

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

RODRIGO SANTOS NEVES

**O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO: A TUTELA DA
PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

VITÓRIA
2023

RODRIGO SANTOS NEVES

**O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO: A TUTELA DA
PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra.

VITÓRIA

2023

RODRIGO SANTOS NEVES

**O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO: A TUTELA DA
PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra.

Aprovada em 18 de agosto de 2023.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Nelson Camatta Moreira
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Emerson Gabardo
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo
Santos
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

À minha esposa Renata, aos meus filhos Samuel e Sara e aos meus pais Antonio (*in memoriam*) e Iracema, que me motivam a ser uma pessoa melhor.

AGRADECIMENTOS

Há muitas pessoas que merecem aqui o meu reconhecimento neste momento tão importante em minha vida. Em primeiro lugar, quero agradecer ao meu orientador, Adriano Sant'Ana Pedra, quem mesmo antes do meu ingresso ao doutorado já demonstrou amizade, paciência e generosidade em transmitir conhecimento, e que sempre esteve pronto a me aconselhar e a me indicar alternativas nos caminhos da ciência. A serenidade, o espírito crítico, a seriedade e dedicação profissional que lhe são características serviram para mim de exemplo.

Agradeço ao Prof. Daurly Cesar Fabriz, quem conheci durante a sua disciplina, que me trouxe reflexões sobre a teoria da Constituição e suas relações com os problemas atuais. As suas provocações e o seu senso crítico me incentivaram a seguir em frente nesta jornada.

Ao Prof. Nelson Camatta Moreira, amigo dos tempos da graduação, colega de docência e agora como professor no doutorado. Pessoa que admiro pela produção, pela dedicação ao Direito e Literatura e pelas provocações no meio acadêmico. Os seus apontamentos na banca de qualificação puderam aperfeiçoar o texto desta tese e me abriram os olhos para as tantas imperfeições que nele havia.

Agradeço ao Prof. Emerson Gabardo, profissional que tanto admiro, pela seriedade, comprometimento e dedicação à produção do conhecimento no Direito Administrativo e por ter tornado possível a minha participação nos congressos do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, arena de discussão de grandes nomes e grandes temas nesta área e que tem sido um grande aprendizado. Suas contribuições na banca de defesa da tese foram valiosas para o seu aperfeiçoamento.

Ao Prof. Marcelo Figueiredo, quem trouxe reflexões importantes na banca de defesa da tese, agradeço o compartilhamento do seu conhecimento e a sua generosidade.

Aos colegas do doutorado, Horácio Augusto Mendes de Sousa e Rodrigo Reis Cyrino, parceiros de tantos projetos acadêmicos, que me incentivaram na produção científica por meio de muitas conversas e reflexões a respeito do meu tema, o meu muito obrigado.

Aos meus pais, Antonio (*in memoriam*) e Iracema, pela vida que me deram, pelos valores transmitidos e pela educação que me proporcionaram. Não há herança maior do que esta.

Agradeço à minha esposa Renata, quem sempre está ao meu lado, como ajudadora, como apoio emocional e com todo amor, além do que eu mereço.

Aos meus filhos, Samuel e Sara, que me dão orgulho e me ensinam a ser pai e exemplo em suas vidas.

Louvo a Deus, criador de todas as coisas, que tem cuidado de nossas vidas, mesmo quando não percebemos a sua poderosa mão sobre nós. A Ele seja dada toda honra e toda a glória.

Todavia, podemos seguramente afirmar que o verdadeiro teste de um bom governo é a sua aptidão e tendência para realizar uma boa administração.

Alexander Hamilton,
O Federalista.

RESUMO

A pesquisa analisou o papel essencial do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, com a necessidade de uma Administração Pública vinculada aos compromissos constitucionalmente firmados, de um Estado democrático de Direito. Examinou o direito fundamental à boa administração, consagrado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, como um modelo potencial para a promoção de uma Administração Pública eficiente. A partir do método dedutivo, conduziu-se uma pesquisa bibliográfica e buscou apresentar o direito fundamental à boa administração, a partir de sua discussão no Direito comunitário europeu. Investigou as formas de tutela dos direitos fundamentais, como parâmetros da atividade estatal e analisou de que maneira a tutela da probidade administrativa pode contribuir para a concretização do direito fundamental à boa administração pública, no Direito brasileiro, a partir da teoria dos bens fundamentais. Além disso, propôs que a improbidade administrativa no Brasil deve ser usada para combater apenas os atos desonestos dos agentes públicos, de modo a evitar práticas excessivas de controle que possam desencorajar a inovação na Administração Pública. A partir da teoria dos bens fundamentais, de Luigi Ferrajoli, a tese ampliou o conceito de patrimônio público e concluiu que nem todos os casos de má administração há configuração de ato de improbidade administrativa, mas apenas em caso de condutas dolosas e quando houver dano ao patrimônio público. Por fim, destacou-se a necessidade de uma atuação mais proativa da Administração Pública, que inclua intensificação do planejamento e avaliação de riscos para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; direito fundamental à boa administração; bens fundamentais; disfuncionalidade administrativa.

ABSTRACT

The research analyzed the essential role of the State in the realization of fundamental rights, with the need for a Public Administration linked to the constitutionally signed commitments, of a democratic State of Law. It examined the fundamental right to good administration, enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as a potential model for promoting an efficient Public Administration. Based on the deductive method, a bibliographical research was carried out and sought to present the fundamental right to good administration, based on its discussion in European Community Law. It investigated the forms of protection of fundamental rights, as parameters of state activity and analyzed how the protection of administrative probity can contribute to the realization of the fundamental right to good public administration, in Brazilian law, based on the theory of fundamental goods. In addition, it proposed that administrative improbity in Brazil should be used to combat only dishonest acts by public agents, to avoid excessive control practices that could discourage innovation in Public Administration. Based on the theory of fundamental assets, by Luigi Ferrajoli, the thesis expanded the concept of public property and concluded that not all cases of maladministration constitute an act of administrative impropriety, but only in cases of willful conduct and when there is damage to the public property. Finally, the need for a more proactive action by the Public Administration was highlighted, which includes intensified planning and risk assessment to ensure the realization of fundamental rights.

Keywords: Administrative misconduct; fundamental right to good administration; fundamental goods; administrative dysfunctionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CEBCA - Código Europeu de Boa Conduta Administrativa

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EPJE – Estatuto do Provedor de Justiça Europeu – REGULAMENTO (UE, Euratom) 2021/1163 do Parlamento Europeu de 24 de junho de 2021.

FDV – Faculdade de Direito de Vitória

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

PJE – Provedor de Justiça Europeu

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
PARTE I – DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO.....	18
1 TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO: O CAMINHO ATÉ O ESTADO SOCIAL.....	19
2 A CONSTITUIÇÃO COMO PROGRAMA PARA A BOA ADMINISTRAÇÃO	38
3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO LOCUS DO DESENVOLVIMENTO DE UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL.....	55
3.1 A ADMINISTRAÇÃO COMO CUIDADO PELO ALHEIO	55
3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO: A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO	58
3.2.1 Provedor de Justiça	58
3.2.1.1 Notas introdutórias	58
3.2.1.2 Origens.....	59
3.2.1.3 Regimes jurídicos dos provedores de justiça	60
3.2.2 Provedor de Justiça Europeu.....	61
3.2.2.1 A cidadania europeia e sua evolução.....	61
3.2.2.2 Regime jurídico.....	63
3.2.3 Direito fundamental à boa administração na União Europeia.....	65
3.2.3.1 Uma Carta vinculante	65
3.2.3.2 Significado do direito fundamental à boa administração	68
3.2.3.3 Titulares do direito à boa administração.....	72
3.2.3.4 A imparcialidade administrativa	72
3.2.3.5 A igualdade dos administrados.....	75
3.2.3.6 A duração razoável do processo administrativo	79
3.2.3.7 Direito de transparência	80

3.2.3.8	Direito de acesso.....	82
3.2.3.8	Direito de defesa	83
3.2.3.9	Dever de motivação das decisões.....	84
3.2.3.10	Dever de cuidado	86

PARTE II – A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....88

1	DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	89
1.1	O INDIVÍDUO PROTEGIDO CONTRA O ESTADO	89
1.2	DIREITOS E GARANTIAS	96
2	DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	100
2.1	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ALÉM DO INDIVÍDUO	100
2.2	COMPETÊNCIA NEGATIVA DO ESTADO.....	101
2.3	VALORES OBJETIVOS DA SOCIEDADE	102
2.4	O DIREITO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	105
2.5	FUNÇÃO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	107
2.5.1	A Constituição limita a discricionariedade estatal	107
2.5.2	Proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais	107
2.5.3	Dever de proteção	110
2.5.4	Proteção pela participação	114
2.5.5	A proteção jurisdicional.....	116
3	TEORIA DOS BENS FUNDAMENTAIS.....	117
3.1	A ESFERA DO INDECIDÍVEL.....	117
3.2	DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS PATRIMONIAIS	119
3.3	AS COISAS E OS BENS.....	121
3.4	BENS FUNDAMENTAIS.....	122

PARTE III – A BOA ADMINISTRAÇÃO COMO TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.....127

1	DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	128
1.1	A BOA ADMINISTRAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS	128
1.2	DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE.....	129
1.2.1	O princípio da eficiência	129
1.2.2	O princípio da economicidade	132
1.3	DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CÉLERE	136
1.3.1	Duração razoável do processo administrativo	136
1.3.2	Silêncio administrativo	138
1.3.3	O planejamento como instrumento de celeridade.....	139
1.3.4	A racionalização dos processos	143
1.4	DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICAZ.....	144
1.5	DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL.....	147
1.5.1	O bom administrador é comprometido com a sustentabilidade	147
1.5.2	O poder de compra estatal como instrumento para fomentar a sustentabilidade	150
1.6	DIREITO À MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	152
1.6.1	Democracia e boa administração pública	152
1.6.2	O motivo do ato administrativo	155
1.6.3	O princípio da motivação	156
1.6.4	A motivação dos atos administrativos e a boa administração.....	159
1.6.5	A Lei 13.655/2018 (nova LINDB) e a motivação dos atos administrativos	160
1.7	PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	162
1.8	DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRANSPARENTE	165
1.9	DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA IMPESSOAL.....	169
1.10	DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARTICIPATIVA.....	174
1.11	DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MORAL.....	182
2	DEMOCRACIA BRASILEIRA E CORRUPÇÃO	189
2.1	A DEMOCRACIA BRASILEIRA NO IMAGINÁRIO CONSTITUINTE.....	189

2.2	A DEMOCRACIA COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DO PODER.....	190
2.3	O CONTROLE SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONDIÇÃO DA DEMOCRACIA	193
3	A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS ABUSOS DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE	195
3.1	O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO IMPÕE O DEVER DE PROBIDADE	195
3.2	OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ANTES DA LEI 14.230/2021.....	195
3.2.1	Improbidade por enriquecimento ilícito	196
3.2.2	Improbidade por dano ao patrimônio público	198
3.2.2.1	Quando não houver enriquecimento ilícito	198
3.2.2.2	Dano ao erário ou dano ao patrimônio público?	198
3.2.2.3	A efetividade da lesão	201
3.2.2.4	Atos dolosos	202
3.2.2.5	Atos culposos	204
3.2.3	Improbidade por violação aos princípios da Administração Pública	204
3.3	DISFUNÇÕES DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	206
3.3.1	A função do instituto da improbidade administrativa	206
3.3.2	As disfunções do controle sobre a Administração Pública	209
4	A REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE E O RESGATE DA BOA ADMINISTRAÇÃO	214
4.1	OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APÓS A LEI 14.230/2021	214
4.1.1	A garantia da integridade do patrimônio público e social	214
4.1.2	Improbidade somente por condutas dolosas	214
4.2	DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRATAÇÃO E O DEVER DE PROBIDADE	216
4.2.1	O dever de probidade como elemento da boa administração.....	216
4.2.2	Teoria da cegueira deliberada e a improbidade administrativa	217
4.2.3	Dano a bens fundamentais	220

CONCLUSÃO222

REFERÊNCIAS.....226

INTRODUÇÃO

O Estado tem um papel indispensável na efetivação dos direitos fundamentais. A sua atividade é legitimada exatamente pela promoção de bem-estar aos cidadãos.

No correr da história do Século XX, em especial, percebeu-se que o mercado não era capaz de se autorregular, para se garantir o desenvolvimento econômico e social. As desigualdades crescentes indicavam que o Estado deveria interferir nos assuntos econômicos e sociais, para que as imperfeições da lógica do mercado fossem corrigidas, de modo a assegurar condições mínimas de uma vida digna aos cidadãos.

O Estado democrático de Direito, tem uma agenda política estabelecida no texto constitucional, com compromissos dirigidos aos poderes constituídos para a promoção de políticas públicas que visem a concretização dos direitos fundamentais e, assim, possibilitar o pleno desenvolvimento dos indivíduos, para a promoção da sua felicidade.

A conduta do “homem cordial” pode se manifestar na forma como os agentes públicos se relacionam com os administrados, muitas vezes a privilegiar a proximidade emocional e a amizade, em vez de adotar uma postura mais distante e impessoal. Isso pode ser observado em situações em que servidores públicos buscam estabelecer vínculos pessoais e utilizam o afeto como uma forma de facilitar as interações e a resolução de problemas.

No entanto, essa informalidade e preferência pelo afeto podem ter consequências negativas na Administração Pública, como a parcialidade e a subjetividade nas decisões, de modo a favorecer o nepotismo, o clientelismo e a corrupção. A falta de regras claras e impessoais também pode levar a um tratamento desigual dos cidadãos e à perpetuação de práticas de favoritismo.

O comportamento cordial, no contexto das relações hierárquicas e de poder dentro das organizações governamentais possibilita a influência das relações de amizade, lealdade e compadrio na tomada de decisões, nas nomeações e na distribuição de recursos. Esse tipo de comportamento pode prejudicar a meritocracia e a eficiência no serviço público, de modo a permitir a perpetuação de práticas inadequadas, a falta de transparência e o direcionamento da atividade estatal para

alcançar finalidades estranhas aos compromissos assumidos constitucionalmente – o que é contrário à noção de boa administração.

A concepção individualista dos direitos fundamentais, baseada em sua dimensão subjetiva se mostrou insuficiente para a tutela desses direitos. Após a promulgação da Lei Fundamental alemã de 1949, foi desenvolvida a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pelo trabalho da doutrina e da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que possibilitou a ampliação da proteção aos direitos fundamentais.

O direito fundamental à boa administração, consagrado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, reconhece a todas as pessoas o direito de uma atividade administrativa eficiente, transparente e aberta ao cidadão, para que torne possível a concretização de tantos outros direitos fundamentais. A atividade do Provedor de Justiça Europeu, como instituição comunitária de controle sobre a Administração Pública Europeia, tem trazido grande contribuição para que a abrangência e os contornos daquele direito sejam construídos.

Em razão disto, foi buscada na doutrina a atividade do *Ombudsman* Europeu, bem como casos práticos desta instituição comunitária e casos da jurisprudência dos tribunais comunitários, em especial o Tribunal de Justiça Europeu. Atentou-se para não se cometer a tolice de simplesmente transportar para as terras brasileiras institutos, leis, códigos ou constituições sem lastro com a realidade nacional. O caminho foi seguido por duas razões. A primeira em virtude da discussão sobre o tema por longa data naquele continente. A segunda, pela convicção que o direito fundamental à boa administração já se encontra consagrado no ordenamento jurídico brasileiro.

Foi proposto o seguinte problema de pesquisa: em que circunstâncias a violação do direito fundamental à boa administração pública pode ser considerada como um ato de improbidade administrativa?

Como se verá durante o desenvolvimento desta tese, o direito fundamental à boa administração tem um espectro amplo e é possível que ocorram casos de má administração, sem que haja a configuração de ato de improbidade administrativa, em especial após a reforma promovida pela Lei 14.230/2021. No entanto, o instituto da improbidade administrativa tem sido utilizado de forma desmedida pelos órgãos de

controle, para imputar as graves sanções legais a casos de má gestão, que não têm relação com a corrupção.

Como hipótese foi proposto que o instituto da improbidade administrativa deve ser utilizado apenas para o combate aos atos desonestos dos agentes públicos. Desta forma, os excessos cometidos pelos órgãos de controle têm compelido tais agentes públicos a não aplicarem novas alternativas de boa gestão, por receio de uma eventual responsabilização.

A Parte II desta tese foi dedicada à busca de um referencial teórico que trouxesse uma contribuição satisfatória para uma tutela mais efetiva dos direitos fundamentais, por meio do direito fundamental à boa administração.

Com a utilização do método dedutivo, conduziu-se uma pesquisa bibliográfica com o objetivo de compreender o tema proposto, com base em um referencial teórico específico escolhido para abordar a problemática em questão. Nesse contexto, a teoria dos bens fundamentais desenvolvida por Luigi Ferrajoli foi empregada com a finalidade de promover uma tutela mais eficiente do interesse público e garantir uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

A Parte III foi dedicada à apresentação das manifestações do direito fundamental à boa administração no Direito brasileiro. Embora não haja a consagração expressa desse direito fundamental, ele pode ser deduzido a partir de diversos outros direitos e princípios expressos no texto constitucional, de forma a possibilitar uma interpretação da Constituição administrativa, como instrumento para a promoção do bem-estar social, por meio de uma gestão eficiente, eficaz, transparente, que se preocupa com os problemas de curto, médio e longo prazos.

A adoção da teoria dos bens fundamentais também serviu para alargar o conceito de patrimônio público, que é o bem jurídico tutelado pelo sistema de improbidade administrativa. Dentro da noção de patrimônio público se insere não apenas o erário, mas também todos os bens fundamentais, como os bens ecológicos, o patrimônio histórico e cultural e os medicamentos essenciais para a manutenção de uma vida digna.

Constatou-se que a atividade muitas vezes desproporcional de órgãos de controle externo, que provocou o ajuizamento de ações de improbidade administrativa ou de procedimentos perante os tribunais de contas, criou uma postura de retração e

de receio em inovar na Administração Pública, o que tem sido prejudicial para o bom andamento dos assuntos de Estado.

A promulgação da Lei 14.230/2021 teve a finalidade de minimizar os riscos de responsabilizações indevidas aos gestores, para punir apenas as condutas dolosas e desonestas dos agentes públicos, de modo a possibilitar que a Administração Pública possa atuar de forma a buscar os objetivos do Estado brasileiro, previstos na Constituição.

Como consequência, a Administração Pública deve atuar de forma proativa, na intensificação do planejamento e da avaliação de riscos, para se garantir uma maior tutela dos bens fundamentais e, por conseguinte, dos direitos fundamentais.

PARTE I – DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

1 TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO: O CAMINHO ATÉ O ESTADO SOCIAL

Muito já se discutiu sobre quais são as finalidades do Estado. A existência de um ente estatal significa a limitação da liberdade dos indivíduos, com o estabelecimento de regras que possibilitam a convivência social.

Para possibilitar a um só tempo a condução da atividade estatal, bem como delimitar as suas áreas de atuação, faz-se necessária a investigação das finalidades do Estado, seus objetivos.

As finalidades estatais variam de acordo com a concepção de Estado que se tem. No Estado Absoluto, materializado no Estado de Polícia,

A partir do dever que o Príncipe tem, enquanto “primeiro servidor do Estado”, de providenciar o bem estar geral, atribui-se-lhe, através do *jus polítiae*, a possibilidade de – pessoalmente ou por intermédio dos funcionários do Estado – intervir sem limites em todos os domínios, dos mais aos menos importantes, desde que o próprio Príncipe o considere necessário para a prossecução do bem público (NOVAIS, 1987, p. 28).

Este Estado de Polícia se configurava em um Estado acima do Direito, tendo em vista que o conceito de soberania de então possibilitava o livre desenvolvimento dos desígnios do monarca sobre todos os interesses da vida social e privada, sem que os indivíduos tivessem mecanismos para se oporem a esta interferência (NOVAIS, 1987, p. 30). Portanto, neste contexto, não havia limites à atuação do Estado.

O Liberalismo político surgiu como uma reação contra o Absolutismo (JARDIN, 1998, p. 13-25). Tal linha de pensamento não se deu em momento único, mas com o passar dos anos, diante de má administração e arbítrio monárquico, que provocava insegurança e incerteza às atividades comerciais.

O que se pretendia era a garantia a felicidade do povo, dentro de uma sociedade na qual o indivíduo seria mais livre. Tais novas aspirações estavam ligadas à ascensão da burguesia e em profundas mudanças intelectuais e morais (JARDIN, 1998, p. 25).

O Estado de Direito, com fundamento no princípio democrático, no princípio liberal e no princípio da legalidade, foi a bandeira da burguesia na luta contra o Absolutismo, para alcançar o controle sobre o poder político (AVELÃS NUNES, 2008, p. 49).

Com a racionalização das funções estatais, seria viável dar à produção capitalista a possibilidade de cálculo e segurança, a partir de regras gerais e abstratas, para dar uma esfera de autonomia aos indivíduos e à vida econômica, colocando-os a salvo de ingerências arbitrárias do Príncipe (NOVAIS, 1987, p. 33).

A partir das revoluções liberais do Século XVIII, concebeu-se uma estrutura estatal extremamente reduzida, de modo que o Poder Público cuidasse basicamente da segurança pública (segurança interna) e da soberania nacional (segurança externa).

Embora o indivíduo, em certa medida, tenha avançado em relação à sua liberdade, em virtude da limitação do poder estatal com a separação de poderes e com a declaração de direitos, não havia instrumentos suficientes para a tutela de direitos. A título de exemplo, embora a Revolução Francesa tenha ocorrido em 1789, o sufrágio universal somente foi conquistado em 1848 (COBIN, 1991, p. 412-417). Paulatinamente os direitos individuais foram estabelecidos para proteger a pessoa contra o arbítrio.

A idealização da liberdade, igualdade e fraternidade, pregada no Liberalismo sucumbia quando confrontada com a realidade imposta pelo poder econômico. Durante o liberalismo político e econômico, o individualismo imperava, o que deixava os desprivilegiados economicamente à mercê dos poderosos, a partir de uma concepção distorcida de liberdade, como ensina Paulo Bonavides:

Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar. (BONAVIDES, 2007, p. 59).

Esta liberdade meramente formal impõe um Estado reduzido, para dar o máximo de espaço às atividades privadas, como já fora acima afirmado. Isto equivale

dizer que aos indivíduos caberia estabelecer livremente as regras de um contrato, decidir sobre o funcionamento das suas atividades comerciais e industriais, fazendo a presença do Estado quase imperceptível. Ao analisar a Constituição brasileira de 1824, ensina Pimenta Bueno:

Inibir ou empecer direta ou indiretamente esta faculdade, o livre direito de contratar, é não só menosprezar essa liberdade, mas atacar simultaneamente o direito que o homem tem de dispor de seus meios e recursos, como de sua propriedade. [...] ora, proibir ou restringir a liberdade de contratar é evidentemente proibir ou restringir o livre uso e disposição da propriedade. (BUENO, 1857, p. 404-405).

Somente se concebia a intervenção estatal nos contratos por meio de disposições legais para estabelecer solenidades e requisitos formais do negócio jurídico (BUENO, 1857, p. 405).

A liberdade, romantizada no discurso dos capitalistas, possibilitava que o poder econômico corresse a concorrência. Os detentores deste poder querem a sua ampliação constante, com a dominação dos mercados (GRAU, 2001, p. 15-16). Assim, o Estado de Direito serviu à burguesia para consolidar e perpetuar a sua hegemonia como classe dominante (AVELÃS NUNES, 2008, p. 49).

Nesta fase, a concepção material do Estado de Direito foi esvaziada pela sujeição total do Estado à vontade geral expressa pela lei, produto da atividade do Parlamento. Assim, o Poder Legislativo tinha total disposição sobre os direitos fundamentais, que exigiam para a sua implementação da intervenção legislativa. Diante das restrições democráticas de acesso ao poder, este Poder Legislativo, dominado pela burguesia, primava pela liberdade dos mercados, o que possibilitava a previsibilidade e calculabilidade, tão caras à ordem capitalista (DANTAS, 2009, p. 130-131).

O capitalismo transformou todos os valores, não só econômicos, mas também sociais, políticos e culturais em mercadorias que estejam disponíveis a quem puder lhes pagar o preço oferecido.

Ao defender o livre mercado, Adam Smith afirma que a atuação egoísta do agente econômico na perseguição de seus próprios interesses, aumenta o seu lucro e é levado pela mão invisível do mercado a alcançar objetivos que não tinham

intentado. Assim, a sociedade como um todo se beneficia. Segundo o autor, o Estado – pelo Executivo ou pelo Legislativo – não seria capaz de determinar aos particulares de que maneira seria melhor investir o capital dos agentes econômicos. Isto caberia aos donos do próprio capital. Portanto, na visão do autor, é inadmissível a intervenção do Estado na economia (SMITH, 1981, p. 456).¹

O livre mercado se trata de um “princípio sem princípios” (BERMAN, 1987, p. 108-109), embora os mais poderosos neste sistema econômico se empenhassem em sua violação, com artifícios para exercer controle, restrição ou manipulação de mercados (BERMAN, 1987, p. 109), como a constituição de carteis, criação de monopólios, protecionismo por meio da tributação ou subsídios estatais. No Século XIX houve uma transformação nas estruturas empresariais, diante da tendência da concentração de capitais, com o objetivo de fortalecimento das empresas, pois era considerado que quanto maior fosse a estrutura empresarial maior solidez ela teria (FONSECA, 2017, p. 11).

Posteriormente, percebeu-se que a mão invisível do mercado não era suficiente para regular a economia, e foi necessária a mão visível (AVELÁS NUNES, 2008, p. 50) do Estado para impor leis concorrenciais.

O Liberalismo político estabeleceu também como máxima a igualdade, em contraposição aos privilégios próprios do Antigo Regime. No entanto, a expressão “igualdade perante a lei” por si só nada garantia, diante da abstração da lei. As condições sociais e econômicas são reais e não correspondem àquelas abstrações legais.

O problema é que o Liberalismo pressupunha uma igualdade que era apenas formal, que não levava em consideração as diferenças fáticas, como condição econômica, intelectual e social, o que provocava grande opressão dos mais fortes

¹ Tradução livre: “[...] e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. [...] O estadista que tentasse orientar pessoas particulares sobre como devem empregar seu capital não somente se sobrecarregaria com uma preocupação altamente desnecessária, mas também assumiria uma autoridade que seguramente não pode ser confiada nem a uma pessoa individual nem mesmo a alguma assembleia ou conselho, e que em lugar algum seria tão perigosa como nas mãos de uma pessoa com insensatez e presunção suficientes para imaginar-se capaz de exercer tal autoridade”.

sobre os mais fracos (BONAVIDES, 2007, p. 61).² O Estado legitimava a injustiça social.

A igualdade também foi gravemente distorcida na ideologia comunista. O tema foi muito bem representado por George Orwell, quando expressou: “Todos os bichos são iguais, mas alguns bichos são mais iguais que outros” (ORWELL, 2007). O autor faz uma crítica poderosa à forma como a concepção de igualdade pode ser manipulada para justificar a opressão e a desigualdade. A obra é um lembrete de que as ideologias e as palavras podem ser distorcidas e usadas para justificar ações que contradizem os princípios que originalmente professavam.

A fraternidade, outro pilar do Estado liberal, exige que os indivíduos estejam unidos, para apoiar uns aos outros, para levantar aquele que cai. É de se estranhar que uma sociedade que baseia os seus objetivos no lucro e na ganância se diga fraterna. O princípio do livre mercado, como experimentado nesta fase do capitalismo, premiava a espoliação dos pobres pelos ricos, com a finalidade de aumentar os lucros. Nisto não se vê fraternidade.

Em especial por causa das consequências da Revolução Industrial (a primeira), no Século XIX, tais como o aparecimento de grandes fábricas, formação de conglomerados urbanos e o surgimento do proletariado, dentre outras, obrigou que o Estado começasse a aumentar as suas atribuições e interferir com maior intensidade em assuntos econômicos, para compor conflitos entre grupos e indivíduos (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 8).

Com o Fordismo iniciado em 1913 com a produção em série, foi iniciada a sociedade de consumo, que fez a década de 1920 florescer até a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, o que desencadeou uma crise nos Estados Unidos, Europa e em todo o mundo.

² No mesmo sentido, “A concentração econômica gerou problemas no relacionamento econômico e social dentro do mercado, o que exigiu que uma nova força entrasse em cena. A concentração econômica fez surgir o poder econômico privado que, de um lado, procurou dominar e eliminar as empresas economicamente mais fracas, e, de outro lado, gerou uma situação de violenta dominação sobre os trabalhadores, que Marx e Engels detectaram no meado do século, e Leão XIII também analisou na Encíclica ‘*Rerum Novarum*’.” (FONSECA, 2017, p. 11). O mesmo autor afirma: “A concepção de um liberalismo atomista, de liberdade do indivíduo no âmbito do mercado, veio a ser desmentida pela realidade histórica. A partir de meados do século XIX o capitalismo se transforma. As unidades se unem, formando grupos, dando origem ao novo Estado industrial. Com os grupos econômicos surgem os primeiros questionamentos sobre a plena liberdade de comércio. A crise se instaura e provoca, no período entre as duas grandes guerras, o surgimento de um novo Direito e a imperiosidade da atuação do Estado no domínio econômico”. (*Ibidem*, p. 156).

O resultado de destruição da Primeira Guerra Mundial impôs aos Estados uma série de medidas para a reconstrução dos países europeus envolvidos na guerra, bem como de outros países que também sofreram os reflexos do conflito bélico. No Tratado de Versailles, assinado em 28 de junho de 1919, por exemplo, os Estados signatários se comprometeram a criar uma regulamentação das relações de trabalho, como se vê pela redação do art. 23 e art. 427.

Portanto, pode-se perceber que desde o fim da Primeira Guerra Mundial houve uma atuação dos países de intervenção na economia, por meio da regulamentação das relações de trabalho, o que foi sentido também no Estado Brasileiro.

O Presidente Americano Franklin Roosevelt subiu ao poder em 1932 e implementou o *New Deal*, com o objetivo de evitar o colapso do capitalismo. O referido plano implementou as seguintes medidas: a) regulação da atividade bancária; b) concedeu benefícios aos desempregados; c) apoio aos agricultores; d) desvalorização do dólar; e) redução da taxa de juros; f) recuperação de empresas; g) instituiu salário mínimo; h) reconheceu a liberdade sindical; i) promoveu grandes obras públicas para reduzir o desemprego (AVELÃS NUNES, 2008, p. 53).

Com a crise da década de 1930, conhecida como a “Grande Depressão”, a economia americana se socorreu à fórmula keynesiana, para preservar a sociedade do consumo, denominada economia do bem-estar (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 13). A referida crise não afetou apenas a economia norte-americana, mas todo o Globo, diante das relações comerciais entre os países, inclusive o Brasil.³

Diante desta sociedade do consumo, era necessário manter o poder de comprar dos consumidores. Por isto foi criado o subsídio aos desempregados, bem como um subsídio aos doentes e inválidos e garantia da aposentadoria aos idosos (AVELÃS NUNES, 2008, p. 56). Perceba-se que o Estado passou a desenvolver diversas políticas públicas para a manutenção do próprio sistema capitalista.

³ “Houve uma crise na produção básica, tanto de alimentos como de matérias-primas, porque os preços, não mais mantidos pela formação de estoques como antes, entraram em queda livre. O preço do chá e do trigo caiu dois terços, o da seda bruta três quartos. Isso deixou prostrados — para citar apenas os nomes relacionados pela Liga das Nações em 1931 — Argentina, Austrália, países balcânicos, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba, Egito, Equador, Finlândia, Hungria, Índia, Malásia britânica, México, Índias holandesas (atual Indonésia), Nova Zelândia, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, cujo comércio internacional dependia em peso de uns poucos produtos primários. Em suma, tornou a Depressão global no sentido literal”. (HOBSBAWM, 1995).

A dignidade da pessoa humana foi aos poucos ganhando forma e lugar nas atividades estatais.

A pessoa humana, no que se difere diametralmente da concepção de indivíduo, há de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social, e nunca como uma célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes às demais (MORAES, 2001, p. 177).

Percebeu-se que com as imperfeições do Liberalismo, havia a necessidade e uma atuação mais incisiva do Estado sobre a economia, exatamente para que se garantisse a divisa do Estado moderno: liberdade, igualdade e fraternidade. Seja com o estabelecimento de regras voltadas a restrição da liberdade selvagem das atividades econômicas, para se garantir a livre concorrência, ou na interferência estatal nos contratos, para se evitarem cláusulas leoninas, bem como possibilitar a dignidade nas relações de trabalho, seja para proteger consumidores da ganância da indústria, ou criar mecanismos de previdência e assistência social aos necessitados.

A Questão Social exigiu a passagem da preponderante auto-representação como sociedade para a da comunidade, da competição para a solidariedade, do mercado para a política, do *laissez-faire* da *lex mercatoria*, para as constituições, das abstenções para as prestações, da liberdade de uns para a segurança de todos, ou seja, da liberdade individual para a segurança social (DANTAS, 2009, p. 182).

Este paradigma intervencionista aspira aproveitar a principal vantagem da economia de mercado (a liberdade e a eficiência competitiva) e evitar ao mesmo tempo suas falhas (externalidades negativas, desigualdade, exploração). As ações do Estado Social das décadas de 1960 e 1970 passaram a ser justificadas pela garantia de condições básicas aos grupos mais vulneráveis, independentemente de sua posição no mercado de trabalho. Portanto, o objetivo é realizar um ajuste na operação não regulada das forças de mercado, estabelecendo metas políticas para a economia (GABARDO, 2009, p. 146).

O Estado Social é aquele que, com o objetivo de preservar o Capitalismo, impõe limites à atuação dos particulares para corrigir as imperfeições daquele sistema econômico. Mesmo em constituições liberais havia uma ordem econômica. Esta deve

ser entendida um conjunto de preceitos normativos que estabelece, de forma institucional, um modo de produção econômica (GRAU, 2001, p. 55). Neste modelo econômico, o Estado garante elementos mínimos para o cidadão alcance uma vida digna, sem o caráter da generosidade religiosa, mas de forma institucionalizada como um direito político (STRECK; MORAIS, 2014).

É responsabilidade do Estado de bem-estar, em seu papel característico, assegurar o progresso civilizacional da sociedade, ao proteger os indivíduos contra possíveis regressões. A atuação reguladora e interventora do Estado na economia é essencial, embora precise ser cuidadosamente demarcada na constituição. Contrariamente ao que o pensamento antiestatista defende, a desigualdade social e a opressão política não são naturais. Elas são construídas socialmente (e, portanto, são passíveis de modificação). Para modificar essa realidade, é necessário que as instituições igualitárias tenham fé em sua capacidade de intervir (GABARDO, 2009, p. 162).

Em verdade, a ordem econômica pertence ao mundo do ser (o mundo fático), enquanto a Ordem Jurídica pertence ao mundo do dever ser. Portanto, até em constituições sintéticas, que tenham apenas um dispositivo que mencione a propriedade privada e liberdade contratual e dispositivos infraconstitucionais que tratassem de temas econômicos, já bastava para se dizer que havia uma “ordem econômica”, parte de uma Ordem Jurídica.

No entanto, o fato da inserção dispositivos normativos no texto constitucional que tratem daquela ordem econômica (mundo do ser) compele o Estado a aperfeiçoar as suas funções para a modernização e legitimação do capitalismo, com a implementação de políticas públicas (GRAU, 2001, p. 58).

Mas o Estado Social não pode ser observado apenas como a implementação de políticas voltadas ao desenvolvimento social. Se por um lado, esta mudança na atuação estatal de forma ativa, seja de forma direta ou indireta, possibilitou o desenvolvimento da ordem social, com a criação e implementação de políticas públicas voltadas à assistência e previdência social, programas habitacionais, salubridade, melhores condições de trabalho, ou outro, tornou possível o investimento em infraestrutura, que atendeu ao setor produtivo do país, como o incremento da industrialização, construção de estradas, hidrelétricas, financiamentos etc., o que

possibilitou a flexibilização do sistema econômico, para a sua manutenção (MORAIS, 2002, p. 35-36)

No Brasil, a criação explícita no texto constitucional de uma parte dedicada à ordem econômica ocorreu a partir da Constituição de 1934. Desde então, as constituições que se seguiram continham em seus textos uma Ordem Econômica constitucional.

Assim, as constituições dirigentes, ao racionalizarem a política (BERCOVICI, 2004, p. 11), enunciam diretrizes a serem seguidas pelo Estado, tarefas a serem cumpridas pelo Poder Público em prol da implementação de políticas públicas, de modo a legitimar a atividade estatal (BERCOVICI, 2013, p. 292-293).

Para cumprir este desiderato, houve a necessidade de intervenção na economia e sobre a economia. A intervenção deve ser compreendida como toda atuação de alguém no espaço de outrem. Como o campo econômico pertence ao setor privado, sempre que o Estado interfere na economia, pode-se falar que houve intervenção.

A intervenção na economia ocorre quando o Estado atua como agente econômico, no lugar do particular. A atividade estatal é materializada com uma atividade empresária. O Estado passa a atuar, seja por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista como empresário, para exercer uma atividade industrial ou na prestação de algum serviço, que deveriam estar nas mãos da iniciativa privada.

Ocorre intervenção sobre a economia quando o Estado se utiliza de mecanismos não empresariais para direcionar o setor privado a agir conforme o desejo estatal, seja por meio de incentivos fiscais ou administrativos. Esta segunda modalidade de intervenção sempre existiu, também chamada de intervenção por indução (GRAU, 2001, p. 169-171). O Estado por meio da produção normativa poderia criar ambientes favoráveis aos empresários para a condução dos negócios em determinada direção, para que receberem algum tipo de benefício.

Em virtude da intervenção na economia, o Estado Social foi também chamado de intervencionista, período marcado pelo surgimento das grandes estatais, em especial no caso brasileiro. Neste contexto, o Estado passou a atuar na siderurgia, na fabricação de aviões, da mineração e em tantas outras atividades econômicas que o

país precisava e não havia capital privado disponível para tais investimentos de longo prazo.

Embora reconheça a necessidade de o Estado atuar em determinados setores que o mercado não teria condições (nem interesse) de atender, Friedrich A. Hayek (1983, p. 316) foi o grande apóstolo do discurso neoliberal, em especial na sua obra *Fundamentos do Liberalismo*, publicada em 1960, com uma crítica feroz à intervenção do Estado na Economia, por entender que haveria nesta atividade um mascaramento dos fatores econômicos, o que levaria o mercado a conclusões enganosas. Além disso, na visão do autor, esta intromissão estatal na economia retiraria a liberdade dos indivíduos de tomarem decisões em suas vidas quanto ao atendimento de suas necessidades.⁴

[...] é necessário que se reforce o Constitucionalismo Dirigente a começar com a devida fundamentação dentro do contexto que move a discussão do presente texto, qual seja, no contexto de um país periférico, com modernidade diferenciada (tardia), em que a cidadania ainda não é extensiva a uma enorme parcela do povo brasileiro (MOREIRA, 2010, p. 184).

