectiva racionalidade)⁹³.

A ideia de deslegalização, é bem verdade, em Teubner, associa-se à intervenção regulatória “welfarista” e a uma ordem jurídica material⁹⁴. Guerra, entretanto, instrumenta a deslegalização pela principal estratégia do direito reflexivo: a procedimentalização (direito procedimental).

A reflexividade administrativa embasa-se no binômio prevenção/mediação. O primeiro elemento do binômio consiste no equilíbrio e reequilíbrio constante do sistema regulado por meio do entendimento da lógica do sistema regulado, o que, é evidente, é compatível com o direito reflexivo e procedimental de Teubner. O segundo elemento do binômio também. Trata-se de um mecanismo que pode promover a democratização do sistema regulado, tarefa que, como visto, Teubner atribui ao direito contemporâneo.

A utilidade do termo reflexividade administrativa dependerá do “valor doutrinal agregado”⁹⁵ que lhe atribuírem os operadores

91 TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. In: *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983, p. 243. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3053348>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

92 Idem, p. 255.

93 Idem.

94 Idem, p. 240.

95 TEUBNER, Günther. Direito e teoria social: três problemas. *Tempo soc.*, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75, Dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702015000200075&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 ago. 2018.

do direito. Quais práticas a reflexividade administrativa tornará lícitas e quais tornar ilícitas (código binário lícito/ilícito)? Uma possibilidade é o seu uso em discussões que envolvam os conceitos de reserva da administração e reserva do regulador (o caso da fosfoetanolamina, ADI 5501, é um desses casos). Se o regulador, ao formular as suas escolhas, observou o devido processo legal e não agiu em erro manifesto, não desrespeitando a razoabilidade, moralidade e eficiência, não caberia a substituição da escolha administrativa nem pelo Judiciário nem pelo Legislativo. Fica a sugestão de um assunto que pode vir a ser desenvolvido em trabalhos subsequentes sobre o tema.

5. Conclusão

Desenvolvi no presente artigo um trabalho conceitual por meio do qual tentei examinar a compatibilidade de um novo instituto de direito administrativo – a reflexividade administrativa – com o seu marco teórico – a sociologia de Günther Teubner. A ideia da presente pesquisa surgiu da leitura das obras de Guerra⁹⁶ e Baldwin, Cave e Lodge⁹⁷ referidas ao longo do trabalho.

No seu manual de regulação, esses três últimos autores associam o trabalho de Teubner a uma linha de teóricos que é cética quanto à possibilidade de regulação, pelo direito, dos outros sistemas sociais. Quando muito, a perspectiva procedimentalista de Teubner seria “um tanto menos pessimista” a respeito da possibilidade de o sistema jurídico direcionar os outros sistemas sociais⁹⁸.

Segundo Teubner, no entanto, mesmo no mundo contemporâneo, caracterizado por sistemas altamente diferenciados, o direito pode conduzir os demais sistemas sociais ao atingimento de determinadas metas, desde que foque em estratégias apropriadas. Baldwin, Cave e Lodge, veja-se bem, não passam ao largo dessa conclusão no seu manual⁹⁹. Não se trata, contudo, de

96 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

97 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 61-63.

98 Idem, p. 62.

99 Idem.

uma perspectiva **menos pessimista** sobre as possibilidades de o sistema jurídico regular os outros sistemas. Trata-se de uma perspectiva nada pessimista da regulação.

Ou seja, ressalvadas duas premissas das quais Guerra parte para oferecer a sua teoria – a **ilusão** de que o direito “se autoproduz” e a ideia de que o direito é uma ordem aberta de valores –, o conceito de reflexividade administrativa desenvolvido por Guerra é, sim, coerente com as ideias de Günther Teubner. As críticas tecidas por Guerra aos conceitos tradicionais de direito administrativo estão em linha com as insuficiências identificadas por Teubner nas ordens jurídicas formal e substantiva.

A utilidade da reflexividade administrativa dependerá do “valor doutrina agregado” que os operadores jurídicos atribuírem ao conceito, isto é, das situações jurídicas que a reflexividade administrativa tornar lícitas ou ilícitas (código binário lícito/ilícito).

6. Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Marina Montes. *A avaliação ambiental estratégica no contexto brasileiro: efetividade e desafios jurídico-institucionais*. 172 fls. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – FGV/SP, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BLACK, Julia. Proceduralizing regulation: part I. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, 2000, p. 597-614.
- _____. Proceduralizing regulation: part II. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 21, 2001, p. 33-58.

- CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Editores, 2002.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas* (Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto – Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2006.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução de A. Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FARIA, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Revisão e apresentação do livro legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- FONT Y LLOVET, Tomás, Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto – Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998.
- GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário do modelo norte-americano? In: *Teoria do estado regulador* (Sérgio Guerra – Coord.). Curitiba: Juruá, 2015.
- _____. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- LAWSON, Gary. The rise and rise of the Administrative State. In: *Harvard Law Review*, v. 107, n. 6 (apr. 1994), p.1.231-1.254.
- MAJONE, Giandomenico. **Do estado positivo ao estado regulador**. In: *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. 2. ed. (Paulo Todescan Lessa Mattos – Coord.). São Paulo: RT, 2017.
- MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fato limitativo da discricionariedade administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 259, jan./abr. 2012, p. 207-247.
- MATTOS, Paulo Todescan. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. In: *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983, p. 239-286. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3053348>>. Acesso em: 27 jul. 2018.
- _____. Direito e teoria social: três problemas. In: *Tempo soc.*, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, Dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702015000200075&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 ago. 2018.
- TORRES, Silvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Sandro Zachariades Sabença

**Regulação e controle:
Um acerto de “contas”**

22

Regulação e controle: Um acerto de “contas”

Sandro Zachariades Sabença¹

Resumo

O artigo examina a atividade de controle externo das agências reguladoras, discutindo quais são os limites das competências do Tribunal de Contas da União (TCU), especialmente no que se refere ao exame das atividades finalísticas das agências.

Palavras-chave: Direito da regulação. Governança regulatória. Instituições. Controle externo. Agências reguladoras.

Abstract

The article examines the activity of the external control of regulatory agencies, discussing the limits to the competences of the the Brazilian Audit Court, especially regarding to the audit of the agency's core activities.

Keywords: Regulatory law. Regulatory governance. Institutions. External control. Regulatory agencies.

“Mas não é de bom aviso insinuar no organismo de uma instituição um princípio de conflito com outras, confiando o remédio do mal orgânico à prudência acidental dos indivíduos que a representarem. Melhor é encerrar a nova autoridade no limite natural das necessidades que a reclamam, isto é, reduzir a superintendência preventiva do Tribunal de Contas aos atos do governo, que possam ter relação com o ativo ou o passivo do Tesouro²”. (Exposição de Motivos ao Decreto n. 966-A/1890, da lavra de Rui Barbosa)

1. Introdução

Este artigo busca analisar criticamente a atividade de controle externo das agências reguladoras exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

¹ Auditor-Federal de Finanças e Controle. Advogado e Contador. Mestrando em Direito da Regulação na FGV Direito Rio. E-mail: ssabenca@gmail.com.

² BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Exposição de Motivos ao Decreto n. 966-A/1890. Disponível em: <revista.tcu.gov.br /ojs/index.php/RTCU/article/view/1113/1171>. Acesso em: 20 jul. 2018.

O presente estudo traz luz para 2 atividades desempenhadas pelo Estado – controlar e regular, exercidas por instituições criadas em diferentes momentos da história brasileira. Enquanto a criação do TCU remonta à República Velha, o nascimento das agências reguladoras remete à reforma do estado – ocorrida no fim da década de 90.

Estamos, portanto, diante de um conflito de gerações em que se faz necessário um “acerto de contas”

A atividade típica do TCU é o julgamento das contas dos gestores públicos, com natureza binária: aprova ou desaprova, certo ou errado, sim ou não.

A Constituição de 1988 trouxe como inovação em relação às competências anteriormente exercidas pela Corte de Contas: a Auditoria Operacional, que se destina a apreciar as atividades-fim da administração pública. Até o advento da Constituição vigente, a atuação do TCU restringia-se somente a avaliação das atividades-meio.

Controlar atividades-fim da administração pública em geral já parece ser um grande desafio, controlar atividades finalísticas das agências reguladoras é um desafio maior ainda, tendo em vista que elas exercem atividades normativas, sancionatórias, judicantes e fiscalizatórias – que fogem ao cotidiano da administração pública.

Tal trabalho se justifica pela divergência doutrinária acerca da possibilidade de exame dos atos regulatórios pelo TCU, dada a complexidade das matérias apreciadas pelas agências reguladoras.

Primeiramente, importa salientar que é inegável a contribuição do TCU na prevenção e no combate à corrupção e outros malfeitos, mas também não se pode desconsiderar que um controle desmedido sobre os atos regulatórios pode causar danos ao modelo de separação de poderes insculpido em nossa carta política.

Os problemas centrais deste artigo são 1. identificar se o desenho institucional do TCU possibilita a invasão das competências das agências reguladoras, promovendo instabilidade e incerteza

no ambiente regulatório e 2. verificar a existência de limites, fático-jurídicos, para a atuação do TCU na avaliação das questões regulatórias.

Para tanto, promovemos vasta revisão de literatura e estruturamos nosso trabalho da seguinte forma: a 1ª seção buscará analisar o controle da administração pública; a 2ª seção buscará analisar a problemática do controle das agências reguladoras e; por último, apresentaremos nossas conclusões finais.

2. O controle externo da administração pública

2.1 Antecedentes e a experiência estrangeira

O controle institucionalizado dos gastos do Estado remonta ao período medieval. Os *Chambres de Comptes* e *Exchemquer*, criados respectivamente na França e Inglaterra, são provavelmente a primeira tentativa de instalar um sistema institucional de controle mais próximo do que temos nas Controladorias e Tribunais de Contas³.

Bruno Speck assevera que as Instituições Superiores de Controle (ISC) têm origem em duas preocupações: 1. preocupação gerencial com a regular gestão de recursos públicos; e 2. "apreensão liberal com a limitação do poder executivo"⁴.

Como regra geral, ainda que comporte algumas exceções, tais instituições são vinculadas ao poder legislativo; tal arranjo se justifica pela tradicional missão legislativa de fiscalizar o poder executivo, como um mecanismo de *checks and balances*⁵; trata-se de uma tentativa de dotar o poder legislativo de um braço técnico-especializado na apreciação das contas governamentais.

A existência de ISC é difundida ao redor do mundo, entretanto, cada país adotou seu próprio desenho institucional; para fins

3 ALMEIDA, Marcelo Cavalcanti. Auditoria - Um curso moderno e completo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 200.

4 SPECK, Bruno Wilhelm. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2000. p. 28.

5 Sobre o assunto ver em: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. Os artigos federalistas, artigos 47-51.

didáticos são basicamente dois os modelos de instituições de auditoria difundidos: as controladorias⁶ e os tribunais de contas.

O modelo de controladorias se baseia na persuasão e é comum em países que se inspiraram no modelo anglo-saxônico; o modelo de tribunais de contas, de origem moderna na França napoleônica, tem como sustentação o uso de instrumentos coercitivos para fazer valer seus apontamentos, logo, sua atuação, ao longo do tempo, o fez uma instituição quase-independente do poder legislativo.

Bruno Speck assevera que “como instituições com alto grau de independência, os Tribunais de Contas tendem a se identificar mais com a preocupação liberal, comprometendo os administradores com o cumprimento da lei”⁷; portanto, os tribunais de contas têm em sua gênese um aguçado apetite para o controle de legalidade – o que justifica seus poderes sancionatórios.

Já as controladorias, de origem em modelo parlamentarista anglo-saxônico – onde a legalidade não possui a importância dos modelos de *civil law*, têm sua atuação direcionada para promover um controle da boa gestão pública.