Mas a história mostra que o livre mercado somente é eficiente na acumulação de capital, na produção de riquezas, mas não tem aptidão para a sua distribuição, com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais, tão necessárias nas sociedades, o que justifica a intervenção estatal na seara econômica, com o fim de promover a sua função social (MORAIS, 2002, p. 34).

A presença do Estado na economia, seja por indução seja por direção, é necessária para que o Poder Público possa cumprir o seu papel.⁵ O Estado brasileiro

⁴ “Em muitos campos de atividade é possível justificar de maneira convincente, em termos de eficiência e economia, o controle estatal absoluto de algum serviço; no entanto, quando o Estado exerce controle total, em geral não só essas vantagens acabam por se mostrar logo ilusórias, mas também o caráter do serviço prestado assume natureza inteiramente diversa da que teria sido prestada por empresas competitivas. Se, ao invés de administrar recursos limitados, destinados a um serviço específico, o governo usar seus poderes coercitivos para garantir que o cidadão receba o que um burocrata julga que ele necessita; se os indivíduos não podem mais exercer qualquer escolha quanto a alguns dos aspectos mais importantes de sua vida, como saúde, emprego, habitação e aposentadoria, mas devem aceitar as decisões tomadas em seu lugar pela autoridade, com base na avaliação de suas necessidades; se certos serviços se tornam domínio exclusivo do Estado e cada profissão - seja no campo da medicina, da educação ou do seguro - passar a existir somente como um setor hierarquizado, cada indivíduo receberá o tipo de serviço determinado unicamente pela autoridade e não mais pela experimentação competitiva”. (HAYEK, 1983, p. 316).

⁵ “Quem, a não ser a autoridade pública, iria e poderia assegurar um mínimo de renda e bem-estar social para todos? Quem poderia contrabalançar as tendências à desigualdade tão

tem modernidade tardia, o que significa que há um longo caminho pela frente rumo à redução das desigualdades. É por esta razão que se pode dizer que há no Brasil um “simulacro de modernidade” (VIEIRA, 1995, *passim*).

A sociedade brasileira ainda não experimentou um Estado-Providência (VIEIRA, 1995, p. 65), afirmação que pode ser feita diante da constatação das enormes desigualdades, direitos estabelecidos apenas no papel, mas sem uma efetividade, o que coloca milhões de pessoas na subcidadania, indivíduos que precisam da rede estatal de serviços e utilidades, mas a ela não têm acesso, enquanto há o sobrecidadão, a quem pode livremente se utilizar dessa rede de serviços estatais, mas que não se submete ao sistema (NEVES, 1996, p. 110). E o prognóstico não é animador com o Capitalismo Financeiro,⁶ dos dias atuais, com o crescimento das desigualdades.

A partir da Constituição da República de 1988 (CR/88), houve algumas mudanças na ordem econômica, como se percebe com a leitura do seu art. 173. Diz o texto que a exploração de atividades econômicas é terreno para a iniciativa privada, sendo permitida a atuação do Estado como empresário nestas atividades apenas em duas situações: a) relevante interesse coletivo; b) imperativo de segurança nacional.

É necessário compreender exatamente o conceito e a extensão da expressão “atividade econômica”. O art. 173 se refere às atividades econômicas em sentido estrito, ou seja, àquelas atividades empresariais próprias da iniciativa privada, como comércio, indústria e serviços não qualificados como serviços públicos. Qual

impressionantemente visíveis nas Décadas de Crise? A julgar pela experiência das décadas de 1970 e 1980, não seria o livre mercado. Se essas décadas provaram alguma coisa, foi que o grande problema político do mundo, e certamente do mundo desenvolvido, não era como multiplicar a riqueza das nações, mas como distribuí-la em benefício de seus habitantes. Isso se dava mesmo em países pobres “em desenvolvimento” que precisavam de mais crescimento econômico. O Brasil, um monumento à negligência social, tinha um PNB per capita quase duas vezes maior que o Sri Lanka em 1939, e mais de seis vezes maior no fim da década de 1980. No Sri Lanka, que subsidiara alimentos básicos e dera educação e assistência médica gratuitas até a década de 1970, o recém-nascido médio podia esperar viver vários anos mais que o brasileiro médio, e morrer ainda bebê mais ou menos na metade da taxa brasileira de 1969, e num terço da taxa brasileira de 1989. A percentagem de analfabetismo em 1989 era quase duas vezes maior no Brasil que na ilha asiática”. (HOBBSAWM, 1995).

⁶ “As baixas taxas de crescimento, a instabilidade e o aumento das desigualdades são consequências do retorno do capitalismo ao liberalismo econômico – uma forma de organização econômica e política inerentemente instável e ineficiente. Além disso, o descontentamento político está significativamente relacionado ao mau desempenho econômico e à crescente desigualdade econômica dos países ricos. Esse descontentamento é, também, função da ausência de sequer um mínimo de empatia social por parte das elites rentistas e financistas de hoje em relação aos trabalhadores e aos pobres”. (BRESSER-PEREIRA, 2018, p. 25).

qualificação ocorre em sede constitucional ou legal. Quando o Estado atua nessas atividades, diz-se que ocorre uma intervenção estatal direta no domínio econômico.

Por outro lado, o art. 175 da CR/88 afirma que os serviços públicos são uma atividade estatal, mas é possível a sua exploração indireta, por meio de concessionários ou permissionários, sempre mediante processo licitatório. Destarte, embora circule pela sociedade um discurso neoliberal no sentido de que todas as estatais devem ser privatizadas ou desestatizadas, a verdade é que seria natural a exploração de serviços públicos por empresas estatais, tendo em vista que estes serviços pertencem ao Estado.

A ideologia neoliberal, que impôs uma mudança na mentalidade da sociedade em geral, a provocar a redução do espaço público e transferir de mandas sociais do campo político para o mercado (BORON, 2001, p. 16-17). Por conseguinte, os direitos se tornaram bens e serviços à disposição dos novos consumidores. Saúde, educação e previdência social, por exemplo, são oferecidas por agentes econômicos, segundo as regras de mercado.

A Constituição possibilita a exploração indireta desses serviços públicos por meio de empresas privadas, concessionárias ou permissionárias, mas isto não é imperativo. Assim, a Ordem Econômica brasileira, parte da Ordem Jurídica deste país, atribui ao Estado a tarefa de prestação de serviços públicos, mesmo aqueles de cunho econômico, como energia, saneamento, telecomunicações e transportes. De outra sorte, houve uma proibição de que o Estado explore atividades econômicas em sentido estrito, salvo em situações excepcionais, que representem uma justificativa estratégica.

Estas são as duas possibilidades de o Estado atuar como empresário: a) para prestar serviços públicos diretamente; ou b) para explorar atividade econômica, na ocorrência de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional. Não obstante se possa dizer que cabe ao Estado apenas exercer atividades-fim, devido ao discurso generalizante neoliberal, a história já mostrou como é importante a atuação do Estado na economia.

Aqui é importante fazer uma observação. Os conceitos de relevante interesse coletivo e imperativo de segurança nacional podem ser elásticos, diante de sua imprecisão semântica. É certo que a norma jurídica é o produto do trabalho do

intérprete sobre o enunciado normativo. Após a criação do enunciado normativo (significante), o seu significado é estabelecido a partir de uma narrativa que prevalece sobre outras. O relato vencedor se torna a verdade em dado momento, mas isto nunca ocorre de modo imutável. Embora os significantes (enunciados normativos) possam permanecer os mesmos, o seu significado pode mudar (ADEODATO, 2018, p. 133).

Certa feita foi realizada a aquisição de controle da empresa Fairchild, fabricante de componentes eletrônicos americana, pela empresa japonesa Fujitsu, mas houve veto da operação por parte do Secretário de defesa e do Secretário de Comércio dos Estados Unidos, sob o fundamento de perigo à segurança nacional. No entanto, a empresa americana já pertencia a uma empresa francesa (Schlumberger). Embora não houvesse claramente um fundamento legal para o veto, houve um elastecimento do conceito de segurança nacional, para integrá-lo fatores relativos à independência econômica do país, em relação à agressividade da economia japonesa (GRAU, 2001, p. 34-35).

Em exemplo mais recente, a disputa entre a empresa TikTok e o governo norte-americano tem sido objeto de intensas discussões e debates no cenário internacional. Essa controvérsia começou quando o governo dos Estados Unidos expressou preocupações sobre a segurança e privacidade dos dados dos usuários, levando a uma série de ações regulatórias e medidas de pressão contra a plataforma de mídia social.

Em agosto de 2020, o então presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, emitiu uma ordem executiva que proibia transações com a TikTok, alegando que a empresa representava uma ameaça à segurança nacional. Essa medida foi baseada em preocupações de que os dados pessoais dos usuários do TikTok estavam sendo coletados e acessados por autoridades chinesas, o que poderia comprometer a segurança dos cidadãos norte-americanos (RYAN; FRITZ; IMPIOMBATO, 2020, p. 36).

A TikTok, por sua vez, negou veementemente qualquer envolvimento em atividades prejudiciais à segurança nacional dos Estados Unidos. A empresa argumentou que seus servidores de dados estavam localizados fora da China e que os dados dos usuários norte-americanos eram armazenados em servidores nos Estados Unidos e em Cingapura. Além disso, a TikTok afirmou que aderiu a rigorosos

padrões de segurança e privacidade de dados, garantindo a proteção das informações dos usuários.

No entanto, essas garantias não foram suficientes para acalmar as preocupações do governo norte-americano. Diante da ordem executiva, a empresa entrou com uma série de processos judiciais em busca de proteção legal e para contestar a proibição. Alegou-se que a ordem executiva era inconstitucional, violando os direitos da empresa e prejudicando sua reputação e negócios nos Estados Unidos.

Após longas batalhas legais, o governo Biden tomou posse e revisou a situação. Em junho de 2021, a administração Biden revogou a ordem executiva de Trump e, em vez disso, emitiu uma nova ordem que instruíu o Departamento de Comércio a conduzir uma revisão completa dos riscos à segurança nacional apresentados por aplicativos controlados por empresas estrangeiras, como a TikTok. Essa nova abordagem visava proteger os dados dos usuários norte-americanos, ao mesmo tempo em que buscava evitar medidas punitivas injustificadas.

Desde então, as discussões entre a TikTok e o governo norte-americano continuam em andamento. A empresa tem trabalhado para fortalecer suas políticas de segurança e privacidade, cooperando com as autoridades e fornecendo transparência sobre suas práticas de coleta e uso de dados. Por sua vez, o governo norte-americano busca equilibrar a proteção dos interesses de segurança nacional com a promoção de um ambiente digital seguro e confiável para os usuários (REUTERS, 2023).

Não obstante a estas possibilidades de intervenção do Estado no domínio econômico como empresário, a década de 1990 foi marcada pelo processo de privatizações⁷ e desestatizações⁸ de empresas estatais, deflagrado pela edição da Lei nº 8.031/1990, que criou o Plano Nacional de Desestatização (NEVES, 2009, p. 4), o que provocou profundas mudanças no cenário econômico nacional (ORTIZ, 1996, p. 62).

⁷ Chama-se privatização a operação que devolve uma atividade econômica para o setor privado, campo que lhe é próprio.

⁸ Chama-se desestatização a operação de retirada do Estado da exploração direta de um serviço público. Como se trata de um serviço de titularidade do Estado, este permanece a explorá-lo, mas agora de forma indireta, por meio de concessionários ou permissionários. (SOUTO, 2003, p. 147).

O fenômeno do neoliberalismo marca o início da financeirização da economia nas nações desenvolvidas, simultaneamente à sua desregulamentação abrangente, sob o pretexto de uma suposta autorregulação mercadológica. Esta tendência está em consonância com o pensamento econômico ortodoxo, que se torna predominante, na defesa por políticas de austeridade e equilíbrio fiscal. Tal agenda envolve a redução de gastos governamentais, a desestruturação de serviços públicos e a implementação de privatizações e desestatizações. Ademais, o gerencialismo é defendido, com a substituição de serviços universais por programas direcionados. Esta nova diretriz é adotada por agências internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, bem como por governos nacionais influentes, que a disseminam e a estabelecem como pré-requisito para assistência financeira e renegociação de dívidas de outros países (BUCCI, 2023, p. 19).

O “triunfo do neoliberalismo”, segundo Gaspar Ariño Ortiz, não se deve a uma batalha ideológica, mas é fruto de uma combinação de vários fatores, tais como a nova sociedade da informação, os meios de transporte mais facilitados, a abertura da economia mundial, com o avanço da globalização, a inovação tecnológica, a educação e a saúde universalizadas e o desaparecimento da sociedade rural, diante da crescente urbanização e a industrialização do agronegócio, dentre outros fatores (ORTIZ, 1996, p. 58). Segundo o autor, o gasto com programas políticas sociais provocou um endividamento público insustentável, o que fez florescer o neoliberalismo (ORTIZ, 1996, p. 60).

Com o referido processo, houve a necessidade de criação das Agências Reguladoras, que têm por finalidade regular setores específicos da economia, em especial aqueles que foram objeto de desestatização. Diante da relevância social dos serviços públicos e diante do fato de o Estado não estar mais presente na exploração direta destes serviços, a atuação das agências é fundamental, para a fiscalização, produção de normas, solução de conflitos e controle sobre esses setores (NEVES, 2009, p. 3-6).

Embora o discurso neoliberal propague a ideia de que os seus argumentos sejam inafastáveis (BORON, 2001, p. 10), como a ineficiência do Estado como empresário, que a intervenção estatal na economia prejudica o livre andamento das atividades econômicas e que o Estado poderia utilizar os recursos empregados nestas atividades para o desenvolvimento de políticas públicas, no Estado Democrático e

Social de Direito, as escolhas econômicas não estão submetidas a uma discricionariedade administrativa (ou política) plena, mas vinculadas aos compromissos constitucionalmente estabelecidos.

É por esta razão que se pode pensar nos princípios como o centro de discussões entre Direito e Política, para que a realidade possa ser modificada de forma a colocar o Estado no caminho que se deseja. Como ensina Stefano Rodotà:

A alternativa está nas coisas, e deve ser enfrentada, porque a crise econômica e financeira, a sua dimensão global, tem suscitado uma renovada exigência de colocar os princípios no centro da atenção política e social, com um alargamento de horizontes que contrasta com a pretensão de excluí-los de uma visão de mundo onde a fragmentação coexiste com a concentração de poderes, negando a própria possibilidade de construção de laços sociais e reconhecendo a relevância do pluralismo. Em tempos de precariedade da vida, de derrocada da igualdade na propagação estrutural das desigualdades, de regresso a uma pobreza 'degradada', o olhar deve se voltar para a trama dos princípios, e para os métodos da sua reconstrução (RODOTÀ, 2015).

Enquanto o mercado é orientado pelo objetivo de lucro, a democracia é orientada pelo senso de justiça social. A lei do livre mercado é indiferente à justiça social e às desigualdades econômicas e sociais, que não passam de externalidades ao fenômeno econômico (BORON, 2001, p. 15).

Pode-se falar em um “mito do Estado grande” na América Latina, em especial no Brasil. No entanto, estudos revelam que o gasto público nos países de modernidade tardia é muito inferior ao que se apresenta nos países desenvolvidos.⁹ Dados recentes (2014) mostram que os gastos em saúde como porcentagem do PIB foi o seguinte: Brasil (3,8%), França (9%), Itália (7%), Portugal (6,2%), Espanha (6,4%) e Reino Unido (7,6%) (FIGUEIREDO *et al.*, 2018, p. 42). Será que a redução do aparato estatal é a solução para alcançar o desenvolvimento do país? Os dados acima indicam uma resposta negativa.

⁹ A partir de estudos publicados em 1991 e 1995, Atilio Boron informa que o gasto público da Guatemala é de 11,8% do PIB e Gabão 3,2% do PIB, enquanto a Suécia tem um gasto público de 55% do seu PIB.

No Brasil, além da redução de investimento público direto em saúde, percebe-se um excesso de incentivos (e de investimentos) do governo no setor privado, o que provoca uma redução ainda maior dos investimentos no setor de saúde pública.¹⁰

O Estado brasileiro fica cada vez menor, para atender às diretrizes do Neoliberalismo, enquanto, por exemplo, celebra convênios para custear os serviços de saúde prestados pelo setor privado ao SUS, ou deixa de investir na educação pública, para financiar a educação privada – e em muitos casos de má qualidade – por meio de bolsas de estudo. Como, neste contexto, cumprir a Constituição e oferecer serviços de saúde de forma universal, por meio do SUS, ou garantir educação (de qualidade) aos cidadãos?

O Estado não pode controlar tudo, mas também não deve se voltar apenas às atividades de polícia, como ocorria no período liberal no Século XVIII e XIX, tendo em vista as distorções daquele sistema econômico já indicados linhas acima. A Administração Pública deve garantir o mínimo vital para os indivíduos no seu território, ou deve promover os meios necessários ao desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e, com isso, garantindo-lhes uma existência digna?

O ponto que deve ser avaliado é o quanto o Estado deve intervir na economia, para que mantenha a sua atividade legitimada, de modo a cumprir os seus compromissos assumidos constitucionalmente. Caso a escolha seja no sentido que promover mínimas intervenções, pode ser transmitida a mensagem de que o governo não se importa com as condições dos cidadãos, que foram deixados à própria sorte. Tal mensagem pode provocar desesperança e sentimento de abandono, além de impossibilitar a ascensão social de integrantes das classes mais baixas.

Se o Estado decide fazer grandes intervenções e assegurar benefícios além do necessário, isto pode promover o desinteresse da população pelo aperfeiçoamento pessoal e, com isso, viver na dependência dos cofres públicos por tempo indeterminado (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 601).

¹⁰ “Outra questão que merece destaque: o excesso de incentivos governamentais para o mercado privado de saúde contribui para a redução do gasto público, mantendo o subfinanciamento do sistema público de saúde brasileiro, além de dificultar a implementação do SUS como um sistema de saúde universal, conforme previsto na Constituição de 1988. Se não bastasse o subfinanciamento do sistema, desde a sua criação pela Constituição de 1988, ainda há a concorrência com o setor privado, que vê no SUS a possibilidade de ampliação do capital financeiro”. (FIGUEIREDO *et al.*, 2018, p. 44).

Mas esta decisão não cabe a um governo, nem a um partido político. O Estado deve realizar uma atuação dirigida pela Constituição (MOREIRA, 2010, p. 188), de modo a cumprir os compromissos assumidos constitucionalmente.

[...] o estabelecimento de um conteúdo finalístico na Constituição de 1988 funciona como um critério da atividade hermenêutica de desvelamento do conteúdo constitucional, pelo qual todo e qualquer intérprete deverá observar, navegando nas águas cristalinas da opção constituinte (STRECK; MORAIS, 2018, p. 151).

Trata-se, em verdade, da necessidade de uma teoria da Constituição adequada a um país de modernidade tardia, como é o caso do Brasil. Não se pode ignorar as escolhas do Constituinte no que se refere aos direitos por ele consagrados no Texto Maior, nem aos objetivos fundamentais que devem ser ininterruptamente perseguidos para a sua concretização (STRECK; MORAIS, 2018, p. 152).

Como já fora afirmado, em momentos de crise o Estado sempre é chamado a se envolver de forma mais intensa na economia e nas questões sociais. Recentemente, sentiram-se os impactos sociais e econômicos desencadeados por uma pandemia. Além disso, a atuação da *Big Tech*¹¹ também tem transformado a economia e o mercado de trabalho, além dos impactos na vida cotidiana dos indivíduos.

E a magnitude das crises contemporâneas é tal que já se observa uma série de respostas emergentes, que incluem a revalorização do Estado como ferramenta para a recuperação econômica e a coesão social. Essa tendência pode ser evidenciada por meio de diversos indicadores: a) a formação de alianças eleitorais com o objetivo de preservar as democracias liberais e o Estado de Direito, como observado em países como Estados Unidos, França e Brasil; b) a implementação de programas abrangentes de reconstrução; c) o aumento das demandas por

¹¹ “Big Tech” é um termo que se refere às maiores e mais dominantes empresas no setor de tecnologia. Isso geralmente inclui empresas como Amazon, Google, Apple, Microsoft e Facebook. Essas empresas são conhecidas por sua grande influência, riqueza e domínio em várias áreas da tecnologia, incluindo pesquisa na internet, redes sociais, comércio eletrônico, computação em nuvem e tecnologia móvel. O termo “Big Tech” é muitas vezes usado em discussões sobre questões como privacidade de dados, concorrência de mercado, influência política e poder econômico. Alguns críticos argumentam que as empresas de Big Tech têm muito poder e pedem maior regulamentação ou mesmo a quebra dessas empresas para promover a concorrência. Por outro lado, essas empresas também são reconhecidas por suas inovações tecnológicas e contribuições para o crescimento econômico.

regulamentação do capitalismo digital; d) a reestruturação da geopolítica global; e e) a crise climática emergente (BUCCI, 2023, p. 21).

Como já foi indicado anteriormente, os governos não possuem uma discricionariedade política tão ampla como se presume no senso comum. Toda atividade estatal está vinculada a um projeto de Estado delimitado constitucionalmente, o que será apresentado no capítulo seguinte.

2 A CONSTITUIÇÃO COMO PROGRAMA PARA A BOA ADMINISTRAÇÃO

No capítulo anterior foi descrito o caminho percorrido do Estado liberal até o Estado social, que é o modelo adotado pela Constituição da República (CR/88). Diante disto, o Estado brasileiro firmou compromissos com demandas sociais, de modo a impor que as referidas demandas sejam inseridas na agenda governamental, para a promoção de políticas públicas.

A partir deste ponto, faz-se necessária a análise destes compromissos assumidos em sede constitucional pelo Estado brasileiro. Dentre os princípios fundamentais eleitos na Constituição da República (arts. 1º ao 4º, CR/88) constam os objetivos fundamentais. Para que se possa compreender a noção de boa administração e o próprio direito fundamental à boa administração pública no ordenamento jurídico brasileiro, há que se verificar quais são os objetivos do Estado e compreender as suas consequências. Assim estabelece o texto constitucional:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os objetivos devem ser entendidos como metas estabelecidas pelo Constituinte para que o Estado brasileiro possa alcançar. Não são sugestões aos poderes constituídos, mas mandamentos. Em outras palavras, a atividade estatal deve promover como resultado as metas estabelecidas na Constituição.

Há que se considerar que o campo de liberdade – ou discricionariedade – política do Poder Legislativo e do Poder Executivo fica delimitado a partir dos parâmetros estabelecidos pelos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição, pois estes são uma direção para que políticas públicas sejam formuladas para o seu cumprimento. No Estado democrático de direito, a política se submete ao Direito, por meio da criação da esfera do indecível, ou seja, há espaços na ordem jurídica que

devem ser observados mesmo pelos poderes políticos e outros espaços para a livre deliberação da política e do mercado (FERRAJOLI, 2013b, p. 199).

Para a melhor compreensão dos objetivos do Estado, é interessante se socorrer da noção de missão organizacional, da Ciência da Administração, como se vê:

Um documento formal escrito, projetado para capturar e transmitir o propósito único e duradouro de uma empresa. Ele deve responder a algumas perguntas básicas, ainda que críticas, como: qual é o nosso objetivo? E por que a nossa organização existe? (BART, 1997, p. 9).

Se no meio empresarial perseguir uma missão não é uma tarefa fácil, diante das dificuldades impostas na prática, como o estabelecimento de missões equivocadas ou inalcançáveis, ou pela não adesão dos colaboradores da organização à missão, o mesmo ocorre com o Estado em relação aos seus objetivos.

Portanto, além da criação de objetivos, é necessária a verificação permanente de adequação dos instrumentos criados para a sua perseguição, bem como a avaliação de resultados.

Ainda se encontram vozes na doutrina que defendam que os atos políticos são imunes ao controle jurisdicional, precisamente porque envolvem questões políticas, sendo permitida a avaliação judicial desses atos apenas quando são alegadamente prejudiciais a um direito individual (CARVALHO FILHO, 2022, p. 909).

A distinção entre atos políticos e atos administrativos servia para indicar que aqueles possuem uma discricionariedade mais ampla, pois são relacionados a decisões extrajurídicas que definem o futuro nacional (CRETELLA JÚNIOR, 1988).

Trata-se de visão que desconsidera a força normativa da Constituição, que consagra no art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), a ação direta de inconstitucionalidade, o recurso ordinário, o recurso extraordinário, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei Federal nº 9.882/99 (LEAL, 2005, p. 139).

Tanto a Constituição, quanto o Estado não se resumem a um compêndio de normas codificadas, mas representam um símbolo do avanço cultural da sociedade. A sua principal missão é o equilíbrio entre o reconhecimento dos feitos históricos

passados e a visão de um futuro a ser edificado com base em um paradigma estabelecido democraticamente. Este desafio deve ser refletido com uma base ética que, no caso do modelo social, o caracteriza de forma específica com a diminuição das disparidades por meio dos esforços coletivos e a consagração de uma alteridade republicana (GABARDO, 2009, p. 154-155).

O gestor público assume a posição de executor dos direitos garantidos constitucionalmente, ao desempenhar tarefas essenciais do Estado, como na tomada de decisões em uma esfera discricionária em que deverá ponderar para identificar a melhor alternativa que atenda à necessidade apresentada, sem violar outros princípios. É notável que os conceitos de conveniência e oportunidade perdem seu significado neste contexto, uma vez que a escolha a ser feita está ligada ao ordenamento jurídico constitucional como um todo, de modo a orientar todo o regime jurídico administrativo (CASIMIRO, 2007, p. 120).

Insista-se, o Estado não se limita mais a ser apenas um prestador de serviços públicos. A sua principal e fundamental função é assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos, para o qual conta com um conjunto de novas técnicas jurídicas que possibilitam o pleno cumprimento desse papel (MUÑOZ, 2012, p. 258).

Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 147-148) aponta que o “homem cordial” se utiliza de uma máscara social, representada pela polidez, que encobre as verdadeiras intenções e sentimentos. Por meio do uso de relações interpessoais, o agente público desempenha a função administrativa sob o invólucro do favor pessoal, da bondade voluntária e por meio dessa padronização de formas exteriores da cordialidade, ainda que desprovidas de legitimidade, permite ao indivíduo manter sua supremacia perante o social, isto é, a função pública passa a ser instrumento de promoção pessoal, de favorecimento aos amigos e de perseguição aos desafetos.

Essa proximidade afetiva na Administração Pública pode criar uma falsa sensação de eficiência e legitimidade, o que pode mascar problemas reais e impedir uma avaliação crítica da atuação do Estado. A preocupação excessiva com a imagem e a aparência pode levar a uma negligência quanto à necessidade de promover reformas estruturais e melhorias efetivas nos serviços públicos, na promoção dos objetivos fundamentais acima indicados.

A atividade administrativa estatal não pode ficar à mercê das vontades individuais dos agentes públicos, de forma a possibilitar o empreendimento de projetos pessoais, mas a boa administração requer a busca incessante de resultados em direção à missão do Estado.

A liberdade deve ser compreendida sob o aspecto formal, quanto à possibilidade de fazer qualquer coisa que não seja proibida por lei, mas também em seu aspecto material, quanto a criação de condições de possibilidade para que os destinatários da norma possam exercer a referida liberdade. Ter liberdade (em tese) para ir aonde quiser não significa que o indivíduo tenha condições de realmente se deslocar para qualquer lugar, diante da ausência de condições financeiras para arcar com as despesas com um simples transporte público (liberdade real).

A liberdade deve ser compreendida não apenas pela realização efetiva do indivíduo, mas pelas possibilidades de realizações. Se as alternativas possíveis ao indivíduo fossem eliminadas, certamente a sua liberdade seria reduzida.

Opções e oportunidades de um indivíduo podem ser julgadas importantes em uma avaliação normativa em adição àquilo que ele acaba realizando ou assegurando. A liberdade pode ser valorizada não meramente porque auxilia a realização, mas também em razão de sua própria importância, extrapolando o valor do resultado realmente alcançado. Se, por exemplo, todas as alternativas além daquela verdadeiramente escolhida fossem eliminadas, isso não afetaria a realização (uma vez que a alternativa escolhida ainda pode ser escolhida), mas a pessoa claramente tem menos liberdade, e isso pode ser considerado uma perda de certa importância. (SEN, 2004, p. 60)

Portanto, a liberdade vai além da verificação daquilo que foi efetivamente praticado por cada indivíduo. Deve ser considerado que a sociedade também é titular deste direito inserido no objetivo fundamental (GRAU, 2001, p. 252). Uma sociedade livre tem relação com a autodeterminação, a possibilidade de um povo decidir o caminho que deve seguir para a sua felicidade, sem imposições coercitivas de outros povos ou de agentes internos ou externos.

É evidente que o comportamento humano, inserido em sociedade, é condicionado a fatores reais do ambiente social. No entanto, a partir do momento em que a influência desses fatores externos impossibilite ações alternativas ou mesmo qualquer ação, a liberdade fica muito limitada ou desaparece.

Enquanto se fala em liberdades individuais, deve se pensar na demarcação de um espaço de atuação do indivíduo fora do alcance das interferências alheias, públicas ou privadas. Por outro lado, as liberdades sociais ou econômicas impõem o atendimento de reivindicações de melhores condições de vida, da qual depende da atuação estatal (COMPARATO, 1989, p. 33-34).

Em um país de modernidade tardia, é comum se perceber a liberdade dos indivíduos ser restringida pela ausência de condições econômicas de indivíduos que lutam por sua sobrevivência, pela debilidade da educação, que limita consideravelmente a mobilidade social e, por conseguinte, eterniza as desigualdades.

Tais desigualdades, que reduzem a liberdade dos indivíduos e da sociedade como um todo, somente podem ser combatidas por meio de políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais (COMPARATO, 1989, p. 53). Não basta a positivação de direitos no texto constitucional, sem a criação de um aparato estatal para a sua tutela, sob pena de tais direitos se transformarem em promessas vazias (HOLMES; SUNSTEIN, 1999) do Constituinte.

A proteção dos direitos humanos ocorre na proporção direta do grau de desenvolvimento sócio-econômico-cultural dos povos. Reversivamente, como o desenvolvimento supõe progressiva igualdade social, ele só pode realizar-se no amplo respeito aos direitos humanos (COMPARATO, 1989, p. 55-56).

Insista-se, não se trata de um conselho constitucional, mas de um enunciado normativo cogente, uma diretriz da Constituição dirigente, que conforma toda atividade estatal para o seu cumprimento. Há um longo caminho a percorrer, para que o Direito brasileiro logre alcançar as promessas constitucionais quanto a formação de uma sociedade livre.

Quanto ao objetivo de constituir uma sociedade justa é interessante a proposta de justiça distributiva em John Rawls. O autor estabelece quais são as instituições políticas e jurídicas mínimas, necessárias à justiça distributiva. A liberdade de consciência e a igualdade de oportunidades necessitam de um sistema educacional subsidiado ou mantido pelo Estado, e que também deve garantir um mínimo social às famílias, por meio de uma renda mínima a ser complementada pelos salários dos trabalhadores, apoio aos desempregados (RAWLS, 2002, p. 303-304).

A formação de uma sociedade justa (art. 3º) tem relação com o caput do art. 170 (CR/88), que estabelece a justiça social como parâmetro para o alcance do objetivo da ordem econômica, que é “assegurar a todos uma existência digna”. A ideia de justiça social está relacionada a redução das desigualdades na distribuição de riquezas, que pode ser alcançada por meio da justiça distributiva, com o desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao atendimento das reivindicações dos desprivilegiados.

Como construir uma sociedade solidária? A solidariedade (art. 3º, I, CR/88) deve ser compreendida como uma conduta de apoio ao próximo quando houver necessidade. Não se trata de um sentimento religioso, mas uma atitude relacionada à própria natureza humana.

A espécie humana é marcada por sua socialidade, ou seja, há necessidades humanas que não podem ser satisfeitas nem por sua família, mas sim pela sociedade como um todo. Viver em sociedade traz em si suas limitações aos indivíduos, mas também cria um universo de possibilidades. As grandes realizações humanas só foram possíveis em virtude da colaboração de muitos indivíduos.

A solidariedade, portanto, pode ser entendida como uma relação de reciprocidade entre direitos e deveres (DUQUE; PEDRA, 2013, 152). Se os indivíduos se beneficiam do convívio social, assim como da garantia de direitos, surge para cada indivíduo o dever de solidariedade, de colaborar com os seus semelhantes, como agente ativo do corpo social.

É importante ressaltar que um dever atribuído a um indivíduo não deve lhe acarretar um esforço excessivo. Em nome do princípio da solidariedade, não se pode impor ao sujeito do dever um sacrifício extraordinário ou desproporcional com o objetivo de preservar determinado direito (PEDRA, 2015, p. 1138).

A liberdade e a responsabilidade caminham lado a lado, de modo a formarem uma relação intrínseca na vida de cada indivíduo. Cada ação realizada ou omissão mantida é resultado de escolhas individuais que exercem influência sobre a sociedade (FARO, 2012, p. 246). Nesse contexto, a capacidade de fazer escolhas se torna um poder singular, que permite que cada pessoa transforme oportunidades em bem-estar e assuma compromissos que refletem seus valores e princípios.

Dentro desse panorama, a solidariedade emerge como uma expressão notável da responsabilidade individual. É por meio da escolha consciente e voluntária de se dedicar a algo que vai além do bem-estar pessoal que a solidariedade ganha vida. Significa agir em prol do que é valorizado pelo indivíduo, mesmo que isso não resulte em benefícios imediatos ou tangíveis.

A solidariedade vai além da mera generosidade ou caridade ocasional. Ela é um compromisso constante de contribuir para o bem comum e ajudar aqueles que estão em situação de vulnerabilidade. Essa atitude solidária pode se manifestar de diversas formas, seja através do apoio financeiro a causas sociais, do trabalho voluntário em instituições de caridade, do compartilhamento de conhecimento e habilidades, do simples gesto de empatia e compaixão no dia a dia, ou em colaborar para a efetivação de direitos fundamentais de outras pessoas.

A escolha individual de praticar a solidariedade implica em reconhecer que os seres humanos são interdependentes e que o seu bem-estar está intrinsecamente ligado ao bem-estar coletivo. É compreender que ações solidárias podem gerar um impacto positivo na sociedade como um todo, de modo a criar um ambiente mais justo, equitativo e harmonioso.

Neste sentido, a solidariedade transcende fronteiras geográficas, culturais e sociais. Ela une pessoas de diferentes origens em torno de valores comuns, fortalecendo os laços humanos e estimulando a construção de uma comunidade mais coesa e resiliente.

Portanto, a solidariedade é um poderoso instrumento de transformação social, impulsionado pelas escolhas individuais baseadas em valores nobres e na consciência de que cada indivíduo tem o poder de fazer a diferença. Ao exercer a solidariedade em todas as suas dimensões, é possível construir um mundo mais justo, empático e sustentável para as presentes e futuras gerações.

Não se pode pensar em solidariedade apenas no âmbito local, região ou mesmo nacional. Ao estabelecer essa relação entre competição, cooperação e solidariedade, Delmas-Marty (2016, p. 89-94) propõe repensar nossas práticas e políticas, para buscar um equilíbrio entre interesses individuais e o bem comum global. A autora destaca que a solidariedade planetária não é apenas uma utopia, mas sim

uma necessidade para enfrentarmos os desafios complexos e interconectados do mundo contemporâneo.

No entanto, a tarefa não é fácil, tendo em vista que não são todos os ordenamentos jurídicos que possuem norma que imponha expressamente o dever de solidariedade. Após o Tratado de Lisboa (2007), o dever de solidariedade está expresso na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, com o seu caráter vinculativo a todos os Estados-membros da União Europeia a partir de 2009, no Capítulo IV, arts. 27 ao 38. Mesmo assim, percebe-se uma resistência por parte dos Estados-membros no cumprimento deste dever (DELMAS-MARTY, 2016, p. 91)

A solidariedade possui aplicabilidade em diversas áreas. No contexto de um processo administrativo, quando as partes agem de má-fé e não colaboram para uma solução rápida, ocorre uma violação do dever de solidariedade. Isso acontece porque a atuação ineficiente das partes gera custos para o Estado, que são suportados pelos cofres públicos. Além disso, há uma ocupação desnecessária de agentes públicos, o que prejudica outros indivíduos que têm direito a um serviço eficiente por parte da administração pública, em conformidade com o princípio do direito fundamental à boa administração (GUEDES; FABRIZ, 2017, p. 137).

Mas, os seres humanos são solidários? Há uma tendência das pessoas em se pensar que os indivíduos não se importam com os outros, que as pessoas são indiferentes. Rutger Bregman (2021, p. 184 e ss.) relata um homicídio ocorrido em 13 de março de 1964 às 3h19m da manhã no bairro Queens, na cidade de Nova York, de uma jovem de 28 anos de nome Catherine Susan Genovese. Ela foi esfaqueada em frente o seu apartamento, tendo 38 testemunhas oculares, que permaneceram inertes. O caso recebeu muita atenção da imprensa, tendo inspirado um livro, e programas de televisão. O que ficou claro com este episódio foi a apatia dos vizinhos, com relação ao homicídio daquela jovem, pois sequer chamaram a Polícia.

No entanto, anos depois, quando o caso foi analisado mais de perto, descobriu-se que a história não aconteceu como foi contada. Poucos vizinhos foram realmente testemunhas ocupadas, muitos acharam que se tratava de uma pessoa bêbada andando pela rua (BREGMAN, 2021, p. 194), outros acharam que fosse briga de casal e dois vizinhos ligaram para a Polícia, mas esta demorou a chegar ao local, por talvez julgar que fosse um caso de violência doméstica – que à época as

autoridades não davam atenção ao fato (BREGMAN, 2021, p. 192-193). Uma notícia que relata a indiferença das pessoas vende mais do que atos de solidariedade.¹²

Richard Rorty (1994) sustenta que a solidariedade é mais fácil de ser praticada entre aqueles que se reconhecem semelhantes (integrantes do “nós”). E é por isto que as contingências influenciam tanto no sentimento de solidariedade. Tais semelhanças e diferenças receberão destaque na consciência do indivíduo em razão de um vocabulário final¹³ contingente (RORTY, 1994, p. 238).

Outro caso relatado pelo mesmo historiador, sobre um carro que caiu num canal de Amsterdã, em 9 de fevereiro de 2016, às 15h45m, com uma mãe e seu filho pequeno. Como um reflexo, pessoas que estavam próximas se lançaram na água para socorrer aquela família em perigo. Ao final da operação que levou menos de dois minutos, a família foi salva (BREGMAN, 2021, p. 189-190). Desconhecidos se uniram para salvar uma família também desconhecida. Eis um exemplo comovente de solidariedade.

Em fevereiro de 2017 os policiais militares do estado do Espírito Santo entraram em greve, o que provocou um caos generalizado, com uma onda de violência e acertos de contas entre facções criminosas e saques a muitas lojas. Dentre elas foi saqueada uma relojoaria de um casal de idosos em Cariacica, uma das cidades mais violentas da região metropolitana da Capital (Vitória). Como a foto deste casal em sua empresa saqueada viralizou nas redes sociais, a partir de uma arrecadação de fundos foi possível a reabertura daquela loja (GARSCHAGEN, 2018). Eis mais um exemplo de solidariedade entre estranhos.

A solidariedade pode ser entendida como uma ação concreta em favor do bem estar de outrem (DI LORENZO, 2010, p. 131). Portanto, a solidariedade pode ser vista como comportamento humanos desprendidos de interesses de recompensa. Percebe-se este tipo de comportamento em casos de necessidade, em que indivíduos

¹² “É chocante como o episódio não se sustenta. Naquela noite fatídica, não foram os nova-iorquinos normais que erraram, e sim as autoridades. Kitty não morreu sozinha, mas nos braços de uma amiga. E, considerando tudo, a presença de espectadores tem o efeito oposto ao do que a ciência vem há muito insistindo. Nós não estamos sozinhos numa cidade grande, no metrô ou nas ruas movimentadas. Nós temos uns os outros.” (BREGMAN, 2021, p. 194).

¹³ O vocabulário de uma pessoa é um conjunto de palavras utilizadas na sua linguagem, para justificar as suas ações ou as suas crenças, bem como os valores positivos ou negativos utilizados para medir a qualidade de coisas ou pessoas. Como tais palavras não são passíveis de um recurso argumentativo por seu usuário, quando colocados seus valores à prova, Richard Rorty o denomina *vocabulário final*. (RORTY, 1994, p. 103).

se encontram em perigo ou em situação de vulnerabilidade, e outros não ficam inertes, mas acodem o seu semelhante.

Diante das desigualdades, a solidariedade ocupa o seu lugar, para deduzi-las e buscar a sua correção. E tais comportamentos não são direcionados apenas a indivíduos conhecidos, mas ao estranho, movidos pela compaixão, que podem ou não ser institucionalizados.¹⁴

A solidariedade inserida no texto constitucional é a sua versão institucionalizada. Em outras palavras, o Estado brasileiro deverá promover ações e políticas públicas que proporcionem redução de desigualdades na sociedade brasileira, por meio de recursos coletados dos impostos.

Ações no sentido de implementar a solidariedade na sociedade não devem ser apenas estatais, mas de toda a sociedade, na busca do bem comum (DI LORENZO, 2010, p. 144), cabendo ao Estado o estímulo a tais condutas. Isto pode parecer utópico, mas na verdade, ao desenvolver ações solidárias para reduzir desigualdades, não são beneficiadas somente as pessoas diretamente afetadas por tais ações, mas a sociedade como um todo.

Para expandir o sentido de solidariedade é necessário incluir cada vez mais pessoas na noção de “nós”, tais como pessoas de outras classes sociais, de outras profissões, que professam outra religião, ateus, jovens, idosos, trabalhadores especializados, trabalhadores braçais, nacionais e estrangeiros (RORTY, 1994, p. 243).

Quando se reduzem desigualdades na sociedade é possível perceber uma redução no conflito entre classes sociais. É evidente que não se espera o alcance de uma igualdade absoluta, mas o que se busca é a erradicação da pobreza e da fome, o acesso à educação, capaz de proporcionar ascensão econômica e social dos indivíduos e o amparo aos necessitados.

O princípio da solidariedade serve de alicerce doutrinário tanto para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (STEINER, 2014, p. 292), quanto para a teoria

¹⁴ “Sustento que a força de ‘nós’ é tipicamente contrastante no sentido em que contrasta com um ‘eles’ que também é constituído por seres humanos – o tipo errado de seres humanos. [...] o nosso sentimento de solidariedade é mais forte quando se pensa naqueles relativamente aos quais se exprime solidariedade como se fossem ‘um de nós’, em que ‘nós’ significa algo mais pequeno e mais local do que a raça humana”. (RORTY 1994, p. 237, 238).

dos deveres fundamentais (NEVES; PEDRA, 2021b, p. 166). A solidariedade não direciona apenas a atividade estatal, mas também a conduta de particulares, no sentido de possibilitar a concretização de direitos fundamentais.¹⁵

Segundo José Carlos Vieira de Andrade, os deveres fundamentais têm relação com o indivíduo responsável no campo político e social para com a sociedade na qual ele está inserido. Para o autor “[...] o homem não existe isoladamente, nem a sua liberdade é absoluta e que os indivíduos são responsáveis no campo político, econômico, social e cultural pela segurança, pela justiça e pelo progresso da comunidade” (ANDRADE, 2001, p. 156).

Na prática, as políticas desenvolvidas pela seguridade social – saúde pública, previdência social e assistência social – são um bom exemplo, pois beneficiam pessoas em situações de vulnerabilidade, mantidas por um sistema de custeio em que várias pessoas em empresas participam. Não se trata de um simples direito das pessoas, mas também um dever de solidariedade, para o desenvolvimento da dignidade humana (DI LORENZO, 2010, p. 146).

Portanto, a vida econômica de um país deve assumir uma dimensão ética, na busca da produção de riqueza e de sua distribuição de maneira adequada aos indivíduos, como parte da sociedade que deve ser beneficiada pelos esforços da coletividade.

Outro objetivo fundamental do Estado brasileiro está previsto no art. 3º, II da CR/88, que é garantir o desenvolvimento nacional. Neste ponto é importante compreender a amplitude do vocábulo desenvolvimento.

É equivocado se pensar em desenvolvimento apenas a partir do crescimento do Produto Interno Bruto, do volume de exportações ou outros índices. Como adverte Amartya Sen, a ideia de desenvolvimento deve ir muito além do acúmulo de riqueza ou do crescimento do PIB. Há que se ter em mente a melhora da qualidade de vida das pessoas e do nível de liberdade que elas gozam (SEN, 2000, p. 14-15).

Para além da ampliação quantitativa do produto interno, há um apelo para mudanças estruturais socioeconômicas que resultem em melhorias qualitativas nos padrões de vida dos cidadãos, para promover a elevação do bem-estar social. As

¹⁵ Já tratamos da solidariedade como norteadora da conduta de particulares na adesão de campanhas de vacinação: (NEVES; PEDRA, 2021a, p. 129).

transformações estruturais requeridas para caracterizar o desenvolvimento devem ser capazes não apenas de alterar a realidade socioeconômica, mas também de lhe atribuir o caráter de sustentabilidade, ao permitir a manutenção da melhoria da qualidade de vida da população e a continuidade do processo de desenvolvimento (HACHEM, 2013, p. 151-152).

Para Schumpeter, só ocorre desenvolvimento econômico quando os elementos internos da economia do país produzem mudanças, por iniciativa própria. Ou seja, no seio da própria economia surgem novos empreendimentos, parcelas da população passam a produzir riqueza e ocorre ascensão social, aumento no registro de patentes, dentre outros fatores, que promovem alterações qualitativas na economia, aí sim se pode falar em desenvolvimento (SCHUMPETER, 1982, p. 74).

Se, no entanto, ocorrer apenas alterações nos dados a partir de fatores externos e a economia se adapta, ou quando há um incremento quantitativo da riqueza, sem alterações qualitativas nos elementos internos, o que ocorre é o crescimento econômico, mas não há desenvolvimento.

A concepção de desenvolvimento nacional que será aqui adotada é mais abrangente que o crescimento econômico, pois leva em consideração fatores humanos e sociais na avaliação do desenvolvimento do país.

As atividades estatais devem se pautar neste objetivo a ser alcançado, o que exige planejamento e estabelecimento de metas a curto, médio e longo prazo.

Uma das formas de se promover o desenvolvimento nacional é por meio da atividade estatal de fomento, que pode ser entendida como um conjunto de instrumentos jurídicos pelos quais o Estado estimula condutas de particulares no âmbito econômico, com o fim de se alcançar os objetivos estatais (SCHIER; MEDEIROS, 2021, p. 12).

Por meio do fomento,

o Estado atual procura, por todos os meios a seu alcance, pôr à disposição do maior número possível de indivíduos os instrumentos do desenvolvimento econômico e do progresso sociocultural, adotando medidas capazes de incentivar a iniciativa privada de interesse coletivo nesses campos (SOUTO, 2003, p. 39).

Tal atividade estatal pode ser realizada por meio de incentivos fiscais tais como imunidade ou isenção tributárias, ou redução de alíquotas dos tributos em determinados setores eleitos como de interesse, de forma permanente ou temporária, repasses de recursos, por meio de celebração de convênios, financiamentos facilitados com juros baixos e prazos de carência para o início do pagamento, desapropriações e doações de imóveis para a instalação de novos empreendimentos, anistias, dentre outras medidas (SCHIER; MEDEIROS, 2021, p. 14).

É evidente que não se tratam de privilégios concedidos, sob o influxo da política partidária ou de interesses particulares dos gestores, mas de uma atividade vinculada (SOUTO, 2003, p. 39) do Estado, a partir de uma política de desenvolvimento nacional. Há uma certa discricionariedade do gestor na avaliação de quais empresas devem receber os benefícios, a partir de determinados condicionantes, no entanto, a vinculação está relacionada à finalidade da concessão.

Portanto, há que se preocupar com o controle sobre tais concessões, para que não ocorra um desvio da finalidade pública, que é o desenvolvimento nacional (SCHIER; MEDEIROS, 2021, p. 18). A atividade de uma gestão profissionalizada é fundamental, para a avaliação constante dos impactos do fomento na transformação da realidade social.

A Constituição estabelece que o Estado é o agente normativo e regulador da atividade econômica, e exercerá as funções, dentre outras, de fomento e planejamento (art. 174, CR/88). O desenvolvimento não é obra do acaso, mas é fruto de um planejamento adequado. O Estado deve planejar estratégias para alcançar os objetivos definidos pelo Constituinte.

Há uma obrigatoriedade para o Estado. O plano por ele estabelecido deverá reger todos os seus programas de ação. A indicatividade se destina a informar a iniciativa privada sobre as ações do Estado. O plano a ser adotado tem a finalidade de conferir transparência e certeza sobre as ações a serem empreendidas pelo Estado (FONSECA, 2017, p. 259).

Não há como se governar um país, um estado ou um município sem se pensar de forma estratégica, com um plano e metas a serem conquistadas, com o fim último de serem alcançados os objetivos constitucionais.

A Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu a Agenda 2030, que se trata de um conjunto de objetivos para o desenvolvimento sustentável, assim

enumerados: 1. Erradicação da pobreza; 2. Fome zero; 3. Saúde e bem-estar; 4. Educação de qualidade; 5. Igualdade de gênero; 6. Água limpa e saneamento; 7. Energia limpa e acessível; 8. Trabalho decente e crescimento econômico; 9. Indústria, inovação e infraestrutura; 10. Redução das desigualdades; 11. Cidades e comunidades sustentáveis; 12. Consumo e produção responsáveis; 13. Ação contra a mudança global do clima; 14. Vida na água; 15. Vida terrestre; 16. Paz, justiça e instituições eficazes; 17. Parcerias e meios de implementação (SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS, 2015).

O art. 3º, III da CR/88 estabelece como objetivo fundamental “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Trata-se de norma que obriga os poderes constituídos a promoverem ações no sentido de se alcançar esses objetivos.

As desigualdades existentes no Brasil provocam injustiça social, exclusão de cidadãos das oportunidades disponíveis na sociedade, negam o acesso a serviços públicos essenciais, como saneamento básico e educação de qualidade. Políticas públicas devem ser desenvolvidas para que esses objetivos se tornem realidade.

No Estado brasileiro, o desenvolvimento exige a sua ligação a uma noção material de igualdade, que não restrinja o papel do poder público a fornecer igualdade de oportunidades no início, mas também lhe conceda a responsabilidade de atuar em direção à diminuição das desigualdades sociais. E isso só pode ser alcançado por meio de uma atuação intensiva da Administração Pública voltada para a total efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Não se nega que a garantia do mínimo existencial é fundamental. Trata-se de uma condição necessária, mas não suficiente (HACHEM, 2013, p. 160).

Uma boa administração pública deve ter como meta a erradicação da pobreza, para o cumprimento de sua tarefa constitucionalmente estabelecida. Mais uma vez é necessário frisar que não se trata de um conselho do constituinte, mas de um mandamento cogente ao Estado democrático de Direito.

O Constituinte continua no art. 3º, e estabelece como objetivo fundamental “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Eis o objetivo que fundamenta e legitima a existência do próprio Estado.

A criação de uma estrutura estatal pressupõe a limitação de liberdades individuais, que só se justificam se ocorrerem em prol do bem da coletividade. Em um Estado Democrático de Direito só há justificação do poder estatal com a promoção do bem de todos. Para tanto, o Constituinte impõe que este bem comum será realizado sem discriminações de qualquer natureza.

Esse objetivo visa garantir que as políticas públicas sejam orientadas para a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, para lhes proporcionar condições adequadas de vida e oportunidades para o pleno exercício da cidadania.

A promoção do bem de todos implica necessariamente a implementação de políticas públicas que visem combater as desigualdades sociais e promover a inclusão de grupos historicamente marginalizados. Nesse sentido, as políticas públicas devem ser pautadas por princípios de justiça social e redistribuição de recursos, de modo a garantir o acesso equitativo a direitos fundamentais, como educação, saúde, moradia, trabalho digno e segurança.

De acordo com Bucci (2006, p. 14), a política pública pode ser entendida como um programa ou plano de ação do governo que envolve um conjunto de medidas coordenadas. Seu objetivo é impulsionar a máquina governamental para alcançar um determinado objetivo de interesse público ou, na perspectiva jurídica, concretizar um direito.

No campo da educação, por exemplo, a promoção do bem de todos requer a implementação de políticas que garantam o acesso universal à educação de qualidade, desde a educação básica até o ensino superior. Isso implica investimentos na infraestrutura escolar, formação de professores, currículos inclusivos e políticas de inclusão para grupos historicamente excluídos, como negros, indígenas, pessoas com deficiência e população de baixa renda. Além disso, é necessário garantir a igualdade de oportunidades no acesso à educação, combatendo as desigualdades regionais e socioeconômicas.

De acordo com Amartya Sen (2000, p. 283-284), as liberdades substantivas que temos para exercer nossas responsabilidades estão fortemente condicionadas pelas circunstâncias pessoais, sociais e ambientais. Por exemplo, uma criança que é privada da oportunidade de receber uma educação básica não apenas é privada durante a juventude, mas também é prejudicada ao longo de toda a vida. Essa

privação limita sua capacidade de realizar atividades básicas que dependem de habilidades como leitura, escrita e aritmética.

Na área da saúde, a promoção do bem de todos implica o acesso universal e igualitário a serviços de saúde de qualidade. Isso requer a ampliação da rede de atendimento, o fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS), a formação de profissionais capacitados e a garantia de acesso a medicamentos e tratamentos adequados. Além disso, é fundamental adotar políticas de prevenção e promoção da saúde, visando à melhoria das condições de vida da população e à redução das desigualdades em saúde.

No âmbito do trabalho, as políticas públicas devem assegurar condições dignas de trabalho, com respeito aos direitos trabalhistas, combate ao trabalho infantil e escravo, igualdade salarial, proteção contra a discriminação e estímulo à geração de empregos de qualidade. A promoção do bem de todos implica também o incentivo à economia solidária e ao empreendedorismo, visando à inclusão econômica e ao fortalecimento da autonomia dos indivíduos.

O Estado e as entidades supranacionais devem definir normativamente os seus objetivos com base na premissa política de que devem proporcionar o máximo possível aos indivíduos. E essa máxima exige a renúncia ao princípio da subsidiariedade em favor da adoção de um propósito geral específico que será imposto não apenas por meio da lei, mas também pela atividade administrativa estatal. Seu objetivo não se limita à garantia da liberdade e dignidade, mas estabelece um conjunto de direitos e garantias fundamentais que tem como objetivo a felicidade do povo (GABARDO, 2018, p. 106-107).

Há que se estabelecer uma diferenciação aqui para evitar mal-entendidos. A felicidade subjetiva está intrinsecamente ligada às emoções de cada indivíduo e, desta forma, é objeto de estudo da psicologia ou da psicanálise. Por outro lado, a felicidade objetiva é aquela que pode ser justificada e entendida por todos, ou seja, é suscetível de ser examinada e racionalmente controlada por meio de debate crítico. Esta compreensão objetiva da felicidade é vital para que possa ser empregada como princípio orientador de uma ética do Estado e do Direito (GABARDO, 2018, p. 127).

Para a concretização dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas, é fundamental a participação da sociedade civil e a transparência na

formulação, implementação e avaliação dessas políticas. A democracia participativa e o diálogo entre governo e sociedade são essenciais para garantir que as políticas públicas atendam efetivamente às necessidades e demandas dos cidadãos.

A proibição de discriminações (negativas) ganha relevância em um país de passado escravocrata, que traz ranços de racismo e preconceito em sua cultura. Os objetivos fundamentais têm o papel de servir de norte para que os governantes possam desenvolver políticas públicas no sentido de alcançá-los.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO *LOCUS* DO DESENVOLVIMENTO DE UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 A ADMINISTRAÇÃO COMO CUIDADO PELO ALHEIO

Neste capítulo será apresentada a construção da noção de direito fundamental à boa Administração Pública, a partir da doutrina europeia (alguns países) e de decisões do *Ombudsman* Europeu, na aplicação do art. 41 da Carta de Nice. Mas antes de iniciar esta tarefa, é mister compreender uma noção elementar, que possibilitará o delineamento o objeto desta tese.

A escolha por apresentar o direito fundamental à boa administração a partir do Direito Europeu não se deve a um colonialismo, para se reconhecer um direito fundamental apenas por haver tal discussão no Direito estrangeiro, na tentativa se de fazer um mero transplante de ideias, o que seria um erro grave de julgamento, conforme alerta Oliveira Viana (2019, p. 336-338).

Também não se fez tal escolha porque a Administração Pública Comunitária é um exemplo perfeito a ser seguido por todos, tendo em vista, como se verá mais adiante, que a União Europeia também enfrenta problemas administrativos no seu cotidiano.

No entanto, a escolha se justifica, em primeiro lugar, por uma questão cronológica. Como se verá mais a diante, naquele continente já se iniciou o combate à má administração há muitos anos e ainda na década de 1990 foi nomeado o primeiro *Ombudsman* Europeu, que tem por atividade principal o controle externo sobre a Administração Pública e a identificação de casos de má administração.

Em segundo lugar, a própria instituição deste Provedor de Justiça Europeu está sedimentada e estruturada com independência funcional, de modo a possibilitar um controle mais adequado sobre as entidades e órgãos comunitários, o que pode ser útil para a análise sobre o Direito brasileiro na Parte III.

Administrar, do latim *administrare*, significa servir alguma coisa ou ir numa direção subordinado a algo. Portanto, a partir da origem etimológica da expressão, podem-se extrair três ideias centrais: a) ação – o administrador deve agir, pois a passividade é incompatível com a função; b) rumo – toda atuação do administrador deve estar direcionada a alcançar determinado fim, a partir de planejamento e racionalização dos processos; e c) subordinação – administrar é servir a interesses

alheios, pois não é o administrador quem estabelece a finalidade a ser alcançada, mas apenas tem como tarefa a busca de meios para alcançá-la (OTERO, 2013, p. 19-20).

A administração é um processo que se caracteriza pela sua natureza contínua e sistêmica, que envolve uma série de atividades fundamentais para a condução das organizações. Dentre estas atividades, podem ser destacadas o planejamento, a organização, a direção e o controle de recursos e competências, tendo em vista o alcance de objetivos e metas definidos pela instituição. Para tanto, é necessário fixar objetivos claros, tomar decisões estratégicas ao longo do caminho e liderar todo o processo, de modo a garantir que os resultados sejam entregues aos públicos estratégicos da organização (CHIAVENATO, 2021, p. 14).

É uma meta para toda organização ser bem administrada. Não há negócio ou atividade empresarial que sobreviva a uma má administração. E para falar de boa administração, há que se observar os resultados que ela apresenta. Para isso, não importa o tamanho da organização, da equipe de trabalho, do nível de conhecimento agregado, ou do quantitativo de investimentos realizados no empreendimento. O que se espera de uma boa administração não é a repetição do que já se faz há muito tempo, mas sim a apresentação de resultados satisfatórios (DRUCKER, 2006, p. 7).

Para se distinguir a administração das outras funções estatais, já se disse que se trata de ação, ou ação singular e concreta ou organizada ou, ainda, ação para conformação social ou gestão de serviços públicos (ENTERRÍA; FERNANDEZ, 2001, p. 28). Como lembra Fritz Fleiner (1933, p. 5), já se distinguiu a função administrativa das funções legislativa e jurisdicional pelo livre arbítrio da Administração, como um equívoco, tendo em vista que a Administração Pública, assim como a atividade política estatal se submete à lei.

A função administrativa representa um papel público que tem como base a atividade da função legislativa e o seu desempenho, quando se alinha à missão social da instituição pública à qual está vinculada, resulta na realização das garantias de direitos, seja por meio de prestações aos indivíduos ou por meio de proibições de lesão a direitos (FERRAJOLI, 2013a, p. 770).

Assim se chega a uma noção por exclusão, de administração (pública) como toda atividade que o Estado ou seus órgãos ou entidades desenvolvam em sua ordem

jurídica, para alcançar as suas finalidades essenciais, que não estejam na esfera de competências legislativa ou jurisdicional (FLEINER, 1933, p. 7).

Para explicar a noção de administração pública (no sentido da atividade mesma), Renato Alessi apresenta a ideia de função administrativa: “[...] é a atividade concreta, dirigida através de uma ação positiva à realização dos fins concretos de segurança, progresso e bem-estar da coletividade” (ALESSI, 1970, p. 7). No mesmo sentido ensina Marcello Caetano:

A administração pública é o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais tragadas pela Política, directamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das actividades privadas, assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e de bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados. (CAETANO, 1970, p. 5)

O que se tem em comum de todas essas noções apresentadas é que a atividade administrativa não é um fim em si mesmo, mas se trata de uma atividade auxiliar, que serve como meio para se alcançar objetivos estabelecidos previamente, de modo a serem tutelados os interesses do titular de direitos. Em outras palavras, quem administra o faz em nome de outrem e sob as suas ordens.

Ora, na atuação do administrador, seja público ou privado, deve estar submetida aos parâmetros estabelecidos pelos titulares dos direitos. No âmbito privado, os titulares dos interesses representados pelo administrador são os sócios, acionistas ou associados. No âmbito público, os titulares dos interesses são a coletividade e os indivíduos, em particular.

Portanto, a atividade estatal deve respeito aos limites estabelecidos pela ordem jurídica, na busca de alcançar os objetivos (e metas) previamente definidos, para que se possa falar em boa administração (PONCE SOLÉ, 2014, p. 30). É esta a ideia central que deve estar sempre na mente do gestor público. Como dito no capítulo anterior, na Constituição está inserido o programa ou as diretrizes para o que o Estado brasileiro considera boa administração.

El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de

imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones? ni la requieren tampoco sus responsabilidades. (GARCIA DE ENTERRÍA, 1962, p. 179-180).

A sujeição da Administração Pública aos controles, sejam pelos órgãos de controle (interno ou externo), pelo Poder Judiciário ou o controle social não significa uma substituição do administrador, mas sim uma vigilância constante sobre quem é um mandatário, que deve exercer as suas atividades segundo os parâmetros juridicamente estabelecidos.

3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO: A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO

3.2.1 Provedor de Justiça

3.2.1.1 Notas introdutórias

Como foi afirmado no início deste capítulo, será tratado o direito fundamental à boa Administração Pública, a partir da construção europeia, em especial pelo trabalho desenvolvido pelo Provedor de Justiça.

A União Europeia possui uma estrutura organizacional complexa, o que acaba por distanciar o cidadão desta Organização (MÁLLEN, 2004, 73).

O Provedor de Justiça Europeu é uma instituição independente da União Europeia (UE), que atua como defensor dos direitos dos cidadãos. Sua principal missão é investigar queixas de cidadãos, empresas e organizações que acreditam terem sido vítimas de má administração por parte das instituições e organismos da UE.

O Provedor de Justiça Europeu foi criado em 1992 com o objetivo de fortalecer a transparência, a responsabilidade e a confiança nas instituições da UE. No ano de 1995 foi eleito como o primeiro Provedor de Justiça Europeu o finlandês Jacob Södermann (SANTIN, 2012, p. 160). Desde então, tem sido um importante garante dos direitos dos cidadãos da UE, ao atuar como mediador entre eles e as instituições da UE.

Qualquer pessoa que resida em um dos estados-membros da UE, ou em um país com um acordo de associação com a UE, pode apresentar uma queixa ao

Provedor de Justiça Europeu. As queixas podem ser sobre uma ampla variedade de assuntos, incluindo direitos humanos, discriminação, transparência, ética, segurança alimentar, meio ambiente e questões administrativas.

O Provedor de Justiça Europeu também tem o poder de iniciar investigações de ofício, caso tenha motivos para suspeitar de má administração por parte das instituições da UE. Além disso, pode fazer recomendações aos órgãos da UE, a fim de prevenir futuros casos de má administração.

Ao garantir que as instituições da UE sejam responsáveis e transparentes em suas ações, o Provedor de Justiça Europeu ajuda a proteger os direitos dos cidadãos e a fortalecer a confiança dos cidadãos na UE. É uma importante ferramenta para a democracia e a justiça na UE e um exemplo de como as instituições europeias podem trabalhar para proteger os interesses dos cidadãos.

3.2.1.2 Origens

Apesar da criação do cargo de Provedor de Justiça Europeu só ter ocorrido em 1992 e a eleição do primeiro Provedor ter ocorrido em 1995, a figura do ombudsman não é recente. Em verdade, a Constituição da Suécia de 6 de junho de 1809 já previa este cargo (RIBEIRO, 1998, p. 1240). Após a Suécia, a Finlândia e a Dinamarca adotaram e, depois, se espalhou pelo mundo. No entanto, em razão das dificuldades linguísticas e as peculiaridades da Administração Pública sueca, a popularização do instituto somente começou após a Primeira Guerra Mundial (BEZERRA, 2010, p. 50).

Em especial com o surgimento do Estado Social e do consequente agigantamento do Estado para atender às demandas sociais, com a prestação de serviços públicos, houve também uma ampliação do poder discricionário estatal (BEZERRA, 2010, p. 47) e, com isto, maiores possibilidades de ocorrência de abusos cometidos por agentes públicos, em detrimento dos cidadãos, bem como a necessidade de se verificar a efetividade dos direitos fundamentais.

O *Ombudsman* escandinavo é um agente autorizado pelo Parlamento para realizar investigações objetivas sobre falhas administrativas (GELLHORN, 1966, p. 422). Ele tem a atribuição de iniciar uma investigação quando recebe uma reclamação contra uma ação ou omissão oficial, ou em casos de ineficiência, arrogância ou abuso,

ou fazê-lo de ofício. Seu papel é apenas relatar ao público os fatos que descobriu e fazer recomendações sobre o que deve ser feito em relação ao assunto.

Embora deva seguir as políticas legislativas existentes em sua função, ele pode alertar o legislador sobre a necessidade de mudanças nessas políticas. A aceitação de suas conclusões e recomendações depende inteiramente de seus méritos e do respeito que ele e sua posição possuem.

O ombudsman escandinavo não é órgão independente em suas funções, como adverte Vital Moreira (2002, p. 107), mas se trata de um órgão parlamentar, que subordinado e controlado pelo Parlamento, como um instrumento de controle parlamentar sobre a Administração Pública (MOREIRA, 2002, p. 107). E este é o modelo clássico de *ombudsman*: órgão parlamentar, ou auxiliar do parlamento, a ele subordinado, tendo a duração do seu mandato a mesma da legislatura, que inspirou a criação do *Defensor del Pueblo* na Espanha, o defensor cívico nas regiões da Itália.

3.2.1.3 Regimes jurídicos dos provedores de justiça

Embora receba nomes diferentes em cada país, o provedor de justiça – ou ouvidor, como é chamado no Brasil – tem a sua origem em um agente público que tem por finalidade tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos em face de abusos cometidos por agentes públicos ou de má administração.

Cada ordenamento jurídico, à sua maneira, vai determinar a sua natureza jurídica, as suas atribuições e as suas relações com os poderes constituídos. É por isto que o estudo de cada uma dessas instituições deve ser feita a partir de um ordenamento jurídico específico, tendo em vista que em cada caso terá as suas particularidades.

A título de exemplo, veja-se o *Defensor del Pueblo* espanhol, que é um órgão auxiliar do Poder Legislativo, que exerce a função de controle sobre a Administração Pública e atua em casos de má administração e na defesa dos direitos fundamentais, além de poder provocar o controle de constitucionalidade, por meio do recurso de amparo e de inconstitucionalidade, conforme o art. 162 da Constituição Espanhola (ARMAS, 2010, p. 440-441).

Percebe-se que na América Latina a instituição não guarda similitudes apenas no nome, mas também em diversos aspectos ao modelo espanhol (ARMAS, 2010, p. 443-448). Mas, ainda assim, é necessário investigar o regime jurídico que se deseja, para se evitarem conclusões equivocadas.

O Provedor de Justiça português não é um órgão auxiliar do Poder Legislativo, mas se trata de um órgão de Estado independente (MOREIRA, 2002, p. 108). Tal independência é reforçada por uma série de mecanismos, com previsão constitucional e lei própria de 1991 que afirma ser um órgão de estado com total independência no exercício de suas funções.

Seu mandato não coincide com a legislatura, tem mandato fixo de quatro anos, possui serviços e instalações e orçamento próprios, está submetido ao mesmo sistema de incompatibilidade dos membros do Poder Judiciário e tem as mesmas imunidades dos deputados (MOREIRA, 2002, p. 110).

Pois bem, diante da diversidade dos regimes jurídicos a que os provedores de justiça em casa sistema estão submetidos, interessa para este trabalho, em especial, a figura do Provedor de Justiça Europeu, tema que será tratado no próximo tópico.

3.2.2 Provedor de Justiça Europeu

3.2.2.1 A cidadania europeia e sua evolução

Como se pôde ver desta breve exposição a respeito da instituição obra investigada, só há lugar para ela em regimes democráticos (RIBEIRO, 1998, p. 1241), diante do fato de se tratar de um instrumento de proteção do cidadão contra o arbítrio estatal, ou mesmo de particulares em violação aos direitos humanos ou aos direitos fundamentais.

Embora a noção de cidadania desenvolvida por MARSHALL (1992, p. 8) como relação entre indivíduo e Estado com o estabelecimento mútuo de direitos e obrigações, dividida em direitos civis, direitos políticos e direitos sociais, ainda seja a mais influente, há que se perceber que tal compreensão tenha sofrido, ao longo do tempo e do desenvolvimento dos direitos humanos, certo alargamento.

Neste momento, interessa a dimensão política da cidadania, que vai além do direito de ocupar cargos públicos ou como eleitor, mas como partícipe efetivo das decisões do Estado e da Administração Pública. Para que o cidadão possa exercer este direito, é necessário que seja possibilitado o acesso às informações relevantes para o processo de tomada de decisões, bem como que seja possível que os indivíduos possam influenciar de alguma forma este processo.

A partir do momento em que os Tratados da Comunidade Europeia passaram a impor deveres e conferir direitos aos indivíduos, percebeu-se não se tratava apenas de mais um organismo internacional (DIAMANDOUROS, 2010, p. 80). De forma gradativa, a transparência e a responsabilidade foram ganhando espaço nas discussões, de modo a serem consagrados valores primários da Administração Pública na UE.

O direito de petição (queixa) ao Provedor de Justiça Europeu é uma maneira de garantir ao cidadão a participação nos assuntos comunitários, a partir de uma concepção de cidadania ativa. Como ensina Fábio Konder Comparato: “A ideia-mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a ideia de *participação*”. (COMPARATO, 1993).

Ainda que não seja o objeto desta tese, o Provedor de Justiça Europeu (PJE) tem um papel fundamental para a compreensão da noção de direito fundamental à boa administração, tendo em vista esta instituição ter como principal tarefa a proteção dos direitos fundamentais e o combate à má administração.

Em verdade, a inclusão do direito fundamental à boa administração na Carta de Direitos Fundamentais (Tratado de Nice) em 2000 se deve ao empenho do primeiro Provedor de Justiça Europeu, Jacob Söderman. Com o intuito de apoiar sua proposta, o PJE mencionou que a Convenção que elaborava a Carta tinha a capacidade de considerar os progressos alcançados pelas normas de direitos humanos e na relação entre os cidadãos e a Administração Pública. Destacou-se que entre esses avanços estava, principalmente, a concepção de que os cidadãos possuem o direito a um processo adequado, justo e eficiente para lidar com seus assuntos por parte de uma Administração Pública transparente, responsável e comprometida com o serviço público (DIAMANDOUROS, 2010, p. 83).

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Tratado de Nice), assinado em 2000, foi reafirmado no Tratado de Lisboa, de 2007, passando a ter força vinculante a partir de 01 de janeiro de 2009. A força vinculante da Carta representa uma ampliação da cidadania europeia e um estreitamento da relação entre o cidadão europeu com as entidades e os órgãos supranacionais, bem como com as Administrações internas quando apliquem o Direito Comunitário.

Dada a importância do Provedor de Justiça Europeu para o ganho de legitimidade democrática da União Europeia nesta aproximação com o cidadão, por meio de uma maior transparência e prestação de contas, o próximo tópico será tratado o seu regime jurídico.

3.2.2.2 Regime jurídico

O Provedor de Justiça Europeu será eleito pelo Parlamento Europeu (art. 228, n. 1, TFUE) dentre cidadãos europeus, em pleno gozo dos direitos civis e políticos, que tenham garantias de independência o exercício de suas funções, que possam exercer as funções jurisdicionais mais elevadas no seu país ou que tenham notório conhecimento necessário para o exercício da função de Provedor de Justiça e que não tenham sido membros do Parlamento ou do Conselho Europeus, ou da Comissão Europeia ou tenham participado do governo nacional nos últimos dois anos contados da publicação do convite à candidatura (art. 11, EPJE).

O seu mandato tem a mesma duração da legislatura (art. 228, n. 2, TFUE), ou seja, 5 anos. É importante ressaltar que é cabível a recondução (e sem limites). Esta possibilidade é prejudicial à independência do cargo, tendo em vista que o seu exercício pode ser comprometido à espera da recompensa da recondução (MOREIRA, 2002, p. 110).

Apesar do mandato fixo, é possível haver destituição do cargo (demissão) por decisão do Tribunal de Justiça, a pedido do Parlamento Europeu, quando o PJE deixar de preencher os requisitos para o cargo ou cometer falta grave (art. 228, n. 2, TFUE).

O Provedor de Justiça é sediado no Parlamento Europeu e possui orçamento próprio, que lhe garanta independência funcional, além de contar com um secretariado.

As suas funções são desempenhadas em regime de exclusividade. Portanto, é vedada o exercício de qualquer atividade paralela, ainda que seja em caráter gratuito (art. 14, n. 1, EPJE). A sua remuneração pelo exercício do cargo é equiparada à dos juízes do Tribunal de Justiça (art. 15, n. 1, EPJE).

O Provedor de Justiça Europeu (*Ombudsman*) tem como atribuição o recebimento de queixas de cidadãos europeus, de pessoas naturais residentes em algum dos Estados-Membros da União Europeia ou de pessoas jurídicas sediadas em algum desses países, sobre casos de má administração na atuação das instituições, órgãos ou organismos da União, exceto do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no exercício da função jurisdicional (art. 228, n. 1, TFUE).

A repartição de competências na EU impõe às autoridades nacionais a maior parte da aplicação da legislação comunitária (administração indireta), mas em algumas áreas são os órgãos e instituições comunitários que aplicam a legislação da EU, chamada de administração direta (ATHANASIADOU; ELIANTONIO, 2020, p. 33-34).

Embora as Administrações Públicas nacionais, regionais e locais em grande parte sejam as responsáveis pela aplicação do direito comunitário, em virtude do dever geral de lealdade comunitária (MALLÉN, 2004, p. 74), o Provedor de Justiça Europeu não tem competência para investigar tais casos, devendo indicar ao queixoso o órgão competente. Mas é recomendável que o PJE atue em colaboração com os Provedores de Justiça nacionais e locais (DIAMANDOUROS, 2010, p. 92).

A queixa deve ser devidamente instruída pelo queixoso, sob pena de inadmissibilidade, sobre fato que tenha tomado conhecimento no período de até dois anos (art. 2º, n. 3, EPJE).

No caso de a queixa ser justificável, o PJE instaurará inquérito para apurar os fatos ou nos casos de má administração descrito acima, poderá fazê-lo de ofício. Após a instauração do inquérito, o órgão ou entidade será ouvido no prazo de três meses.

Concluído o inquérito, será enviado relatório ao Parlamento Europeu e ao órgão ou instituição envolvida, bem como queixoso. Uma vez verificada a má administração, o relatório poderá oferecer propostas de resolução do problema a partir de boas práticas (art. 3º, n. 3, EPJE).

O Ombudsman não foi criado para substituir as instituições de contencioso administrativo, de controle ou judicial, mas sim para buscar suprir as deficiências dessas instituições (CORREIA, 1979, p. 86).

Apenas para demonstrar o volume de trabalho do Provedor de Justiça Europeu, no ano de 2019 foram abertos 458 inquéritos e 560 foram encerrados. No ano de 2018, foram abertos 490 inquéritos e 545 foram encerrados. No ano de 2017, foram abertos 447 inquéritos e 363 foram encerrados (UNIÃO EUROPEIA, 2020). No último relatório anual da Provedora de Justiça Europeia, informa que no ano de 2022 foram processadas 2238 queixas, sendo que destas, 1483 queixas tratavam de matérias estranhas ao mandato do PJE (EUROPEAN OMBUDSMAN, 2023). Como se pode ver, a maior parte das queixas apresentadas ao PJE são de matérias estranhas à sua competência e, por isto, são arquivadas. Portanto, há muito trabalho para uma instituição unipessoal que conta apenas com um secretariado de apoio.