Papel importante assumido pelas ISC é o combate à corrupção, ou seja, de promotores da integridade na administração pública; Bruce Ackerman, teorizando sobre um novo modelo de separação de poderes, aborda a importância do *integrity branch*⁸, ou seja, a existência de instituições de corpos técnicos especializados e independentes capazes de combater maus-feitos, o que nos faz acreditar que os tribunais de contas e controladorias comporiam este novo “poder” estatal.

6 WILLEMANN, Marianna Montebello. O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil. Rio de Janeiro, 2016. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. p. 33. Sustenta a autora que existem 3 modelos: controladoria, audit board e napoleônico (tribunais de contas); entretanto, as semelhanças entre o modelo de controladoria e audit board são tantas que, para fins didáticos, entendemos tratar da mesma espécie. A diferença básica entre estes dois modelos é que, em vez de ser comandado por um controlador geral (caso das controladorias), o audit board é comandado por um colegiado; entretanto, o ponto, de fato, relevante é que nenhum destes modelos tem poderes judicantes e sancionatórios, ao contrário do modelo napoleônico.

7 SPECK, Bruno Wilhelm. Op. cit., p. 28.

8 ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers, Harvard Law Review, v. 113, n. 3., 2000, p. 696.

Guillermo O’ Donnel, ao tratar da importância de novas agências governamentais⁹, fala do papel das ISC na promoção do *accountability* horizontal¹⁰; para o autor, *accountability* horizontal resume-se:

a existência de agências estatais que tem o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o *impeachment* contra ações ou emissões de outros agentes ou agências de Estado que possam ser qualificadas como delituosas¹¹.

No quesito combate à corrupção, o poder de julgar contas e sancionar gestores públicos, atribuído aos tribunais de contas, sugere uma maior efetividade de sua atuação em comparação com as controladorias, que, em regra, dependem do parlamento ou de outras agências governamentais para terem suas recomendações implementadas.

Modernamente, os modelos de ISC vêm convergindo para os mesmos objetivos, ambos têm sua atuação direcionada à promoção da “eficiência, da prestação de contas, da eficácia e da transparência da administração pública”¹²; destaca-se que o controle de eficiência e eficácia traz o escopo de atuação das ISC ao novo modelo de estado pós-moderno que emergiu com as demandas sociais por uma boa gestão pública.

Ainda tratando da pós-modernidade, cumpre-nos salientar o desafio imposto às ISC para a avaliação de questões complexas enfrentadas pelo Estado, sobretudo nos modelos de tribunais de contas, onde estas instituições são dotadas de poderes judicantes e sancionatórios, podendo gerar medo de decidir ao administrador público¹³.

9 No modelo brasileiro, podemos incluir dentre as instituições que promovem o *accountability* horizontal, por exemplo, a Controladoria-Geral da União, o Ministério Público, a Defensoria Pública.

10 O’DONNEL, Guillermo. Horizontal Accountability in New Democracies. *Journal of Democracy* 9.3. p. 40. O autor classifica o *accountability* entre horizontal e vertical; o primeiro se refere, em resumo, às instituições de controle do estado de direito, enquanto o segundo refere-se às eleições.

11 *Ibid.*, p. 40.

12 ONU. Resolução das Nações Unidas sobre a Independência das ISC (A/RES/66/209). Disponível em: <http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/publications/span_publications/S_Lima_Mexico_2013.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2018.

13 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 20 jul. 2018.

O medo gerado pela atuação dos tribunais de contas pode incentivar o administrador a direcionar suas decisões, como medida de segurança, no sentido de agradar os órgãos de controle administrativo (“instinto de preservação”¹⁴), deixando de buscar soluções criativas para questões complexas e de promover um adequado balanceamento dos interesses em jogo, ou até mesmo, simplesmente, deixando de decidir.

Outra questão importante que diferencia as ISC relaciona-se ao momento do controle. O controle da administração, quanto ao momento, pode ser: prévio, concomitante ou posterior. “A maioria das instituições exerce um controle posterior” da administração pública, entretanto, para prevenção de danos há construções que permitem um controle concomitante e prévio da administração pública¹⁵.

O controle prévio atribui aos tribunais de contas o papel de veto player, desempenhando uma função “quase-administrativa”¹⁶.

Voltando para ao trato de questões da realidade pós-moderna, onde o administrador público é obrigado a enfrentar com rapidez questões de complexidade técnica elevada e para as quais existe uma multiplicidade de soluções possíveis, é importante frisar que o controle prévio apresenta os problemas de ordem prática, a saber: 1. colocar mais uma instância de aprovação pressupõe a necessidade de mais tempo para tomada de decisões, podendo comprometer a duração razoável do processo decisório; 2. ao tratar de questões complexas com múltiplas soluções possíveis, há grande probabilidade de surgirem divergências entre os atores envolvidos no processo decisório; 3. há a possibilidade de os integrantes das cortes de contas, generalistas que são, discordarem de soluções colocadas por administradores públicos com grande *expertise* no assunto.

Isto posto, buscamos traçar um histórico do nascimento das ISC, apresentar as espécies de instituições existentes, seus poderes e seu *modus operandi*, para a seguir avaliar a atuação do Tribunal de Contas da União, para na seção final do artigo, propor uma solução para os possíveis problemas apontados.

14 JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014. p. 82.

15 SPECK, Bruno Wilhelm. Op.cit., p. 37.

16 SPECK, Bruno Wilhelm. Op.cit., p. 29.

2.2 O Tribunal de Contas da União

No Brasil, a primeira iniciativa de controle que se tem conhecimento, datada de 1680, foi a criação das Juntas das Fazendas das Capitâneas¹⁷.

Em 1890, por iniciativa de Rui Barbosa, foi criado pelo Decreto nº 996- A o Tribunal de Contas da União. No entanto, apenas em 1891, com o advento da primeira Constituição republicana, a corte de contas como conhecemos hoje foi institucionalizada¹⁸.

Até o advento da Constituição de 1988, as atribuições constitucionais do Tribunal de Contas restringiam-se ao “controle de legalidade (aferição do cumprimento de ditames legais positivados) exclusivamente em matérias financeiras (que de algum modo dissessem respeito às receitas e despesas do Estado)¹⁹”.

A Constituição de 1988 aumentou significativamente o escopo de atuação do TCU como veremos a seguir.

2.2.1 Escopo e “jurisdição” do Tribunal de Contas na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 88 conferiu ao Tribunal de Contas da União a competência para apreciar as contas de todo aquele que, de alguma maneira, “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”, impondo um critério objetivo para atração da jurisdição do TCU.

No quesito subjetivo, a Constituição conferiu ao Tribunal poderes amplíssimos, colocando todos aqueles que, ao menos, tangenciem com a administração pública sob sua jurisdição.

Já o escopo de atuação, ou seja, o quesito objetivo, está estabelecido no Título IV, seção IX, da Constituição Federal, que

17 BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Inventário do Arquivo do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

18 Ibid.

19 ROSILHO, André Janjácómo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016. p. 334.

prescreve o exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, sob o aspecto da legalidade, legitimidade e economicidade.

A Constituição de 88 inovou em relação às previsões nas constituições anteriores nos seguintes pontos: o controle de **economicidade** e a fiscalização **operacional**; até então, tribunais de contas tinham sua atuação restrita à fiscalização de legalidade, de caráter binário: sim ou não.

Fiscalização operacional refere-se “ao processo de coleta e análise sistemáticas de informações sobre características, processos e resultados de um programa, atividade ou organização, com base em critérios fundamentados, com o objetivo de aferir o desempenho da gestão governamental, subsidiar os mecanismos de responsabilização por desempenho e contribuir para aperfeiçoar a gestão pública”²⁰; destina-se, portanto, à avaliação da atividade-fim, e não mais o mero controle de legalidade.

Já economicidade, em que pesem as divergências doutrinárias, trata da eficiência financeira e orçamentária.

Observa-se, portanto, que a Constituição estabeleceu um amplo espaço de atuação para o controle externo das contas governamentais, contra atos ilegais, ilegítimos e antieconômicos, mas delimitou o modo pelo qual o TCU exercerá suas atividades – ou seja, por intermédio da atividade de FISCALIZAÇÃO. Assim diz a Constituição:

Art. 70. A **fiscalização** contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à **legalidade, legitimidade, economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, **mediante controle externo**, e pelo sistema de controle interno de cada. (grifo nosso)

20 BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Auditoria Operacional. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/control-e-externo/normas-e-orientacoes/normas-tcu/auditoria-operacional.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

A expressão fiscalização não se trata de verbete com grande carga semântica, sendo ato realizado a posteriori e por alguém que está externo aquilo que se controla. Leciona Egon Bockmann Moreira que o TCU entendeu “de modo autoatributivo, que “fiscalização” é muito mais do que o tradicional controle binário (aprova ou desaprova as contas)” e prossegue:

inclusive, abrangeria o ato de decidir, de maneira substitutiva àquela do titular da competência pública (os órgãos do Poder Executivo definidos em lei). Hoje, os Tribunais de Contas não só fiscalizam as contas e a execução de contratos, mas imiscuem-se ativamente em políticas públicas, regulamentos administrativos, editais de licitação, termos de ajustes de conduta e de parceria, decretos da Presidência da República etc²¹.

A vista do exposto, passamos ao enfrentamento das prerrogativas conferidas à corte de contas para a consecução de suas finalidades institucionais.

2.2.2 Os poderes sancionatórios e cautelares atribuídos ao Tribunal de Contas da União

A Carta Magna atribuiu ao legislador infraconstitucional delinear o poder sancionador do TCU; a Lei orgânica do TCU (LOTUCU) previu algumas sanções passíveis de serem aplicadas, a saber: I. multa; II. inabilitação, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública; III. declaração de inidoneidade para contratar com a administração pública; IV. decretação de indisponibilidade de bens; e V. determinação de afastamento de responsável por ilícitos.

Dentre os poderes cautelares, temos a possibilidade de: I. assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; e II. sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado.

21 MOREIRA, Egon Bockman. Tribunais de Contas podem controlar acordos de leniência? Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/tribunais-de-contas-podem-controlar-acordos-de-leniencia-77we8fvzumzr9nykivxoond3>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Se usados dentro dos limites constitucionais, o poder sancionador e cautelar conferido pela Constituição ao TCU é um ótimo instrumento para coibir práticas ímprobas; porém, há de se diferenciar adequadamente aquilo que se refere à probidade daquilo que está dentro do espaço interpretativo que a lei concedeu ao administrador público.

2.2.3 Problemas decorrentes da conjugação entre escopo, “jurisdição” e poderes sancionatórios/cautelares

Vimos que a Constituição de 1988 ampliou sensivelmente o escopo de atuação do TCU, que anteriormente estava restrito às questões legais de ordem financeira e hoje prevê também um controle de economicidade e um controle sobre matérias operacionais.

A questão que se coloca é se a Constituição vigente atribuiu ao TCU o poder de usar dos instrumentos sancionatórios e cautelares em matérias não financeiras e no controle de economicidade.

Sobre o assunto, Andre Rosilho, em uma análise acurada, entende que a Constituição não autorizou o TCU ao uso dos poderes sancionatórios/cautelares na avaliação de matérias não financeiras:

admitir que o tribunal viesse a sancionar ou a praticar atos de comando em função da constatação de supostas práticas ilegítimas ou antieconômicas em matérias essencialmente administrativas acabaria conferindo ao TCU a possibilidade de concretamente pressionar o poder executivo (direta ou indiretamente) a incorporar suas preferências a práticas administrativas lícitas, porém dissonantes de suas opiniões – isto é, distintas da sua visão sobre conveniência e oportunidade de decisões tomadas pelo Executivo no Exercício da função administrativa²².

A preocupação do autor fica mais bem ilustrada no hipotético exemplo de uma auditoria operacional realizada pelo TCU, na qual seus técnicos lancem dúvidas sobre a economicidade de determinado ato administrativo que entendam ser antieconômico.

22 ROSILHO, André Janjácómo. Op. cit., p. 176.

Destaque-se que fiscalização operacional tem como enfoque atividades-fim da administração, seara onde o gestor público é o agente mais capacitado para a tomada de decisões.

Suponhamos que se trate de uma questão controvertida e que a administração resolva manter, como mecanismo de diálogo institucional, sua opinião, após o prazo assinado para providências exaurir-se. Conforme previsto na lei orgânica, o ato será sustado, o agente responsável será multado e ainda poderá ser inabilitado para o exercício de função pública.

Constata o professor Carlos Ari Sunfeld²³ que “grande parte dos processos punitivos contra gestores públicos é por falhas operacionais, por questões formais ou por divergências de opinião”.

O medo gerado pela atuação do controlador pode incentivar o administrador a direcionar suas decisões, como medida de segurança, no sentido de agradar os órgãos de controle administrativo (“instinto de preservação”²⁴), deixando de buscar soluções criativas para questões complexas ou, até mesmo, simplesmente, deixando de decidir.

Dito isto, quem poderá contra o TCU? Importa lembrar que o TCU age de ofício, logo o administrador deverá pensar duas vezes antes de atentar judicialmente contra a corte de contas.

O que se quer demonstrar é que os poderes conferidos à corte de contas são tão amplos que permitem que, em última medida, o Tribunal deixe de ser um ente fiscalizador e passe a ser um administrador. Seria este o propósito do constituinte ao estabelecer o escopo de atuação do tribunal?

Sobre os limites de atuação do TCU, Rui Barbosa, quando de sua criação, antecipou que não seria recomendável “insinuar no organismo de uma instituição um princípio de conflito com outras, confiando o remédio do mal orgânico à prudência acidental dos indivíduos que a representarem”²⁵.

23 SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=100> . Acesso em: 20 jul. 2018.

24 JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014, p. 229.

25 BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Exposição de motivos ao decreto n. 966-A/1890. Disponível em: <revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113/1171>. Acesso em: 20 jul. 2018.

3. O controle do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras

3.1 Questões introdutórias

O papel dos órgãos de controle interno e externo está estabelecido no Título IV, seção IX, da Constituição Federal, que prescreve, dentre outras, a missão de avaliar a legalidade, a legitimidade e a economicidade das operações executadas pelas entidades da administração direta e indireta. A Constituição escolheu um modelo híbrido de controle das contas, externo e interno, cabendo ao Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), o exercício do controle externo e, a cada um dos poderes, a atividade de controle interno²⁶.

Uma análise da Constituição permite inferir que estão sob a jurisdição dos órgãos de controle, além das tradicionais entidades da Administração Pública direta e indireta, as agências reguladoras.

Daí se percebe que a Constituição estabeleceu um amplo espaço de atuação das entidades que controlam as contas governamentais, o que sob um primeiro olhar aparenta uma garantia adicional contra atos ilegais, ilegítimos e antieconômicos, mas que apresenta dificuldades práticas frente à complexidade das atividades estatais.

Tamanha complexidade dificulta a atuação dos órgãos de controle, em especial do TCU, pelo seu caráter generalista, em promover a avaliação adequada das opções regulatórias, posto que exigiria dessas instituições um grau de especialização idêntico ao dos agentes reguladores da economia.

Aliás, o Plano Diretor de Reforma de Estado se antecipou ao problema levantado e previu um deslocamento de foco do controle estatal dos procedimentos para o controle dos resultados, do controle institucional para o social, mediante a promoção de medidas de governança, transparência e de *accountability*²⁷.

26 Na União Federal, o sistema de controle interno tem como órgão central a Controladoria-Geral da União (CGU) e como órgãos setoriais as auditorias internas de cada entidade da administração direta e indireta.

27 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: Lógica e mecanismos de controle. Cadernos MARE da reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, v. 1. 1997. Op. cit., p. 37.

Ao longo dos anos que se sucederam à reforma iniciada em 90, observou-se inúmeras iniciativas²⁸ de fortalecimento do controle social, entretanto, a atuação dos controles institucionais, em especial no que se refere aos órgãos de controle externo, parece aumentar²⁹, sobretudo no que se refere ao controle exercido sobre atos de regulação econômica e de serviços públicos.

O acompanhamento das escolhas regulatórias exige um desafiador esforço dos órgãos de controle, uma vez que já não é mais possível o aparentemente simples cotejamento entre o ato e a prescrição legal, dada a singularidade das questões enfrentadas pelos reguladores, que necessitam buscar "soluções jurídicas heterogêneas adaptáveis às variadíssimas situações com que se defrontam"³⁰.

Não à toa, a legitimidade da atuação dos órgãos de controle sobre os atos administrativos regulatórios é alvo de controvérsia doutrinária.

Contrário ao juízo de mérito dos atos regulatórios pelos TCU, Luís Roberto Barroso apregoa que:

Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza³¹.

28 A Lei n. 13.460/2017 (Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos), a Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), o Portal da Transparência da CGU, as páginas de transparência pública de cada entidade do poder executivo, e a realização de audiências públicas pelas agências reguladoras são exemplos do fortalecimento do controle social, mediante a promoção da transparência.

29 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-criese-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 6 ago. 2018. Assim sustenta o autor: "Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações".

30 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 177.

31 BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 229, 2002, p. 174-178.

Em posição diametralmente oposta, porém com argumentos igualmente sólidos, Alexandre dos Santos Aragão leciona que:

o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou imediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar a não aplicação de uma multa; a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração do valor da outorga devida ao Poder Público etc³².

A despeito das divergências no campo teórico, fato é que o TCU promove avaliação dos atos regulatórios³³.

Diante deste cenário, eis que exsurge o seguinte questionamento: tamanha intensidade³⁴ de controle promove incentivos adequados para o regular processo de escolhas regulatórias?

Os órgãos de controle, na prática, ainda parecem funcionar orientados pela supremacia do interesse público; entretanto, nos atos regulatórios, o interesse público é apenas um dos elementos colocados sob a balança, ao lado, por exemplo, da busca de um equilíbrio do mercado, da correção de falhas, da projeção de cenários e da mitigação de riscos³⁵.

Doutrina³⁶ também acena para uma tendente interpretação restritiva do direito pelo TCU, o que dificulta o reconhecimento da necessidade de adoção de soluções criativas para fazer frente aos desafios atuais.

32 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 340.

33 PECL, Alketa. *Regulação comparativa: uma (des)construção dos modelos regulatórios*. In: *Regulação no Brasil: Desenho, governança, avaliação*. _____ (Org.). São Paulo: Atlas, 2007. p. 83.

34 JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros/SBDP, 2016. p. 38. Conforme o autor, intensidade do controle seria o "rigor do exame da conformidade ao parâmetro".

35 JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples*. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, 1, 2017. Cita o caso em que o TCU considerou irregular um convênio entre o BNDES e a Estruturadora Brasileira de Projetos (EBP), desconsiderando o caráter paraestatal da empresa.

36 Neste sentido: *Ibidem*. e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*

Questão não menos importante é que o TCU, em certos casos, parece querer se projetar no lugar do regulador³⁷ para adotar a decisão que lhe parece mais adequada, o que vai de encontro ao propósito do modelo de agencificação, qual seja, a especialização.

Isto posto, há de se promover uma avaliação da relação custo-benefício do controle³⁸, de forma a identificar a intensidade desejada para o controle estatal sobre as agências reguladoras, considerando suas peculiaridades, de maneira a promover incentivos adequados à regular atuação do regulador, qual seja a promoção de um ambiente de **certeza, estabilidade** e a tomada de decisões fundada na expertise de seus agentes.

3.2 A busca de uma solução para o controle das agências reguladoras: o que a doutrina jurídica nos diz sobre isso?

Questão importante na atuação do TCU na avaliação das agências reguladoras é destacar aquilo que diferencia as agências dos demais órgãos da administração pública; digo isto porque nem todos os atos das agências têm conteúdo regulatório, logo são atos administrativos comuns.

Faz-se necessário, portanto, segregar as atividades-fim das atividades-meio desempenhadas pelas agências, sendo ambas passíveis de controle, embora seja necessário promover flexibilizações para adequar o controle às peculiaridades de cada atividade desempenhada pela agência³⁹.

As atividades-meio das agências reguladoras são atividades que as colocam em posição igual a qualquer outro órgão público tradicional, a exemplo de questões que envolvam pessoal, licitações e contratos, diárias e passagens; tais atividades submetem-se ao controle tradicional de legalidade sem grandes controvérsias.

37 JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? Op. cit., p. 82.

38 SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld- chega-de-axe-no-direito-administrativo.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

39 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade regulação estatal. In: Temas de direito regulatório. GUERRA, Sérgio (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 203.

É no exame das atividades-fim que reside a controvérsia sobre a atuação dos tribunais de contas, posto que é alegado que tal atuação afronta os objetivos de criação das agências reguladoras, qual seja o estabelecimento de um *locus* decisório técnico para promoção de certeza e estabilidade nas questões regulatórias, de forma a tornar atraente o ambiente de negócios no país.

Apartando as doutrinas que admitem⁴⁰ o controle de questões regulatórias sem realizar ressalvas e aquelas que inadmitem⁴¹ qualquer tipo de controle do TCU sobre esses assuntos, tentaremos trazer doutrinas que buscam soluções conciliadoras para a problemática do controle de atos regulatórios e tentaremos construir uma solução que promova uma convergência entre regulação e controle – propósito principal deste artigo.

Destaque-se que a avaliação de questões regulatórias por ISC não é um fenômeno tipicamente brasileiro; neste sentido o *International Organization of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI) editou o normativo ISSAI n. 5.230⁴², que trata das auditorias em entidades de regulação econômica que prevê, dentre outras questões passíveis de auditoria pelas ISC, a avaliação de questões relativas ao preço do serviço, à prestação do serviço e de questões concorrenciais. Entretanto, naquele normativo, não há dispositivo que trate dos poderes das ISC para determinar alterações em questões regulatórias.

Cumprе salientar que o referido normativo traz a ressalva de que as ISC não devem auditar questões que envolvam política regulatória, mas tão somente na administração da regulação. Assim trata o item 15 do normativo ISSAI n. 5230: “Pero la EFS necesita cuidarse de no inmiscuirse en asuntos políticos, porque lo que le interesa a la EFS es la administración de la regulación y no la política regulatoria”.

É justamente neste ponto que reside a questão central deste artigo: quais os limites da atuação do TCU na avaliação dos atos regulatórios?

40 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Op. cit., p. 340.

41 BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Op. cit., p. 174-178.

42 INTOSAI. Lineamientos para la mejor práctica en la auditoría de la regulación económica. Disponível em: <http://www.issai.org/en_us/site-issai/issai-framework/4-auditing-guidelines.htm>. Acesso em: 6 ago. 2018.

Cumpre-nos aqui rememorar a seção 1ª deste artigo, que trata da evolução do estado, do direito e da criação das agências reguladoras. Dizíamos àquele instante que o Estado e o direito passaram por uma série de mudanças provocadas pela crise fiscal, pela globalização e pela evolução tecnológica, que resultaram na transferência das atividades anteriormente prestadas pelo estado à iniciativa privada e na emergência de uma administração pública gerencial.

Para o sucesso do processo de privatização, fazia-se imprescindível, nas palavras de Gustavo Binbenojm “superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições⁴³”, mediante a promoção de um ambiente de **certeza, estabilidade** e tomada de decisões fundada na expertise de seus agentes.