Embora o PJE profira recomendações e não decisões vinculantes, as instituições tendem a cumprir as medidas indicadas pelo Provedor. Conforme indicado no relatório anual de 2017 do Provedor de Justiça, as instituições da UE cumpriram as propostas apresentadas pelo Provedor de Justiça em 85% dos casos.

3.2.3 Direito fundamental à boa administração na União Europeia

3.2.3.1 Uma Carta vinculante

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) foi proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia no ano de 2000, pelo Tratado de Nice.

Não se tratava de norma vinculante aos órgãos e entidades da EU, mas seu objetivo principal era abrir caminho para uma Constituição para a Europa. Apesar disto, já se previam impactos deste documento na jurisprudência dos tribunais:

- a) A Carta pode ter o efeito de “congelar” a jurisprudência existente (...).
- b) (...) a Carta pode encorajar os Tribunais Europeus a expandir a sua jurisprudência existente, encontrando “novos” princípios gerais diretamente baseados na linguagem da Carta (...).
- c) A Carta pode, no entanto, também

ter um efeito inibidor sobre os princípios gerais da jurisprudência dos Tribunais Europeus. (WITTE, 2001, p. 85)

Durante mais de cinco anos, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) não fez nenhuma menção explícita à Carta, apesar de ter considerado as conclusões elaboradas pelos Advogados-Gerais. Foi somente em junho de 2006, no contexto do caso Parlamento Europeu contra Conselho (C-540/03), que o TJUE mencionou a Carta pela primeira vez.

Embora a Carta tivesse uma arquitetura de tratado constitucional, foi somente com a sua reafirmação no Tratado de Lisboa, de 2007, que passou a ter status constitucional (CRAIG, 2018, p. 490) e a ter força vinculante a partir de 01 de janeiro de 2009, nos termos do art. 6º, n. 1, do Tratado da União Europeia (TUE).

A contribuição do Tratado de Lisboa para romper com a percepção tradicional de separação entre o ordenamento jurídico europeu e o ordenamento interno de cada Estado-membro resultará na interação entre esses dois sistemas, o que irá gerar avanços constitucionais tanto no âmbito jurídico europeu como nos Estados-membros (BALAGUER CALLEJÓN, 2010, p. 8).

De acordo com Fernandes (2018, p. 231-232), o direito da União Europeia (UE) faz parte do conjunto de normas que vinculam as administrações públicas dos Estados-Membros, influenciando o Direito Administrativo nacional ao alterá-lo, condicioná-lo, orientar sua interpretação e ajustar sua aplicação. Esse direito ainda obriga as autoridades administrativas nacionais a examinar criticamente as soluções de direito interno para garantir que estejam em conformidade com o direito da UE antes de sua aplicação concreta.

A antiga Comunidade Econômica Europeia, que se estende desde o Tratado de Roma até os acordos de Maastricht/Amsterdam, de Nice e, por último, o Tratado de Lisboa, tem passado por um processo gradual de constitucionalização, cuja definição formal ainda não foi estabelecida nem pela comunidade científica nacional nem pela supranacional. Não há consenso sobre a natureza jurídica dessa "Constituição incompleta", embora o Tribunal de Justiça Europeu tenha frequentemente se referido a ela como tal (HÄBERLE, 2009, p. 375).

É importante a constitucionalização de direitos, porque assim o constituinte impõe limites de atuação ao legislador, para que se mantenha o conteúdo essencial

dos direitos fundamentais, de modo a impedir a erosão de direitos, bem como lhes garantir a eficácia, mesmo diante da omissão do legislador.

No que se refere ao direito fundamental à boa administração, a CDFUE reservou o seu art. 41, nos seguintes termos:

Artigo 41

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

- o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;
- o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
- a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

As disposições estabelecidas na Carta de Direitos Fundamentais estão dirigidas às instituições e órgãos da União Europeia, bem como aos Estados-membros na aplicação do Direito Europeu, conforme estabelece o art. 51, n. 1, da Carta. Sem a atuação das Administrações nacionais seria inviável a atuação da União Europeia.

No exercício da função administrativa europeia, as autoridades administrativas dos Estados-Membros devem: a) implementar diretamente as disposições do Direito Europeu que são aplicáveis; b) aplicar as disposições do direito nacional que garantam a incorporação do Direito Europeu no ordenamento jurídico interno; e c) aplicar as disposições do direito nacional em conformidade com o Direito Europeu quando a situação em questão se enquadra no âmbito de aplicação do Direito Europeu (FERNANDES, 2018, p. 231).

Nos tópicos seguintes serão apresentados os contornos do Direito Fundamental à Boa Administração Pública, a partir da doutrina e da atividade do Provedor de Justiça Europeu, para que a construção do Direito Europeu possa

contribuir para o delineamento deste direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.3.2 Significado do direito fundamental à boa administração

O termo boa administração se trata de um conceito jurídico indeterminado. E, como tal, não é possível delimitar de forma precisa um conceito concreto de boa administração no antecedente da norma. Como já afirmado anteriormente, a ciência da Administração dá parâmetros sobre o que se esperar da atividade administrativa.

Assim, um conceito de direito fundamental à boa administração deve realmente ser amplo, para possibilitar a abrangência de aspectos de natureza jurídica e metajurídica, como as expectativas de cortesia na prestação de serviços públicos, por parte dos agentes públicos para com os usuários. Essa falta de clareza não representa um problema, mas sim uma, pois facilita a adaptação do direito às transformações que possam ocorrer na Administração.

A linguagem é sempre ambígua e vaga. Tais características de um termo também variam no tempo e no espaço, o que é denominado porosidade. As palavras têm uma história e podem se modificar com o tempo e em determinada sociedade, e podem ter o seu significado prolongado ou não (ADEODATO, 2017a, p. 85).

Portanto, os enunciados normativos (significantes) não são capazes de exprimirem um único significado (ADEODATO, 2017a, p. 86). A própria redação do art. 41, n. 2 da CDFUE reconhece isso, por não dar uma descrição exaustiva de condutas que caracterizam o direito fundamental à boa administração.

Pela leitura do art. 41 da CDFUE, pode-se perceber que os parâmetros iniciais ali inseridos consagram princípios já amplamente reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, como se verá adiante. No entanto, não se trata de norma sem utilidade, mas sim de um enunciado normativo que serve como guarda-chuva para abrigar princípios que remetem a noção de boa administração da *res publica* (GONZÁLEZ ALONSO, 2008, p. 671).

É por esta razão de Sabino Cassese afirma que o direito fundamental à boa administração possui conteúdo variável, pela abrangência de vários outros direitos, como imparcialidade, razoabilidade, equidade, objetividade, coerência,

proporcionalidade e não discriminação, direito de acesso, direito de petição, dentre outros (CASSESE, 2010, p. 534-535).

Na compreensão de boa administração não se podia no Direito Comunitário remeter a nenhuma norma específica. A promulgação do art. 41 da CDFUE não trouxe alterações significativas no sentido de conceituação deste direito, pois se limita a enunciar um conjunto de princípios e direitos processuais sob a noção genérica de “direito a uma boa administração” (NEHL, 2009, p. 324). A delimitação do conceito e amplitude deste direito foram fruto do trabalho da doutrina e da jurisprudência dos tribunais comunitários.

Como adverte Mallén (2004, p. 41-42), não se trata de um novo direito. Como aconteceu com outros direitos ao longo do constitucionalismo, o direito fundamental à boa administração se apresenta como uma formulação independente que reúne diversos direitos reconhecidos de forma dispersa tanto nos ordenamentos jurídicos nacionais quanto no âmbito do direito comunitário.

O Estado que se manifesta no Século XXI possui atribuições que vão além das funções policiais, ao assumir compromissos não apenas em relação aos resultados concretos de sua atuação, mas também levando em consideração todo o processo de formulação, implementação e avaliação das escolhas públicas que lhe são incumbidas (VALLE, 2010, p. 131).

Trata-se de uma evolução, com a especificação dos direitos, que não representa uma característica completamente nova neste processo, e a sua positivação ainda não será concluída definitivamente até que não haja mais necessidade de estabelecer novas técnicas de proteção jurídica. (GREPPI, 1999, p. 288).

A inclusão do direito fundamental à boa administração como um direito de “nova perspectiva” ressalta a importância da posição do cidadão e seus direitos, ao ponto de evidenciar o valor simbólico e político intrínseco ao processo singular da elaboração da Carta (MALLÉN, 2004, p. 45). Além disso, destaca-se a necessidade de reconhecer a cidadania como protagonista fundamental no processo de construção de uma identidade europeia (RODRÍGUEZ, 2018, p. 72-75).

Já se distinguiu o bom governo da boa administração. O bom governo é a aplicação da autoridade pública por meio de instituições formais e informais, utilizando

práticas e métodos operacionais organizados, baseados em princípios de gestão pública, com o objetivo de aprimorar a convivência em um determinado território e período, de modo a garantir ao indivíduo o ambiente necessário para o seu pleno desenvolvimento (MONETTE, 2008, p. 212).

Pierre-Yves Monette afirma que o conceito de boa administração é apenas uma pequena parte da noção de bom governo, assim como a Administração Pública é uma parte do Estado (MONETTE, 2008, p. 216)

A boa administração não deve ser considerada um fim em si mesma. Quando se propõem medidas de reforma ou modernização, não é apenas para aprimorar a Administração por uma questão estética, mas sim com o intuito de oferecer um serviço mais eficiente à sociedade e contribuir para a construção de uma sociedade melhor. A Administração, acima de tudo, é um serviço destinado às pessoas, como um serviço público. Quando se requer o fortalecimento das capacidades administrativas, é com o objetivo de melhor atender às necessidades atuais da população (PRATS CATALÀ, 2007, p. 23).

Há que se fazer uma distinção inicial entre boa administração e legalidade. Podem ocorrer situações em que não haverá nenhuma violação à lei, mas tal conduta (comissiva ou omissiva) representará uma violação ao direito fundamental à boa administração (GONZÁLEZ ALONSO, 2008, p. 670). Os códigos de boas práticas trazem exemplos de ações que, embora não violem a lei, são condenáveis do ponto de vista ético. Portanto, o comportamento legalmente válido de agentes públicos não é imune a irregularidades socialmente relevantes (NEHL, 2009, p. 341).

Imagine-se que determinada unidade gestora promova licitação e posterior celebração de contrato administrativo para compra de materiais de escritório em quantitativo muito além das necessidades anuais. Embora tenha ocorrido excesso de despesa de recursos públicos com a compra de bens em quantidade necessária, somado ao fato da despesa com a estocagem do material em excesso, não haveria nenhuma ilegalidade, mesmo que o fato se caracterize como um episódio de má administração por falta de planejamento, ao observar a Lei 8666/1993. Neste aspecto, a Lei 14.133/2021 avançou com a exigência de um planejamento adequado nas contratações.

Em geral, quando um recorrente alega a violação de uma regra de direito superior, como o direito fundamental à boa administração, os órgãos jurisdicionais da UE se sentem obrigados a responder especificamente a essa alegação, independentemente do conteúdo e das funções exatas desse direito e independentemente de a violação alegada se referir a uma irregularidade processual ou substancial. Com isto, quando verificados caso a caso, os julgados que tratam deste direito nem sempre são precisos (NEHL, 2009, p. 326).

O termo boa administração é geralmente usado para abranger práticas relativas à justiça administrativa, o caráter democrático da Administração Pública, transparência, bem como um aperfeiçoamento das relações entre agentes públicos e o cidadão. Mas a falta de um conceito preciso do direito fundamental à boa administração no âmbito da União Europeia pode ser atribuída à grande complexidade e dinamicidade do ordenamento jurídico comunitário, em especial do seu sistema administrativo, tendo em vista que as Administrações nacionais e locais devem, no uso de suas atribuições, aplicar além das normas internas de cada país, as normas comunitárias (NEHL, 2009, p. 339).

O trabalho de desenvolvimento dos direitos processuais continua sendo principalmente dos Tribunais da União Europeia. Percebe-se que o Poder Judiciário tem tomado em conta em sua atividade hermenêutica pelo art. 41 da Carta. Há uma margem considerável de discricionariedade para decidir até que ponto devem dar amplitude a este dispositivo, tendo em vista a sua formulação aberta e a enumeração exemplificativa do art. 41, n. 2 da CDFUE. O Judiciário pode usar a formulação geral do art. 41, n. 1, como justificativa para ampliar um direito processual específico (CRAIG, 2018, p. 373).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconheceu o *status* do dever de cuidado como sendo protegido entre os princípios gerais do direito da EU. Conforme evidenciado no caso *Staelen* (C-337/15)¹⁶, o TJUE deixa claro que "o dever de diligência que é inerente ao princípio da boa administração e se aplica, de modo geral, à atuação da administração da União nas suas relações com o público exige que a mesma atue com rigor e prudência" é um direito específico destinado à

¹⁶ Caso julgado em 04/04/2017.

proteção das pessoas naturais, que, em caso de violação, pode, em princípio, dar origem ao dever de indenizar da Administração Pública (HOFMANN, 2020, p. 91-92).

Como se percebe, o direito fundamental à boa administração ainda está em construção, diante da dinâmica da atividade administrativa, que visa proporcionar ao cidadão serviços de qualidade. Nas próximas linhas serão tratados os contornos deste direito, a partir do texto da CDFUE e da sua aplicação, em especial, pelo Provedor de Justiça Europeu.

3.2.3.3 Titulares do direito à boa administração

O direito fundamental à boa administração pública, inscrito no art. 41 da Carta, está inserido no Título V, relativo à cidadania. Todos os direitos inseridos neste título são relativos aos cidadãos ou, em alguns casos, extensivo aos residentes em qualquer dos Estados-membros da União, como é o caso do direito de petição ao Provedor de Justiça Europeu (art. 43), ou ao Parlamento Europeu (art. 44).

No entanto, o direito de ter os seus assuntos sejam bem tratados pelos órgãos e entidades administrativas da união Europeia é reconhecido a todas as pessoas, tendo sido chamado de autêntico direito fundamental (GONZÁLEZ ALONSO, 2008, p. 668), por não ter vinculação a nenhuma nacionalidade nem ao local de residência ou sede. Trata-se de uma contradição na Carta. Todas as pessoas são titulares do direito fundamental à boa administração, mas somente os cidadãos europeus ou as pessoas naturais residentes ou jurídicas sediadas em um dos países que compõem a União Europeia podem peticionar ao *European Ombudsman*.

3.2.3.4 A imparcialidade administrativa

O princípio da imparcialidade é extremamente importante quando se está inserido em um Estado Democrático de Direito. O art. 41, n. 1 da Carta estabelece que “todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial”.

O enunciado se dirige aos órgãos e instituições da União Europeia, para que no uso de suas atribuições busquem alcançar o interesse público. A partir do momento

em que agentes públicos atuam para atender interesses estranhos ao interesse público ocorre um desvio de finalidade, o que torna a conduta antijurídica.

Este empreendimento pode se dar para favorecer o próprio agente público ou algum terceiro. A conduta também pode ter um viés ideológico, o que não é contemplado pelas normas jurídicas, ou a decisão administrativa é conduzida por um viés pró Administração Pública, em detrimento de direitos fundamentais do cidadão.

Em muito casos, o Poder Público é chamado para decidir em um processo administrativo, em que há interesses em conflito: os interesses do cidadão (administrado) e os interesses da própria Administração Pública.

Há que se lembrar que nem sempre os interesses da Administração em jogo são o interesse público. Nesses casos, pode-se dizer que o interesse em conflito com o do particular é o interesse da gestão pública (ou do gestor público). Diversamente, o interesse público é a missão final a ser cumprida por todo o Estado.

A própria noção de interesse público deve ser compreendida e tratada de acordo com o paradigma do Estado democrático de Direito. Não é compatível com este modelo de Estado a ideia de interesse público como uma resposta estatal para se sobrepor aos interesses dos particulares sem nenhuma ponderação, sob pena de se negar a efetividade dos direitos fundamentais (BINENBOJM, 2014, p. 30).

No Direito italiano, Renato Alessi ensina que o interesse público se consubstancia em um ato concreto previsto na lei, para autorizar a Administração Pública realizá-lo. Isto dá garantia aos particulares contra o arbítrio. Além disso, o autor estabelece a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, ao afirmar que apenas o interesse público primário corresponde aos interesses da sociedade e que, por isso, a Administração pode exercer a sua supremacia (ALESSI, 1970, p. 183-184).

Nesta linha pode-se dizer que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é plenamente compatível com o Estado democrático de Direito, quando este interesse privado estiver revestido de caráter individualista e em contraposição a noção de indivíduo enquanto partícipe de uma coletividade (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 43).

Exige-se dos agentes públicos uma atuação imparcial, para que, mesmo diante de um conflito de interesses entre a gestão pública (governo) e o cidadão, possam agir na aplicação da lei.

Segundo Fernández, quando um assunto é tratado de forma equitativa, a Administração Pública deverá levar em consideração fatores que são favoráveis, assim como os que são desfavoráveis ao interessado (FERNÁNDEZ, 2019, p. 250).

Ora, de nada adiantariam os direitos ao contraditório, ampla defesa, acesso à informação, direito à motivação das decisões, se o interessado fosse submetido a uma decisão enviesada em seu desfavor.

Imagine-se que um servidor público se encontre acometido de uma doença incapacitante temporária e, por conseguinte, requeira licença para tratamento de saúde. Imagine-se, ainda, que o quadro de servidores esteja reduzido e que a eventual concessão de licença médica traria inconvenientes para o serviço naquele órgão público. Este último dado não pode ser inserido no processo administrativo, nem considerado de forma velada, extraoficialmente. O pedido do servidor deverá ser analisado pela autoridade competente a partir do parecer da perícia médica, que avaliará, por critérios objetivos, se o quadro clínico do servidor requerente lhe provoca uma incapacidade laborativa temporária. Tanto o parecer da perícia médica quanto a decisão da autoridade competente devem ser imparciais, apenas para verificar se o caso concreto se enquadra à hipótese normativa para a concessão da licença ao requerente.

No Caso 1777/2020/KR a Provedora de Justiça Europeia processou um inquérito sobre a proposta de União dos Mercados de Capitais (UMC) visa criar um mercado único de capitais na UE. O objetivo da UMC é fazer com que o dinheiro – investimentos e poupanças – flua por toda a UE para beneficiar os consumidores, investidores e empresas, independentemente da sua localização. Para tanto, a Comissão Europeia reuniu especialistas sobre o setor, mas sem observar as suas próprias regras de contenção de conflito de interesses, o que foi considerado má administração pela Provedora de Justiça. Como se pode perceber, agentes públicos que atuam na Administração com conflito de interesses violam o princípio da imparcialidade.

No Caso 488/2018/KR, a Provedora de Justiça Europeia processou um inquérito para apurar a nomeação irregular de um novo Secretário-Geral da Comissão Europeia, tendo apontado má administração, nos seguintes termos:

A Comissão realizou um processo de seleção para secretário-geral adjunto não com o objetivo de preencher esse cargo, mas com o único objetivo de garantir que o Sr. Selmayr se tornasse elegível para reatribuição ao cargo de secretário-geral. [...] O risco de conflito de interesses surgiu em relação ao envolvimento do Sr. Selmayr (e/ou seus subordinados no Gabinete do Presidente) na tomada de decisões que levaram à criação da vaga de Secretário-Geral Adjunto e à aprovação do aviso de vaga para aquele cargo (uma vaga para a qual era altamente provável que o Sr. Selmayr soubesse que ele iria se candidatar, e mais tarde o fez).

Como apontou a Provedora de Justiça, a jurisprudência dos tribunais da União Europeia tem estabelecido diretrizes no que concerne a essa utilização de realocação de pessoal¹⁷. Nesses casos em que envolver a transferência de um indivíduo para uma função de grande importância que exija competências específicas, e essa função for distinta daquela que o indivíduo ocupava anteriormente, e em que a decisão tenha efeitos significativos e abrangentes, a instituição deve implementar um procedimento que permita identificar a pessoa mais qualificada para exercer tal função. A busca de pessoas mais qualificadas para o exercício de funções públicas é uma manifestação clara da impessoalidade, necessária na Administração Pública.

3.2.3.5 A igualdade dos administrados

Integra o direito fundamental à boa administração o tratamento igualitário do administrado em suas relações com a Administração Pública (art. 41, n. 1 da Carta). O tratamento igualitário concedido aos administrados é uma segunda vertente do princípio da impessoalidade no Direito brasileiro (art. 37, *caput*, CR/88), que será tratado em momento oportuno.

¹⁷ Veja-se a este respeito o Processo T-373/04, Guggenheim x Cedefop. A respeito da possibilidade de remanejamento de pessoal para funções similares ou inferiores, o Tribunal de Primeira Instância: “Na medida em que o recorrente realça as suas qualidades profissionais excepcionais, basta salientar que o fato de um funcionário possuir elevadas qualidades não significa que não possa ser reafetado. Pelo contrário, se o interessado desempenhou bem as suas responsabilidades num determinado cargo, a administração pode esperar que o faça noutra cargo que lhe seja confiado.” (Processo T-51).

A exigência do tratamento igualitário decorre do princípio republicano, que expressa que todos devem se submeter às normas jurídicas. Espera-se que a Administração Pública defira tratamento igual a todos aqueles que batem à porta, para tratar de um assunto do seu interesse, sem favoritismos nem perseguições.

Sobre o tema, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa estabelece o seguinte:

Art. 5º

Ausência de discriminação

1. No tratamento de pedidos do público e na tomada de decisões, o funcionário deve garantir o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento. Os membros do público que se encontrem na mesma situação são tratados de forma idêntica.
2. Se se verificar qualquer diferença no tratamento, o funcionário deve garantir que a mesma é justificada pelos dados objetivos e relevantes do caso em questão.
3. O funcionário deve, nomeadamente, evitar qualquer discriminação injustificada entre membros do público, com base na nacionalidade, no sexo, na raça, na cor, na origem étnica ou social, nas características genéticas, na língua, na religião ou crença, nas opiniões políticas ou qualquer outra opinião, na pertença a uma minoria nacional, na propriedade, no nascimento, numa deficiência, na idade ou orientação sexual.

O Código Europeu de Boa Conduta Administrativa (CEBCA) é um documento que estabelece os princípios e padrões para promover uma boa administração pública na União Europeia (UE). Ele tem como objetivo garantir que os órgãos e instituições da UE atuem de forma transparente, responsável, eficiente e justa.

O CEBCA serve como um guia para os funcionários e autoridades da UE, fornecendo orientações sobre como lidar com os cidadãos e as partes interessadas de maneira adequada. Ele define princípios importantes, como igualdade, imparcialidade, transparência, respeito pelos direitos fundamentais, prestação de contas e respeito pelos prazos razoáveis. Esses princípios visam garantir que a administração pública da UE funcione de maneira aberta e acessível, tratando todas as pessoas de forma justa e equitativa.

O CEBCA também estabelece diretrizes para os cidadãos apresentarem queixas contra a administração pública da UE, especificando os procedimentos e prazos para a resolução dessas queixas. Isso fortalece a confiança dos cidadãos na

UE, permitindo-lhes ter uma voz ativa e acessar informações sobre as atividades e decisões da administração.

As disposições do art. 5º do CEBCA dá orientações aos agentes públicos e aos cidadãos para que se evitem práticas discriminatórias ou, quando estas forem identificadas, que a Administração Pública tome medidas para que tais condutas sejam corrigidas.

Mas o princípio da igualdade não se trata apenas de deferir um tratamento igual a todas as pessoas. Esta concepção formal de igualdade, não obstante tenha sido útil em dado momento histórico, não é capaz de produzir justiça, tendo em vista que poderia agasalhar uma regra que concedesse tratamento igual a pessoas em condições diferentes.

Embora cada indivíduo possua as suas particularidades, sua individualidade, em muitos ou em alguns aspectos as pessoas se assemelham. Para a formulação de uma determinada regra há que se verificar alguma característica que seja relevante para estabelecer o critério de igualdade ou de distinção entre os indivíduos.

Chaïm Perelman (2002, p. 18-19) denomina este elemento como característica essencial. Ora, a partir do momento em que os indivíduos que possuem a mesma característica essencial são tratados igualmente, a justiça é praticada, porque a igualdade foi respeitada. Isto é o que Perelman denomina justiça formal (2002, p. 19).

A característica essencial é o *distinguishing* para atribuir a pessoas em desigualdade um tratamento também desigual, segundo o referido elemento. O que alguns autores denominam de igualdade material ou substantiva, Craig denomina igualdade de oportunidades (2018, p. 545) e utiliza a metáfora de uma corrida, em que os competidores devem chegar no mesmo ponto, porém partindo de lugares diferentes. Ora, em uma corrida assim, aqueles que partem em posição adiantada possuem a maior chance de lograrem êxito.

Imagine que dois indivíduos concorram a uma vaga em uma universidade, mediante uma prova. No entanto, um deles teve acesso a uma educação de qualidade durante toda a vida escolar, enquanto o outro estudou em condições precárias. É evidente que aquele que teve acesso a uma educação de qualidade terá mais chances

de alcançar êxito na empreitada, assim como terá um acesso mais fácil a vagas de emprego.

O edital de um concurso público, assim como de um processo seletivo deve estabelecer critérios objetivos para a seleção de pessoal, de modo que afetos ou desafetos entre candidatos e avaliadores ou gestores não possam interferir na seleção. Um inquérito processado pelo Ombudsman Europeu (Caso 765/2018/PB) em que o queixoso alegou ter sofrido discriminação, por ter participado de um processo de seleção de pessoal, mas que os critérios de pontuação não foram todos considerados, o que o prejudicou. Sobre o caso, o Provedor de Justiça Europeu decidiu:

O descumprimento por parte do Cedefop do aviso de vaga juridicamente vinculativo fez com que a candidatura do queixoso nunca fosse avaliada com base nos critérios que foram utilizados apenas numa fase posterior. Portanto, não havia possibilidade de ela obter uma nota total para sua inscrição que pudesse permitir que ela se qualificasse para o teste e a entrevista. Trata-se de uma clara violação da obrigação de respeitar o aviso de vaga e, por conseguinte, de um grave caso de má administração.

Como se pode perceber, o descumprimento das regras do edital por parte dos avaliadores provocou uma discriminação sobre um dos candidatos, que não teve a sua pontuação total considerada e, com isto, sofreu desclassificação.

Na União Europeia houve inúmeros casos em que de discriminação de pessoas em razão de sua nacionalidade. Ou seja, era reconhecido determinado direito para os nacionais daquele Estado-membro, o que excluía os não nacionais. Muitos casos envolviam direitos sociais para trabalhadores e a jurisprudência dos tribunais europeus foi firme no sentido de que não poderia haver tal discriminação, considerando-se a ideia de comunidade.

O imperativo fundamental consiste em garantir que, uma vez que um indivíduo seja considerado um trabalhador da União Europeia, seja colocado em pé de igualdade com os nacionais do Estado-Membro em questão. As vantagens sociais concedidas aos trabalhadores podem ser tratadas como uma questão de política nacional; entretanto, quando tal decisão política é tomada, o benefício será estendido a todos os indivíduos que trabalham nesse Estado, independentemente da sua nacionalidade como cidadãos de outros Estados-Membros (CRAIG, 2018, p. 553).

As ações afirmativas são as chamadas discriminações positivas. Em outras palavras, a lei estabelece um tratamento diferenciado entre indivíduos, com o fim de equilibrar desigualdades fáticas.

A decisão sobre os limites admissíveis das ações afirmativas é uma atribuição comum dos tribunais, os quais podem ou não ser auxiliados por medidas legislativas. Mesmo quando tais medidas legislativas estão presentes, cabe aos tribunais se pronunciarem sobre o significado e a interpretação dessas disposições. No contexto da União Europeia, a abordagem legislativa em relação às ações afirmativas foi estabelecida na Diretiva 76/207, que estabelece que a Diretiva não prejudica a implementação de medidas destinadas a promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, o que inclui a eliminação das desigualdades existentes que afetam as oportunidades das mulheres nos domínios abrangidos pela Diretiva. A definição do alcance dessa exceção e as decisões relacionadas foram objeto de controvérsias nos tribunais da União (CRAIG, 2018, p. 590).

3.2.3.6 A duração razoável do processo administrativo

Quando uma pessoa procura a Administração Pública e faz um requerimento, seu objetivo não é fazer um requerimento. A afirmação parece óbvia, mas é necessária. O processo administrativo não é um fim em si mesmo. O requerimento da parte interessada é o ato pelo qual é provocada a Administração Pública a se manifestar sobre determinado assunto. O objetivo do requerimento é a manifestação de vontade do Poder Público, o ato administrativo.

Quando mais tempo demorar a apreciação do requerimento da parte, mais tempo ela terá que esperar a resolução do seu problema. Imagine-se que o interessado seja um empreendedor que queira instalar uma empresa na cidade ou a ampliação do seu negócio e dependa de uma autorização estatal.

Desde o início do processo de integração na União Europeia (UE), o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) desenvolveu, por meio de sua jurisprudência, o princípio do prazo razoável (*reasonable period principle*). Esse princípio visa assegurar a segurança jurídica e boa administração, de modo a impedir que as instituições da UE posterguem indefinidamente o exercício de suas competências e

as obrigue a agir dentro de um prazo razoável (ATHANASIADOU; ELIANTONIO, 2020, p. 34).

Posteriormente, este princípio passou a integrar o direito fundamental à boa administração (art. 41, n. 1, da Carta). Regulamento Interno da Comissão Europeia estabelece um prazo de 15 dias úteis para haja uma resposta ao requerente. Caso não seja possível tal resposta, em razão de um trabalho adicional, como por exemplo o trabalho de tradução, a parte interessada receberá um primeiro retorno, que informará o fato, bem como o novo prazo para a resposta final.

No caso de silêncio administrativo, pode o requerente recorrer ao TJUE, nos termos do art. 265, do TFUE. Em todo caso, se em razão da omissão administrativa ou atraso injustificado das autoridades for causado dano aos interessados, a instituição omissa deve responder civilmente pelo prejuízo (ATHANASIADOU; ELIANTONIO, 2020, p. 50).

A Provedora de Justiça Europeia, nos Casos 2238/2021/MHZ e 2249/2021/MHZ, que tratam de denúncia das empresas varejistas IKEA e a Decathlon, que alegaram que a Comissão Europeia não tratou adequadamente os processos por infração contra a Alemanha relativos à legislação urbanística e aos espaços de venda. A Provedora de Justiça considerou que o tempo despendido não podia ser justificado. Encerrou o inquérito com a constatação de má administração.

A duração razoável do processo é um direito fundamental consagrado no direito brasileiro, nos termos do art. 5º, LXXVIII, CR/88, como se verá em momento oportuno.

3.2.3.7 Direito de transparência

A Administração Pública precisa colocar à disposição do público informações a respeito das suas atividades. Existe a transparência passiva, quando a Administração deve prestar informações ao cidadão sempre que solicitada. O Código Europeu de Boa Conduta Administrativa estabelece o seguinte:

Artigo 22.º - Pedidos de informação

1. O funcionário deve, quando for responsável pelo assunto em questão, fornecer aos membros do público a informação que estes solicitarem. Se for

caso disso, o funcionário presta conselhos sobre a forma de iniciar um processo administrativo no seu domínio de competências. O funcionário deve providenciar para que a informação comunicada seja clara e compreensível.

2. Se o tratamento de um pedido de informação verbal for demasiado complicado ou extenso, o funcionário deve aconselhar a pessoa em questão a formular o seu pedido por escrito.

3. Se, em virtude da sua confidencialidade, um funcionário não puder divulgar a informação solicitada, deve, nos termos do artigo 18.º do presente Código, indicar à pessoa em questão as razões pelas quais não pode transmitir-lhe a informação.

4. Para os pedidos de informação sobre assuntos que não sejam da sua competência, o funcionário deve encaminhar o requerente para a pessoa responsável e indicar-lhe o seu nome e número de telefone. Para os pedidos de informação relativos a outra instituição da UE, o funcionário deve encaminhar o requerente para tal instituição.

5. Sempre que adequado, o funcionário deve, consoante o objeto do pedido de informação, encaminhar o requerente para o serviço ou instituição responsável pelo fornecimento de informações ao público.

Como se pode ver, as instituições e órgãos da EU devem prestar informações sobre os seus assuntos sempre que lhes for requerida por algum indivíduo. Além disto, há a transparência ativa, quando a própria Administração Pública, por sua iniciativa, presta as informações ao público.

Isto se dá por meio de publicações no Jornal Oficial da União Europeia, informações nos sítios oficiais de cada instituição, por meio da promoção de eventos, publicação de cartilhas, livros de modo a possibilitar qualquer pessoa obtenha tais informações, sem precisar se dirigir à instituição.

Com a aplicação das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e o conceito de governo digital, é possível uma aproximação maior entre a Administração Pública e o cidadão (OLMEDA, 2016, p. 85-86). Mesmo assim, problemas aparecem e podem gerar casos de má administração.

Nos Casos 1261/2020/PB e 1361/2020/PB, que foram objeto de inquérito perante a PJE, tratam da decisão da Frontex (Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira) de não comunicar por correio eletrónico com indivíduos que solicitam acesso público a documentos, exigindo que os requerentes utilizem seu portal de acesso *on-line*. Esta medida tem gerado problemas tanto para os requerentes, que poderiam ser facilmente evitados, quanto para as plataformas de transparência *on-line* criadas por organizações da sociedade civil para ajudar a alcançar o objetivo da UE de trabalhar de forma aberta e transparente. A Provedora de Justiça concluiu seu inquérito declarando a constatação de má administração.

Entre setembro e dezembro de 2022, o Provedor de Justiça Europeu promoveu uma consulta pública a respeito da transparência e da participação nos processos decisórios da União Europeia relativos ao meio ambiente. Os participantes identificaram várias dificuldades que afetam a capacidade de acompanhar ou contribuir para esses processos. Tais dificuldades incluem: a publicação tardia de informações, tais como as ordens do dia das reuniões do Conselho, as avaliações de impacto e as posições da UE em fóruns multilaterais; a falta de transparência em relação às atividades dos grupos de interesse e à sua participação na tomada de decisões; as dificuldades no acesso à informação sobre projetos legislativos entre o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão; a não divulgação tempestiva dos pareceres do Comité de Controlo da Regulamentação (CCR), um órgão independente da Comissão que assessora o Colégio de Comissários; a publicação incompleta ou tardia de informações sobre os processos por infração na base de dados de infrações da UE. Além disso, os participantes manifestaram preocupação com o tratamento dado pelas instituições da UE, especialmente pela Comissão, aos pedidos de acesso público a documentos. Essas preocupações incluem o não cumprimento dos prazos para o processamento dos pedidos, a recusa generalizada de acesso a certos tipos de documentos, como as avaliações de impacto ou os pareceres do CCR, e a falta de consideração adequada ao interesse público superior na divulgação dos documentos (PROVEDOR DE JUSTIÇA EUROPEU, 2023).

3.2.3.8 Direito de acesso

Todas as partes em um processo devem ter acesso aos autos, para que possam tomar conhecimento de como e em que medida os seus direitos podem ser afetados como consequência da decisão que será proferida.

O direito de acesso é um desdobramento do direito de acesso à informação (transparência), tratado acima. É verdade que este é mais abrangente, pois dá ao seu titular a pretensão de buscar informação em qualquer lugar e sobre qualquer assunto, salvo nos casos de sigilo, devidamente previstos no ordenamento jurídico.

Mas quando a Carta se refere ao direito de acesso no art. 41, n. 2, ela defere ao seu titular um direito mais específico, pois direciona o direito aos processos de que

o titular seja parte interessada. Neste caso, ainda que o processo se refira a uma questão sigilosa, a pessoa interessada tem direito de acesso.

Para que não ocorra a alguém como o que aconteceu com Josef K. no “Processo”, de Franz Kafka, seja o processo físico ou digital, quem está envolvido tem direito de saber do que se trata, quais são os seus termos, no que seus direitos poderão ser afetados com uma eventual decisão, para avaliar a necessidade ou não de formular defesa.

3.2.3.8 Direito de defesa

Em qualquer processo deve ser garantida à parte interessada a possibilidade de ser ouvido, de se manifestar no processo e, assim, influenciar na futura decisão a ser tomada. Trata-se do direito à ampla defesa, como é chamado no Direito brasileiro. O Código Europeu de Boa Conduta Administrativa estabelece o seguinte:

Artigo 16.º - Direito a ser ouvido e a prestar declarações

1. Nos casos em que estejam envolvidos os direitos ou interesses de pessoas singulares, o funcionário deve garantir que, em cada fase do processo de tomada de decisões, os direitos de defesa serão respeitados.

2. Qualquer membro do público tem direito, nos casos em que uma decisão que afete os seus direitos ou interesses tiver que ser tomada, a apresentar comentários por escrito e, quando necessário, a apresentar observações oralmente antes de a decisão ser adotada.

Este direito abrange a manifestação da parte no processo, a produção de provas, como garantia de participação do processo. Quando este direito não é garantido, a decisão tomada no processo administrativo é arbitrária.

A questão é tão importante que o TJUE reconhece violação ao direito de defesa quando a autoridade não possibilita que a parte interessada tenha acesso a todos os elementos, para fazer uma defesa melhor, ainda que o resultado da decisão tenha sido o mesmo (Caso C-265/17 P, no acórdão de 16 de janeiro de 2019).

Nesta ocasião, o TJUE confirmou a decisão do Tribunal Geral, que por sua vez recordou em seu acórdão de decisões anteriores do Tribunal no mesmo sentido, para reconhecer a violação ao direito de defesa,

[...] desde que a recorrente tenha demonstrado suficientemente não que, sem essa irregularidade processual, o conteúdo da decisão impugnada teria sido diferente, mas que teria tido uma oportunidade, ainda que reduzida, de assegurar melhor a sua defesa (TG, Caso T-194/13, julg. 07/03/2017)

A Lei espanhola nº 36/2015 – Lei do Procedimento Administrativo Comum – estabelece no seu art. 48, n. 2 que o defeito de forma só “determinará a anulabilidade quando o ato carecer dos requisitos formais indispensáveis para alcançar seu fim ou causar a impossibilidade de defesa aos interessados”. Esta impossibilidade de defesa sempre foi compreendida como absoluta.

A abordagem tradicional para lidar com o problema deve ser revista à luz do artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *United Parcel Service vs. Comissão* (Caso C-265/17 P). É importante reconhecer não apenas a impossibilidade absoluta de defesa, mas também a perda substancial de possibilidades reais de defesa. Esta perda de possibilidade não pode ser hipotética, mas sim real, para ser caracterizado o cerceamento de defesa (FERNÁNDEZ, 2019, p. 256).