No que se refere à administração pública gerencial, implementada no Brasil no âmbito do plano diretor de reforma do Estado, destacamos o deslocamento de foco do controle estatal dos procedimentos para o controle dos resultados, do controle institucional para o social, mediante a promoção de medidas de governança, transparência e de *accountability*⁴⁴.

Isto posto, sendo pragmático, não pode o TCU atuar no sentido de gerar **incerteza, instabilidade** e desprezando a expertise do regulador; deve, porém, o TCU promover a governança, a transparência e o *accountability* das agências reguladoras.

É partindo destas premissas que, olhando paras as missões constitucionais do TCU, buscaremos, com suporte doutrinário, construir soluções para que a atuação da corte de contas convirja para promoção dos objetivos de criação das agências.

Dada a singularidade das questões enfrentadas pelos reguladores, que necessitam buscar “soluções jurídicas heterogêneas adaptáveis às variadíssimas situações com que se defrontam⁴⁵”, o TCU vem capacitando seu pessoal para apreciar assuntos regulatórios, entretanto, ainda que tenha o mesmo grau de capacitação do regulador, o TCU não pode substituí-lo, porque não está constitucionalmente autorizado a fazê-lo.

43 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 267.

44 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Op. cit., p. 37.

45 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. Op. cit., p. 177.

Traçando um paralelo com o estudo que Eduardo Jordão⁴⁶ fez sobre o controle judicial da administração pública complexa, poder-se-ia alegar que o TCU, ao criar setores altamente especializados para a apreciação de questões regulatórias, venceria os argumentos de que a atuação da corte de contas no sentido de alterar a escolha do regulador afastaria a suposta complexidade do ato regulatório apreciado, entretanto a questão da expertise institucional permaneceria representando um entrave à atuação da corte.

O mesmo autor, agora em outra obra, sustenta que o controle deve gozar de moderação, uma vez que, dada a incerteza do processo regulatório, em suas próprias palavras, “para evitar que as prognoses realizadas pelo administrador sejam substituídas por prognoses igualmente incertas do fiscalizador⁴⁷”; em outras palavras, por mais capacitado que seja o corpo técnico da corte de contas, dada a pluralidade de soluções passíveis de serem tomadas pelos reguladores no caso concreto, a invasão do espaço decisório atribuído pelo direito ao regulador causa incerteza e instabilidade.

José Vicente dos Santos Mendonça nos ensina que:

Quanto à atividade-fim das agências reguladoras vale o princípio geral da autocontenção por parte dos Tribunais de Contas: há fortíssima preferência *prima facie* pelas razões técnicas expedidas pela agência. É o mecanismo usual de compatibilização entre a separação dos poderes, discricionariedade técnica e restrições ínsitas à atuação *ex ante*, de um lado, e dever de prestação de contas, princípio da eficiência e dever de controle operacional, por outro. Em princípio, valem as razões técnicas da agência quanto ao exercício de sua atividade-fim. Só não subsistem diante de fortíssimas razões contrárias⁴⁸.

Versando sobre o controle judicial dos atos regulatórios, situação que se assemelha aos controles dos tribunais de contas sobre

46 JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração... Op. cit., p. 622.

47 JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU... Op. cit., p. 211.

48 MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns standards possíveis. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, 2012, p. 162.

atos de igual natureza, razão pela qual dele nos valemos a título de exemplo, Gustavo Binembojm assevera que a intensidade do controle deve ser menor quando, dada a complexidade técnica da matéria, falecem os parâmetros objetivos para o controle⁴⁹.

Neste diapasão, o autor propõe ao controlador da decisão regulatória a apreciação dos seguintes *standards*:

(i) quanto maior o grau de objetividade extraível da norma incidente à hipótese em exame, mais intenso poderá ser o grau do controle judicial, (ii) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial, (iii) quanto maior o grau de politicidade da matéria, menos intenso deve ser o grau do controle judicial, (iv) quanto maior o grau de participação social no processo de deliberação que resultou na decisão questionada, menos intenso deve ser o grau do controle judicial e (v) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais, mais intenso deve ser o controle judicial⁵⁰.

Em que pese o esforço do ilustre doutrinador para objetivar o controle dos atos regulatórios, os *standards* propostos não afastam o caráter subjetivo deste controle, na medida em que a definição do grau de complexidade/tecnicidade da matéria, que irá restringir ou ampliar o espectro de sua atuação, é feita pelo próprio de órgão controlador.

Diante do aparentemente invencível subjetivismo em torno desta temática, para solucionar as controvérsias entre o TCU e os reguladores, Marianna Montebello Willeman⁵¹ propõe um consensualismo através dos diálogos institucionais entre a corte de contas e as agências.

49 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 241.

50 BINENBOJM, Gustavo. Estudos de direito público - artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 123-125.

51 WILLEMANN, Marianna Montebello. O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil. Rio de Janeiro. 2016. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Reconhecer o diálogo institucional como mecanismo de solução das divergências em matéria regulatória entre o TCU e as agências reguladoras, é conferir à corte de contas um papel de agente do processo regulatório, o que infringe a separação de poderes; cumpre salientar que, dotado de instrumentos sancionatórios e cautelares, o TCU, em um processo dialético, como sugerido pela autora, senta-se à mesa na condição de autoridade hierarquicamente superior. A partir desta constatação, o diálogo institucional mostra-se infrutífero, sujeitando a atividade regulatória.

Em que pesem as tentativas doutrinárias de buscar um arranjo possível, acreditamos que o mais adequado é o entendimento sustentado por André Rosilho no sentido de que:

admitir que o tribunal viesse a sancionar ou a praticar atos de comando em função da constatação de supostas práticas ilegítimas ou antieconômicas em matérias essencialmente administrativas acabaria conferindo ao TCU a possibilidade de concretamente pressionar o poder executivo (direta ou indiretamente) a incorporar suas preferencias a práticas administrativas lícitas, porém dissonantes de suas opiniões – isto é, distintas da sua visão sobre conveniência e oportunidade de decisões tomadas pelo Executivo no Exercício da função administrativa⁵².

Portanto, ao tratar de matérias de conteúdo regulatório, não tem o TCU o condão de exigir, muito menos usar de seus instrumentos cautelares e sancionatórios, a alteração de matérias de conteúdo regulatório, ou seja, questões que estejam no âmbito das competências normativas, fiscalizadoras, sancionatórias ou judicantes/arbitrais⁵³, por ausência de previsão constitucional e porque fere de morte as demandas por certeza e estabilidade da atividade reguladora estatal.

Então, qual o papel do TCU na avaliação das agências reguladoras?

⁵² ROSILHO, André Janjácómo. Op. cit., p. 176.

⁵³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Op. cit., p. 336-341.

Trago aqui a contribuição de José Vicente dos Santos Mendonça, que propôs *standards* para balizar as auditorias dos Tribunais de Contas nas agências reguladoras, a saber:

(i) a atividade-meio das agências está subordinada ao controle da Corte de Contas, como qualquer outro ente da Administração Pública; (ii) a atividade-fim, vale o princípio da autocontenção, devendo ser dada preferência às decisões técnicas das agências; (iii) o fato de que o Tribunal pode exercer controle pleno sobre os vícios procedimentais da decisão ou elaboração da norma e os vícios de participação democrática; (iv) de que pode haver atuação do TCU quando houver clara e inequívoca omissão regulatória; (v) de que pode haver controle do ato quando a agência estiver praticando ilegalidade rigorosamente literal; (vi) quanto à qualidade da regulação caberia ao Tribunal expedir recomendações não vinculantes⁵⁴.

À exceção da hipótese aventada pelo autor sobre a possibilidade de o TCU atuar quando houver clara e inequívoca omissão regulatória, concordamos com todas as outras questões colocadas pelo doutrinador, posto que encontram suporte nas missões constitucionais atribuídas ao TCU. Dada a abertura do termo omissão regulatória, este *standard* não produziria um critério objetivo para atuação da corte de contas, justamente o que queremos repelir com a construção deste artigo científico.

A Constituição conferiu ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de realizar auditorias operacionais e de apreciar os atos administrativos quanto à legitimidade e economicidade, espaço onde se encontram os atos regulatórios; tal missão, entretanto, deve ser executada desprovida de poderes sancionatórios, assemelhando-se ao modelo anglo-saxão de controle exercido pelas controladorias.

54 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 162.

Deste modo, é salutar que o TCU direcione sua atuação para o controle de resultados, dotando de melhores instrumentos o controle social e promovendo melhoria da governança regulatória, da transparência e do *accountability*, conforme idealizado no âmbito do Plano Diretor de Reforma do Estado.

Uma avaliação externa de qualidade, como a que é promovida pelo TCU, é de extrema importância para que os atores do processo regulatório estejam devidamente informados – mitigando a questão da assimetria de informações.

5. Conclusão

Para responder às questões regulatórias complexas e sensíveis impostas pelo Estado pós-moderno, as agências reguladoras foram criadas no Brasil dotadas de autonomia reforçada e competência técnica para desempenhar funções que desafiam o tradicional modelo de separação de poderes, representando a criação de um *locus* decisório descentralizado, em um modelo que desafia a tradicional administração piramidal.

No entanto, por mais complexos que sejam os atos regulatórios, estes encontram limite no Direito, sendo sindicável a atuação dos reguladores. O desafio que se coloca é como controlar entes que desempenham missão tão especializada.

Neste contexto, vimos que o controle não saiu ileso das transformações sofridas pelo Estado e pelo Direito, ou seja, para controlar os reguladores, sem ferir os objetivos de criação: garantir estabilidade, certeza e decisões tomadas por detentores de *expertise* técnica, não pode o TCU usar dos seus tradicionais instrumentos sancionatórios e cautelares, sob pena de imiscuir-se em questão regulatória.

Uma nova missão nasceu para a Corte de Contas, qual seja o controle de resultados das atividades desempenhadas pelos entes reguladores, fomentando o controle social e promovendo melhoria da governança regulatória, da transparência e do *accountability*.

Diante deste cenário, torna-se imperioso conciliar regulação e controle, promovendo um, já tardio, acerto de contas.

6. Referências

- ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. In: *Revista do Serviço Público*, ano 50, n. 2, abr./jun. 1999. Brasília: ENAP, 1999.
- ABRUCIO, Fernando Luiz. *O impacto do modelo gerencial na administração pública - Um breve estudo sobre a experiência internacional recente*. Cadernos ENAP. Brasília: ENAP, n. 10, 1997.
- ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*, *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, 2000.
- ALMEIDA, Marcelo Cavalcanti. *Auditoria - Um curso moderno e completo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, n. 229, Rio de Janeiro, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. In: *Democracia, crise e reforma: Estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso*. D'INCAO, Maria Angela; MARTINS, Hermínio Martins (Orgs.). São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- _____. *A reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e mecanismos de controle*. Cadernos MARE da reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, v. 1. 1997.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução de A. Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FONSECA, Francisco José Defanti. Reserva de regulação da Administração Pública. In: *Teoria do estado regulador*. V. II. GUERRA, Sergio (Org.). Curitiba: Juruá, 2016.
- GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da administração piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2017.
- _____. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. _____ (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2014.

- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas*, artigos 47-51.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014.
- _____. RIBEIRO, Mauricio Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, 1, 2017.
- _____. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros/SBDP, 2016. p. 38.
- PECI, Alketa. Regulação comparativa: uma (des)construção dos modelos regulatórios. In: *Regulação no Brasil: Desenho, governança, avaliação*. _____ (Org.). São Paulo: Atlas, 2007.
- MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador. In: *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. 2. ed. MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). São Paulo: RT, 2017.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade regulação estatal. In: *Temas de direito regulatório*. GUERRA, Sérgio (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns *standards* possíveis. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, 2012, p. 162.
- MOREIRA, Egon Bockman. *Tribunais de Contas podem controlar acordos de leniência?* Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/tribunais-de-contas-podem-controlar-acordos-de-leniencia-77we8fvgzmzr9nykivxoond3>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- O'DONNELL, Guillermo. Horizontal Accountability in New Democracies. *Journal of Democracy* 9.3.
- ROSILHO, André Janjâcomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016.