A respeito das notificações a nova Lei Espanhola nº 36/2015 estabelece que elas serão feitas preferencialmente por meio eletrônico (art. 41, n.1) e caso a parte não acesse após 10 dias do envio, entende-se que a parte foi notificada (art. 46, n. 2), o que provocou preocupações (SÁNCHEZ, 2016, p. 29-30).

No Direito brasileiro o tema é tratado sob a designação de princípio do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, CR/88.

3.2.3.9 Dever de motivação das decisões

Na Administração Pública, é fundamental o dever de motivar as decisões, que é um princípio característico de regimes democráticos. Esse dever permite exercer controle sobre as decisões e atos administrativos, seja por órgãos como o Poder Judiciário, o Provedor de Justiça Europeu, o Parlamento Europeu ou a sociedade em geral. Esse dever está relacionado ao direito à cidadania, que reconhece os membros do corpo coletivo como titulares do poder soberano estatal, e, portanto, os órgãos e entidades da Administração Pública devem prestar contas à sociedade.

A indicação dos motivos da decisão possibilita a verificação da legitimidade da atuação administrativa e se está vinculada ao interesse público. Existem três tipos de *accountability* sobre as instituições e agentes públicos: jurídica, burocrática e política. Na *accountability* jurídica, o órgão ou agente controlador verifica a conformidade da atividade administrativa com a ordem jurídica. Este tipo é executado pelo Poder Judiciário, embora não exclusivamente.

Já na *accountability* burocrática, é feita a verificação das rotinas empregadas pela Administração Pública no desempenho de suas atividades, visando boas práticas e resultados ótimos. Esse tipo é realizado por órgãos de controle interno e externo.

Em relação à *accountability* política, os meios de responsabilização concentram-se na revisão individual e nas queixas, e os modos de responsabilização política centram-se nos objetivos políticos e nos resultados da administração (CANE; MCDONALD; RUNDLE, 2018, p. 3). O Parlamento Europeu exerce este controle, tendo em vista que pode destituir o Provedor de Justiça Europeu em limitadas hipóteses, conforme dispõe o art. 228, n. 2, do TFUE.

No contexto da motivação das decisões, além da importância do resultado é saber qual foi o caminho seguido pela autoridade competente para a tomada de decisão. A motivação possibilita o controle jurídico sobre as decisões administrativa e evita o arbítrio. Ainda que se trate de decisões discricionárias, elas estão vinculadas aos seus motivos, que devem ser indicados com clareza, para que o direito de uma pessoa não seja violado (FREITAS, 2013, p. 90).

O dever de fundamentação tem sido considerado como um elemento crucial para possibilitar o controle judicial da discricionariedade administrativa. Ele serve como um meio para avaliar se a administração agiu com diligência e como um elemento essencial para proteger os indivíduos afetados por decisões administrativas. A importância desse dever é evidenciada pela possibilidade de que os tribunais possam identificar um erro de raciocínio inadequado por conta própria, levando, assim, à anulação da decisão em questão com base nessa deficiência.

No âmbito desse dever, a fundamentação deve expor os elementos cruciais que explicam porque a decisão foi tomada. O dever de motivação, previsto no art. 41, n. 2 da Carta significa uma maior amplitude do que o art. 296, do TFUE, porque este se dirige às instituições políticas da UE - Parlamento Europeu e o Conselho -

enquanto a Carta se dirige à Administração Pública (NIETO-GARRIDO; DELGADO, 2007, p. 33-34).

3.2.3.10 Dever de cuidado

O dever de cuidado (*duty of care*) é uma obrigação legal que recai sobre indivíduos e organizações para agir com prudência e cautela em relação aos outros e ao público, para evitar o risco de danos razoavelmente previsíveis a terceiros. A violação deste dever pode se dar por meio de atos omissivos ou comissivos.

No julgamento do caso *T.P. e K.M. v. The United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos (2001) definiu o dever de diligência nos seguintes termos:

O dever de cuidado pode ser descrito como o conceito que define as categorias de relações nas quais a lei pode impor a responsabilidade a um réu por danos se este se mostrar negligente. Para demonstrar o dever de cuidado, o reclamante deve provar que a situação se enquadra em uma categoria estabelecida em que um dever de cuidado foi considerado existente. Em situações novas, para demonstrar o dever de diligência, o reclamante deve satisfazer um teste de três partes, estabelecendo:

- que o dano ao reclamante era previsível;
- que o reclamante estava em uma relação de proximidade apropriada com o réu;
- que é justo, razoável e equitativo impor a responsabilidade ao réu.

Esses critérios se aplicam tanto a ações contra pessoas físicas como a ações contra entidades públicas."

O dever de cuidado pode ser entendido como uma obrigação imposta à Administração Pública de reconhecer e considerar de forma imparcial e cuidadosa os fatos e pontos jurídicos relevantes de qualquer caso individual antes de tomar uma decisão em relação ao caso concreto. Este dever implica que os agentes públicos devem ser objetivos ao tomar decisões, o que significa que eles devem levar em conta apenas fatores relevantes, dando a cada um desses fatores o devido peso no processo decisório (NIETO-GARRIDO; DELGADO, 2007, p. 31).

Este dever é um importante mecanismo para garantir a proteção dos direitos dos indivíduos afetados por decisões administrativas, bem como a eficácia da Administração Pública em atender ao interesse público. Ele é uma garantia de que as decisões tomadas pela Administração Pública são baseadas em informações precisas

e atualizadas, bem como em considerações legais apropriadas, e não em preconceitos ou interesses pessoais.

Além disso, o dever de cuidado também serve como uma forma de controle judicial sobre a discricionariedade administrativa, permitindo que os tribunais revisem as decisões tomadas pela Administração Pública e verifiquem se foram tomadas com base em uma avaliação objetiva e cuidadosa dos fatos e do direito aplicável.

O dever de cuidado é um importante princípio que deve ser seguido pela Administração Pública em todas as suas atividades e decisões. Um dos principais objetivos desse princípio é evitar ou minimizar o risco de danos aos indivíduos afetados por decisões administrativas.

Nesse sentido, a gestão de riscos pela Administração Pública está intimamente relacionada com o dever de cuidado. Ao gerenciar os riscos envolvidos em suas atividades e decisões, a Administração Pública pode identificar, avaliar e mitigar possíveis danos aos indivíduos afetados por suas ações, ou por ações de terceiros.

PARTE II – A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 O INDIVÍDUO PROTEGIDO CONTRA O ESTADO

A concepção de direito subjetivo, como se conhece atualmente, somente foi desenvolvida no Século XIX. O tema recebeu atenção da doutrina na Europa, tendo sido criadas teorias com o fim de explicar este elemento da ordem jurídica, ou mesmo teorias para negar a sua existência. Segundo DUGUIT (1921, p. 7-8), o problema é insolúvel, pois para conhecer a natureza do direito subjetivo seria necessário conhecer a natureza íntima da vontade humana. Portanto, a conduta humana é regulada por normas jurídicas (direito objetivo) e não por vontade individual que se sobrepõe às outras.

Embora Ruggiero tenha adotado a teoria mista, que fundamenta o direito subjetivo tanto na vontade quanto no interesse do seu titular, esta não parece ser a explicação mais adequada para compreender o referido direito. A crítica se deve ao fato de que a vontade não existe quando o titular não é capaz de a manifestar, como no caso de agentes incapazes para a prática dos atos da vida civil. (RUGGIERO, 1929, p. 208).

Ao criticar a teoria da vontade, Jhering afirma que os direitos não existem para a realização de uma vontade abstrata, mas sim para garantir interesses, para fazer com que os indivíduos alcancem os seus objetivos, e afirma enfaticamente que: “Os direitos são interesses legalmente protegidos” (JHERING, 1878, p. 326). Parece que esta seja a concepção mais adequada para direitos subjetivos, como interesses protegidos pela ordem jurídica objetiva.

Os direitos fundamentais surgiram como direitos subjetivos, ou seja, interesses dos indivíduos protegidos pela Constituição, contra uma atuação do Estado. Portanto, tais direitos foram concebidos como direitos de defesa contra o poder estatal (HESSE, 1998, p. 235).

Como direitos consagrados na Constituição, os direitos fundamentais ficam a salvo do campo de disposição do legislador – que é impedido de extinguir tais direitos ou de estabelecer restrições legislativas que atinjam o seu núcleo essencial.

A Administração Pública não pode promover ações que representem ingerências violadoras de direitos fundamentais ou mesmo que dificultem a sua

concretização, ou, ainda, que representem um retrocesso a políticas públicas voltadas à sua concretização.

A ingerência estatal típica irá ocorrer quando: a) a atuação estatal for imperativa; b) ocorrer de forma jurídica; c) produzindo efeitos diretos; e d) em caráter definitivo uma afetação jurídico-fundamental (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 400). Este tipo de ingerência pode ocorrer por meio de lei ou por ato administrativo. No entanto, a Administração pode praticar atos materiais que também podem significar ingerência, em sentido amplo, nos direitos fundamentais (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 401).

Cabe registrar que é possível imputar ao Estado afetações indiretas aos direitos fundamentais (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 403). Explique-se: imagine que a Administração Pública municipal conceda alvará de funcionamento a uma casa noturna em área predominantemente residencial, sem tratamento acústico adequado, de modo que o empreendimento produza poluição sonora até altas horas da noite. O ato administrativo de licença de funcionamento da atividade econômica é uma ingerência indireta, mesmo que somente serão afetados direitos fundamentais se a empresa beneficiária produzir efetivamente a poluição sonora.

A consagração de direitos fundamentais interfere no exercício da função jurisdicional, tendo em vista que a interpretação e aplicação do Direito deve respeitar e dar concretização aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais vistos sob a perspectiva subjetiva estão ao serviço da satisfação dos interesses individuais que, quando violados ou ameaçados, podem ser tutelados pelo próprio aparato estatal. No entanto, como tais direitos servem aos interesses pessoais, os seus titulares podem ou não querer reivindicar a sua satisfação (ZAGREBELSKY, 2011, p. 85).

E não apenas isto. Esses direitos estabelecem o *status* de cidadão, como membro da comunidade política, que deve contribuir para a sua manutenção (SMEND, 1985, p. 258-259). Os direitos fundamentais possibilitam que a pessoa atue além do seu interesse individual, de forma a cooperar nos assuntos da coletividade. Neste sentido, percebe-se o fundamento não só dos direitos em prol de interesses individuais, mas também no interesse de toda a sociedade, como a participação

política e o controle social sobre a Administração Pública, que tem especial relação com o tema desta tese, que é o direito fundamental à boa administração pública.

Ainda relacionado ao tema da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, Georg Jellinek desenvolveu uma teoria que explica a relação entre o indivíduo e o Estado como uma situação que qualifica o indivíduo e que pode estar vinculada a um direito, mas que não se trata efetivamente de um direito. Em suas palavras:

A personalidade é, teoricamente, uma relação que qualifica o indivíduo ao Estado. Juridicamente é, portanto, uma condição, um *status* ao qual o direito individual pode ser vinculado, mas que em si não é um direito. O homem tem um direito, mas a personalidade é o homem. O conteúdo do direito é um ter, e o da pessoa é um ser (JELLINEK, 1892, p. 78-79).

São apresentadas por Jellinek quatro *status* ou situações em que o indivíduo pode ser encontrado em relação ao Estado. São eles: a) *status* passivo; b) *status* negativo; c) *status* positivo; e d) *status* ativo.

O *status* passivo ou *status subjectionis* é a situação em que se encontra um indivíduo que está submetido ao Estado, sujeito às suas leis. Trata-se de uma relação inerente à própria existência de uma estrutura estatal. Portanto, a ausência deste tipo de relação só teria lugar no mito pré-estatal do estado de natureza (JELLINEK, 1892, p. 81).

Quanto maior for a área de atuação estatal, maior será o *status* passivo, com a criação de novos deveres aos sujeitos. Isto não significa algo ruim, considerando que o surgimento do Estado Social aumentou o campo de atuação estatal, mas possibilitou o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, com o reconhecimento de direitos sociais aos indivíduos.

Para que se possa verificar se um indivíduo se encontra no *status* passivo basta se investigar se o indivíduo está submetido a um dever ou a uma obrigação, ou que em virtude de uma competência estatal seja possível a criação de um dever ou uma proibição (ALEXY, 2015, p. 257).

Trata-se da situação em que o indivíduo goza de uma esfera de liberdade, fora da interferência estatal. É nesta de esfera de liberdade que o indivíduo poderá buscar os seus interesses individuais:

O membro do Estado tem, portanto, um *status* no qual ele é senhor, livre do Estado, a esfera de negação do *imperium*. É no *status* negativo, no *status libertatis*, em que os fins estritamente individuais encontram sua satisfação por meio da ação livre do indivíduo (JELLINEK, 1892, p. 82).

Esta situação é garantida por meio dos direitos fundamentais, que servem como uma proteção contra a intervenção, restrição, limitação ou violação do Estado às liberdades e bens jurídicos tutelados. Tais direitos fundamentais servem para a defesa do indivíduo contra a atuação estatal (PIEROTH; SCHLINK, 2012). Pode-se dizer que no *status* negativo o indivíduo terá direitos de defesa, contra arbitrariedades do Estado, porque no exercício do poder, aqueles investidos de autoridade estariam suscetíveis à tentação do abuso do poder.

Os direitos fundamentais foram originalmente concebidos para proteger o indivíduo contra as ações injustificadas do Estado (OESTREICH, 2016). Por isto os direitos de defesa são denominados direitos fundamentais de primeira geração. Portanto, como o direito à propriedade é um direito fundamental, o seu titular poderá recorrer ao Poder Judiciário e a outras instituições estatais, caso o seu direito seja violado ou ameaçado pelo Estado.

Mas adverte Jellinek que a definição do conteúdo da esfera privada depende do Estado (JELLINEK, 1892, p. 98).¹⁸ O conteúdo do *status* negativo é de relações juridicamente irrelevantes para o Estado. Há que se entender como juridicamente irrelevantes para o Estado os atos ou fatos que não interfiram na relação entre o Estado e o cidadão, dando como exemplo a publicação de um panfleto, a degustação de um vinho ou um passeio por um bem imóvel (JELLINEK, 1892, p. 98-99).

Trata-se da liberdade jurídica não protegida, que consiste em tudo aquilo que é permitido se fazer e que, ao mesmo tempo, é permitido não fazer. Ou seja, o *status* negativo protege o indivíduo para que o Estado não interfira em suas faculdades (ALEXY, 2015, p. 227). Neste aspecto, o *status* negativo é o contrário do *status* passivo. Enquanto este impõe ao indivíduo deveres ou proibições, o *status* negativo

¹⁸ Nas relações privadas, por exemplo, assuntos que eram estritamente do interesse de particulares e, portanto, imperava a autonomia da vontade, foram paulatinamente sendo tuteladas pelo Estado, como no caso das relações contratuais (exemplo do dirigismo contratual, em especial nas relações de consumo) e no Direito de família.

estabelece liberdades jurídicas não protegidas, ou seja, faculdades de agir ou não agir.

Se houver apenas a permissão se de fazer alguma coisa, pode ser que o indivíduo não esteja necessariamente no *status* negativo. Ora, determinada conduta pode ser permitida, mas a sua omissão pode ser proibida (ALEXY, 2015, p. 259). Portanto, se o indivíduo pode praticar determinada conduta, mas se ao mesmo tempo a sua não realização for reprimida pela lei, em verdade o indivíduo está sob o *status* passivo, tendo em vista a obrigação de agir.

O *status* negativo proporciona ao indivíduo um espaço de liberdade que proíbe que os agentes públicos lhe provoquem qualquer embaraço no exercício de seus direitos subjetivos.

Como se percebeu, as abstenções estatais não são suficientes para se garantir a liberdade dos indivíduos. Surgiu a necessidade de o Estado reconhecer pretensões a garantias positivas (HABERMAS, 2003, p. 307). O *status* positivo ou *status civitatis* pode ser identificado quando o Estado é chamado para garantir as liberdades por meio de uma atuação positiva, sem a qual as liberdades não poderão ser alcançadas. Jellinek afirma que toda atividade estatal é realizada no interesse dos governados e, no exercício de suas atribuições, reconhece aos indivíduos a capacidade jurídica de buscar nas instituições públicas prestações positivas (JELLINEK, 1892, p. 82).

Somente a título de exemplo, imagine-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CR/88)¹⁹. O funcionamento do Poder Judiciário é uma garantia de direitos dos indivíduos. Sempre que algum direito for violado ou ameaçado, o cidadão (ou algum corpo coletivo) poderá recorrer ao órgão jurisdicional competente, para tutelar o direito colocado à prova. É evidente que o funcionamento do Poder Judiciário é custoso aos cofres públicos, com o fim de garantir a administração da justiça, mas isto é necessário para o convívio social.

Mas apenas isto não basta. Para viabilizar o acesso à justiça aos economicamente hipossuficientes, a Constituição garante a assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CR/88).²⁰ Esta garantia abrange a imunidade

¹⁹ “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁰ “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

tributária para as taxas cobradas pelo serviço judiciário e a manutenção da Defensoria Pública (art. 134, CR/88).

As prestações positivas estatais podem ser identificadas na concretização dos direitos sociais (art. 6º, CR/88), tais como direito à saúde, com a manutenção dos serviços de saúde à disposição da população pelo Sistema Único de Saúde (SUS), nos serviços educacionais, com a manutenção de escolas, creches, faculdades e universidades públicas além de programas de bolsas de estudos e financiamentos estudantis. No direito à moradia, com os programas habitacionais, com financiamentos habitacionais ou a construção e distribuição de casas populares, programas de regularização fundiária etc.

A Constituição consagra o direito de todos de receber informações de interesse pessoal, coletivo ou geral dos órgãos e entes da Administração Pública, no prazo previsto em lei, são nos casos em que o sigilo se impõe para a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CR/88). Para que este direito seja respeitado, a Administração Pública deve ter uma organização adequada, para que tais informações sejam de fácil acesso e, na maior parte dos casos, de pronto fornecimento da informação (transparência passiva), assim como a disponibilização de informações de caráter geral ou coletivo nos portais de transparência, sites oficiais e no até no Portal Nacional de Compras Públicas, naquilo que se denomina transparência ativa da Administração Pública (NEVES, 2021, p. 177).

Como o Estado somente pode manifestar a sua vontade por meio das pessoas, seja no exercício de cargos públicos, seja por seus órgãos ou entidades ou, ainda, por meio da formação da vontade geral da coletividade, o cidadão se encontra no *status* ativo sempre que ele estiver apto a contribuir para a formação da vontade do Estado (JELLINEK, 1892, p. 129). Em outras palavras, o indivíduo enquanto no *status* ativo pode exercer direitos subjetivos que lhes dão a possibilidade de participar nos negócios políticos do Estado (PEDRA, 2021, p. 207).

Trata-se da situação em que o particular exerce a sua liberdade no Estado ou para o Estado. No exercício dos direitos cívicos, a liberdade individual é exercida em favor da atividade estatal, mas também é possível perceber que na estrutura do Estado o cidadão encontra lugar para exercer a sua liberdade. Enquanto o indivíduo serve ao Estado, este lhe garante espaço para o exercício da sua liberdade, em uma relação de reciprocidade funcional (PIEROTH; SCHLINK, 2012).

É possível identificar que o indivíduo esteja inserido no *status* ativo quando exerça seus direitos políticos (votar, ser votado e pelos mecanismos de democracia direta: plebiscito, referendo e iniciativa popular). Mas não somente nestes casos.

Há que se ter em mente que o *status* ativo abrange as situações em que o indivíduo pode ser reconhecido pela chamada cidadania ativa. Portanto, quando o cidadão exerce alguma função pública, ainda que não remunerada, como membro do tribunal de júri, como mesário ou presidente de seção eleitoral, como estagiário em uma repartição pública ou como servidor público. Em tais situações, remunerados ou não, o cidadão atua como agente público e pratica atos em nome do Estado.

Encontra-se no *status* ativo o cidadão que está atento aos atos estatais e fiscaliza a Administração Pública e, quando verificada alguma conduta ilegal, toma medidas para a ordem jurídica ser respeitada, por meio de uma ação popular²¹ ou mesmo por denúncia aos órgãos de controle interno e externo da Administração (NEVES; PEDRA, 2021, p. 169).

No entanto, nem sempre a identificação de um *status* é muito clara. Toma-se como exemplo o direito de petição perante a Administração Pública (art. 5º, XXXIV, a, CR/88). Embora esteja previsto como um direito individual e, por isto, tendencialmente ligado aos direitos de defesa (*status* negativo), também pode ser identificado como integrante do *status* ativo, pela participação do cidadão na Administração Pública, por influenciar uma decisão administrativa (ALEXY, 2015, p. 268).

No *status* ativo, o Estado atribui ao indivíduo uma capacidade vinculada à sua pessoa para poder atuar como órgão estatal. A esfera do indivíduo não é limitada por um dever, mas sim sua capacidade legal de agir ampliada (JELLINEK, 1892, p. 129). Geralmente, quando o indivíduo exerce ao ato que integra o *status* ativo, ele faz uso de uma faculdade, pois na maior parte das vezes, trata-se de um ato que não é obrigatório e nem proibido (ALEXY, 2015, p. 269).

Embora se possa dizer que aquele que se encontra no *status* ativo também pode se encontrar no *status* passivo – ao se considerar, por exemplo, a situação de um servidor público, que pratica atos em nome do Estado (*status* ativo), mas está

²¹ “Art. 5º [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

sujeito aos deveres funcionais como honestidade, diligência, sigilo sobre fatos que toma conhecimento em razão do cargo etc. Este mesmo servidor também se encontra no *status* negativo, tendo em vista que é detentor de direitos subjetivos como remuneração, estabilidade, direito à evolução funcional na carreira etc.

A construção teórica de Georg Jellinek tratou das funções clássicas dos direitos fundamentais, e possui uma maior utilidade na classificação dos direitos fundamentais do que a teoria das gerações de direitos, por não agrupar direitos fundamentais, mas os relacionar em razão de sua funcionalidade. Neste sentido, os direitos fundamentais até aqui são tratados como direitos subjetivos, cujos titulares podem pretear a sua tutela jurisdicional quando algum desses direitos forem ameaçados ou violados.

1.2 DIREITOS E GARANTIAS

O termo garantia, em sua origem, remete ao Direito privado, em que as garantias surgiram com o fim de assegurar o cumprimento de obrigações. Portanto, tais garantias se dirigiam a proteger os direitos patrimoniais (FERRAJOLI, 2013a, p. 186).

Há uma confusão entre as expressões direitos e garantias. O texto constitucional brasileiro apresenta em seu Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”, sem identificar quais são os direitos e quais são as garantias fundamentais, além de não estabelecer uma distinção de tratamento para as duas figuras. No entanto, há diferenças conceituais entre elas.

Em um contexto mais recente, ocorreu uma expansão do entendimento do termo “garantias”, bem como a introdução do neologismo “garantismo”, que serve para denotar os mecanismos de salvaguarda dos direitos fundamentais. Estes podem ser direitos negativos, como os direitos de liberdade que abarcam proibições a intervenções à esfera de liberdade, ou direitos positivos, como os direitos sociais que implicam obrigações de provisão por parte dos poderes públicos. Dentro deste cenário, o uso da expressão “garantia constitucional” na doutrina constitucionalista assume dois sentidos distintos. De um lado, serve para denominar a garantia dos direitos fundamentais. De outro, relacionado a medidas de exceção para a

preservação da federação, do Estado e da democracia brasileira, como a intervenção, o estado de defesa e o estado de sítio (FERRAJOLI, 2013a, p. 187).

O conteúdo de um direito fundamental é um bem jurídico da vida, como a vida, a liberdade física, a liberdade de pensamento, a honra, a saúde etc. No entanto, algumas normas foram criadas para proteger de forma indireta aqueles direitos fundamentais. Tais normas são denominadas garantias fundamentais (BRANCO, 2020, p. 168). Por meio das garantias fundamentais, o cidadão pode buscar a proteção estatal aos seus direitos ou os meios processuais para a sua proteção (CANOTILHO, 2003, p. 396). São exemplos de garantias fundamentais o *habeas corpus*, que visa proteger a liberdade física, o *habeas data*, que visa proteger a liberdade de informação, o mandado de segurança, que visa proteger o indivíduo ou uma coletividade contra uma ilegalidade não amparada pelas duas garantias anteriores, o princípio da anterioridade penal, que visa proteger a liberdade física, dentre outras garantias espalhadas no texto constitucional.

Carl Schmitt estabelece uma distinção entre direitos fundamentais e garantias institucionais. As garantias são instrumentos jurídicos para a tutela de uma instituição constitucional ou direito fundamental. (SCHMITT, 1996, p. 175). Pode ser indicada como exemplo a proibição de tribunal de exceção (SCHMITT, 1996, p. 176), que visa garantir o direito ao juiz natural.

Há garantias institucionais que atribuem direitos subjetivos a determinadas pessoas, como é o caso da estabilidade dos servidores públicos, que serve como uma proteção para a sociedade de que o servidor atue em prol da sociedade, por um lado, e por outro, dá ao servidor direito de pleitear a proteção desta estabilidade em juízo, quando for violada. (SCHMITT, 1996, p. 177)

O casamento, a família²², a propriedade e o direito sucessório também podem ser enumerados como instituições do direito privado que não podem ser extintas pelo legislador (PIEROTH; SCHLINK, 2012). Tais instituições, consagradas pela

²² “Havendo a transferência, de ofício, do cônjuge da impetrante, empregado da Caixa Econômica Federal, para a cidade de Fortaleza/CE, tem ela, servidora ocupante de cargo no TCU, direito líquido e certo de também ser removida, independentemente da existência de vagas. [...] O entendimento ora perfilhado descansa no regaço do art. 226 da CF, que, sobre fazer da família a base de toda a sociedade, a ela garante "especial proteção do Estado". Outra especial proteção à família não se poderia esperar senão aquela que garantisse à impetrante o direito de acompanhar seu cônjuge, e, assim, manter a integridade dos laços familiares que os prendem. (STF, MS 23.058, rel. min. Ayres Britto, j. 18-9-2008, DJE de 14-11-2008).

Constituição, trazem consigo valores caros à sociedade e que devem ser respeitados, mas que também criam direitos subjetivos aos indivíduos, que podem ser pleiteados individualmente, como o direito de constituir uma família, o direito de adquirir propriedade e o direito à transmissão hereditária.

Também há garantias que não criam direitos subjetivos, ou seja, não possibilitam que uma pessoa busque em juízo a tutela de um interesse individual, como a autonomia universitária, que dá à sociedade instrumental para a liberdade da ciência. (SCHMITT, 1996, p. 177)

“La garantía de todo derecho fundamental auténtico se dirige, si bien con distinto grado de eficacia, 1) a los órganos competentes para revisar la Constitución, de manera diversa por cierto, según que actúen como titular de la facultad constitucionalmente conferida de revisar la Constitución, o como titular de la facultad de realizar actos apócrifos de soberanía; 2) a los órganos competentes para dictar leyes ordinarias, y 3) a las restantes autoridades del Estado, sobre todo al llamado *Ejecutivo*”. (SCHMITT, 1996, p. 182)

Para Carl Schmitt, a garantia de um direito fundamental tem como destinatários: a) o constituinte derivado – no exercício do poder de reforma da Constituição; b) o legislador, ao criar leis ordinárias, para impossibilitar a extinção do referido direito ou a perda de sua eficácia; e c) as demais autoridades estatais, em especial as integrantes do Poder Executivo. (SCHMITT, 1996, p. 182) Podem incluir nesta lista o juiz que, no exercício da função jurisdicional, deverá observar o conteúdo do direito fundamental *sub judice* e lhe garantir eficácia.

Embora Carl Schmitt utilize expressões distintas: instituto, para figuras do direito privado e instituições, para figuras do direito público, neste trabalho serão tratados de forma indistinta. A liberdade de imprensa, que é consagrada por vários dispositivos da Constituição (CR/88) no art. 5º, IX²³, XIV²⁴ e art. 220,²⁵ deve ser vista como o resultado para a sociedade e não como um instituto de direito público ou de direito privado (PIEROTH; SCHLINK, 2012).

As garantias institucionais têm por finalidade preservar instituições, que embora possam sofrer mudanças no âmbito legislativo, não podem ser esvaziadas ou

²³ Liberdade de manifestação do pensamento.

²⁴ Direito de acesso à informação.

²⁵ Liberdade de imprensa, propriamente dita.

extintas. Tais garantias protegem direitos subjetivos apenas de forma indireta, mas de todo modo reforçam a proteção aos direitos fundamentais (BRANCO, 2020, p. 171).

Para a tutela de direitos são necessários instrumentos jurídicos capazes de fazer cessar a lesão a direitos negativos ou a impor ações estatais para obrigar o Poder Público a agir no desenvolvimento e implementação de políticas públicas para que tais direitos sejam desfrutados pelos indivíduos ou que as prestações correspondentes sejam disponibilizadas à sociedade, no caso de direitos positivos.

As políticas públicas são um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais, particularmente os direitos sociais. Estes direitos geram para os indivíduos a expectativa de garantias positivas por parte do Estado, por meio de ações do governo para garantir a satisfação completa dos direitos básicos e essenciais de cada pessoa, bem como direitos difusos, como um ambiente equilibrado, a biodiversidade e o desenvolvimento sustentável. Estes últimos, ademais, requerem do Estado medidas para sua proteção, inclusive em benefício das futuras gerações (PAMPLONA *et al.*, 2020, p. 144).

Sem tais instrumentos, os direitos fundamentais correm o risco de se tornarem fórmulas vazias, tendo em vista que no caso de sua violação não haverá formas de proteger os interesses dos seus titulares.

Não obstante a tutela dos direitos individuais, houve a necessidade de se reconhecer que determinados direitos, mesmo de cunho individual, fossem tutelados para que a coletividade se beneficiasse. O tema será tratado nas linhas que se seguem.

2 DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ALÉM DO INDIVÍDUO

Alguns bens jurídicos são muito preciosos para a sociedade, para terem a sua proteção limitada no âmbito individual, como a liberdade de expressão, a vida, a ciência²⁶, a cultura, a liberdade profissional etc. Os direitos fundamentais expressos no ordenamento jurídico foram complementados por outros direitos do *status* positivo. O Estado teve que reconhecer a sua responsabilidade para a conservação desses valores caros à sociedade, por meio de novas funções dos direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2012).

Portanto, para além da tutela dos interesses individuais, os direitos fundamentais também possuem funções que visam a tutela dos interesses da coletividade, da sociedade como um todo. A condução (ou recondução) da sociedade a uma justa dimensão ou ao bem comum (ZAGREBELSKY, 2011, p. 85).

Percebeu-se que “o desenvolvimento de novas dimensões de efeito afigura-se lógico, sempre que a mera defesa face ao Estado ingerente não seja suficiente para garantir o sucesso dos direitos fundamentais”. (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 412).

Embora a Lei Fundamental não liste explicitamente os direitos sociais e econômicos, o Tribunal Constitucional Federal Alemão tem interpretado esse princípio como base para uma “compreensão socialmente enriquecida” dos direitos fundamentais liberais. Isso significa que os direitos fundamentais não são apenas limitações ao poder estatal, mas também obrigam o Estado a agir para proteger os indivíduos contra ameaças aos seus direitos por parte de terceiros ou desenvolvimentos sociais.

²⁶ Veja julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito: “[...] A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a CF dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidez jurídica (ministra Cármen Lúcia). [STF, Pleno, ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008]”.

Esses deveres de proteção, decorrentes dos direitos fundamentais clássicos, bem como dos direitos fundamentais pós-liberais ou objetivos do Estado, são uma tentativa de adaptar a Constituição aos problemas que não eram identificáveis no momento de sua promulgação. Essa interpretação dinâmica dos direitos fundamentais permite que a Constituição continue relevante e eficaz na proteção desses direitos em uma sociedade complexa (GRIMM, 2016, p. 25).

Nas próximas linhas serão tratadas novas funções dos direitos fundamentais, que surgiram a partir de uma construção da doutrina e da jurisprudência.

2.2 COMPETÊNCIA NEGATIVA DO ESTADO

O Estado de Direito pressupõe a atuação estatal dentro dos limites impostos pelo Direito. Ao se partir do princípio da legalidade administrativa, o Estado somente poderá atuar dentro das competências definidas pela lei ou pela própria Constituição. E não se deve pensar apenas em regras de competência (positiva) do Estado, mas se determinados direitos (fundamentais) foram consagrados aos seus respectivos titulares, não é lícito ao Estado atuar de modo a provocar violações ou ameaças a esses direitos. Assim, a consagração de direitos fundamentais como direitos subjetivos, pressupõe a imposição de competências negativas ao Estado (HESSE, 2009, p. 36).

A título de exemplo, veja a seguinte regra constitucional “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI, CR/88). Embora o Congresso Nacional (União) tenha plena competência para tratar dos mais diversos assuntos inseridos o art. 22, CR/88, nenhuma de suas leis poderá retroagir para afetar o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. Portanto, um direito subjetivo conferido aos indivíduos e que pode ser requerida a sua tutela jurisdicional, também é uma proibição ao Estado legislador (competência negativa).

E isto não acontece apenas com direitos individuais ou de primeira geração. Tome-se como exemplo o direito à saúde, previsto no art. 6º e 196, CR/88. Para a concretização do direito à saúde, a Constituição determina que sejam promovidas políticas públicas voltadas não só ao tratamento, mas à redução de riscos de doenças. A proibição de retrocesso que tanto é tratada pela doutrina de direitos fundamentais é

um exemplo de competência negativa estatal. Ora, a constituição prevê o Sistema Único de Saúde (art. 198), que não poderia ser simplesmente extinto por obra do legislador.

2.3 VALORES OBJETIVOS DA SOCIEDADE

Além da função de proteção contra interferências estatais na esfera privada, os direitos fundamentais podem ser reconhecidos, sob o ponto de vista axiológico, como a expressão de valores elementares e superiores de um determinado ordenamento jurídico (NASCIMENTO, 2016, p. 80).

Para Rudolf Smend, os direitos fundamentais não são simplesmente normas escritas, mas são uma expressão dos valores e crenças mais profundos de uma sociedade. Ele acreditava que a compreensão dos direitos fundamentais deve levar em consideração a história e a cultura de uma sociedade, bem como suas tradições e valores. Esta comunidade de valores não é questionada pelas lutas políticas, tendo em vista que são um elemento de integração da sociedade (SMEND, 1985b, p. 87).

Esta concepção é interessante do ponto de vista hermenêutico, tendo em vista que para Smend, os direitos fundamentais têm uma relação direta com as finalidades do Estado.

Essa afirmação sugere que o Estado não pode ser entendido simplesmente como a soma de seus elementos individuais, mas deve ser visto como uma unidade indivisível que é moldada pela concretização de valores substantivos em contextos históricos específicos (SMEND, 1985b, p. 95).

Em outras palavras, o Estado não pode ser reduzido aos seus componentes individuais, como a estrutura governamental, as leis e as instituições. Em vez disso, é um todo maior que é influenciado por fatores como valores culturais, tradições históricas e circunstâncias políticas específicas.

É interessante a construção realizada pelo Luigi Ferrajoli a respeito dos denominados bens fundamentais. Tratam-se dos objetos dos direitos fundamentais, que muitas vezes são considerados a partir da perspectiva de um direito subjetivo,

mas que representam grande interesse para a coletividade (FERRAJOLI, 2013a, p. 734). O assunto será tratado adiante, no capítulo 3 nesta Parte II.

Isso implica que, para entender o Estado como uma totalidade, é necessário analisá-lo em seu contexto histórico e cultural específico, levando em consideração as forças que moldaram sua formação e evolução.

Essa afirmação sugere que a definição da substância de um direito fundamental depende da compreensão do valor que ele representa e como esse valor se enquadra na ordem subjacente de valores da sociedade. Isso requer uma compreensão intuitiva e acadêmica do significado desses valores.

Além disso, a definição de valores fundamentais pode mudar ao longo do tempo, com a influência de novas ideias e mudanças culturais. Isso significa que as interpretações dos direitos fundamentais podem ser influenciadas por conceitos de valor transitórios e em constante mudança, o que pode levar a mudanças na compreensão e aplicação desses direitos.

Em resumo, a definição da substância de um direito fundamental requer uma compreensão intuitiva e acadêmica dos valores que ele representa e como eles se encaixam na ordem subjacente de valores da sociedade. No entanto, essas definições podem mudar com o tempo e ser influenciadas por conceitos de valor em constante mudança (BÖCKENFÖRDE, 2017b, p. 278).

O apelo a um sistema de ponderação e hierarquização de valores pode ser problemático, porque pode obscurecer os fundamentos reais das decisões sobre o peso relativo e a classificação dos valores. Ao invés de fornecer justificativas adequadas para essas decisões, esse sistema pode dar uma aparência de racionalidade às decisões e liberá-las da necessidade de justificção adequada. Além disso, o sistema de ponderação e hierarquização de valores pode servir como um disfarce para decisões arbitrárias e subjetivas, conhecidas como decisionismo, que são tomadas sem base em uma justificção adequada.

Em termos práticos, isso significa que os juízes ou intérpretes que utilizam um sistema de ponderação e hierarquização de valores podem acabar tomando decisões baseadas em suas próprias preferências pessoais, ao invés de fundamentá-las em princípios jurídicos claros e justificáveis. Como resultado, essas decisões podem ser

questionáveis e fragilizar a legitimidade e a confiança no sistema jurídico (BÖCKENFÖRDE, 2017b, p. 280).

Embora o sistema de ponderação e hierarquização de valores possa parecer racional e justificável em teoria, ele pode ser problemático na prática, ao permitir decisões arbitrárias e subjetivas, o que prejudica a legitimidade das decisões (NEVES, 2022, p. 45). Neste sentido, é interessante o ensinamento:

O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito. (SUNDFELD, 2014, p. 206).

Há que se fazer uma distinção entre princípios e valores. Os princípios, enquanto normas jurídicas de grau mais abstrato, possuem o caráter de obrigatoriedade. Se as normas forem válidas, os seus destinatários são obrigados a cumpri-las. Os valores possuem o caráter teleológico, ou seja, estão relacionados a uma finalidade específica. Eis a principal diferença entre os princípios e os valores (ALEXY, 2015, p. 153). Esses valores são, em verdade, preferências de determinado grupo social, para atingir um determinado fim.

Os valores são conceitos subjetivos que atribuímos a coisas ou situações com base em crenças, experiências e perspectivas individuais. Eles são expressos por meio de julgamentos valorativos, que refletem nossas preferências pessoais em relação a determinados bens ou situações. Portanto, a concordância a proposições valorativas pode ser maior ou menor, dependendo de quão fortemente se valorizam certos bens ou situações (HABERMAS, 2003, p. 316).