SILVEIRA, Andre Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 109-146.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=100>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro. 2016. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Valdecyr Gomes

**O princípio da legalidade
e a interpretação da Lei
n. 9.873/99 às avessas**

23

O princípio da legalidade e a interpretação da Lei n. 9.873/99 às avessas

Valdecyr Gomes¹

Resumo

As modificações verificadas no direito administrativo têm exigido uma reconfiguração do princípio da legalidade, com a consequente abertura de espaço para a atuação do administrador público, que passa a ter mais autonomia e, por consequência, maior responsabilidade, na medida em que fica vinculado não só à lei, mas também a princípios constitucionais e a um conjunto normativo mais amplo.

Mas uma mudança na forma de aplicar o Princípio da Legalidade não seria esperada sem resistência e disputas entre doutrinadores publicistas, divididos entre aqueles que continuam aferrados ao princípio da legalidade estrita de um lado e, de outro, os que admitem a vinculação da administração pública ao princípio da Juridicidade. E estes últimos também divididos entre os que defendem o regulamento autônomo e os que o repudiam.

O que não há é doutrinador que pregue o uso do princípio da legalidade para justificar uma interpretação que afronte os princípios constitucionais. É preciso visitar os tribunais brasileiros para que se possa estudar este fenômeno. É disto que trata o presente artigo: da aplicação da Lei n. 9.873/99 às avessas, onde o princípio da legalidade é convocado para legitimar uma interpretação contrária aos princípios constitucionais, à razão de regular, à gramática e à lógica.

Palavras-chave: Juridicidade. Legalidade. Princípio constitucional. Prescrição. Intercorrente. Inequívoco.

Abstract

The changes in administrative law has required a reconfiguration of the principle of legality, with the opening of a space for the public administrator to act with more autonomy, and, consequently,

¹ Mestrando em Direito da Regulação (FGV Direito/Rio). Graduado em Direito/UFF. *Advanced Executive Program at Kellogg School of Management, at Northwestern University, Evanston, Illinois, USA.* E-mail: valdecyrgomes@gmail.com.

responsibility, being no longer bound exclusively to the text of the law, but to constitutional principles and to a broader set of rules.

But a change in the way of applying the Principle of Legality would not have been expected without resistance and disputes between scholars of Administrative Law, divided among those who continue clinging to the principle of strict legality and those who admit the linkage of public administration to the principle of juridicity. However, the latter are also divided between those who stand for autonomous regulation and those who reject it.

What is not between doctrinators is who preaches the use of the principle of legality to directly facing constitutional principles. It is necessary to visit the Brazilian courts so that this phenomenon can be studied. This is what is dealt with in this article: the application of Law 9.873/99 in reverse, where the principle of legality is summoned to give legitimacy to an interpretation that contradicts constitutional principles, the very reason to regulate, grammar and logic.

Keywords: Juridicity. Legality. Constitutional principle. Prescription. Intercurrent. Unequivocal.

1.1 Introdução

O objetivo deste artigo é analisar a interpretação que tem sido dada ao texto da Lei 9.873/99 na parte que trata especificamente da prescrição intercorrente, partindo-se da pergunta fundamental feita por Cary Coglianese: *How well is regulation working?*² Esta análise será feita tendo em conta que a regulação administrativa “consiste na aplicação de uma série de instrumentos e mecanismos voltados à realização de objetivos sociais”, o que exige das autoridades a adoção de “decisões estratégicas preliminares” que “*informam* a política regulatória que será implementada pela autoridade” (JORDÃO, 2016, 151).

A partir desta questão, o artigo busca identificar se, com a edição da norma, foram atingidos alguns dos objetivos que dela seriam esperados, como, por exemplo: (i) a prioridade na aplicação

2 Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1_coglianese%20web.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

de pena a casos recentes, com o conseqüente arquivamento de casos antigos, que tratam de fatos que muitas vezes já deixaram de ser considerados irregulares; (ii) a concentração de esforços na penalização de fatos que possam servir ao objetivo didático de orientar os regulados acerca da conduta que deles é esperada; (iii) a racionalização de recursos materiais e humanos escassos, com a utilização da força de trabalho da administração pública nos casos que não tenham ainda perdido a relevância pelo passar do tempo.

O artigo leva em conta que algumas normas não atingem seus objetivos porque os próprios funcionários que atuam na “elaboração de projetos de lei, na edição de regulamentos, decretos e portarias atrapalham, pela resistência, a implantação de medidas de que discordam”. É por isso que Odete Medauar (2003, p. 138-139) diz que a “resistência a reformas decorre não somente da rigidez das estruturas, mas também dos servidores”. Coglianese vai na mesma direção quando diz que a norma está sempre sujeita ao risco de fracasso “due to regulatory officials implementing [...] poorly some brilliant and optimal choices in regulatory design”^{3 4}.

Antes que se conclua, no entanto, que existem outras razões para a interpretação que tem sido dada à lei – de permitir que meros atos internos de expediente possam ser considerados suficientes para interromper a prescrição – vale notar que não se pretende negar, neste artigo, a capacidade de o Poder Executivo receber os poderes necessários para fazer escolhas discricionárias que visem a atender demandas de uma sociedade complexa e em constante transformação. Ao contrário, a linha adotada segue a proposição de Sérgio Guerra (2017, p. 111) no sentido de que o “subsistema econômico moldado por aspectos técnicos de alta complexidade”, para funcionar adequadamente, deve ser delegado aos órgãos do Poder Executivo que estejam em condições “de avaliar qual será, em determinado caso, a melhor solução para encontrar-se um grau ótimo de execução da norma legal” e sem perder de vista, igualmente, o alerta feito pelo professor:

3 Expert Paper N. 1, de agosto de 2012, escrito para a *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD). Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1_coglianese%20web.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

4 *Empirical Analysis and Administrative Law*. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/5340/c615251be11b14429131e2e1a13162270db9.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

A inadequação dos instrumentos do agir administrativo tradicional é especialmente notória em determinados setores em que a evolução tecnológica define e altera diariamente os mercados, transfere capitais e destrói artificialmente fronteiras territoriais, como acontece com o setor financeiro (GUERRA, 2017, p. 112).

O artigo explora, em nível teórico, se há motivos para que a Lei n. 9.873/99 esteja sofrendo resistência à sua implementação plena e não despreza o fato de que a estabilidade funcional de que gozam profissionais encarregados de sua aplicação, combinada com a responsabilidade pessoal criada pela lei, apresenta forte motivação para que uma interpretação tão descolada das técnicas conhecidas possa ser justificada, com graves danos ao funcionamento da máquina estatal, mas esta é uma hipótese não submetida a teste e, portanto, não afirmada neste trabalho, que tem outro objetivo.

O objetivo é verificar se, a pretexto de obediência ao princípio da legalidade, a função estatal foi desviada de seu curso, da missão de lutar contra a ineficiência – que é o avesso do princípio constitucional da eficiência – do Poder Executivo, da busca por atender aos anseios da sociedade de modo eficaz e num prazo cada vez mais curto, especialmente no âmbito do sistema financeiro, onde o conceito de regulação reclama aprimoramento permanente, conforme definição de “regulação econômica” usada pela Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (WINDHOLZ, HODGE, 2012, p. 26):

As regulações econômicas interferem diretamente nas decisões do mercado como preço, concorrência, entrada ou saída do mercado. A reforma tem como objetivo aumentar a eficiência econômica [...] **freqüentemente por meio da desregulação, e uso da regulação de promoção à eficiência** [...] para funcionamento de mercado e supervisão prudente. (grifos adicionados) (WINDHOLZ, HODGE, 2012, p. 26).

O presente trabalho investiga se a Lei n. 9.873/99 está funcionando para promover o arquivamento de processos que fiquem parados por mais de três anos nos escaninhos do Estado.

2. A divisão das tarefas do Estado

É preciso reconhecer que a passagem do tempo sempre exigiu a adaptação da forma de aplicar o Direito, especialmente o Direito Público. E este fenômeno é reconhecido por Cabral de Moncada quando diz que “**conceitos de direito público não podem** pretender ter a mesma natureza lógica e racional, tendente à **perenidade**, dos conceitos de direito privado, especialmente os conceitos de **lei e reserva de lei**, que são sempre **historicamente situados**” (CABRAL DE MONCADA, 2002, p. 139). Por ter percebido esta necessidade de adaptação é que Napoleão cuidou de dar à França um sistema administrativo, criando, ao lado de uma constituição política, uma constituição administrativa resiliente às constantes mudanças verificadas naquela época. Com a norma napoleônica, foi criado o *Conseil d'État*, que permitiu uma maior autonomia ao Poder Executivo que, segundo Enterría (1998, 74):

va a actuar outra realidade em esencia diversa, la realidade que llamamos Administración y a la que no cuadra de ninguna manera la caracterización reservada a esse poder em la teoria de la división de los poderes.

Para esse autor, o:

primer dato para la construcción del Derecho Administrativo es justamente éste, el del carácter subjetivo de la Administración, el de su presencia ante el Derecho como um sujeto jurídico real y verdadeiro (ENTERRÍA, 1998, p. 75).

Uma vez reconhecido o seu caráter subjetivo, não há, na aplicação do direito público, espaço para engessamentos formais, que remetem a um tempo em que o Poder Executivo era exercido pelo rei, numa condição divina. E cabe lembrar que mesmo naquele tipo de sociedade havia espaço para a flexibilização, para evitar a ruptura que decorre da ossificação das estruturas de um poder arcaico inadaptação aos anseios sociais.

A partir das revoluções do século XVII, para que a sociedade tivesse as suas demandas atendidas pelo Estado, foi necessário estabelecer a divisão de atribuições, e a lei passou a funcionar como

proteção do cidadão contra o poder central, até então representado pelo monarca. E a função de distribuir a justiça, que havia começado pelo rei e sua família e, depois, pelo Parlamento, ganhou impulso e a distribuição dessas atribuições entre órgãos especializados passou a ser exigência da sociedade.

A tomada de consciência, pela sociedade, de seus direitos e o seu efetivo exercício perante a autoridade, deixa claro que a ideia de separação dos poderes não surgiu como uma concepção teórica desenvolvida para ser colocada em prática por uma nova ordem instituída, ela foi fruto de uma necessidade organizacional do poder dominante e moldada pelas demandas das forças que têm, em cada época, o poder de impor condições, de fazer exigências. Foi assim com a aristocracia inglesa diante de João Sem Terra, foi assim também com os revolucionários franceses e é hoje com a sociedade democrata, seja no sistema de *Rule of Law*, seja no Estado Democrático de Direito. Tem razão Karl Loewenstein⁵ quando diz que a “separação de poderes é para resolver a **divisão dos trabalhos** do Estado e para que os destinatários sejam beneficiados pela especialização das funções. O que erroneamente se chama de separação de poderes é **distribuição de funções**”.

Para maior clareza, vale revisitar Locke, para quem as atribuições estatais eram divididas em três poderes, que chamava de legislativo, executivo e federativo, onde o legislativo tinha dupla função: fazer leis e julgar a sua aplicação; o executivo cumpria as decisões do legislativo e o poder federativo cuidava exclusivamente de gerenciar a segurança (tratados de paz, guerra). Era um modelo simples de Estado, ainda influenciado pelo modelo do rei feudal, reduzido, de um lado, à lei e tribunais e, de outro, à coação para manter a paz interior e a independência no campo externo. Montesquieu, que veio depois, já se referiu a um Estado mais complexo e, portanto, com maior exigência de distribuição de funções. Seu modelo tripartite de Estado dispensa maior detalhamento, posto que ainda vigente, mas é relevante perceber que, a partir dele, o Poder Judiciário deixou de fazer parte do Poder Legislativo e ganhou vida própria, sendo mantidas, para o Poder Executivo

5 In: *Teoría de la Constitución*, Ariel, 1986, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, p. 55 et seq.

(novo nome para o Poder Federativo de Locke), as funções de manutenção da paz.

Esta regressão deixa claro – ao contrário do que muito se propaga – que os modelos de Estado e, por consequência, a separação dos poderes, têm se transformado, não havendo evidência empírica que permita afirmar que chegou ao ponto culminante a partir do qual não possa sofrer mutação. Assim, visando evitar o risco do anacronismo que distorce o passado ao observá-lo sob o prisma do presente, é preciso colocar o princípio da separação dos poderes no contexto de cada época. Quando foi trabalhado por Montesquieu, havia um forte apelo pela proteção da sociedade frente a um Estado policial, modelo este que não se coaduna com os regimes democráticos presentes nas sociedades ocidentais. Naquela época, o conceito de liberdade consistia em fazer o que era permitido pela lei. Se antes a lei era personificada na figura do rei, ali ela passou a representar a vontade geral, numa amplificação da força do Poder Legislativo, que passa a formalizar não mais a vontade do rei, de inspiração divina, mas a vontade geral⁶, veiculada por meio das leis, às quais ficavam subordinados todos os demais poderes e funções estatais. Nas palavras de Moncada:

A vontade geral é um conceito normativo que **não se confunde nem com a vontade individual nem com a vontade de todos** [...] seu conteúdo é o constante do contrato social e nessa medida não pode deixar de **ser a melhor vontade possível** do ponto de vista da sociedade em geral pela mesma razão de que a vontade individual é também a melhor possível do ponto de vista do seu detentor. (grifos adicionados) (CABRAL DE MONCADA, 2002, p. 117).

E como as mudanças não param, mesmo sem fazer qualquer julgamento quanto à capacidade do Poder Legislativo, pode-se concluir, sem precisar de base científica, por óbvio, que formalizar por meio de lei todos os temas que dependam de regulamentação

⁶ Por meio do contrato social, de Rousseau, os membros de uma determinada comunidade abrem mão de seus direitos individuais, naturais, em favor do conjunto, Estado, recebendo, em troca, normas de conduta que regerão a todos e que, por conta de uma dimensão moral, têm que ser obedecidas de modo inquestionável. É o que se chama de dogma rousseauiano.

estatal é absolutamente inviável. Mas nem por isso o Estado está autorizado a deixar de funcionar, ou alegar que novas demandas não podem ser atendidas porque não se enquadram em seu modelo de divisão de tarefas. E é sob este prisma que vale olhar para a reconfiguração do princípio da legalidade, que, para Merkl, que é considerado o maior administrativista kelseniano, é o elo indispensável entre a lei e os atos de execução que lhe seguem.

É preciso arguir se o aferramento ao Princípio da Legalidade permite que o Estado funcione, que continue sendo capaz de enfrentar os desafios que Sérgio Guerra chamou de “reflexividade da vida social”, que exige uma “regulação setorial descentralizada” capaz de reagir – em tempo hábil – ao permanente reexame das práticas sociais, as quais, por sua vez, sob a influência mesmo das normas novas, são “reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas” (GUERRA, 2017, p. 200).

3. A crise da lei em sentido estrito

Neste sentido é que vale lembrar Binenbojm, que chamou a atenção para o fato de que o objetivo almejado pelo liberalismo do século 18, do absoluto império da lei, nunca foi atingido e logo foi verificada a incompletude das leis, o que exigiu, tanto no Direito privado quanto no público, uma progressiva construção jurisprudencial, criadora até mesmo de novos institutos jurídicos (e.g. teoria da imprevisão, o abuso de direito e o desvio de finalidade). E não apenas por ser incapaz de atender aos objetivos da sociedade é que a lei perdeu a majestade. Para o autor, há cinco razões para a crise da lei: a primeira delas é que há uma “inflação legislativa”, o que torna impossível o seu conhecimento pelos seus operadores e, ainda mais, pelos seus destinatários; outra, é a constatação histórica de que grandes barbáries foram praticadas usando a lei como fundamento, como serve de exemplo máximo o nazismo, o que fez com que Louis Favoreu falasse de uma “dessacralização da lei”, certamente lembrando que houve uma época em que a lei esteve associada à figura terrena que representava a divindade; a terceira razão apontada por Binenbojm é que a lei já não é mais a forma preferencial de vocalização do desejo da sociedade, papel que passou a ser assumido pelas constituições federais, a partir

do momento em que a sociedade exigiu que o Estado tivesse uma preocupação maior com as questões sociais⁷. Além destes, cita outros dois, que são a abertura de espaço, na própria constituição, para a edição de atos normativos pelo Poder Executivo e a assunção, por este poder, de certo controle sobre o processo legislativo (BINENBOJM, 2006, p. 125 *et seq.*, *passim*).

À lista de Binenbojm, mais dois fatores podem ser acrescentados para justificar o declínio da lei: o primeiro são as normas sem efetividade a que se refere Odete Medauar (2003, p. 105); o outro é a interpretação canhestra da norma, em que o texto da lei é distorcido ou flexionado até que caiba em uma situação de fato que precise de abrigo legal.

Mas reconhecer o desprestígio da lei não implica admitir o arbítrio ou a tirania; significa constatar que a atuação administrativa, que antes encontrava fundamento apenas na lei, ganhou relevância. Binenbojm ensina que o administrador público passa a ser valorizado porque se torna um aplicador direto da Constituição Federal, e não apenas da lei. Dele passa a ser esperado que, diante de uma decisão discricionária, dê preferência à alternativa que mais atenda aos princípios da segurança jurídica (moralidade) e da eficiência, num contexto em que ganham significativo destaque os direitos fundamentais, que pautarão a administração pública, existindo ou não lei (BINENBOJM, 2006, p. 133).

E, quando há lei, esta precisa ser levada em consideração. Isto porque, como ensina Aragão (2007, p. 120), a edição de normas é uma necessidade para que o Poder Executivo possa exercer as funções públicas, sendo que estas podem ser de densidade normativa exaustiva (e. g: tributos, crimes e as respectivas penas); de grande densidade normativa – em que já haveria espaço para as escolhas do agente público – e de baixa densidade normativa, que são as “leis-quadro ou estandardizadas”, próprias das matérias de grande complexidade técnica ou suscetíveis de constantes mudanças, como as que tratam de saúde pública, utilidade pública e competição de mercado, por exemplo.

7 O que veio a ocorrer em 1917 com a Constituição mexicana, seguida, logo depois, em 1919, pela de Weimar e em 21, pela da Polônia e pela da então Iugoslávia.

No caso destas, o administrador público é demandado a fazer a integração do conteúdo da lei com a vontade do legislador, já que os espaços entre as normas a que se referia Kelsen (2003, p. 72) ficam maiores, cabendo à “administração pública [...] usar sua discricionariedade, sua livre autonomia”, decorrente de uma “delegação consciente” para a “concretização paulatina da norma”, em todos aqueles casos em que a lei não tenha disciplinado de forma absolutamente vinculada” (GUERRA, 2017, p. 59).

Diante desta maior autonomia para fazer um juízo de conveniência e oportunidade demandado pela ação discricionária, a Administração Pública tem, na tomada de decisão, que fazer escolhas⁸ e para Binenbojm o apoio nos fundamentos constitucionais tem efeitos tão marcantes na forma de atuação do poder público que chega mesmo a autorizar a prática de atos frontalmente contrários à lei. É o que se convencionou chamar de atos *contra legem*, e que consistem no reconhecimento da “validade jurídica dos efeitos dos atos da Administração praticados em desconformidade com a lei, mas ancorados diretamente na Constituição”. Não se trata, pois, de um ato de vontade do agente, o autor nem cogita esta hipótese, é aplicação direta dos preceitos constitucionais.

E demandada a fazer escolhas não mais respaldadas somente na Lei, a administração pública foi atuando para ganhar mais liberdade de ação e concentrar mais poderes, o que de certo modo era conveniente para a sociedade como um todo, na medida em que “a concepção positivista e a própria sacralização da legalidade levaram ao legalismo, ao formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, com a predominância da letra dos textos sobre o seu espírito” (MEDAUAR, 2003, p. 146).

Aí veio a Constituição Federal de 1988 que, ao mesmo tempo em que subordinou a administração pública ao princípio da legalidade (art. 37) o fez em sentido amplo, colocando este princípio ao lado de outros. Com isso, para respeitar o princípio da

8 Alexandre Santos de Aragão lista as seguintes opções: “pode agir livremente, desde que não viole nenhuma norma legal; só praticar os atos que a norma – legal ou constitucional – a autorize a praticar; só praticar atos que se esteiem em norma legal, ainda que não expressamente previstos naquela ou só praticar atos que se esteiem em norma legal que “esgote o conteúdo do ato a ser praticado”. Apud *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 236: 51-64, abr./jun. 2004, *passim*.

legalidade, o administrador público precisa levar em conta, nas decisões que tomar, o ordenamento jurídico como um todo e, de modo especial, os demais princípios constitucionais listados no mesmo artigo da Constituição: impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Depois da Edição da Emenda Constitucional 32/2001, que atribuiu competência privativa ao Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre a “organização e funcionamento da administração federal”, Binjenbojm (2006, p. 166-169) listou as posições doutrinárias predominantes, começando pela que tem uma compreensão rígida do princípio da legalidade (BINENBOJM, 2006, p. 168), passando pelos que adotaram posição oposta, no sentido de que a lei não mais restringe a ação executiva e uma terceira linha – sua preferida – que reconhece que a lei deve ter preferência para fundamentar a ação da administração pública, atribuindo ao agente público o poder para decidir se determinada prática é inconstitucional e, nesta medida, determinar que a mesma não seja aplicável ao caso concreto (BINENBOJM, 2006, p. 174).

A questão é polêmica e ainda não completamente pacificada, já que uma das competências precípua do Supremo Tribunal Federal é exatamente a de processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas há convergência da doutrina no sentido de que não basta ter uma boa norma para que a justiça se faça; a sua aplicação, pela autoridade encarregada de sua execução, tem que se dar de acordo com a finalidade que a fez ser publicada. Fora deste limite, só haverá o arbítrio.

É por este ângulo que vale estudar a aplicação que vem sendo dada pelo gestor público à Lei n. 9.873/99 e, em especial, ao inciso II do seu artigo 2º que estabelece textualmente que a prescrição é interrompida por “ato inequívoco, que importe a apuração do fato”. Para um melhor exame da questão, cabe inicialmente destacar que a matéria de fundo é a perda da pretensão punitiva do Estado, quando o processo deixa de ser decidido no prazo de 3

anos, contados a partir de sua abertura. A Lei n. 9.873/99⁹ trata da matéria nos seguintes termos:

Art. 1.º. [...]

§ 1º. Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, **sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação**, se for o caso (grifos adicionados).

Sendo elemento essencial à correta aplicação do instituto da prescrição, a contagem do tempo tem que ser feita com extremo rigor, de modo a evitar que se prorrogue direito extinto pelo decurso do prazo prescricional ou – ao contrário – se extinga prematuramente o bom direito.

A contagem do prazo ganha ainda mais destaque nos casos de interrupção do prazo da prescrição, posto que amplia, sem uniformidade, o prazo ordinário definido na lei. Havendo a interrupção, o prazo da prescrição deixa de seguir a regra geral e passa a ser função da situação específica verificada no caso concreto. Assim, tendo em vista que a prescrição é assunto de ordem pública, cujo objetivo maior é a manutenção da segurança jurídica e da paz social, as leis que estabelecem prazos prescricionais sempre cuidam de fixar – em listas exaustivas – as situações excepcionais de interrupção.