A identificação dos direitos fundamentais com uma ordem objetiva de valores geraria um esvaziamento do caráter normativo desses direitos (NASCIMENTO, 2016, p. 88). Portanto, tratar direitos fundamentais como valores caros à sociedade não basta e não é aconselhável para a sua identificação. Assim, há se dar continuidade à investigação a respeito das funções das normas consagradoras de direitos fundamentais.

2.4 O DIREITO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A função defensiva dos direitos fundamentais contra as ingerências do Estado, como já se disse, foi percebida como insuficiente desde o Século XIX, para dar resposta aos problemas existentes na sociedade.

Em um sistema normativo-constitucional é lógico presumir a supremacia da Constituição sobre quaisquer outras normas do sistema, assim como sobre todos os poderes constituídos. A Lei Fundamental Alemã dispõe o seguinte: “Art. 1º, nº 3. Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.” Apesar de não haver disposição equivalente na Constituição brasileira, o Estado se submete à lei (princípio da legalidade) e há um sistema de controle de constitucionalidade, preventivo e repressivo (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 384). Portanto, não há como sustentar de forma séria que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estariam imunes aos comandos constitucionais.

Além disto, a eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CR/88) impõe uma vinculação de todos os órgãos e entidades estatais aos direitos fundamentais. A ausência de disposição equivalente ao art. 1º, nº 3. da Lei Fundamental Alemã não é impedimento para esta conclusão (NASCIMENTO, 2016, p. 141).

Quando uma norma-princípio está presente, há uma indicação para o intérprete agir de forma favorável, ou seja, tanto a Administração Pública, quanto o Legislativo, o Judiciário e outros órgãos em suas áreas de atuação devem cumprir a Constituição. Se essa afirmação for correta, cada um desses órgãos tem a obrigação legal de assegurar que essa norma seja implementada dentro dos limites legais que lhes são atribuídos (FIGUEIREDO, 1996).

Já foi dito neste trabalho que a consagração de direitos fundamentais impõe competências negativas ao Estado, tendo em vista que com a atribuição de direitos aos indivíduos, surgem simultaneamente limites à atuação estatal. Além deste aspecto subjetivo, pode-se perceber que a vinculação do Estado aos direitos fundamentais provoca este dever de proteção de forma objetiva, por meio de ações e

procedimentos a serem realizados independentemente de um interessado buscar a tutela estatal.

É por esta razão que doutrina e jurisprudência reconhecem a técnica da interpretação conforme a constituição, para se assegurar, por via interpretativa, a prevalência do texto constitucionais. Como se vê:

A interpretação conforme a Constituição é uma técnica interpretativa que ajusta, harmoniza e corrige a lei com a Constituição, elegendo diante de uma multiplicidade de modalidades interpretativas, aquela que deveria ser considerada constitucional. (ABBOUD, 2016, p. 286)

Por meio da interpretação conforme a constituição, o Poder Judiciário reconhece, dentre as possíveis interpretações à lei, aquela que está adequada ao enunciado normativo constitucional, sem que seja declarada a nulidade do texto legal. Como um desdobramento disto, a jurisprudência e doutrina alemãs desenvolveram a noção de interpretação conforme os direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2012).

A expressão "força normativa da Constituição", cunhada por Konrad Hesse, refere-se à capacidade da Constituição de efetivamente impor normas e valores que devem ser respeitados por todos os indivíduos e instituições do Estado. Isso significa que a Constituição não é apenas um documento simbólico, mas sim um conjunto de regras jurídicas que têm o poder de orientar a ação do Estado e dos cidadãos (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 155).

No entanto, é importante destacar que a Constituição não pode simplesmente se apropriar de conceitos éticos ou morais sem levar em consideração as discussões e os debates que ocorrem na sociedade sobre essas questões. A interpretação da Constituição deve estar sempre em consonância com os valores e princípios que são compartilhados pela sociedade como um todo.

Além disso, a afirmação ideológica de que o ser humano é o valor supremo do direito constitucional está presente na cultura ocidental, mas também está presente em muitas outras culturas e sistemas jurídicos ao redor do mundo. Isso reflete a importância que é dada à proteção dos direitos e da dignidade humana em todas as sociedades. Nesse sentido, a força normativa da Constituição deve estar sempre orientada pela proteção dos direitos e da dignidade humana, independentemente das

diferenças culturais e ideológicas que existem entre as diferentes sociedades e sistemas jurídicos.

2.5 FUNÇÃO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.5.1 A Constituição limita a discricionariedade estatal

Os direitos fundamentais quando vistos de forma objetiva, podem ser compreendidos como instrumento de proteção pelo Estado. Nesta perspectiva, há que se reconhecer um dever de proteção aos direitos fundamentais imposto ao Estado, independentemente de requerimento de um indivíduo, mas como forma de se garantir a efetividade de tais direitos no ordenamento jurídico e na vida em sociedade.

Como se pode perceber, o Estado brasileiro, por meio dos enunciados normativo-constitucionais, se comprometeu a proteger os direitos fundamentais. Por esta razão, pode-se dizer que em muitos casos em que se reconhece a discricionariedade estatal, em todos os níveis, político (legislativo e executivo), judicial, controle (exercido por meio de órgãos de controle interno e externo) e administrativo, há limites à margem de liberdade conferida aos agentes públicos, em razão daqueles compromissos.

Neste contexto, o direito fundamental à boa administração, ao estabelecer obrigações jurídicas no âmago do exercício da discricionariedade, atua como um limite além da mera arbitrariedade, além de orientar os gestores públicos na tomada de decisões. Portanto, esse direito se constitui como um instrumento útil no controle administrativo, ao garantir os direitos e interesses dos cidadãos, tanto individuais quanto coletivos. (PONCE SOLÉ, 2014, p. 36)

2.5.2 Proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais

É verdade que os direitos fundamentais não têm o seu espectro normativo completo no texto constitucional, a exemplo do que acontece com o direito de propriedade, previsto no art. 5º, XXII, CR/88 e limitado o seu exercício à sua função social (art. 5º, XXIII, CR/88). No entanto, o Código Civil (CC/2002) inicia a sua regulamentação no art. 1.228, para estabelecer os poderes inerentes à propriedade (usar, gozar, dispor e reaver a coisa).

É na legislação infraconstitucional que os direitos fundamentais são conformados. É daí que surge a preocupação de que a regulamentação legal possa restringir direitos fundamentais. Ora, a partir do momento em que um determinado direito recebe regulamentação jurídica, há uma evidente limitação ao seu exercício, ainda que mínima.

O art. 19, nº 2 da Lei Fundamental Alemã estabelece uma proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais: “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”. O dispositivo constitucional visa criar uma barreira para que as limitações legislativas não inviabilizem os direitos fundamentais, ou porque a limitação ocorre por motivo insuficiente, por ser desproporcional (HESSE, 1998, p. 266).

Deve-se observar que o núcleo essencial de um direito fundamental diz respeito tanto ao aspecto subjetivo do direito quanto ao seu aspecto objetivo, como função de conservar a vida social em seu conjunto (HESSE, 1998, p. 268). Há que se ter em mente que uma vez consagrado como direito fundamental, embora seja dado ao legislador um poder discricionário para regular juridicamente aquele direito, o seu núcleo essencial, ou seja, o seu conteúdo mínimo, é retirado da esfera de disponibilidade do legislador, tendo em vista que este núcleo se torna intangível (ALCALÁ, 2003, p. 181). Pode-se dizer que esta vinculação aos direitos fundamentais provocou uma limitação da liberdade material do legislador (SARLET, 2018, p. 386).

Segundo Niklas Luhmann, devido ao declínio dos pressupostos ontológicos da filosofia, o conceito de essência se tornou uma “fórmula vazia”, o que torna a limitação do conteúdo essencial praticamente inútil. A essência da essência é desconhecida e apenas o consenso alcançado na discussão do dogma e a força de direito das decisões dos tribunais constitucionais podem fornecer algum auxílio (LUHMANN, 2010, 146-147).

No entanto, Konrad Hesse ensina que:

[...] a proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção absoluta do “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, naturalmente, sob o pressuposto, que proporcionalidade seja entendida não só no sentido de uma mera perseguição de uma finalidade econômica, mas que a admissibilidade de tal perseguição de uma finalidade, exatamente, também seja aferida ao direito fundamental a ser limitado. (HESSE, 1998, p. 267-268).

Portanto, Konrad Hesse admite a limitação a direito fundamental, desde que justificada de forma proporcional a uma finalidade e que esta seja compatível com a finalidade do direito fundamental.

Como adverte José Carlos Vieira de Andrade, sempre é possível que o legislador invoque uma finalidade fictícia para a limitação de direitos e, com isto, ocorrer violação ao seu núcleo essencial (ANDRADE, 2001, p. 295).

Além do texto constitucional alemão, pode-se ver a tutela do núcleo essencial dos direitos fundamentais na Constituição Espanhola de 1978:

Artigo 53

1. Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo segundo do presente Título vinculam a todos os poderes públicos. Só por lei, que em todo caso deverá respeitar o seu conteúdo essencial, se poderá regular o exercício de tais direitos e liberdades, que se tutelarão de acordo com o previsto no artigo 161, 1, a).

Com disposição semelhante, a Constituição Portuguesa de 1976 estabelece o seguinte:

Artigo 18.º

Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

A vinculação do legislador aos direitos fundamentais é consequência do fenómeno da constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico. Isto não se limita à observância das normas constitucionais durante a atividade legislativa, mas também quando o Poder Legislativo edita leis com o fim de eliminar disposições infraconstitucionais (ou não recepcionadas pela nova Constituição ou por emenda constitucional) ou em atendimento a um mandamento constitucional para complementar a eficácia de suas normas (SILVA, 2011, p. 43-44).

Não há dispositivo equivalente na Constituição brasileira. No entanto, não se pode dizer que não exista no âmbito da CR/88 proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Embora o legislador possa impor limitações aos direitos fundamentais, é importante ressaltar que ele próprio está sujeito a esses direitos. Na verdade, o art. 5º, § 1º, da CR/88 estabelece uma proibição clara de leis que violem os direitos fundamentais, o que significa que não apenas a criação de leis é passível de revisão judicial, mas também as suas consequências. Esse papel de revisão é atribuído ao Poder Judiciário, que atua como jurisdição constitucional (SARLET, 2018, p. 386).

Os direitos fundamentais vinculam o legislador ao proibir a edição de leis contrárias a estes direitos, garantias e liberdades (competências negativas), assim como impõem ao legislador uma atividade positiva, no sentido de promover reformas legislativas para a revogação de normas inconstitucionais, bem como a criação de leis possibilitar maior concretização daqueles direitos (CANOTILHO, 2003, p. 440).

Se não é possível extinguir direitos fundamentais via emendas constitucionais, tendo em vista a sua caracterização como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CR/88), como seria possível a restrição de um direito fundamental ao extremo, ao ponto de esvaziá-lo ou uma restrição com motivo insuficiente e desproporcional?

Como se pode perceber, apesar de não haver norma expressa de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, a referida tutela pode ser compreendida como decorrente da eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), bem como pela consagração de cláusulas pétreas, com a vedação de extinção de direitos fundamentais (art. 60, § 4º).

2.5.3 Dever de proteção

A tutela dos direitos fundamentais é garantida pela Constituição, que estabelece proteção para as diversas manifestações do comportamento e da condição humana, como a integridade física e psicológica, bem como a liberdade de agir ou se abster e a participação em instituições reguladas por normas. Esses direitos são definidos com esferas de proteção específicas (STARCK, 2020, p. 37).

Mas para impor o dever de proteção ao Estado, este deve estar em uma posição especial de garante daqueles direitos, como nos casos de atividades humanas sujeitas ao poder de polícia. A omissão estatal de impedir afetações a direitos fundamentais deve ser juridicamente imputada ao Estado. Este dever estatal permanece, ainda que a afetação a um direito fundamental seja promovida por um particular no exercício de outro direito fundamental. (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 413-414).

Pode-se perceber esta condição de garante do Estado nos fundamentos da República (art. 1º), nos objetivos fundamentais (art. 3º), na defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), na prestação de assistência jurídica gratuita aos desprivilegiados economicamente (art. 5º, LXXIV), na redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), inclusive com a manutenção de um sistema de fiscalização das relações de trabalho (art. 114, VII). A União poderá intervir nos estados-membros para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, b), assim como os estado-membro poderá intervir em seus municípios para garantir os investimentos mínimos em saúde e educação (art. 35, III), dentre outras situações.

A este respeito, vejam-se as disposições do art. 23, CR/88, que estabelece as competências comuns dos entes da federação.

Em todos esses casos, cada ente da federação deverá promover ações para o cumprimento destas tarefas em que se protegem bem jurídicos de grande valor (direitos fundamentais).

Em todo caso, o cumprimento do dever de proteção estatal pode esbarrar em um direito fundamental de outro indivíduo ou de determinado grupo. Assim, a proteção de um direito pode representar a limitação de outro direito, o que deve ser tratado com cautela, a partir do princípio da proporcionalidade, com a análise dos seus elementos: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito. A limitação dos direitos fundamentais deve ser apropriada para garantir a proteção do bem jurídico em questão. Adicionalmente, deve ser considerada necessária somente quando não houver um meio menos restritivo capaz de alcançar o mesmo objetivo. Por fim, a limitação deve ser proporcional em sentido estrito, ou seja, ter uma justificativa adequada e proporcional em relação à importância e ao valor do direito fundamental em questão.

Ainda sob os efeitos da Quarta Revolução Industrial, com a atuação das grandes empresas de Tecnologias da Informação e Comunicação, o desenvolvimento e difusão de ferramentas de inteligência artificial, o tratamento e manipulação de dados, a criação de modelos de negócios cada vez mais criativos, têm trazido grandes transformações no seio social.

Além disso, o desenvolvimento de novas técnicas em todos os campos do conhecimento humano também pode oferecer riscos que ainda não se tem conhecimento, e menos ainda a criação de salvaguardas de eventuais danos. Neste contexto, é imperativo que o Estado intervenha para proteger a sociedade como um todo, bem como os indivíduos que possam ser afetados por eventuais danos.

Como ensina Ferrajoli (2013a, p. 737), com o desenvolvimento da civilização, surgem novos bens que passam a ser considerados essenciais para a humanidade, aos quais o autor denomina bens fundamentais.

Na medida em que as capacidades tecnológicas para modificar e destruir o meio ambiente avançam, vários recursos naturais, que até recentemente eram categorizados meramente como coisas – como a água, o ar e o equilíbrio de biomas – passam a ser vistos como fundamentais para a continuidade da espécie humana.

Atualmente, há uma exigência de que esses elementos sejam assegurados a todos como bens comuns, estabelecendo restrições sobre atividades privadas e obrigações no âmbito público.

Ainda sobre o surgimento de novos bens, o desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) fizeram surgir um novo tipo de bem: os dados.

Os algoritmos absorvem uma quantidade constante de dados sobre as pessoas a cada segundo. Eles analisam os tipos de links que alguém clica, os vídeos que assistem até o fim e a velocidade com que pulam de uma coisa para outra. Eles observam onde estão quando realizam essas atividades, com quem estão se conectando pessoalmente e online, além de monitorar suas expressões faciais e como o tom da pele muda em diferentes situações. Os algoritmos também registram o que estavam fazendo antes de decidir comprar ou não alguma coisa e se votam ou preferem se abster. Todas essas informações, e muitas outras, estão sendo comparadas a leituras semelhantes sobre a vida de milhões de pessoas por meio de uma extensa vigilância (LANIER, 2018).

Os dados pessoais são hoje o bem que alimenta o que Shoshana Zuboff denominou Capitalismo da Vigilância:

Os substanciais fluxos de receita da empresa fizeram as maiores mentes da nossa época, em campos como inteligência artificial, estatística, aprendizagem de máquina, ciência de dados e analítica preditiva, convergir para a área da predição do comportamento humano conforme medido pelas taxas de cliques: era um processo de adivinhação, mediado pelo computador, e a respectiva venda (ZUBOFF, 2021).

Assim, o Estado não pode permanecer inerte, sem proteger esses bens digitais que falam tanto sobre as pessoas, que são capazes de dizer coisas tão íntimas sobre os indivíduos que, por vezes, nem eles o sabem.

Ademais, com a evolução tecnológica, há um aumento na quantidade de bens vitais produzidos pelo homem – como medicamentos indispensáveis e alguns alimentos. O seu fornecimento como bens sociais é devido a todos, de acordo com seus respectivos direitos sociais. Isso se torna mais fundamental do que nunca em um mundo contemporâneo, em que a sobrevivência se distancia cada vez mais de uma condição natural e se aproxima de uma condição socialmente construída (FERRAJOLI, 2013a, p. 737).

Não se quer neste ponto impedir o desenvolvimento, nem desestimular a busca de novas técnicas, com uso de menos recursos, mas se quer alertar que o desenvolvimento econômico e o empreendedorismo não podem fazer sucumbir direitos fundamentais, que o Estado se comprometeu tutelar.

O Estado tem o dever de proteger as instituições sociais que são essenciais para a existência dos direitos fundamentais e que também são protegidas por eles. Essa proteção deve ocorrer sempre que essas instituições não possam se manter por si só, não apenas em situações específicas, mas de forma geral.

Mesmo nas relações de direito privado, em que se percebe condições desiguais de uma das partes, cujos interesses jurídico-fundamentais são protegidos, não tem nenhuma possibilidade de defesa em relação à outra parte, o Estado tem o dever de proteger o direito fundamental que ficou desamparado (PIEROTH; SCHLINK, 2012).

Mas há que se fazer uma ressalva sobre esta concepção de Estado subsidiário, quanto aos seus objetivos constitucionalmente estabelecidos. Se o

objetivo for dar sustentação ao desenvolvimento já alcançado, a subsidiariedade estatal pode atender a esses objetivos, com a manutenção do *status quo*. No entanto, se o que se deseja é a obtenção do desenvolvimento, a atuação estatal deve ser no sentido de incentivar a eliminação das circunstâncias de desigualdade social, instabilidade política, ameaça à democracia e distribuição inadequada de renda, comuns em contextos de desenvolvimento tardio (GABARDO, 2018, p. 103).

Nas situações acima indicadas, a Administração Pública deverá atuar para a proteção dos direitos fundamentais e, em muitos casos, a margem de discricionariedade será reduzida a zero, diante a imperatividade da ação protetiva estatal (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 415). Imagine-se que é marcada uma passeata nas ruas da cidade, tendo como objetivo o protesto da população contra a corrupção no governo. As autoridades competentes pela segurança pública deverão realizar um planejamento adequado para criar um aparato de segurança para o bem dos manifestantes (direitos de reunião, direito à manifestação do pensamento, direito à vida e à incolumidade física), para as pessoas que não participarão do movimento (direito à vida e à incolumidade física, direito de circulação) e para a segurança dos bens públicos e privados.

Portanto, a eficácia dos direitos fundamentais vincula a atuação da Administração Pública, para a sua proteção, bem como de determinados bens, que são objeto daqueles direitos. Neste contexto da necessária proteção estatal, há que se considerar a noção de patrimônio público de forma mais ampla, para alcançar bens que são necessários à garantia de uma vida digna e feliz, como resultado de políticas públicas que proporcionem o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos (GABARDO, 2018, p. 106).

2.5.4 Proteção pela participação

Outra forma de manifestação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, em particular, para a proteção desses direitos é pela garantia do direito à participação em instituições públicas e privadas.

O direito à igualdade na participação frequentemente se torna um direito processual, quando há vários interessados envolvidos. Nesses casos, é necessário conceder oportunidades iguais e avaliar e considerar justamente as qualificações no

mesmo procedimento. Esse procedimento deve ser leal e, se for importante o suficiente, deve ser regulado por uma norma jurídica. É crucial que as posições do indivíduo sejam protegidas durante o procedimento.

Uma forma de manifestação desta proteção é por meio do concurso público para acesso a cargos públicos de provimento efetivo (art. 37, II, CR/88). Como há vários interessados para o ingresso no serviço público, deve ser realizado um concurso de provas, ou provas e títulos, de acordo com a complexidade do cargo, para a seleção dos melhores candidatos, por meio de critérios objetivos. Assim é garantida a igualdade de condições, sem a concessão de privilégios pessoais.

O procedimento licitatório também é uma manifestação da proteção do direito de contratar com a Administração Pública em igualdade de condições. Quaisquer interessados podem participar, desde que atendidas as condições de habilitação e as propostas dos licitantes são julgadas por critérios objetivos. Assim é garantida a observância do princípio da impessoalidade.

O direito à participação reconhecido nos conselhos deliberativos é uma forma de abertura da Administração Pública à sociedade. Veja-se o exemplo dos conselhos de saúde em todos os níveis da federação, em que a sua composição paritária possibilita que usuários, prestadores de serviço e o poder público discutam ações e aplicação de recursos nesta política pública tão importante (direito fundamental à saúde).

No âmbito dos regimes próprios de previdência, é exigida a composição de conselhos deliberativos (conselho fiscal e conselho de previdência) com a participação de segurados (ativos e inativos), por meio de representantes. Assim, os interessados escolhem seus representantes para atuarem de forma ativa nas deliberações que a Administração Pública afete a sua esfera de direitos.

Estes são apenas alguns exemplos de participação da sociedade nas deliberações da Administração Pública, que possibilitam a tutela de direitos fundamentais.

2.5.5 A proteção jurisdicional

Como foi dito anteriormente, a força normativa dos direitos fundamentais vincula todos os poderes estatais, inclusive o Poder Judiciário. Sem a manutenção de órgãos jurisdicionais não seria possível a proteção adequada dos direitos.

De nada adiantaria um texto constitucional sofisticado, com a consagração de direitos fundamentais, se o Poder Judiciário ficasse vinculado à legalidade estrita do Século XIX: leis arbitrárias poderiam ser promulgadas para limitar direitos fundamentais e tais direitos continuariam a ser interpretados a partir das disposições legais. Tudo estaria perdido.

Os órgãos jurisdicionais são o refúgio daqueles que se acham ofendidos em seus direitos pelos poderes constituídos ou por particulares. O Poder Judiciário tem um importante papel na concretização dos direitos fundamentais.

A exemplo disto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que viola o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana a omissão do Estado na prestação de serviços de assistência à saúde de pessoas portadoras de transtornos mentais. No caso em tela, a União ajuizou ação tendo em vista a transferência de recursos federais para o estado do Pará, que se omitiu da prestação dos serviços (BRASIL, 2017).

Como se pode ver, os próprios órgãos jurisdicionais estão vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, como limite material de suas decisões, mas também atuam no controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) dos atos dos outros poderes (Legislativo e Executivo), para que se possa garantir a coerência e unidade do ordenamento jurídico. É de suma importância o papel dos juízes e tribunais na interpretação e aplicação do direito à luz dos direitos fundamentais.

3 TEORIA DOS BENS FUNDAMENTAIS

3.1 A ESFERA DO INDECIDÍVEL

Até o presente momento foram apresentados os direitos fundamentais sob suas dimensões e funções na ordem jurídica. Mas há uma categoria jurídica que merece atenção do estudioso do Direito que, ao menos em um primeiro momento, não parece contemplado no estudo dos direitos fundamentais.

O constitucionalismo, em sua história, relaciona-se com a progressiva expansão da esfera pública dos direitos e das funções de garantia que os acompanham. Essa história não é puramente teórica, mas sim social e política, tendo em vista que muitos desses direitos foram conquistados por meio de movimentos revolucionários, como as Revoluções Americana e Francesa, os movimentos do Século XIX pelas constituições, as lutas operárias, feministas, ambientalistas e pacifistas do Século XX.

Cada geração de direitos pode ser equiparada a uma geração de movimentos revolucionários, desde as primeiras revoltas contra o absolutismo real até as constituições modernas, como a italiana e a alemã, que surgiram como rejeição ao fascismo e ao nacional-socialismo como pactos fundadores da democracia constitucional.

Os direitos fundamentais não podem ser violados por nenhum grupo majoritário, que não tem o poder de condenar uma pessoa sem provas, privar a liberdade pessoal, os direitos civis, políticos ou deixar alguém morrer sem assistência ou na miséria. Uma vez estabelecidos como normas, esses direitos proíbem quaisquer ações que busquem prejudicá-los ou reduzi-los.

A concepção formal e procedimental da democracia liberal fica invalidada como um sistema baseado em regras que garantem a soberania política da maioria e a plena liberdade da economia de mercado. Embora a representação política e a autonomia negocial sejam normas formais que definem a produção de decisões jurídicas, os direitos fundamentais formam a chamada "esfera do indecidível", que abrange proibições correspondentes aos direitos de liberdade e as ações estatais dos direitos prestacionais (FERRAJOLI, 2013a, p. 774-777).

A interação entre economia e direitos fundamentais é especialmente importante ao considerar a globalização das transações comerciais e financeiras.

Embora a proteção de direitos como a propriedade, a liberdade de empresa e a autonomia privada não seja um problema, a situação se modifica quando esses direitos são colocados acima dos outros e a economia de mercado se impõe. Isso pode levar a situações em que as leis não são capazes de proteger as liberdades dos cidadãos (MONIZ, 2017, p. 25). Em razão disto, a consagração ou o reconhecimento de direitos como fundamentais é importante para salvaguardar determinados valores ou bens jurídicos de modo a possibilitar um equilíbrio entre os interesses econômicos, políticos e sociais, não apenas da sociedade atual, mas também das futuras gerações.

Mas a questão que se coloca é se a consagração de direitos fundamentais é suficiente para proteger os valores e bens jurídicos necessários à sociedade. Como os direitos fundamentais são ou uma expectativa de não lesão ou uma expectativa de prestação, que têm por objeto determinados bens, Luigi Ferrajoli (2013a, p. 370 e ss) propõe uma nova categoria jurídica, a dos bens fundamentais.

Neste contexto, ganha relevância a discussão sempre atual entre a linha limítrofe entre a esfera pública e a esfera privada. Isto se deve ao fato de que os direitos fundamentais (primários), compreendidos como direitos de que são titulares todos os indivíduos, indistintamente, pelo fato de serem pessoas ou cidadãos, terão incidência na esfera pública.

De acordo com a visão de Habermas, a esfera pública serve como uma rede eficaz para a troca de informações, pontos de vista e opiniões. Nesse ambiente, as correntes de comunicação são filtradas e organizadas, resultando na formação de opiniões públicas agrupadas em torno de tópicos específicos (HABERMAS, 2003, p. 92). Para Ferrajoli, a esfera pública engloba todas as circunstâncias que pertencem a todas as pessoas, ou que são garantidas para proteger os interesses de todos ou que não surgem do exercício dos direitos civis de autonomia (FERRAJOLI, 2013a, p. 759).

As duas definições não são excludentes, mas sim complementares. Enquanto Ferrajoli se preocupa com o conteúdo dos temas a serem tratados na esfera pública, Habermas se refere ao *locus* para as discussões dos referidos temas, com a possibilidade de envolvimento de todos os interessados.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS PATRIMONIAIS

Antes de ser enfrentada a nova categoria jurídico-constitucional dos bens fundamentais, deve-se revisar a noção de direitos fundamentais, proposta por Ferrajoli. O conceito formal de direitos fundamentais, como aqueles direitos reconhecidos como tais pela Constituição de cada Estado, não basta para responder à questão, diante de seu vazio de conteúdo. O autor apresenta quatro diferenças estruturais entre os direitos patrimoniais e os direitos fundamentais.

A primeira diferença entre eles é que por um lado, os direitos de liberdade, os direitos políticos e os direitos sociais são universais, ou seja, tais direitos têm como titulares toda uma coletividade, seja de cidadãos ou de pessoas. Por outro lado, os direitos patrimoniais são singulares, em relação aos seus titulares. O titular de um direito patrimonial o exerce com a exclusão de todos os outros indivíduos.

Em relação à propriedade, há que se fazer uma breve digressão. O direito de propriedade pode ser qualificado como direito fundamental e como direito patrimonial. Mas apenas o direito à propriedade é um direito fundamental, porque abrange a todas as pessoas em igual medida. Ter direito à propriedade significa que o seu titular pode adquirir um bem e, quando o fizer, poderá exercer os poderes que integram o direito de propriedade (usar, gozar, dispor e reaver a coisa). Este último, direito de propriedade, é exercido com exclusividade apenas por aquele que adquiriu a coisa, com a exclusão de todos os outros indivíduos, por se tratar de um direito patrimonial.

Os direitos fundamentais são interesses protegidos juridicamente como interesses de todos e, portanto, possuem o valor de interesses gerais. Sua universalidade e igualdade sobre eles têm um caráter puramente lógico, sem determinar a natureza desses interesses ou a extensão das classes de sujeitos reconhecidos em diferentes ordenamentos como pessoas naturais, cidadãos ou como capazes de agir (FERRAJOLI, 2013a, p. 687-688).

Ao assumir como objeto da igualdade da classe de seres humanos, trata-se de uma igualdade jurídica absoluta, apenas para se referir ao conteúdo dos direitos associados ao *status* de pessoa, independentemente da condição de cidadão ou de pessoa capaz de agir.

A segunda diferença entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais é que estes são disponíveis, ou seja, podem ser livremente negociados por seus titulares,

enquanto os direitos fundamentais são indisponíveis. Em razão disto, a autonomia da vontade não atinge os direitos fundamentais, assim como não é possível a sua acumulação. Em função de sua indisponibilidade, os direitos fundamentais também estão a salvo tanto das decisões políticas quanto da lógica do mercado.

Os direitos fundamentais representam um limite não apenas para os poderes públicos, mas também para a autonomia dos seus titulares, assim como ao mercado. Em outras palavras, mesmo que se queira voluntariamente, não se pode dispor da própria vida ou liberdade, para tornar o indivíduo algo menos do que uma pessoa (FERRAJOLI, 2011, p. 22).

Enquanto os direitos patrimoniais são estabelecidos por normas hipotéticas, ou seja, enunciados normativos que estabelecem uma hipótese fática no seu antecedente e uma consequência no caso de a hipótese ser verificada (BOBBIO, 2001, p. 92-93), os direitos fundamentais estão previstos em enunciados normativos téticos, ou seja, aqueles que dão vida a situações ou estatutos jurídicos ao serem criadas (FERRAJOLI, 2013a, p. 400). Elas são prescritivas teticamente, uma vez que são compostas por situações ou *status* jurídicos. Normas que estabelecem direitos fundamentais (art. 5º, CR/88), normas penais que proíbem determinados atos como fatos típicos e normas do Código Civil que concedem capacidade jurídica e para a prática dos atos da vida civil são exemplos de normas téticas.

Nessas situações, as normas não regulam, mas são elas mesmas as situações ou *status* que estão associados a elas e que adquirem existência por causa delas. As normas regulam os atos e comportamentos que são um exercício legítimo dessas situações ou *status*. Os atos que violam as proibições estabelecidas por elas e as pessoas ou outras coisas qualificadas por elas, e não os direitos estabelecidos por elas.

Uma diferença formal entre os direitos patrimoniais e os direitos fundamentais é a sua orientação horizontal ou vertical nas relações jurídicas. Os direitos patrimoniais se referem a relações intersubjetivas civis, como as relações contratuais, casamento, divórcio, poder familiar etc. Os direitos fundamentais, por outro lado, referem a relações públicas, ou seja, entre o indivíduo e o Estado. É importante ressaltar que a democracia constitucional consiste nos direitos fundamentais, que são inscritos nas Constituições e funcionam como fontes de invalidação das leis que os contrariem (FERRAJOLI, 2013a, p. 721). Essas normas estabelecem proibições e

impõem atuações positivas ao legislador e à Administração Pública, o que evidencia a sua importância e proteção em um Estado Democrático de Direito.

Como se pode perceber, pelas diferenças entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, essas duas categorias jurídica não podem ser confundidas, embora alguns direitos fundamentais guardem identidade com alguns direitos patrimoniais, como o direito de propriedade. Para seguir na compreensão do tema que se propôs aqui, há que se investigar o tratamento jurídico dos bens, em geral, para depois analisar os bens fundamentais.

3.3 AS COISAS E OS BENS

O termo "coisa" refere-se a qualquer objeto, que possa ser alvo de comportamentos devido à sua utilidade e acessibilidade. Isso inclui não apenas bens, mas também outros objetos físicos, como energia solar, ar atmosférico, areia e água do mar, que são utilizáveis pelo homem, embora não sejam necessariamente o objeto de situações jurídicas, trocas ou normas que estabeleçam sua indisponibilidade. Por outro lado, não são consideradas coisas os objetos inacessíveis ao homem e, por isso, inservíveis, como um terreno na lua ou outro corpo celeste (FERRAJOLI, 2013a, p. 200).

Bem se refere a tudo o que nos dá satisfação, seja material ou imaterial. Alguns exemplos de bens são o dinheiro, uma casa, uma herança, o direito de exigir algo, a apreciação de um pôr-do-sol ou de uma música, o nome de uma pessoa, sua relação de filiação, e o direito à integridade física e moral. No entanto, nem todos os bens são considerados bens jurídicos, ou seja, aqueles que possuem proteção legal (PEREIRA, 2022, p. 344). Nas palavras de Ferrajoli, "bem é aquilo que pode ser objeto de uma situação jurídica" (FERRAJOLI, 2013a, p. 370).

Em geral, somente os bens que são integrados no patrimônio do sujeito são considerados bens jurídicos, como os bens econômicos. Alguns bens inestimáveis, como o estado de filiação, o direito ao nome, o poder familiar, os direitos da personalidade (arts. 11 ao 21, CC/2002), a autoria de uma obra artística ou intelectual, também são bens jurídicos, mesmo que não possam ser avaliados economicamente.

Bens morais, solicitações estéticas e anseios espirituais não se enquadram nessa categoria (PEREIRA, 2022, p. 344).

A designação de um objeto como coisa ou bem é social e historicamente determinada. Ao longo do tempo, mais objetos foram considerados coisas devido ao progresso tecnológico, que possibilitou a sua apropriação e valorização das coisas. Alguns objetos se tornaram bens devido a sua limitação de disponibilidade, enquanto outros, como recursos patrimoniais, deveriam ser considerados bens fundamentais para garantir seu desfrute a todos ou apenas aos proprietários.

A descoberta de novos objetos e a valorização de novos bens continuará no futuro, a exemplo do que já tem acontecido com a descoberta de novos elementos químicos e novos materiais utilizados pela indústria (INTERNATIONAL UNION OF PURE AND APPLIED CHEMISTRY). A apropriação de objetos naturais mudou devido à tecnologia e como alguns objetos, como a água, podem se tornar bens fundamentais devido à sua escassez (FERRAJOLI, 2013a, p. 201-202).

É exatamente em função da escassez de determinados bens que eles passam a ser considerados de grande valia, ou mesmo podem ser considerados como indispensáveis para a vida. As questões ambientais passaram a ser levadas em consideração pelos Estados recentemente. Pode-se apontar como o nascimento de um direito (administrativo) do ambiente no início da década de 1970, quando a Administração Pública começa a proteger aquilo que a lógica do mercado e a propriedade privada se mostraram ineficazes de fazê-lo (OST, 1997, p. 119). Serão apresentados esses valiosos bens nas próximas linhas.

3.4 BENS FUNDAMENTAIS

Anteriormente foi feita uma distinção entre direitos patrimoniais e direitos fundamentais. A partir desta distinção, Luigi Ferrajoli apresenta uma distinção entre bens patrimoniais, como aqueles que são objeto de direitos patrimoniais e os bens fundamentais, aqueles que são objeto de direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2013a, p. 733).

A partir deste conceito, é feita uma classificação dos bens fundamentais em três tipos: a) bens personalíssimos; b) bens comuns; e c) bens sociais.

Os bens personalíssimos são aqueles que constituem as “liberdades frente a”, ou seja, impõem uma obrigação de não intervenção contra todos, seja o Estado ou os particulares, e só podem ser utilizados por quem os possui como partes integrantes do corpo humano. Podem ser mencionados com exemplos os órgãos e partes do corpo, cuja proteção é de interesse individual.

Tratam-se de bens indisponíveis, tendo em vista que os seus titulares não podem deles dispor, exceto em situações excepcionais previstas em lei, para a doação de órgãos ou parte de órgãos.²⁷ Diante do desenvolvimento científico, o que era impensável há alguns anos hoje é possível.

Com a apropriação das técnicas de transplante de órgãos, aquilo que era inapropriável naturalmente, hoje pode ser objeto de apropriação. Diante desta possibilidade, abriu-se um mercado para o tráfico de órgãos, que se refere à prática de recrutar, transportar, transferir, esconder ou receber pessoas vivas ou mortas, bem como seus órgãos, por meio de ameaças, uso da força, coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou mediante pagamento ou recebimento de benefícios, com o objetivo de transferir o controle sobre o doador potencial para fins de exploração, por meio da remoção de órgãos para transplante. e cuja violação levanta questões éticas importantes na bioética (ROZA, 2012, p. i).

Ao tratar de um bem tão valioso, a literatura narra um certo contrato de empréstimo, que teve como garantia uma libra da carne do fiador que, por infortúnio, não teve condições de adimplir a obrigação principal e pagar em pecúnia, mas o agiota lhe cobrou a garantia pelo coração do falido mercador de Veneza (SHAKESPEARE, 2011).

Para impossibilitar o tráfico de órgãos humanos ou a livre disposição de órgãos e tecidos do próprio corpo como coisas comerciáveis, é necessária a intervenção do Direito para tornar esses bens indisponíveis. Ainda em pleno Século XXI há casos de exploração de trabalho escravo, de tráfico de pessoas, de exploração sexual. Mercadorias materialmente acessíveis e disponíveis pela ganância que motiva

²⁷ A matéria é tratada no Brasil pela Lei Federal nº 9434 de 4 de fevereiro de 1997. Quanto à disposição de parte do corpo em vida, assim estabelece a lei: “Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.” No caso de doação de órgãos *post mortem* a decisão caberá aos parentes do falecido.

tais crimes, que precisam da devida tutela para que permaneçam fora do comércio e a salvo da autonomia privada e das decisões políticas.

Os bens comuns são aqueles que constituem as “liberdades de”, ou seja, são objeto de liberdades-faculdade que consistem no direito de todos acessarem o seu uso e desfrute. Isso inclui bens como clima, ambiente e futuro do planeta, cuja proteção é de interesse comum ou geral e cuja lesão levanta questões igualmente importantes de ecologia (FERRAJOLI, 2013a, p. 734).

As mudanças climáticas têm colocado os ambientalistas em alerta, para cobrarem medidas urgentes dos governos, para que o planeta sustente condições de manutenção da vida. Não se pode mais encarar um imóvel rural apenas sob a perspectiva do direito individual de propriedade privada, mas exatamente a partir da noção de função social da propriedade, o bem imóvel rural deve ser encarado sob a perspectiva de instrumento de manutenção das nascentes de águas, matas ciliares, manutenção das florestas e espécies animais e vegetais, de modo a se garantir que as presentes e futuras gerações possam desfrutar da biodiversidade, que pode, no futuro, ser fonte de cura de doenças e de recursos naturais ainda não descobertos pela ciência.