É assim na esfera penal, onde o Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 estipula, em seu Art. 117, os casos em que o curso da prescrição será interrompido. Igualmente na esfera fiscal, onde o parágrafo único do artigo 174 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, lista os casos em que a interrupção é admitida¹⁰. Do

9 O artigo 7º da Lei Complementar n. 95/98 dispõe: Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios [...]"

10 Embora a lei fiscal não seja objeto do presente artigo, vale destacar que as autoridades fiscais não admitem que a Lei n. 9.873/99 tenha alcançado todos os processos administrativos e repudiam a possibilidade de haver prescrição intercorrente na esfera tributária, conforme pode ser conferido na Súmula 11 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) (com efeito vinculante atribuído pela PORTARIA N. 277, DE 7 DE JUNHO DE 2018), que diz que "não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal".

mesmo modo, o Código Civil Brasileiro, na Seção III, do Capítulo I, do Título IV, exaure as causas que interrompem a prescrição e traz um acréscimo em relação às outras normas, que é o “ato inequívoco” capaz de provocar a interrupção do prazo¹¹.

4. O ato inequívoco

No que tange à interrupção por ato inequívoco, vale notar que não é qualquer ato – mesmo inequívoco – que basta para interromper a prescrição. A este respeito, a súmula 154¹² do Supremo Tribunal Federal (STF) diz textualmente que uma “simples vistoria não interrompe a prescrição”. Nem mesmo o protesto em cartório (declaração pública), feito pelo legítimo proprietário de título não pago no vencimento, serve para interromper a prescrição, como se depreende da leitura da súmula 153¹³, do mesmo tribunal¹⁴. Embora não sejam diretamente aplicáveis à administração pública, estas súmulas ajudam a demonstrar que não basta haver um ato do interessado para que seu prazo para agir seja dilatado; o ato tem que ser hábil a interromper a prescrição. São neste sentido as palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 699) quando diz que “a prescrição fica interrompida quando ocorre um fato hábil a destruir o efeito do tempo já decorrido, e em consequência anular a prescrição iniciada”.

No processo administrativo, em linha com o sistema normativo vigente, a Lei n. 9.873/99 previu a possibilidade de interrupção da prescrição por ato inequívoco. Mas igualmente estabeleceu a condição essencial para este ser hábil a interromper a prescrição administrativa, que se destine a apurar os fatos. Diz a lei:

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:

11 Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: [...]VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

12 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=154. NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

13 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=153. NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

14 Protesto cambiário é o que se promove, perante o oficial do cartório de protestos de títulos, a respeito da falta de aceite ou reconhecimento e da falta de pagamento dos títulos cambiários. E estes se estendem a letra de câmbio, a nota promissória, o cheque e, extensivamente, a duplicata ou conta assinada. (De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, p. 487).

- I - [...]
- II - **por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;**
- III - [...] ¹⁵ (grifos adicionados).

Mas, a despeito da clareza do texto, a lei encontrou dificuldades para atingir o objetivo declarado de reconhecer a perda do poder punitivo do Estado. Um exemplo é o PARECER PGFN/CA-F/N. 1528/2009 (Parecer) ¹⁶, que diz:

36. [...]a prescrição intercorrente [...], se interrompe (vale dizer: tem o seu fluxo paralisado e reiniciado *in totum*) com a prática pela Administração de novo ato: seja o despacho ou a decisão que se espera sejam proferidos, seja ato de movimentação ou impulso processual efetivo em direção a eles.

37. **Assim, por exemplo**, no âmbito do CRSFN, **são atos que importam na interrupção da prescrição intercorrente: a autuação do feito, a abertura de vista à PGFN para emissão de parecer** e a efetiva emissão deste ou pedido de diligência do Procurador; **a remessa dos autos pela PGFN à secretaria; o sorteio do relator e do revisor**, o despacho que autoriza a realização de diligência e os atos subsequentes a ela relativos; **a inclusão do processo em pauta** e a decisão, colegiada ou monocrática (conforme o caso), que aprecia o recurso, pondo fim ao processo (sem grifos no original).

E, de modo a buscar respaldo no texto da lei para justificar o entendimento, o Parecer articula o argumento de que o ato inequívoco seria aplicável apenas à prescrição ordinária, de 5 anos, ficando de fora a prescrição intercorrente, cuja interrupção poderia ser feita por qualquer ato, mesmo aqueles que não fossem destinados à apuração do fato inquinado de irregular. É nesse sentido que prega:

15 Caput do artigo incisos I com redação dada pela Lei n. 11.941, de 27/5/2009. Inciso IV acrescido pela mesma Lei.

16 Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/545397/RESPOSTA_PEDIDO_12632000063201765.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Acresça-se que é desnecessário, na caracterização do ato interruptivo da prescrição intercorrente, invocar-se o inciso II do artigo 2º. da Lei n. 9.873, de 1999. Vale dizer: **não é preciso que se tenha, para interromper a prescrição intercorrente, ato qualificado como “ato inequívoco de apuração do fato”**¹⁷. Essa exigência é pertinente apenas à prescrição ordinária (quinquenal), certo, como é, que a prescrição intercorrente diz com a movimentação em si do processo, sendo bastante para a interrupção do seu fluxo a prática de atos, de qualquer natureza, **que importem em efetivo avanço do trâmite processual rumo ao seu desfecho final**, como supra afirmado (grifos adicionados).

Nem sempre, contudo, os processos avançaram rumo ao desfecho, gerando o acúmulo a que se referiu o Tribunal de Contas da União em fiscalização realizada no Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, objeto do Acórdão 359/2013 – TCU¹⁸ – Plenário, que identificou “elevado prazo entre a autuação do processo e o parecer da PGFN, com a ocorrência de prescrição em alguns casos; elevado prazo entre o parecer da PGFN e a data do julgamento, com o risco de prescrição intercorrente”. É o caso, portanto, de submeter a interpretação dada à lei pelo Parecer a outros testes, para verificar se resiste a uma avaliação da consistência interna do argumento utilizado.

Para afirmar que a interrupção estabelecida no inciso II do artigo 2º só seria aplicável à prescrição ordinária, de 5 anos, seria preciso admitir que a prescrição intercorrente não estaria sujeita a interrupção por nenhum ato da administração, inequívoco ou não. Mas, como esta hipótese não era a desejada – ao contrário, o Parecer abre espaço para que o prazo da prescrição intercorrente seja alongado ao infinito –, o Parecer afirma – sem indicar a base legal (princípio da legalidade) ou o conjunto de normas e princípios em que se apoia (princípio da juridicidade) – que qualquer

17 O texto da lei é distinto; diz: “ato inequívoco, que importe apuração do fato”.

18 Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_0359_05_13_P.doc>. Acesso em: 18 jul. 2018.

ato ordinário é capaz de interromper a prescrição. E, ainda que se encontre justificativa para a inconsistência lógica desta afirmação, seria preciso – antes de aplicar a interpretação sugerida pelo Parecer – verificar, com o uso das técnicas conhecidas e disponíveis, se há alguma outra que possa ser dada ao texto. Depois, sim, poderia o agente escolher aquela interpretação que, por meios “racionais, razoáveis e proporcionais para a consecução do fim público” lhe parecesse mais oportuna e conveniente para o caso concreto (GUERRA, 2017, p. 156).

5. Um caso prático

Mas a prática mostra que a conclusão a que chegou o PARECER PGFN/CAF/N. 1528/2009 tem servido de base para que agentes públicos recusem qualquer outra interpretação da lei, acatando como unívoca aquela que prega que meras movimentações interdepartamentais de processos são bastantes para evitar a aplicação do inciso II do artigo 2º. da Lei n. 9.873/ 99.

E o caso descrito a seguir deixa explícito como alguns processos podem demorar longo prazo, sem solução, nos escaninhos da Administração Pública. Trata-se do Processo N. 54465-90.2011.4.01.3400, em que os autores objetivavam declarar a “prescrição da pretensão punitiva em relação às penalidades de inabilitação e de multa impostas pelo Banco Central do Brasil e encampadas pela União (CRSFN)” no procedimento administrativo PT. 0001007627. O advogado da União Federal apresentou contestação, em ação ordinária, alegando a inexistência de prescrição intercorrente num caso em que “o processo administrativo ficou paralisado por mais de três anos, sem julgamento ou despacho de natureza decisória. A cronologia mostrada na peça contestatória funciona de forma bastante didática para que se entenda a relevância da questão dos prazos: 1) em março de 2000 foi instaurado o processo administrativo; 2) em 22 de maio de 2003 foi proferida decisão pelo Diretor da Divisão de Fiscalização do Banco Central do Brasil; 3) os autores interpuseram recursos ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, autuado em **12 de março de 2004**; 4) em 03 de maio de 2004 foi proferido despacho determinando o encaminhamento do processo ao Procurador da

Fazenda Nacional: 5) a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – CAF, em parecer exarado aos 11 de abril de 2007, opinou e 6) o julgamento dos recursos voluntários aconteceu em **21 de julho de 2009**, quase 10 anos depois de iniciado o processo e mais de 5 anos depois de apresentado o recurso, sendo relevante notar que por ocasião da apresentação do recurso os “fatos” todos já deveriam ter sido apurados pela autoridade que julgou em primeira instância.

Diante desses prazos, caberia ao administrador público perguntar: a demora de quase dez anos para a solução de um processo administrativo no âmbito do sistema financeiro é razoável? Os mais de cinco anos entre a apresentação do recurso e o seu julgamento justificam o arquivamento do processo pelo decurso de prazo superior aos três anos fixados expressamente na lei? Houve algum ato inequívoco que importasse a apuração de fatos? Haveria, nesta fase do processo, algum fato que ainda não tivesse sido apurado na fase anterior à apresentação do recurso contra a decisão condenatória?

As evidências permitiriam ao servidor buscar socorro direto na disposição expressa da Constituição Federal, que em seu art. 5º inciso LXXVIII, incluído pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, prevê expressamente que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. E mesmo que se tratasse de funcionário filiado à corrente que prega a obediência ao princípio da legalidade estrita – em qualquer de suas fases – as respostas seriam idênticas. Ao fazer a opção por dar continuidade ao processo, independentemente da motivação real para a tomada desta decisão, a lei foi invertida em sua motivação, em seu propósito, pelo agente público que a ela deveria dar eficácia. E a razoabilidade, desprezada.

A questão da razoabilidade esperada do administrador público leva a outras e é por isso que Sérgio Guerra chama a atenção para o desafio da complexidade na atuação da administração pública, especialmente diante de “temas que concentram alta tecnicidade e cientificidade, sem amparo exclusivamente na compreensão valorativa dos Administradores públicos” (GUERRA, 2017, p. 100) E pelo elevado grau de sofisticação que têm algumas matérias administrativas, resulta natural que decisões do Poder Judiciário sejam

fortemente influenciadas pelas opiniões e interpretações dadas em foro administrativo especializadíssimo, como se comprova no seguinte caso:

ADMINISTRATIVO. ANP. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. **Quando a Administração pratica atos que impulsionam o processo**, mas não profere nenhum despacho decisório durante o período de três anos, **ainda que seja despacho de mero expediente**, *não estará caracterizada a inércia da Administração, não havendo*, portanto, se falar em prescrição intercorrente a que se refere o art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.873/99 [...]”.

(AC 0011776-73.2009.404.7100 RS, Rel. Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, 3ª Turma TRF 4ª Região, DJ de 22/03/2011) (grifos adicionados).

Como implica a perda do direito de ação, é natural que os agentes públicos resistam a reconhecer a prescrição. Do mesmo modo que não causa surpresa que leigos concordem com a forma como o Ministro Gonçalves de Oliveira exteriorizou o incômodo causado pela perda de um direito em função da passagem do tempo, quando, em seu voto no Recurso Extraordinário N. 42.209, (acórdão de 28 de abril de 1961), disse que a “invocação da prescrição [...] faz lembrar HEINE, quando afirmou que a prescrição é invenção de um povo rapacíssimo [...] para se livrar de suas obrigações”.

Mas o Parecer não é obra de leigo. Ao contrário, foi elaborado por profissionais de altíssima qualificação, no mais típico modelo “weberiano”, sendo incompatível que, à guisa de vincular o ato à lei, em obediência ao princípio da legalidade, tenha chegado a uma conclusão que busca apoio na própria lei para negar os seus efeitos de reconhecer a prescrição intercorrente. E ainda que a lei tenha perdido muito da força que já teve, não pode ser desprestigiada a ponto de ser lida de forma avessa ao que diz textualmente. E não se trata, aqui, de aplicar a já superada interpretação literal, mas de se reconhecer que para interpretar é mandatório que, primeiro, tenha havido o claro entendimento do texto legal.

É nesta medida que se encaixa a relevância atribuída pelo legislador à redação, a ponto de ter dado tratamento constitucional ao tema, como pode ser conferido pelo artigo 59 da Carta Magna que dispôs expressamente que a elaboração, redação, alteração e consolidação de leis seria matéria de lei complementar¹⁹. E atendendo ao mandamento constitucional é que foi publicada a Lei Complementar 95/98, prevendo, em seu artigo 11, que as palavras devem ter seu sentido comum e a utilização da pontuação tem que ser feita de forma judiciosa²⁰. Assim, à luz da Lei Complementar 95/98, com as alterações promovidas pela Lei Complementar 107, de 26 de abril de 2001, a inclusão de cada palavra e de cada pontuação tem motivo. E aqui vale revisitar o texto do inciso II do artigo 2º, quando diz: “por qualquer **ato inequívoco, que** importe apuração do fato”.

Numa leitura sem viés, extrai-se que, para os fins do inciso II do artigo 2º, o objetivo deve ser a apuração do fato. Para que esta mensagem ficasse clara para o executor da norma é que a vírgula foi colocada após a expressão *ato inequívoco*. (CEGALLA, 1998, p. 81). A utilização da vírgula serve para explicar, “esclarecer, à maneira do aposto, o termo antecedente (ato inequívoco), atribuindo-lhe uma qualidade que lhe é inerente”, como no seguinte exemplo que Cegalla nos apresenta em poesia de Graciliano Ramos: “Olhou a caatinga amarela, que o poente avermelhava”. Quisesse o autor da norma que a apuração do fato fosse mera consequência da prática do ato inequívoco – como Machado de Assis quando disse: “... não andei tão depressa que amarrotasse as calças” – não poderia ter usado a vírgula, que teria o seu uso vedado, neste caso²¹.

A leitura do texto não deixa opção senão para reconhecer que o ato inequívoco tem que ser destinado à apuração do fato,

19 Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; [...] Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

20 Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I – para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, [...]; e) usar os **recursos de pontuação de forma judiciosa**, evitando os abusos de caráter estilístico. (Grifos adicionados)

21 Se assim fosse, estaríamos diante de uma oração subordinada adverbial consecutiva. CEGALLA, Domingos Paschoal. *Novíssima gramática da Língua Portuguesa*. 41. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1998. p. 365 e 82.

não cabendo – dentro da norma culta da língua – a possibilidade de se entender que tal apuração seja mera consequência, um efeito ou resultado do ato inequívoco. E sendo esta a única leitura possível do texto, a interpretação da norma não pode partir de base diversa.

Indo além do texto, Caio Tácito, em estudo sobre Ato e Fato Administrativo (TÁCITO, 1997, p. 297 *et seq.*), diz que a finalidade é requisito fundamental de legalidade, e ensina que, no âmbito da administração, os:

... **motivos precedem ao ato**, criam as condições de sua existência, servem de ponto de apoio ao processo intelectual e volitivo de que emana a realização do objeto. **A finalidade é o sentido teleológico do ato, é o objetivo jurídico e material a que se dirige, em última análise, a ação administrativa** (grifos adicionados).

Nesse sentido, ensina que: “Se o agente visou à realização de outro fim socialmente legítimo, mas em discrepância com o objetivo da regra legal executada, haverá, igualmente, vício substancial de nulidade e o ato se tornará irritado e nenhum” (TÁCITO, 1997, p. 297 *et seq.*). E completa:

O juiz definitivo da finalidade do poder é o legislador, nunca o executor da lei. A competência tem como condição **limitativa a utilização para os fins exclusivos a que foi destinada**. Nesse sentido, o desvio da finalidade do ato corresponde, mesmo, a uma forma especial de incompetência (Grifamos).

A interrupção da prescrição pelo ato inequívoco serve para aqueles casos em que haja fatos que possam estar obscuros ou encobertos e que só venham à luz à custa do esforço de apuração feito pela administração. Nestes, há que se examinar se o amplo direito de defesa foi preservado (e.g. nos casos em que haja prazo para guarda de documentos), mas o prazo para o exercício da pretensão punitiva da administração fica prorrogado, nos precisos termos da lei.

A exceção à regra para a ação estatal deve ser muito bem fundamentada, para que o ato inequívoco não se transforme em inquietude para o administrado, para que não sirva de poder

coercitivo extraordinário para a administração e, tampouco, sirva para justificar a inação estatal. Em todo o caso, deve-se observar que o ato inequívoco que interrompe a prescrição é aquele que funciona como proteção para o Estado ativo e diligente contra o infrator dissimulado, que oculta arditosamente a irregularidade, para beneficiar-se do transcurso do prazo e, com isso, livrar-se da punição. Não deve funcionar, nunca, como segunda chance para redimir a inépcia, a incompetência.

6. Conclusão

A missão estatal, de promover o bem-estar social, exige que prioridades sejam estabelecidas, de modo a racionalizar o uso dos recursos públicos para as atividades que tenham maior potencial de produzir resultados com efeitos multiplicadores, revertidos para a sociedade como um todo. Estabelecer prazos para aplicar penalidade pelas infrações às normas vigentes e renunciar, por consequência, ao direito de punir também tem custos, mas estes podem ser compensados pela maior eficiência da máquina pública que, sem dedicar esforços a casos vencidos pelo transcurso do tempo, pode focar naqueles que sirvam de modelo do comportamento desejado pelo Estado.

Permitir que o inciso II do art. 2º. da Lei n. 9.873/99 seja interpretado de modo a impedir que a prescrição intercorrente ocorra é disfuncional e faz com que o Estado desperdice seus recursos materiais e humanos, que são ônus suportados pela sociedade.

É promissor, portanto, e coloca a matéria de volta ao curso em que já deveria estar há quase 20 anos, o voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator) no REsp. no. 1.461.362 – PR (2014/0146200-0)²², vazado nos seguintes termos:

Observa-se que **o art. 2º da Lei n. 9.873/1999**, ao prever as hipóteses de interrupção da prescrição, **não faz diferenciação entre o prazo quinquenal e o trienal** (da prescrição intercorrente). Assim, não tendo

²² Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382634358/apelacao-civel-ac-50285206220124047000-pr-5028520-6220124047000/inteiro-teor-382634399?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

o legislador feito essa distinção, não cabe ao intérprete da lei fazê-la. A análise do §1º do art. 1º da Lei 9.873/1999 em apreço não pode ser isolada. Deve ser realizada de forma sistemática, atendendo aos demais comandos contidos na norma. Nessa perspectiva, **ao vedar que o processo administrativo permaneça estagnado por mais de três anos**, não autoriza que qualquer ato emanado da Administração Pública descaracterize esta paralisação. **Apenas o ato efetivamente necessário à apuração do fato** – seja a realização de determinada diligência, seja a oportunidade para a parte trazer suas manifestações e alegações de defesa (art. 2º, II), ou a própria decisão administrativa condenatória, que solucione o processo (art. 2º, III) – é que tem o condão de interromper a prescrição. Entendimento contrário implicaria, na prática, tornar inócua a previsão da prescrição intercorrente veiculada pela Lei 9.873/1999. Com efeito, ao se autorizar que qualquer ato administrativo interrompa a prescrição, mesmo que o referido ato em nada contribua para o efetivo caminhar do processo, retira-se a garantia dada ao administrado por tal instituto, qual seja, salvaguardar que o processo administrativo não perdure por tempo indefinido, a fim de conferir a adequada **segurança jurídica** às partes envolvidas [...] (grifos adicionados).

A luminosidade da interpretação dada pelo ilustre ministro deixa evidente que a anterior forçava a letra da lei “para encaixá-la a *fórceps*” numa realidade que inverte o sentido da norma, que contraria a lógica, que despreza a gramática. Comparando com a interpretação musical, negar eficácia à prescrição intercorrente seria como tocar a partitura de *O Guarani* na batida do funk carioca: continuaria sendo uma forma de manifestação artística, mas daí a defender que seja a melhor interpretação da obra já é uma outra história²³.

23 Parafraseando Aragão quando disse: “Comparativamente com a interpretação musical, a partitura de La Marseillaise pode ser tocada de várias formas, mas não a ponto de a transformarmos em O Guarani: aí, já teríamos outra canção, não mais uma das suas possíveis interpretações”. (ARAGAO, 2007, 226/227)

7. Referências

- ACKERMAN, Bruce. *Good-bye Montesquieu*. Comparative Administrative Law. Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth (Org.). Edward Eugar Publishing, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (2012). *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford University Press.
- BASCHET, Jérôme. *A civilização feudal: do ano mil à colonização da América*. São Paulo: Globo, v. 46, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- _____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CEGALLA, Domingos Paschoal. *Novíssima gramática da Língua Portuguesa*. 41. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1998.
- COGLIANESE, Cary, *Empirical Analysis and Administrative Law* (2002). KSG Working Paper Series N. RWPO2-035. Available at SSRN <http://ssrn.com/abstract=327520> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.327520>.
- CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2006.
- CHEVALLIER, Jacques. O serviço público. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Editores, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público- privada e outras formas*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA, Sergio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MARK VAN HOECKE, *Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?* Disponível em: <https://www3.ufpe.br/moinhojuridico/images/ppgd/7.30%20methodologies%20of%20legal%20research_livro_completo_por_van%20hoecke.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

- KELSEN, Hans. Teoria pura de direito*. 3. ed., revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Poder de Polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. In: *Instituições de direito civil*, vol. I. São Paulo: Forense, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. GUERRA, Sergio (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*, 1º vol. Cidade: Renovar, 1997.
- WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. *Conceptualizing Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity*. Monash University Law Review, v. 38, n. 2, 2012. (Versão traduzida para o português disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/14076/31331>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

A presente obra reúne os trabalhos apresentados pelos discentes participantes do “III Seminário de Integração entre os Programas de Pós-Graduação stricto sensu da FGV Direito Rio e das Faculdades de Direito da PUCPR, UERJ e UFPR”. Seguindo o bem-sucedido formato dos encontros de 2016 e 2017, no dia 05 de dezembro de 2018, professores e alunos dos Programas de Pós-Graduação das quatro instituições e, ainda, discentes de outros Programas se reuniram (desta vez nas dependências da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro) para trocar impressões sobre pesquisas em andamento. O fio condutor desta terceira edição do evento foi o mote das transformações no Direito Administrativo, com ênfase nos 30 anos das aproximações, diretas ou indiretas, bem-sucedidas ou problematizáveis, entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional. Assim como nas outras duas edições, a obra segue orientada no espírito crítico e, ao mesmo tempo, construtivo que deve nortear o desenvolvimento de trabalhos acadêmicos; nas relações de respeito, admiração e amizade que aproximam os docentes e discentes das quatro instituições; e no enfrentamento de tema atual e relevante para a pesquisa em direito público no país.