Assim, tanto os bens personalíssimos como os bens comuns são objeto de direitos negativos, que impõem proibições de lesão, tanto por parte do Estado, quanto por parte dos particulares. Como foi já discutido, acima quando tratado sobre o dever de proteção aos direitos fundamentais, isto se aplica também aos bens que são objeto daqueles direitos. Da mesma forma como os direitos de cunho negativo não podem ser respeitados apenas pela abstenção estatal, há a necessidade de tutela sobre os bens fundamentais, por meio da formulação e implementação de políticas públicas para esta finalidade. Eis mais um motivo para o reconhecimento da indisponibilidade jurídica de tais bens fundamentais.

Os bens sociais são aqueles que são objeto de direitos sociais, como água, comida básica e medicamentos essenciais, cuja provisão pelo setor público é crucial para a sobrevivência das pessoas (FERRAJOLI, 2013a, p. 734). Como tais direito exigem uma prestação positiva estatal, no sentido de minimizar as muitas desigualdades econômicas e sociais, estes bens devem ser compreendidos entre aqueles que, diante de sua ausência, a vida das pessoas seja colocada em perigo ou mesmo se torne inviável.

A Constituição da República (CR/88) estabelece como direitos fundamentais sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º).

Para Ferrajoli, “os direitos (fundamentais) primários são os direitos cuja titularidade corresponde a todos enquanto pessoas naturais ou enquanto cidadãos” (FERRAJOLI, 2013a, p. 692). Os direitos sociais acima mencionados servem para a redução das desigualdades impostas pela lógica do mercado em uma economia globalizada e capitalista. Além disto, tais direitos representam o exercício da solidariedade para com os mais necessitados.

Como os direitos fundamentais primários – para utilizar a nomenclatura de Ferrajoli – são universais, porque pertencem indistintamente a todos os indivíduos como pessoas ou como cidadãos, os bens que são objeto de tais direitos são indisponíveis, ainda que contra a vontade de seus titulares. Portanto, os eventuais atos de disposição sobre tais bens devem ser considerados inexistentes (FERRAJOLI, 2013a, p. 736).

Quando se trata de bens personalíssimos, a questão fica mais clara, porque é compreensível a necessidade de proibição do comércio de órgãos humanos, do tráfico de pessoas, da escravidão, da exploração da prostituição, embora tais bens sejam materialmente disponíveis.

Quanto aos bens comuns, há necessidade de um esforço hermenêutico maior. O ar respirável, a água potável, as nascentes de águas e cursos d’água, os oceanos, as florestas, as calotas polares, a biodiversidade etc., são bens materialmente disponíveis, porque podem ser objeto de intervenção humana e de negociações. Por esta razão, a sua proteção deve se dar por meio da proibição de disposição com a sua caracterização de bens deonticamente indisponíveis (FERRAJOLI, 2013a, p. 737).

Imagine-se, por exemplo, a derrubada de uma floresta urbana com a finalidade de se realizar um parcelamento do solo. Embora se possa pensar no caso apenas sob a perspectiva do direito de propriedade (bem material), há que se considerar uma floresta um bem (fundamental) comum e, portanto, indisponível. A Administração Pública deve atuar de modo a fiscalizar e inibir a atividade de

loteamentos clandestinos, para que se preservem os remanescentes de florestas, conforme já se determina a legislação.

Não se defende aqui a inviabilização da propriedade privada, mas sim a sua compatibilização com o interesse da coletividade no uso comum dos bens fundamentais.

No que se refere aos bens fundamentais sociais, a imposição à Administração Pública para o fornecimento de vacinas e medicamentos considerados essenciais para a manutenção da vida e da dignidade das pessoas também representa a concretização de direitos fundamentais.

Percebe-se que o reconhecimento da categoria jurídica de bens fundamentais impõe ao administrador público uma atuação proativa, de planejamento, de mapeamento de riscos, de criação de planos de contingência, para que sejam formuladas políticas públicas voltadas à tutela dos bens fundamentais, para que seja possível a concretização dos direitos fundamentais.

A boa administração pública necessita enxergar problemas com antecedência e elaborar soluções, e não apenas reagir aos problemas atuais, em uma visão imediatista e sem perspectiva de futuro.

**PARTE III – A BOA ADMINISTRAÇÃO COMO TUTELA DA PROIBIDADE
ADMINISTRATIVA**

1 DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

1.1 A BOA ADMINISTRAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS

O texto constitucional estabeleceu objetivos que devem ser perseguidos pelos poderes constituídos, no exercício de suas atribuições. Os objetivos fundamentais, previstos no art. 3º da Constituição da República, foram brevemente analisados acima exatamente para indicar que o exercício de toda atividade estatal, em qualquer dos órgãos que exercem poder político (Executivo, Legislativo e Judiciário), deve não somente considerá-los em suas decisões, mas tê-los como um fim a ser alcançado.

É claro que o objeto desta tese é apenas a atividade administrativa do Estado, mas deve ficar claro que os poderes políticos constituídos também devem se submeter àqueles objetivos fundamentais. Portanto, a discricionariedade política, assim como a discricionariedade administrativa, obedece a condicionamentos necessários à obediência e perseguição de tais objetivos. Em outras palavras, a legitimidade do exercício do poder, no Estado Democrático brasileiro, só é verificada quando for possível se demonstrar uma relação com tais objetivos.

Assim como na iniciativa privada, em que as empresas seguem uma missão organizacional a ser cumprida, a partir do estabelecimento de metas, a Administração Pública brasileira tem uma missão, que está delineada pelos objetivos fundamentais a serem alcançados, quais sejam: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A boa administração passou por uma evolução, transformando-se de um princípio em um direito. Inicialmente, sua importância era de natureza programática, ao representar um objetivo estabelecido pela Constituição e direcionado ao legislador, limitado ao âmbito interno do aparato estatal. No entanto, em sua forma atual, a boa administração se estende para além das fronteiras do Estado, para abranger a

comunidade e conferir direitos que são acompanhados de obrigações por parte da Administração Pública (CASSESE, 2010, p. 535).

O Estado social brasileiro se caracteriza pela ampla participação do Estado na economia e na sociedade, por meio de políticas públicas que visam garantir o acesso aos serviços básicos e promover a inclusão social. Cabe destacar que o desenvolvimento é entendido como um fundamento interventivo do Estado social brasileiro, que deve atuar de forma a garantir o bem-estar da população e a promoção do desenvolvimento econômico e social do país (GABARDO, 2009, p. 227).

Além disso, as funções públicas devem ser exercidas apenas quando não puderem ser realizadas de forma adequada pela iniciativa privada ou por organizações sociais, dando a ideia de subsidiariedade da atuação estatal apenas deste contexto. Dessa forma, o Estado pode atuar de forma complementar às iniciativas da sociedade civil, ao promover a colaboração entre os setores público e privado e ao contribuir para a construção de um Estado mais eficiente e responsável.

A atividade do bom administrador deve se orientar pela busca constante dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, de modo a fazer escolhas adequadas, na implementação de políticas públicas, por meio de ações operacionalizadas pela iniciativa privada, com o incentivo estatal. Quando a iniciativa privada não tiver interesse na atividade ou quando a sua atuação não atender o interesse público tutelado, o Estado deve atuar diretamente.

De todo modo, a Administração Pública deverá agir sempre em busca do interesse público para o cumprimento de sua missão constitucionalmente definida, a partir de alguns parâmetros, que serão apresentados nas linhas que se seguem.

1.2 DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE

1.2.1 O princípio da eficiência

Quando se tratou no início deste capítulo sobre as finalidades do Estado, mais especificamente sobre os objetivos fundamentais, foi possível perceberem que não se pode conceber um Estado enfraquecido, diante de tantas demandas da sociedade. Não se faz menção aqui apenas aos serviços públicos, mas o setor privado também

precisa da atuação estatal, a exemplo do que se viu durante a crise mundial deflagrada no ano de 2008 (REBÊLO, 2010, p. 74-75).

Para onde quer que se olhe, o Estado estará presente. Como seria possível pensar que uma organização do tamanho e da importância do Estado não deva atuar de forma eficiente? Mas para se falar em eficiência, deve-se compreender o seu significado, tendo em vista que ela pode se manifestar de várias maneiras, como eficiência técnica, eficiência produtiva, eficiência alocativa, eficiência dinâmica e eficiência econômica. (SADDY, 2022, p. 389-390).

Na Ciência da Administração, é possível identificar o conceito de eficiência como uma combinação ótima de insumos (materiais, mão de obra, tempo, recursos financeiros etc.), denominados *inputs*, no processo produtivo de forma que se gere o máximo de resultado (mercadorias ou serviços), denominados *outputs* (PEÑA, 2021, p. 85). No contexto da Administração, pode-se dizer que o gestor é eficiente quando ocorre o emprego de recursos em quantidade mínima possível, para que se possam desenvolver as atividades administrativas propostas (FALCÃO; BASTOS, 2016). Nesta perspectiva, seria possível comparar a eficiência de dois órgãos públicos, a partir da quantidade de recursos que cada um deles gasta para realizar a mesma atividade.

O Estado, assim como qualquer outra organização, precisa ser eficiente para que possa realizar as suas atividades de modo a consumir o mínimo de recursos possível. Nas palavras de Paulo Modesto, o princípio da eficiência pode ser conceituado como:

a exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público (MODESTO, 2000, p. 114).

A consagração da eficiência como princípio norteador da Administração Pública tem como consequência a necessidade de busca constante das finalidades legais (e constitucionais) da atividade administrativa, não como forma de mitigar a legalidade administrativa, mas como uma forma de reforço (ARAGÃO, 2004).

Desempenhar as atividades estatais com eficiência é gastar menos recursos públicos, sejam eles financeiros ou de pessoal. Se a Administração Pública gasta

menos recursos em suas atividades, poderá desenvolver mais políticas públicas ou ampliar as já existentes, para dar efetividade aos direitos fundamentais e, assim, reduzir as desigualdades na sociedade (PEREZ, 2007).

É por esta razão que Paulo Modesto (2000), com acerto, afirma que o princípio da eficiência já estava presente no texto constitucional desde a sua promulgação (UBIRAJARA FILHO, 1999).

Da simples leitura do art. 74, II, CR/88 é possível perceber a positivação do princípio da eficiência, ao determinar que será feito o controle de eficiência de todos os órgãos e entidades da Administração Pública de todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), e quando os responsáveis pelo controle interno observarem alguma irregularidade deverão informar prontamente o Tribunal de Contas respectivo, sob pena de responsabilidade.

O princípio da eficiência é um dos valores que norteiam a atividade administrativa estatal, consagrado expressamente pelo *caput* do art. 37, da CR/88, inserido pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

A eficiência pode ser violada por ações indevidas das autoridades administrativas, mas também por suas omissões (FREITAS, 2013, p. 59). Se ao invés de desempenhar as atribuições do seu cargo, uma autoridade pública se omite e, por exemplo, deixa de planejar e promover políticas públicas para buscar o bem da coletividade. Neste caso, o estado de letargia administrativa provocado pela inação do agente público causa dano à sociedade pela falta de medidas necessárias à promoção do bem-estar coletivo.

A ineficiência pela omissão da Administração Pública é muitas vezes relacionada à demora em procedimentos administrativos.²⁸ Não obstante tal inação viole o direito à razoável duração do processo administrativo, ao mesmo tempo é exemplo de violação à eficiência e, via de consequência, uma violação ao direito à boa administração.

²⁸ “2. Os princípios da eficiência e da razoável duração do processo são garantias constitucionais dispostas no art. 5º da CR/88, com aplicação imediata, no âmbito judicial e administrativo. [...] 4. Considerando ter decorrido período inequivocamente excessivo, sem qualquer apreciação do requerimento de aposentadoria da servidora por parte da Administração, encontram-se violados os deveres de eficiência e publicidade de informação que regem a Administração [...]”. (TJMG 1.0000.21.135986-4/001 - 1.ª Câmara Cível - j. 22/2/2022 – Rel. Armando Freire).

1.2.2 O princípio da economicidade

Como um desdobramento do princípio da eficiência, surge o princípio da economicidade. O art. 70, CR/88 estabelece que o controle sobre a economicidade da aplicação dos recursos públicos será exercido pelo Poder Legislativo, com apoio dos órgãos de controle externo e do controle interno de cada Poder. Há fiscalização constante sobre a aplicação dos recursos públicos, exatamente porque o Constituinte se preocupou com a boa administração.

O princípio da economicidade irradia este valor importante por todo o ordenamento jurídico e deve pautar a atividade estatal. No entanto, percebe-se que é uma tradição da Administração Pública brasileira contratar mal, por dar mais valor à forma e às disfunções da burocracia ao invés de se preocupar com os resultados alcançados. Dentre os critérios de julgamento das propostas (denominado de tipo de licitação) está o “menor preço” (art. 45, § 1º, I, Lei 8.666/1993 e art. 4º, Lei 10.520/2002).

Dois problemas são frequentes quando a questão se refere a preços em licitações ou em contratos administrativos: a) o sobrepreço; e b) o superfaturamento. Ocorre o sobrepreço quando a Administração contrata por valor superior ao que se deveria, ou seja, ao praticado no mercado.

O superfaturamento ocorre quando é emitida nota fiscal de produto não fornecido ou serviços não prestados em sua totalidade. Trata-se de uma simulação, pois o que consta na nota fiscal não representa a realidade.

Nos dois casos – sobrepreço e superfaturamento – ocorre dano ao erário, pois a Administração paga por um produto que não recebeu ou por um serviço que não foi prestado. Em outras palavras, ocorre fraude.

O silêncio legislativo sobre os outros aspectos da economicidade não impediu que a jurisprudência dos tribunais de contas avançasse neste sentido, como se vê:

Atente, e faça constar dos projetos básicos e termos de referência atinentes a licitações que objetivem locações de equipamentos, informações detalhadas a respeito da economicidade de se efetuar tais locações em comparação com a possibilidade de aquisição desses bens, especialmente no caso de informática, para o disposto nos artigos 3º, 6º, inciso IX, e 12 da

Lei n. 8.666/1993, e 8º do Decreto n. 3.555/2000 (TCU, Acórdão 481/2007 Plenário).

O julgado transcrito indica para que a Administração Pública avalie outros elementos além do preço em si, mas também custos indiretos na contratação.

Sobre o tema da economicidade da contratação, há uma série de fatores que devem ser considerados na composição dos custos de um determinado produto ou serviço. Nem a Administração Pública, no exercício da autotutela, nem os órgãos de controle, nem o próprio Poder Judiciário poderá fazer uma simples comparação de preços nos produtos. Há muitos outros elementos a serem considerados (NOHARA, 2022, p. 352), os quais serão indicados nas próximas linhas.

Economia de escala. Imagine-se que uma licitação teve por objeto uma grande quantidade de mercadoria, o que fez o preço final do produto reduzir devido à economia de escala. Em outra licitação em que se comprou uma pequena quantidade, o preço final da mesma mercadoria será superior, ou em um registro de preços, em que o licitante vencedor não tem a garantia da compra, mas apenas a preferência em uma eventual contratação. Certamente o preço praticado nesta licitação será maior do que naquela de compra de grande quantidade.

Frete. Embora a Administração Pública não possa ser obrigada a pagar diretamente o transporte dos produtos adquiridos, outro fator a ser considerado é o frete, que será embutido na oferta dos licitantes. Empresas que estejam muito distantes do órgão licitante terão um custo maior no frete. Ninguém se engane: todos os custos de uma empresa são repassados para os seus clientes.

Manutenção. Devem ser considerados os custos com a manutenção de equipamentos, se o bem adquirido necessita de manutenção constante, se rotineiramente são necessários reparos. Se a Administração Pública compra um equipamento que exige reparos constantes, os custos desses reparos devem ser considerados como custos indiretos. Do mesmo modo deve ser considerado o custo com a assistência técnica, ou seja, o custo com a prestação de serviço de reparos, bem como se o referido serviço será prestado no local do equipamento, ou se o equipamento deverá ser remetido à assistência técnica, o tempo de atendimento, se o equipamento pode ou não ficar desativado enquanto recebe reparos.

Reposição de peças. Em alguns casos, equipamentos ficam inutilizados por longo período até que as peças necessárias ao reparo sejam entregues. É importante saber se o Poder Público poderá contar com a presteza neste atendimento, assim como o seu custo.

Ciclo de vida. Dentre os objetivos da licitação está assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto.

Há que se ter um especial cuidado neste tema por uma questão conceitual. O que significa ciclo de vida de um produto? Na linguagem da Administração de empresas, ciclo de vida significa o tempo entre o lançamento do produto até a sua saída do mercado (PESSOA, MARTINS, 2007).

No entanto, a dicção da Lei 14.133/2021, quando menciona o ciclo de vida do objeto a ser licitado, se refere à durabilidade do produto ou do serviço FREITAS, 2022). Se um órgão público adquire um equipamento que tenha a sua durabilidade menor que outro de outra marca, isso deve ser considerado quando do planejamento da licitação, pois embora o bem com um ciclo de vida menor possa até ser nominalmente mais barato, no fim das contas pode sair mais caro do que um bem que tem uma durabilidade maior.

O Poder Público deve fazer compras inteligentes, para se concretizar o direito fundamental à boa administração. A nova lei tem uma especial preocupação com a questão ambiental. Quanto menor o ciclo de vida do produto, menos sustentável ele é, pois produzirá mais lixo, mais sucata.

O que se tratou até agora foi de elementos que correspondem a custos indiretos na aquisição de produtos ou na prestação de serviços à Administração Pública. Veja-se o que estabelece o art. 34, § 1º da Lei 14.133/2021:

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

Mas a vantajosidade da proposta a ser selecionada nem sempre levará em conta apenas o viés econômico. A Administração poderá promover processo licitatório com o objetivo de movimentar a economia local (PEDRA, 2022, p. 122), ao buscar o desenvolvimento sustentável, ou aplicar margem de preferência de bens e serviços sustentáveis, no aspecto ambiental (PEDRA, 2021b, p. 392). Tal medida até possibilita que a Administração contrate por valor superior à proposta de menor preço. Também vale lembrar a margem de preferência às micro e pequenas empresas, com o objetivo de estimular a economia. Juarez Freitas ensina:

Convém reiterar a imprescindível redefinição do exame de custo-benefício para que este se converta em escrutínio que transcenda os ditames da eficiência econômica, conferindo primazia ao bem-estar multidimensional. Nesse aspecto, torna-se imperiosa a inclusão do desenvolvimento sustentável entre as prioridades constitucionais (CF, art. 225, combinado com art. 170, VI), com a capacitação dos agentes públicos para que se tornem exímios na ciência retrospectiva e prospectiva de estimar os interdependentes ganhos sociais, ambientais e econômicos (FREITAS, 2014, p. 33).

A contratação pública, portanto, não deve ser compreendida como mecanismo instrumental e burocrático, mas como uma ferramenta estatal para o cumprimento dos compromissos constitucionais (BREUS, 2020, p. 155). Pode ser incluída na especificação do objeto no edital, que o equipamento ostente a Etiqueta Nacional de Conservação de Energia e se estabelece um nível mínimo de eficiência energética para que o produto seja admitido no certame (CAMARÃO, 2022, p. 181).

Esta ampliação do conceito de vantajosidade da proposta obrigará a Administração Pública a aperfeiçoar consideravelmente a fase de planejamento da licitação, tendo em vista que não bastará o simples valor da proposta para avaliar a vantajosidade, mas todos os elementos acima indicados. Os referidos elementos deverão constar objetivamente no edital.

Em razão da economicidade, há uma tendência de o Estado terceirizar algumas atividades-meio, com a contratação de mão de obra ao invés de utilizar servidores públicos.

1.3 DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CÉLERE

1.3.1 Duração razoável do processo administrativo

Como um desdobramento da eficiência que se exige da Administração Pública, é fundamental que a atividade administrativa funcione de forma rápida. O tema será abordado nas próximas linhas.

Não basta que o Poder Público atue de forma a racionalizar os seus processos, na prestação dos serviços. É necessário que haja uma atuação célere. Imagine-se que um empreendedor se proponha a constituir uma empresa em determinado município, mas a sua instalação fica obstada em virtude de uma licença ambiental que não é liberada, pois aguarda a deliberação do órgão competente por meses. Talvez, quando a licença for expedida o momento econômico tenha passado ou o empreendedor tenha mudado os seus planos para outro município da região.

Em outra situação hipotética, mas que é muito comum, um paciente que aguarda uma cirurgia por meses, mas não resiste à doença e falece antes da cirurgia. Ou um requerimento de informações que fica esquecido num escaninho de um órgão público por meses, sem que haja uma resposta, que negue ou defira o pedido. Ou uma concorrência para a construção de uma escola, que se arrasta por um ano inteiro.²⁹

Em todos estes casos a Administração Pública falhou porque a sua atuação foi demorada além do tempo necessário. Por meio da EC nº 45/2004 foi inserido o inciso LXXVIII ao art. 5º, da CR/88 com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Portanto, é direito fundamental dos indivíduos a existência de uma Administração Pública célere, que desempenha as suas funções com rapidez, mas sem descuidar da qualidade que se espera do serviço público.

²⁹ A demora injustificada de processo administrativo pode ser configurada como ilegalidade, passível de mandado de segurança: “Ademais, se a Administração submete o segurado a meses de espera para ver examinado seu pedido de concessão de benefício assistencial, resta consubstanciada ilegalidade, mesmo que a inércia não seja decorrente de omissão voluntária dos agentes públicos competentes, mas de problemas estruturais ou mesmo conjunturais do serviço público, até porque, uma vez reconhecida a existência de *déficit* de servidores para atendimento das solicitações, caberia exclusivamente ao Poder Público - *in casu*, ao INSS - sanar a falha do serviço ou, de outro lado, suportar os ônus advindos da sua ineficiência.” (TRF - 5.ª Reg. - ApCiv 08016455120214058201, 3ª Turma, Relator Leonardo Resende Martins - DJFe 31/3/2022).

A Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9784/99) é rica em exemplos de regras que visam a busca pela celeridade no processo administrativo, como o art. 55, que possibilita a convalidação dos atos administrativos anuláveis, o art. 69-A, que estabelece tramitação prioritária para pessoa maior de 60 anos, pessoa portadora de deficiência, física ou mental, ou portadora de algumas doenças graves mencionadas no inciso IV.

A convalidação nada mais é do que o saneamento de vícios que maculam o ato administrativo, com a finalidade de que ele possa continuar a produzir os seus efeitos (NOHARA, 2018, p. 435). Trata-se de um novo ato administrativo, que produz efeitos retroativos (*ex tunc*).

Há uma relação direta entre a convalidação dos atos administrativos e o princípio da celeridade do processo. Se for possível o saneamento do vício que macula o ato administrativo, basta a sua convalidação para que o processo siga o seu curso normal. Se, por outro lado, o ato for invalidado, será necessária à sua realização novamente, o que pode atrasar consideravelmente o processo.

Com razão Weida Zancaner defende que há um dever de convalidação do ato administrativo sempre que isto seja possível (ZANCANER, 1990, p. 54-56). Não se trata de um ato discricionário do agente público, tendo em vista que a convalidação garantirá o direito fundamental à duração razoável do processo.

As hipóteses do art. 69-A da Lei 9784/99 também se justificam, como uma discriminação positiva. Isto é, idosos, pessoas com deficiência e pessoas com doenças graves podem receber um tratamento especial no que se refere à tramitação dos seus processos administrativos, sem violação ao princípio da impessoalidade, exatamente porque não estão nas mesmas condições que outras pessoas que podem esperar um pouco mais a resolução de seus pedidos administrativos.

A inovação trazida pela Lei 14.310, de 30 de setembro de 2019, que incluiu o art. 49-A na Lei 9784/1999, criou o instituto da **decisão coordenada**. Trata-se de uma instância decisória em que três ou mais órgãos, setores ou entidades da Administração Pública se reúnem para proferir uma decisão única, para garantir a celeridade do processo.

A Lei do Governo Digital (Lei nº 14.129/2021) estabelece regras para a implementação do Governo Digital, com a difusão de oferta de serviços públicos por

meios digitais e o aumento da eficiência na Administração Pública. Por meio de tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) são ofertados serviços com pronto atendimento ao cidadão, 24h por dia, como a emissão de documentos, certidões etc., sem a necessidade de intermediação de servidores públicos. Determinados requerimentos simples, como a emissão de uma certidão, podem ser atendidos imediatamente. Isto é celeridade processual.

1.3.2 Silêncio administrativo

A Constituição garante a todos os indivíduos o direito de petição em qualquer órgão público. O art. 5º, XXXIV consagra o direito de petição perante a Administração Pública. Pior do que indeferir injustamente um requerimento é não decidir. Para um mau administrador, basta não decidir para atrapalhar a vida de um requerente.

Em regra, o silêncio administrativo, isto é, a ausência de manifestação da Administração Pública não gera nenhum efeito. Mas em homenagem ao direito de petição e à celeridade processual, a lei pode dar efeitos à inércia do Poder Público em decidir um requerimento.

Há uma hipótese dessas na Lei n. 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Na concessão para exploração de petróleo e gás natural, em caso de êxito, a concessionária deverá submeter seus planos e projetos à Agência Nacional do Petróleo, que terá 180 dias para decidir. Caso a decisão não ocorra neste prazo, os planos e projetos estarão automaticamente aprovados (art. 26). Perceba-se, embora não tenha ocorrido manifestação da ANP, a lei dá efeito jurídico de aprovação aos projetos e planos da concessionária, para garantir o direito de petição e a celeridade do processo administrativo.

Também a Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), que criou uma hipótese em que o silêncio administrativo produz efeitos jurídicos. Esta lei visa facilitar o empreendedorismo e estimular as atividades econômicas, a partir da desburocratização da Administração Pública. O art. 3º. consagra direitos essenciais ao desenvolvimento e crescimento econômicos e, dentre eles, o dever do órgão decisor informar, no ato do requerimento de liberação de atividade econômica, o prazo

para a decisão administrativa, sob pena de deferimento tácito. As atividades econômicas de baixo risco sequer precisam de atos públicos de liberação da atividade econômica (art. 3º, I, da Lei 13.874/2019). Eis mais uma norma que busca concretizar a celeridade processual.

A Lei n. 14.424, de 27 de julho de 2022, que incluiu o art. 7º. § 11 da Lei 13.116/2015, também estabelece um prazo de 60 dias para a decisão administrativa, sobre pedido de instalação de antenas de telecomunicações, sob pena de deferimento automático.

Em todos estes casos foram privilegiados o direito de petição e a celeridade do processo administrativo, em contraposição à inadmissível inércia da Administração Pública. Uma organização que é lenta tem sérios problemas administrativos, que devem ser solucionados, sob pena de não cumprir a sua missão institucional.

1.3.3 O planejamento como instrumento de celeridade

Toda organização que tem por objetivo desenvolver alguma atividade e por um longo período deve, além de estabelecer a sua missão e estabelecer metas a serem alcançadas. No início deste capítulo foi tratado sobre a missão institucional. Assim como uma empresa, o Estado deve ter a sua missão (objetivos) e metas a serem alcançadas em sua atividade.

Mas, para administrar qualquer organização de modo a alcançar objetivos, é necessário realizar um planejamento. Porque não seria racional agir de forma reativa, a partir do momento que uma demanda surgir aí a organização atuaria. Imagine-se o Estado.

Poderia ser afirmado que tal colocação não seria aplicável ao Estado, tendo em vista que existe um orçamento aprovado por lei no ano anterior, para ser executado no ano seguinte. Então, sempre há planejamento. Mesmo?

Ter recursos financeiros à disposição e não saber de que forma os aplicar é sinal de que o orçamento é mal administrado. Por isto que é fundamental o planejamento estratégico no âmbito da Administração Pública. Identificar as necessidades (da população e da própria Administração), estabelecer prioridades, com a observância dos objetivos fundamentais, criar uma estratégia, com um plano

de ações, que deve ser reavaliado continuamente, diante das alterações das circunstâncias, de modo a adaptar o planejamento à realidade que se impõe, para alcançar os objetivos estabelecidos.

E não se pode pensar apenas no plano macro. Percebe-se uma ausência de planejamento em coisas simples como uma contratação pública. Antes de celebrar um contrato administrativo, é necessária a realização de um procedimento licitatório. Antes que a licitação seja realizada, deve haver um planejamento. Qual é a demanda do órgão? Todos os setores foram consultados? Qual é o tipo de produto que se pretende comprar? Quais são os custos diretos³⁰ e indiretos³¹ deste produto? Há possibilidade de substituir a compra pela locação? Em caso positivo, qual seria a opção mais vantajosa para a Administração Pública? Em caso de produtos consumíveis, qual é a média de consumo para o período a ser contratado? Quais são os riscos a que a contratação se submete? A pesquisa de preços foi realizada de forma adequada?

Tais informações são necessárias para se avaliar a real necessidade da contratação, a qualidade necessária, a quantificação, bem como as condições a serem inseridas no contrato. Quando ocorre uma falha no planejamento da licitação é provável que surjam problemas durante a execução do contrato ou, como ocorre em muitos casos, a contratação nem ocorra. Daí haver o prolongamento desnecessário de processos.

Para uma pequena enumeração, podem ser citados os seguintes exemplos de problemas decorrentes da falta de planejamento: a) impugnação de interessados perante os órgãos de controle, para que o procedimento seja adequado³²; b) licitação frustrada; c) licitação deserta; d) contratação com sobrepreço; e) aquisição de produtos de baixa qualidade; aquisição de produtos sem utilidade para a

³⁰ Podem ser enumerados, por exemplo, o valor do produto e o transporte.

³¹ Podem ser enumerados, por exemplo, o valor do prêmio do contrato de seguro sobre o bem, quando necessário, despesas com a manutenção e reposição de peças, vida útil do produto etc.

³² "Pedido de reexame em representação. Contratação de serviços de apoio administrativo. Falhas no planejamento da licitação. Determinação de aditamento e não prorrogação de contratos. Fixação de 30 dias para realização de novo certame. Conhecimento. Provimento parcial. Concessão de 90 dias de prorrogação. Ciência." (TCU, Plenário, Acórdão 2629/2022, Rel. Benjamin Zymler, Sessão 30/11/2022).

Administração; f) compra em quantidade muito superior ou muito inferior ao necessário; g) contratação direta por emergência fabricada³³, dentre outros.³⁴

A pesquisa de preços (art. 43, IV, lei 8666/93 e art. 18, IV, Lei 14.133/2021) é fundamental para o planejamento da licitação. Se o orçamento for realizado sem a devida cautela e esmero, é possível que o valor apurado de média seja superestimado, o que levará a Administração Pública a contratar com sobrepreço, o que se considera má gestão.³⁵

O Estado que age de forma aleatória, apenas para solucionar emergências, sem pensar no futuro e na concretização gradual dos objetivos constitucionais, viola o princípio constitucional da eficiência. Daí ser inaceitável tanto a conduta do administrador público que viola comandos de planos imperativos vigentes quanto sua omissão ou negligência em planejar (MARRARA, 2022, p. 86).

No que se refere à pesquisa de preços há que se fazer uma observação importante. A busca por orçamentos com eventuais fornecedores nem sempre é

³³ Conforme salienta Jacoby Fernandes, a jurisprudência atual entende que deve ser apurada a responsabilidade se a emergência for causada por má gestão (FERNANDES, 2016, p. 261). Foi considerada irregular a conduta de Secretário Municipal de Trânsito por realizar contratações emergenciais sucessivas para prestação de serviço de manutenção e implantação de sinalização semafórica com fornecimento de materiais em vias públicas, tratando-se de emergência fabricada. (TCE-ES, Plenário, Rel. Cons. Domingos Augusto Taufner. Acórdão 01853/2018-1, Sessão 18/12/2018). No mesmo sentido: TCU, 2ª Câmara, Rel. Marcos Bemquerer, Acórdão 2055/2013. A situação adversa ou emergencial, a ensejar a contratação direta, não pode ter se originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, não pode, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação.”

³⁴ Um exemplo de falha no planejamento no setor energético se encontra neste julgado do TCU, que tratou da irregularidade na Contratação de Reserva de Capacidade, para a instalação de usinas termoeletricas: “É inaceitável chegarmos ao ponto de reservatórios ostentarem níveis de capacidade de apenas 15%, 20%. Essa ocorrência por si só denota que a utilização da água para produção de energia suplanta as demais prioridades, vulgariza o uso desse bem precioso e causa danos severos aos ecossistemas e populações circundantes. Penso que o Tribunal deve concorrer para que se façam observar as prioridades da utilização da água e assim respaldar o trabalho da ANA para impor limites pré-definidos e intransponíveis à utilização dos reservatórios e dos corpos hídricos uma vez que esse bom senso não socorre aos gestores sentados à dianteira do planejamento do setor elétrico. Justamente aqui que deveria se encaixar o planejamento energético, utilizando outras fontes alternativas, trabalhando com antecedência e estabelecendo margens amplas e redundâncias no fornecimento de energia.” (TCU, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Acórdão 2966/2022, Sessão 07/12/2022). (grifo do original)

³⁵ “Entendo que, tanto no caso específico do 'jogo de planilha', quanto em qualquer outra hipótese conducente à ocorrência de desvios nos custos contratados, deve a Administração e este Tribunal acercarem-se dos cuidados necessários e suficientes para garantir que os preços pactuados, quer seja no contrato original, quer seja em aditivos, estejam compatíveis com os preços praticados no mercado. Esse o critério inicial e essencial, vez que é o parâmetro de controle estabelecido pela Lei 8.666/93.” (TCU, Plenário, Acórdão 1755/2004).

suficiente, tendo em vista a possibilidade de fraude, com a inclusão de preços superestimados, para elevar a média de preços, o que possibilitaria uma margem maior de lucros para o licitante vencedor e, com isto, traria prejuízo ao erário.

A Instrução Normativa SEGES/ME nº 65/2021, que regulamentou a pesquisa de preços no âmbito da Administração Pública federal, priorizou a busca em bancos de preços, mas nem sempre esta será a solução mais apropriada, diante de variáveis a serem consideradas para aquela contratação específica, como a localidade do ente licitante, por causa do transporte da mercadoria, ou pelas condições em que o serviço será prestado, ou pela reputação de bom (ou mal) pagador que o ente possui (CAMELO; NÓBREGA; TORRES, 2023, p. p. 165-166). O risco de receber com atraso será embutido no valor das propostas.

Insista-se, o planejamento é fundamental para o exercício da função administrativa, o que explicitado pela EC 109/2021, que incluiu o § 16 ao art. 37, da Constituição, que impôs à Administração o dever de planejamento e avaliação constante das políticas públicas em geral,³⁶ além de vários outros dispositivos constitucionais que explicitam este dever de planejamento. Quando o gestor público prescinde do planejamento há uma clara violação ao direito fundamental à boa administração.

No plano infraconstitucional há um recente exemplo de importância dada ao planejamento. A nova lei de licitações (Lei 14.133/2021) dá grande importância ao planejamento. Trata-se de um dos princípios que regem as licitações e contratações públicas (art. 5º). O estudo técnico preliminar é documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

A referida lei estabelece objetivos do processo licitatório no art. 11 e no seu parágrafo estabelece que a alta administração é responsável pela governança das contratações e o seu monitoramento deve avaliar o alcance dos objetivos da licitação e assegurar o seu alinhamento com o planejamento estratégico.

³⁶ “Art. 37 [...] § 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.” CR/88.

E também cria a possibilidade de o ente federado elaborar um plano de contratações anual³⁷, alinhado com o planejamento estratégico e para subsidiar a elaboração das leis orçamentárias. Perceba-se que a nova lei de licitações e contratos (NLLC) cria um instrumento que ajudará na elaboração das leis orçamentárias. O planejamento é fundamental para a celeridade e para a eficiência administrativa.

1.3.4 A racionalização dos processos

Para possibilitar maior celeridade ao processo administrativo e tornar a Administração Pública mais rápida na resolução dos problemas, é necessária a racionalização dos procedimentos, por meio de seu mapeamento³⁸.

Há uma rotina interna em cada repartição pública, desde o protocolo do requerimento até a decisão. Não é incomum que servidores públicos atuem por instinto, por falta de uma regulamentação interna. Em outras palavras, há repartições que sequer estabelecem uma rotina de trabalho.

Por meio do mapeamento de processos, o administrador público poderá analisar o fluxo de trabalho e identificar falhas, etapas de retrabalho ou mesmo etapas desnecessárias, de modo a simplificar a rotina de trabalho e, com isto, tornar o processo interno mais célere.

O conceito de governo digital tem ajudado neste aspecto, com a disponibilização aos usuários de serviços 24 horas por meio de computadores ou telefones celulares e de atendimento imediato, sem a necessidade de intermediação de servidores públicos.

A utilização do processo administrativo eletrônico também pode auxiliar, pois as remessas de documentos são instantâneas e os servidores podem acessar de qualquer lugar e ainda atuar em regime de teletrabalho. Com o processo eletrônico é mais simples emitir relatórios para identificar gargalos no sistema de atendimento e

³⁷ “Art. 12 [...] VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.” Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021.

³⁸ “[...] mapeamento de processos da organização é o conhecimento e a análise dos processos e seu relacionamento numa visão de cima para baixo, isto é, desde o nível gerencial até um nível operacional que possibilita a obtenção satisfatória dos produtos e serviços resultantes dos processos”. (FIEL FILHO, 2012, p. 137).

do processo administrativo, identificar setores sobrecarregados para um eventual remanejamento de pessoal, dentre outras medidas que a chefia poderá implementar para aumentar a rapidez na resolução de problemas e de resposta ao usuário (FIEL FILHO, 2012, p. 148).

1.4 DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICAZ

Muito tem se falado sobre eficiência e como a Administração Pública deve reduzir os seus custos e manter as suas atividades. Também foram apresentados anteriormente aspectos do princípio da eficiência na atividade estatal. Mas as próximas linhas serão dedicadas à eficácia.

Peter Drucker (2006, p. 6-7) utiliza as expressões administrador (*manager*) e gerente (*executive*) com significados diferentes. Para ele, o administrador é aquele quem supervisiona, quem administra o trabalho de outras pessoas, mas não tem a aptidão de alterar substancialmente a capacidade de sua organização de produzir. Neste sentido, o administrador (*manager*) pode ficar tanto tempo envolvido com detalhes, assuntos burocráticos ou gerenciando conflitos de pessoal, que não sobra tempo para identificar questões fundamentais que merecem uma atenção especial. O autor chama de gerente (*executive*) aquele trabalhador que é capaz de identificar uma nova forma de atuar, capaz de aumentar os resultados da organização e fazê-la florescer. Pode acontecer que esta pessoa nem exerça função de chefia, mas ela é um gerente.

Para um trabalhador ser qualificado como um gerente, no sentido empregado por Peter Drucker, não será o seu custo nem a quantidade, mas ele será assim definido pelos resultados apresentados (DRUCKER, 2006, p. 7). No entanto, nesta tese será utilizada a expressão administrador no sentido daquele que é autoridade competente para tomar decisões e que se espera que seja também eficaz, de modo a trazer resultados cada vez melhores para a sociedade, no aperfeiçoamento da organização administrativa.

Pode-se dizer que eficácia é fazer as coisas certas, ou fazer o que deve ser feito. Portanto, se um administrador não estabelece metas adequadas, ele não é um administrador eficaz (PEÑA, 2008, p. 86). No âmbito da Administração Pública, que é o objeto desta tese, se o administrador público não desenvolve políticas públicas

adequadas para atender aos objetivos constitucionalmente estabelecidos, ele não será eficaz e, por conseguinte, deverá ser responsabilizado conforme estabelece o art. 74, II, CR/88.

Embora a eficácia não esteja expressamente mencionada no *caput* do art. 37 da Constituição como um princípio da Administração Pública, não se pode negar a sua consagração no texto constitucional, nem que a atividade estatal não se submete a ela.

Em verdade, em qualquer organização, inclusive no Estado, o que se deseja é que o administrador produza os resultados esperados. No caso de uma empresa, o resultado esperado é o lucro, o crescimento. No âmbito estatal, o resultado esperado é que sejam alcançados os objetivos previamente definidos.

Quando uma estrutura administrativa produz os resultados que dela se esperam, diz-se que ela atende à sua função. No entanto, quando tal estrutura produz resultados que não se esperam, há uma disfuncionalidade no sistema. Em sistemas burocráticos, embora o que se busca é racionalidade e a padronização de procedimentos e comportamentos na estrutura administrativa, podem ocorrer disfuncionalidades.

Uma dificuldade associada à noção de burocracia disfuncional reside na falta de clareza sobre os processos que conduzem à ineficiência administrativa. Historicamente, dois mecanismos principais foram apontados. O primeiro é a corrupção, enquanto o segundo se refere à burocracia excessiva, que inclui o autoritarismo de agentes públicos, a substituição de metas e procedimentos ritualizados que se tornam um fim em si mesmos, independentemente da sua inadequação ao caso concreto. Além disso, as disfunções burocráticas também foram identificadas no excesso de clientelismo e na fragmentação profissional (HOOD, 1974, p. 440).

Portanto, para se avaliar a eficácia da Administração Pública é necessário verificar os impactos produzidos pela atividade estatal. Eficiência e eficácia são conceitos diversos e não podem ser confundidos.

Imagine-se que determinado município, por meio da Secretaria de Segurança, realize processo licitatório para contratar empresa para fornecer um sistema de videomonitoramento em algumas ruas da cidade, objetivando o melhoramento do

trânsito e da segurança. A licitação é realizada em tempo hábil, a empresa é contratada, o sistema é instalado e já está funcionando. Pode-se dizer que a Administração Pública foi eficiente no processo licitatório, pois conseguiu promover a licitação e contratou empresa que ofereceu a proposta mais vantajosa para o Município.

Se for verificada melhora no controle de tráfego, com uma resposta rápida a ocorrências de trânsito, bem como a redução de ocorrências de violência nas áreas abrangidas pelas câmeras de videomonitoramento³⁹, pode-se dizer que a medida foi eficaz, pois produziu os resultados esperados. Em outras palavras, a medida adotada atendeu à sua função.

Embora a avaliação de impacto tenha sido colocada em segundo plano no Brasil, diante da resistência ao uso de métodos quantitativos (CANO, 2012, p. 104), a análise estatística de resultados de medidas administrativas é fundamental para avaliar a sua eficácia. Foram examinados três programas governamentais de gestão por resultados, para redução da violência: a) o Programa Integração da Gestão em Segurança Pública (IGESP), em Minas Gerais; b) o Infocrim, em São Paulo; e c) o Programa Estado Presente, no Espírito Santo. Após a análise dos dados se concluiu que esse tipo de programa produziu uma queda no número de homicídios, entre 9% e 17% (KOPITCKE; RAMOS, 2021, p. 426). A medição dos resultados demonstra a eficácia dos programas.

Para se falar em boa administração pública e se concretizar este direito fundamental, é necessária a avaliação dos resultados alcançados pelas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, a fim de se verificar a sua eficácia.

A dignidade humana se firma como um pilar essencial do Estado democrático de direito, o qual deve assegurá-la em todas as suas ações. No entanto, a dignidade, por se limitar ao mínimo indispensável para um viver digno, não basta para assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. Por essa razão, é sugerido que o princípio da felicidade seja considerado como um requisito suficiente para a efetivação dos direitos fundamentais, por se vincular diretamente com as obrigações assumidas pelo Estado, na

³⁹ “A análise constatou que os sistemas de vigilância foram mais eficazes em estacionamentos, onde seu uso resultou em uma diminuição de 51% no crime. Os sistemas em outros ambientes públicos tiveram algum efeito sobre o crime uma redução de 7% nos centros das cidades e nas comunidades de habitação pública e uma queda de 23% nos sistemas de transporte público [...]”. (MAGRON, 2020, p. 391).

satisfação das necessidades e demandas dos cidadãos. Em síntese, embora a dignidade humana seja um princípio incontestável do Estado democrático de Direito, a felicidade pode ser entendida como um critério adicional para guiar as políticas públicas estatais (GABARDO, 2018, p. 116).

O que justificaria a execução de uma política pública que não produz efeitos práticos no meio social? Ora, se a Administração Pública deve atuar no sentido a se alcançarem os objetivos fundamentais do Estado, há que se medir o impacto das medidas administrativas e se tais resultados vão ao encontro daqueles objetivos, sob pena de se aplicar recursos públicos em desvio de finalidade, o que tornará a atuação administrativa ilegítima.

1.5 DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL

1.5.1 O bom administrador é comprometido com a sustentabilidade

Quando se fala em sustentabilidade, a primeira coisa que se vem à mente é a necessidade de preservação do meio ambiente. Esta é uma preocupação que afeta todas as pessoas do planeta. O direito ao meio ambiente equilibrado é fundamental para a manutenção e qualidade da vida. Trata-se de um direito de todos. O texto constitucional impõe ao Estado e à toda sociedade o dever de preservar e proteger o meio ambiente (art. 227, CR/88). Para o exercício e fruição deste direito, é necessária a atuação do Estado, das empresas e dos indivíduos, sendo um exemplo de dever fundamental para com as futuras gerações (GUEDES, 2019, p. 25).

Será possível falar em boa administração, se uma estrutura administrativa estatal atuar de modo a poluir rios, degradar matas ciliares ou autorizar intervenções de particulares no meio ambiente sem as devidas salvaguardas?

A Administração Pública cumpriria o seu dever de proteção ao meio ambiente se não mantivesse uma estrutura de fiscalização ambiental adequada, com pessoal especializado apto nessas funções?

Para as duas perguntas acima, a resposta parece ser negativa. Além disto, há que se lembrar de que o art. 174, CR/88 estabelece que o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, cabendo intervenção indutiva da Administração na economia, no sentido de estimular empresas a preservarem o meio ambiente e adotarem condutas sustentáveis, assim como o próprio Estado.

A Organização das Nações Unidas criou a Agenda 2030, da qual já tratada neste capítulo. Como se pode perceber pela simples leitura do documento internacional, a noção de desenvolvimento sustentável é muito mais ampla do que apenas as questões ambientais. Mas, em um primeiro momento, apenas este tema será tratado.

A matriz de energia elétrica no Brasil é predominantemente de fontes renováveis, sendo que a fonte hídrica corresponde a 56,8% da matriz elétrica (EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA, 2022, p. 13). No entanto, esta fonte de energia tem problemas ambientais sérios, levando-se em consideração as dificuldades para a construção de hidrelétricas e as grandes áreas necessárias para o represamento de água, a geração concentrada, capacidade de crescimento limitada e altos custos na transmissão da energia, além da perda energética neste processo (DIDONÉ; WAGNER; PEREIRA, 2017, p. 409). Por outro lado, a energia solar corresponde a 2,47% da oferta interna de energia elétrica, e a energia eólica 10,6% (EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA, 2022, p. 12).

Em interessante estudo sobre os impactos econômicos da utilização de energia solar em residências no estado de Minas Gerais, foi contatado que a economia gerada – mesmo se houver financiamento para a instalação do sistema – é capaz de trazer uma renda extra às famílias (CARVALHO; MAGALHÃES; DOMINGUES, 2019, p. 471). Apesar disto, o retorno futuro do investimento pode não ser incentivo suficiente para a sua adoção, o que faria necessário estímulos governamentais, como subsídios e isenções tributárias (CARVALHO; MAGALHÃES; DOMINGUES, 2019, p. 480).

Sobre a possibilidade de estímulo estatal às famílias na adoção de sistema de energia solar, devem ser consideradas três questões. A primeira, de natureza econômica, visto que o consumo de energia solar, ao reduzir o custo, por consequência aumenta a renda familiar. A segunda questão é de natureza ambiental, a demanda crescente por energia poderá ser suprida sem a ampliação de usinas hidrelétricas. A terceira questão é de natureza de justiça distributiva, visto que a viabilidade financeira no uso residencial só ocorre para famílias que têm um alto consumo de energia, portanto apenas as famílias de maior renda seriam beneficiadas (CARVALHO; MAGALHÃES; DOMINGUES, 2019, p. 480).

Outra grande medida neste sentido seria a própria Administração Pública dar o exemplo. Por que nos prédios públicos não se implantam o sistema de produção de energia solar, se comprovadamente tais sistemas trazem retorno financeiro em pequena escala no médio prazo?⁴⁰ Imagine se cada escola municipal pudesse ser autônoma em produção de energia.⁴¹ O retorno financeiro do investimento poderia ser revertido na melhoria da educação, que é um instrumento para o desenvolvimento nacional.

Em virtude da variação da elevação de edifícios nos centros urbanos (DIDONÉ; WAGNER; PEREIRA, 2017, p. 411-413), a viabilidade de instalação do sistema de placas fotovoltaicas deve ser considerada no momento da tomada da decisão administrativa.

Há que se pensar na economia que a implementação desse sistema vai promover aos cofres públicos em médio prazo. Por isto, o administrador público não pode preferir o presente⁴². O bom administrador deve tomar decisões para resolver problemas atuais, mas também para alcançar benefícios futuros para a sua organização.

Foi criado pelo Ministério do Meio Ambiente o Programa Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), para estimular boas práticas sustentáveis no âmbito da Administração Pública, tais como o uso racional da água, uso racional da energia e eficiência energética, tecnologia da informação aplicada à sustentabilidade, gestão de resíduos sólidos, uso do papel, dentre outras medidas (BRASIL, 2022).

⁴⁰ Consideram-se três os principais prazos para investimentos: a) curto prazo: até 2 anos; b) médio prazo: de 3 a 10 anos e c) longo prazo: mais de 10 anos. O retorno financeiro na instalação do sistema de placas fotovoltaicas é de 4,15 anos, considerando as linhas de crédito disponíveis no mercado. Disponível em: <https://www.bv.com.br/bv-inspira/financiamento-para-energia-solar/retorno-do-investimento-em-energia-solar>. Acesso em 20 dez. 2022.

⁴¹ Somente a título de exemplo, a Secretaria Municipal de Linhares, ES, gastou com tarifas de energia elétrica a quantia de R\$ 2.202,551,33. Com a implantação do sistema de placas fotovoltaicas este custo, em médio prazo, seria reduzido a quase nada. A sobra desses recursos poderia ser aplicado na melhoria do sistema educacional. Informação do Portal da Transparência. Disponível em: <https://linhares-es.portaltp.com.br/consultas/despesas/pagamentos.aspx>. Acesso em 20 dez. 2022.

⁴² Sobre vieses cognitivos que atrapalham a decisão administrativa veja FREITAS, 2014, p. 56.

1.5.2 O poder de compra estatal como instrumento para fomentar a sustentabilidade

A celebração de contratos pela Administração Pública é um bom exemplo de estímulo à economia. Segundo estudo realizado pelo IPEA, entre os anos de 2002 e 2019, a média de contratações públicas no Brasil representa 12% do PIB nacional (THORSTENSEN, 2021, p. 39). Com números tão expressivos, pode-se dizer que o Estado é o maior cliente disponível no mercado. Em virtude do seu poder de compra, a Administração Pública tem condições de direcionar o comportamento dos agentes econômicos que queiram com ela contratar, de modo a estimular práticas sustentáveis.

A atuação do Estado neste sentido é fundamental para o sucesso da sustentabilidade, porque a adoção de práticas sustentável pode aumentar os custos de produção. Portanto, sem o estímulo adequado os agentes econômicos não adotarão tais práticas de forma voluntária, sob pena de perderem competitividade.

No âmbito das licitações, a Lei 8666/1993, com redação dada pela Lei 12.349/2010, estabeleceu como um dos objetivos da licitação a garantia do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º). Isto significa que em todo processo licitatório deveria estar pautado do desenvolvimento sustentável.

A noção de desenvolvimento já foi tratada nesta tese, no sentido de que não se trata apenas do seu aspecto econômico de aumento do PIB, mas do incremento de novos elementos produtivos e o desenvolvimento social, que requer aumento das capacidades dos indivíduos. A adjetivação sustentável requer que o referido desenvolvimento que se almeja respeite o meio ambiente, como um dever intergeracional.

A Lei 8666/1993 não estabeleceu parâmetros para a realização das licitações sustentáveis, embora a promoção do desenvolvimento sustentável seja um dos objetivos de todas as licitações. Assim, tal promoção não é uma faculdade do administrador, mas uma imposição legal.

Em virtude disto, foi editada a Instrução Normativa nº 1, de 4 de abril de 2019, pela Secretaria de Governo Digital, do Ministério da Economia, para disciplinar as contratações de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de

Tecnologia da Informação. Também o Decreto nº 10.024/2019, que regulamentava o Pregão Eletrônico, condicionou o procedimento licitatório ao princípio do desenvolvimento sustentável.

A Política Nacional sobre Mudança no Clima (PNMC), instituída em 2009 pela Lei nº 12.187, estabeleceu como um dos instrumentos da política nacional o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e contratações públicas para empresas que utilizem práticas sustentáveis (art. 6º).

A Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, criada pela Lei nº 12.305/2010, estabelece como seus princípios, dentre outros, o desenvolvimento sustentável (art. 6º, IV) e a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade (art. 6º, VI). Além disto, estabeleceu como objetivo da Política Nacional de Resíduos Sólidos a prioridade nas contratações públicas de produtos reciclados ou recicláveis e a aquisição de bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis (art. 7º, XI).

Ainda sobre o papel do Estado como comprador ou contratante consciente em questões de sustentabilidade, a Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações) estabelece diversos princípios e regras sobre o tema. Citem-se alguns exemplos: a) princípio do desenvolvimento sustentável (art. 5º); b) caracteriza obra como intervenção na natureza (art. 6º, XII); c) monitoramento de específicos do meio ambiente, como serviço especializado (art. 6º, XVIII, h); d) o termo de referência deve considerar o ciclo de vida do produto (art. 6º XXIII, c); e) o anteprojeto deverá conter parâmetros de impacto ambiental (art. 6º XXIV, e); f) o projeto básico deverá conter elementos de assegurem a viabilidade do tratamento adequado do impacto ambiental (art. 6º , XXV); g) margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis (art. 26, II).

Embora a Lei 14.133/2021 estabeleça que a margem de preferência poderá ser estabelecida, não se pode compreender que se trata de uma faculdade do agente público, mas uma obrigatoriedade, levando-se em consideração o conjunto do ordenamento jurídico brasileiro (Constituição, Política de resíduos sólidos, Política Nacional sobre mudanças climáticas, bem como as normas da própria lei de licitações), como exigência ao bom administrador zelar pelo meio ambiente.

É importante lembrar que quando o Estado realiza uma contratação não deve ser simplesmente para atender a uma demanda imediata, mas a sua atividade sempre deverá estar voltada a alcançar objetivos estatais já estabelecidos constitucionalmente.

1.6 DIREITO À MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

1.6.1 Democracia e boa administração pública

Há uma grande preocupação quando se busca alcançar resultados ótimos com o mínimo de recursos possível em uma organização qualquer, seja ela pública ou privada.

As empresas, em geral, buscam minimizar custos e maximizar resultados, a fim de produzir lucro aos seus sócios ou acionistas, tendo em vista o seu objetivo último, que é atender aos interesses econômicos daqueles que participaram para a formação do seu capital social.

No setor público não é diferente. O Estado é formado pelos esforços e sacrifícios de toda a sociedade, que é tributada e tem seus direitos limitados, para que aquele promova benefícios a esta. Assim, a legitimação do Estado ocorre quando este promove bem-estar e garante direitos e liberdades aos indivíduos. Conforme ensina, Jaime Rodriguez-Arana Muñoz,

O indivíduo real, a pessoa, com o conjunto de circunstâncias que o acompanham em seu entorno social, é o autêntico sujeito dos direitos e liberdades que na Constituição proclamamos. A esse homem, a essa mulher, com sua determinada idade, seu grau de cultura e de formação, maior ou menor, com sua procedência concreta e seus interesses particulares, próprios, legítimos, é a quem a Administração Pública serve. Ao serviço dessa pessoa concreta o aparato administrativo deve promover as condições para que exerça com a maior qualidade e profundidade suas liberdades (MUÑOZ, 2012, p.27)

Para que o Estado desenvolva a função promocional de direitos e liberdades dos indivíduos, há a necessidade de maximizar resultados a partir do mínimo de recursos possível, de forma a garantir que os recursos públicos sejam utilizados de forma racional. Para tanto, o Administração Pública deve administrar bem os seus recursos, a fim de alcançar os seus objetivos com a máxima eficiência.

As demandas da sociedade são incontáveis: saúde, educação, desporto, lazer, segurança, seguridade social, assistência social, proteção aos incapazes e aos idosos, manutenção dos serviços públicos (GARCIA FILHO, 2008, p. 23 e ss) com qualidade etc. Para que tudo isso seja desenvolvido de forma adequada é preciso muito investimento, diante de recursos públicos escassos.

Em razão disso, a lei permite que o administrador público tenha certa liberdade de decisões, para observar a realidade fática e encontrar, dentre as soluções possíveis, a mais adequada. Esta liberdade de escolha é chamada de discricionariedade. Tal liberdade não pode ser entendida como um espaço de livre escolha para o administrador público fazer o que quiser, mas, sim, para decidir de forma mais eficiente, a fim de trazer resultados ótimos para a Administração Pública e menos sacrifícios aos administrados, o que justifica controles quantitativos e qualitativos sobre os atos administrativos.

Isto se deve ao fato de que as más escolhas podem trazer resultados insatisfatórios e com altos custos, o que reduziria a qualidade dos investimentos e, por conseguinte, a redução da efetividade de direitos fundamentais, o que iria de encontro com os princípios e prioridades constitucionalmente vinculantes (FREITAS, 2014, p. 25).

Questão que ganha relevância no contexto do controle sobre a Administração Pública é a análise da democracia brasileira. Como adverte Robert Dahl (2001, p. 48), o conceito de democracia pode ser muito variado, pois muitos países, que adotam modelos políticos diferentes se consideram democráticos. Diante disso, Dahl apresenta cinco critérios para identificar se um determinado sistema político pode ser considerado democrático, a saber: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle no programa de planejamento e inclusão dos adultos (DAHL, 2001, p. 48).

Diante disso se pode perceber que a democracia não se limita a participação nas eleições a cada dois anos. A democracia representativa apresenta problemas práticos, porque após a posse, os eleitos se esquecem dos interesses da nação e começam a buscar atender aos interesses próprios ou destoados da vontade geral (NEVES, 2009, p. 57-58). Importante o alerta de Friedrich Müller, que afirma que o Estado não é o titular do poder, nem a sua fonte, mas tão somente uma instância de realização do poder, que é proveniente do povo (MÜLLER, 2004, p. 77-78). Isso

mostra a importância de outras portas de ingresso na sociedade na arena política, como demonstrado por Paulo Bonavides (2001, *passim*).

Deve-se, no entanto, tomar o cuidado indicado por Luigi Ferrajoli ao tratar do processo democrático, para quem não é suficiente que as decisões sejam tomadas pela maioria. Dizer que a democracia é o governo do povo, ou de sua maioria, embora haja um consenso entre os autores que escrevem sobre o tema, não representa toda a extensão do conceito. Esta seria apenas a dimensão formal da democracia, para usar as palavras do professor italiano (FERRAJOLI, 2009, p. 34).

Isso se deve ao fato de que se o governo da maioria resumisse a democracia, seria possível que se instalasse no Estado uma tirania da maioria sobre a minoria política (DAHL, 2001, p. 60). A mesma advertência é feita por Ronald Dworkin, ao afirmar que a partir desta concepção de democracia seria possível legitimar uma decisão injusta às minorias, que ele chama de democracia majoritária (DWORKIN, 2006, p. 131).

Esta dimensão formal da democracia só leva em consideração o procedimento das deliberações, mas não o seu conteúdo. Como consequência, cada governo toma para si o designativo “democrático”, sem levar em consideração os atos que pratica (SARTORI, 1994, p. 18). Há que se buscar, portanto, uma dimensão material da democracia, que visa estabelecer limites ao conteúdo das decisões, que são os direitos fundamentais mesmos (FERRAJOLI, 2009, p. 37 e ss). Muitos governos, embora tenham chegado ao poder de forma democrática, desviaram-se dos objetivos da sociedade em geral em busca de interesses pessoais, de ideologias, de megalomania, em detrimento da dignidade humana (DAHL, 2001, p. 59).

Assim, um sistema político democrático pressupõe a garantia de certos direitos aos seus cidadãos. Não se pode imaginar, por exemplo, que se garantisse a participação efetiva do cidadão nas decisões políticas, sem o direito ao voto (DAHL, 2001, p. 62). Ou, então, o entendimento esclarecido, sem que haja a transparência nas ações governamentais, garantida com o direito à informação e à transparência na Administração Pública.

A garantia desses direitos tem uma utilidade prática, que é uma tentativa de demonstração da legitimidade do poder, tendo em vista que o povo, titular do poder soberano, não se reconhece no Estado (GOYARD-FABRE, 2003, p. 282).

Portanto, o ingresso da sociedade no campo político, para a tomada de decisões, inclusive na formulação de políticas públicas e no controle sobre o Estado, possibilita ao indivíduo uma dimensão real da sua cidadania, como titular do poder político, além de fortalecer a legitimação do poder exercido pelo Estado.

A Constituição da República previu alguns mecanismos de participação popular (PEDRA, 2021a, p. 281 e ss.) para a definição dos destinos do país, como o direito de voto nas eleições, plebiscito, referendo, audiências públicas e a participação na Administração Pública, além do seu controle.

Mas para que estes mecanismos sejam úteis como previsto, é necessário o conhecimento dos motivos das ações governamentais e administrativas. Para se considerar partícipe do poder político e representado neste sistema, o cidadão precisa saber porquê a Administração Pública preferiu uma ação ao invés de outra. Por que determinada prioridade foi eleita e não outra?

A boa administração pública está intimamente ligada à noção de Estado democrático de Direito, tendo em vista a necessidade de prestação de contas (*accountability*) por parte dos gestores públicos aos cidadãos.

Antes de relacionar o princípio da motivação com o direito fundamental à boa administração, há que se esclarecer o seu conteúdo na ordem jurídica brasileira.

1.6.2 O motivo do ato administrativo

Ninguém pratica um ato sem que haja um motivo, que o leva a sair da inércia. O tempo todo os indivíduos são levados a tomar decisões, baseados nas circunstâncias que se lhe apresentam. E, a depender dessas ou daquelas situações de fato e dos instrumentos jurídicos que se apresentam, os indivíduos decidem como deverão agir ou não agir. Isso faz parte do processo natural da vida. Não ocorre diferente com o Estado (CARVALHO FILHO, 2022, p. 144).

Para a persecução dos seus objetivos, o Poder público deve tomar decisões: em quais setores deverá investir, de que maneira e em que momento? Deferir ou não o pedido de autorização para um empreendedor instalar a sua atividade em um espaço público? Nomear ou não pessoas aprovadas em concurso público e em que momento? Prestar serviços públicos diretamente ou indiretamente, por meio de uma

concessão? Atuar como empresário, ou privatizar uma empresa estatal, devolvendo à iniciativa privada uma atividade econômica? Estes são apenas alguns exemplos de decisões que devem ser tomadas pelo administrador público.

O motivo nada mais é do que o pressuposto de fato e de direito que autoriza ou determina a prática de determinado ato. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública somente poderá agir quando autorizada por lei. Assim, é a lei quem concede a legitimidade à ação estatal, com o estabelecimento da competência.

Portanto, não haverá competência para a prática de um ato administrativo, se não ocorrer no mundo do ser o fato previsto no mundo do dever ser. Em outras palavras, se a circunstância de fato não ocorrer, o agente administrativo não terá competência para a prática do ato, pois o que legitima a ação administrativa (consequente da norma) é o antecedente da norma.⁴³

1.6.3 O princípio da motivação

A Administração Pública, quando atua de forma legítima, deve fazê-lo na busca de tutelar o interesse público. Em razão disso, é legítima a limitação de direitos dos particulares, para que seja alcançado o interesse da coletividade. Mas, como avaliar a atuação estatal, no que se refere à busca do referido interesse público e, por conseguinte, avaliar a legitimidade mesma da atuação estatal?

A motivação dos atos administrativos servirá para que seja possível esta aferição em cada caso em que a Administração Pública tenha agido. Motivação, portanto, é a exteriorização do motivo, que legitima o ato administrativo. Há quem diga que a motivação foi uma conquista da doutrina, tendo em vista que o Absolutismo fazia da não motivação uma regra de prestígio, diante do fato de que os atos do monarca não se submetiam a nenhum tipo de controle, pois poderiam ser emitidas decisões que não se sujeitariam a leis prévias (GARCIA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2001, p. 559).

⁴³ No mesmo sentido: “Se o fato presumido pela lei não existe, sequer irrompe a competência para expedir o ato, pois as competências não são conferidas para serem exercidas a esmo. Os poderes administrativos são irrogados para que, em face de determinadas situações, o agente atue com vistas ao escopo legal. Donde o *motivo* é a demarcação dos *pressupostos fáticos* cuja ocorrência faz deflagrar *in concreto* a competência que o agente dispõe em abstrato”. (MELLO, 2001, p. 86).

No entanto, há certa divergência quanto à obrigatoriedade ou não de motivação dos atos administrativos. Em outras palavras, há que se precisar se a motivação é uma faculdade da Administração ou um dever. A esse respeito, há distintas posições. No sentido de que a motivação seja apenas uma faculdade (CARVALHO FILHO, 2022, p. 144) da Administração Pública pelas razões que se passam a enumerar:

Ausência de previsão constitucional ou legal do dever de motivar – segundo o referido autor, não há previsão no art. 37, *caput*, da Constituição, por exemplo, nem em outra parte do texto constitucional sobre um dever genérico de motivação dos atos administrativos. Se o constituinte quisesse fazer tal previsão ele o faria. Da mesma forma, não há previsão deste dever em norma infraconstitucional, além do disposto no art. 50, da Lei 9.784/99. Ao se interpretar a norma a *contrario sensu*, os atos administrativos não previstos na referida norma prescindem de motivação. Assim, não seria possível imputar a mácula da nulidade aos atos administrativos que não estivessem devidamente motivados, além das hipóteses no art. 50, da Lei 9.784/99 ou outra norma legal (CARVALHO FILHO, 2022, p. 144).

A previsão do art. 93, X, Constituição – o referido dispositivo constitucional exige que as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas. No entanto, segundo Carvalho Filho, a referida exigência deve ser interpretada no sentido de se tratarem de atos administrativos decisórios, em processos administrativos em que haja conflito de interesses. Além disso, a expressão “motivadas” pode também ser interpretada como motivo, ao invés de motivação. Também o dispositivo constitucional está inserido no âmbito do Poder Judiciário e, por conseguinte, não se aplicaria à toda a Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2022, p. 145).

Há posição no sentido de que todos os atos administrativos devem ser motivados, sejam eles vinculados ou discricionários⁴⁴, sob o argumento do princípio da cidadania (art. 5º, II, CR/88) e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CR/88) (MELLO, 2015, p. 115-116; DI PIETRO, 2017; NOHARA, 2018, p. 400). Juarez Freitas afirma que os atos administrativos discricionários e os vinculados

⁴⁴ Para Gustavo Binenbojm, os atos administrativos discricionário estão cada vez mais vinculados, diante da juridicidade, ou seja, pela regulação de regras ou princípios, diante do controle finalístico do ato administrativo. (BINENBOJM, 2014, p. 241 e ss).

devem ser motivados, salvo aqueles de mero expediente, os ordinatórios e os que a Constituição expressamente o dispensar (FREITAS, 2014, p. 69).

O argumento de que não há previsão constitucional nem legal expressa não pode ser aceito. Isso se deve ao fato de que a sua aceitação inviabilizaria o reconhecimento de quaisquer princípios implícitos da Administração Pública. Ora, há vários princípios administrativos que não têm previsão constitucional, mas que são reconhecidos como aplicáveis ao Poder Público, dentre eles o da supremacia do interesse público sobre o privado, o da segurança jurídica, o da continuidade do serviço público etc.

Quanto ao art. 93, X, CR/88 se referir apenas às decisões administrativas dos tribunais, há que se considerar o seguinte: a atuação administrativa dos tribunais é uma atividade secundária do Poder Judiciário. Em outras palavras, é uma atividade atípica deste Poder. Por que este dispositivo constitucional não poderia ser imposto, por analogia, aos demais Poderes no exercício de sua atividade administrativa?

Sem falar que a garantia do exercício da cidadania e do princípio democrático, no controle sobre a Administração Pública, com a exigência de motivação dos atos administrativos, traria um maior empoderamento da sociedade, no controle finalístico da Administração. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] os prejudicados pelo ato, bem como o julgador de sua lisura jurídica, jamais terão meio de aferir se ditos motivos (e correlatamente razões e justificativas) estiveram ou não embasando o ato questionado, à época em que foi produzido. Fora isto possível, ficaria garantida para certos atos imunidade em relação ao princípio da legalidade. Ganhariam foros de atos libertos das exigências que o sistema normativo lhes quis inculcar. Repetir-se-ia, em relação a eles, a condição “supra legal” que desfrutavam os atos do príncipe – precisamente o que o Estado de Direito veio a abolir (MELLO, 2001, p. 104).

Nesta perspectiva, ganha importância o processo administrativo e a possibilidade de interferência dos particulares neste processo. Não se pode mais admitir a elaboração de uma decisão administrativa exclusivamente pela Administração. O modelo burocrático weberiano deve ser entendido como superado, transformado pela participação dos particulares (SILVA, 1995, p. 304-305). Esta

afirmação não se refere apenas à formação dos contratos administrativos, mas também às decisões unilaterais da Administração Pública.

Daí que a intervenção do particular no procedimento seja analisada não como um meio de defesa das suas posições subjetivas perante a Administração, mas como um expediente organizativo destinado à tomada das melhores decisões administrativas, em resultado dessa cooperação (SILVA, 1995, p. 306).

Olhar para o processo administrativo não apenas com foco na decisão final, mas no caminho percorrido, para entender as razões da decisão (SILVA, 1995, p. 307). Para tanto, é necessário se explicitar os motivos da decisão administrativa.

Defende-se aqui a posição de que todos os atos administrativos devam ser motivados, sob pena de nulidade formal do ato. A motivação dos atos administrativos deve ser anterior ou contemporânea à edição do ato (MELLO, 2015, p. 115). É dever do agente público motivar o ato administrativo, como uma arma do cidadão contra o arbítrio (FREITAS, 2014, p. 70). Esta exigência temporal é necessária para se evitar a fabricação de motivos quando o ato administrativo for questionado pelo interessado. A motivação anterior ou contemporânea ao ato dá maior transparência à Administração Pública.

1.6.4 A motivação dos atos administrativos e a boa administração

O direito fundamental à boa administração, como já foi dito, requer que a Administração Pública seja eficiente, com a apresentação de resultados ótimos, na prestação de serviços e tutela dos interesses da coletividade. Também requer que haja transparência nos assuntos administrativos, a fim de que o cidadão, no exercício de sua cidadania, possa controlar a atuação estatal. Deve ser possibilitada a participação dos cidadãos na Administração Pública, com o fim de viabilizar o princípio democrático.

No que se refere à transparência, saber porque o Poder Público agiu desta ou daquela maneira faz toda a diferença para o indivíduo compreender se o assunto de seu interesse foi tratado de forma séria e de acordo com a lei, ou se houve arbítrio por parte de um agente público. Bem administrar é prestar informações adequadas e

precisas aos administrados. A legitimidade da decisão é demonstrada pela justificação do porquê o julgador chegou a decidir daquela maneira e não de outra (ADEODATO, 2018, p. 133). Assim, não tem mais lugar o argumento de que os atos discricionários prescindem de motivação. Pelo contrário, “*toda discricionariedade precisa estar vinculada aos motivos que obrigatoriamente haverão de ser expostos, de maneira consistente e elucidativa, sempre que afetados direitos subjetivos*” (FREITAS, 2013, p. 90).

A falta de informações no ato administrativo dificulta até mesmo o controle judicial sobre o ato impugnado. O Tribunal Constitucional Espanhol já se manifestou sobre a ilegalidade e a inconstitucionalidade de uma decisão administrativa de uma autoridade penitenciária que havia negado um benefício penitenciário a um detento, sem a devida motivação.⁴⁵ Segundo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, a motivação das decisões e atos administrativos é um direito subjetivo (MUÑOZ, 2012, p. 172).

1.6.5 A Lei 13.655/2018 (nova LINDB) e a motivação dos atos administrativos

Com o objetivo de trazer mais segurança jurídica às relações, em especial, as regidas pelo Direito público, foi promulgada a Lei 13.655/2018, que acrescentou dez novos artigos na LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

No que se refere à motivação dos atos administrativos, ganha relevância o novo art. 20 desta lei:

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.

Houve uma preocupação do legislador no que se refere às consequências da decisão judicial ou administrativa (aqui incluída a decisão controladora). Não se pode decidir sem pensar nos efeitos que a decisão produzirá. Isto seria decidir de forma inconsequente. Na vida cotidiana as pessoas não agem assim. Ao menos aquelas

⁴⁵ Ver STC 163/2002 em MALLÉN, 2004, p. 129.

pessoas que refletem antes de tomar decisões. Vou atravessar a rua agora ou não? O veículo que vem em minha direção está a uma distância segura para que eu possa fazer a travessia? Em um exemplo simplório se percebe que, na maior parte das vezes, decisões são tomadas, levando-se consideração as suas consequências. Ao voltar o olhar para o Poder Judiciário, percebe-se que isto ocorre o tempo todo no Supremo Tribunal Federal em decisões de controle de constitucionalidade, em especial quando há modulação de efeitos, na declaração de inconstitucionalidade (SOUSA, 2020, p. 57). A este respeito já se apontou, por exemplo na decisão da Corte Excelsa sobre a desaposentação (Recurso Extraordinário n. 381.367), em que se pautou em valores político-financeiros, em detrimento de normas positivadas (DEZAN, 2018, p. 188-189). Em outras palavras, buscou-se encontrar o resultado prático da decisão.

É verdade, porém, que muitas vezes as razões de decidir não são demonstradas (motivadas), mas ficam encobertas por algum argumento formal. A utilização de fórmulas genéricas, como os princípios, pode servir para ocultar as verdadeiras razões de decidir, que se fossem reveladas seriam consideradas arbitrárias (JUSTEN FILHO, 2018, p. 23). Tal resistência em indicar as razões de decidir tem sido atenuada na prática, em virtude de mudanças no próprio direito positivado, a exemplo do art. 20 da LINDB (GABARDO; SOUZA, 2020, p. 104).

O fato é que a utilização de princípios para fundamentar decisões aos montes gera um problema de insegurança jurídica. O ato de decidir requer a busca de um enunciado normativo aplicável, reflexão sobre a amplitude do enunciado e interpretá-lo. É preciso refletir sobre as consequências da decisão.

O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito (SUNDFELD, 2014, p. 206).

Alguns podem confundir isto com parcialidade, mas não é. Pensar nas consequências não é tomar partido, mas ser prudente. Como observa Juarez Freitas, a era da motivação está longe de se consolidar (FREITAS, 2013, p. 90). A

promulgação da Lei 13.655/2018 representou um avanço normativo para viabilizar um controle sobre as decisões. A sua aplicação, na práxis, trilhará um longo caminho, tendo em vista o esforço de justificação necessário para atender à motivação exigida na referida lei, que Juliana Bonacorsi de Palma chamou de ônus argumentativo (PALMA, 2020, p. 229).

Ainda é possível decidir baseado em princípios (JUSTEN FILHO, 2018, p. 25). Mas no processo de aplicação do direito, é necessária a concretização dos valores abstratos aos fatos apresentados na vida real. A autoridade competente deve demonstrar de que forma o valor abstrato deve ser aplicado para dar uma solução, dentre outras (JUSTEN FILHO, 2018, p. 27). Além disto, o art. 20 exige que a motivação leve em consideração as consequências práticas da decisão. Portanto, não basta indicar as razões de fato e de direito para decidir. A decisão deverá prever os efeitos que ela produzirá no mundo real.

A motivação deverá demonstrar a necessidade e a adequação da decisão. Há que se verificar a necessidade (PALMA, 2020, p. 230) daquela medida e indicar porque não adotar outras medidas alternativas (Parágrafo Único, art. 20, LINDB) (NEVES, 2022, p. 46).

Há que se construir, na motivação, um método para a superação das irregularidades, em caso de invalidação de atos. Uma decisão que invalide um ato sem uma indicação de formas de regularização é também inválida.

Assim, percebe-se que a motivação é pedra angular da legitimidade do ato administrativo. É por meio da motivação que se evita o arbítrio na Administração Pública.

1.7 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Na doutrina administrativista, há autores que tratam a razoabilidade e a proporcionalidade como princípios distintos (MELLO, 2015, p. 111-114; ÁVILA, 2011, p. 133-134, 171-172). SADDY, 2022, p. 396-402). No entanto, outros autores tratam a razoabilidade e a proporcionalidade de forma indistinta, sendo a proporcionalidade integrante do princípio da razoabilidade (NOHARA, 2022, p. 79-82; MARRARA, 2022, p. 64-65; DI PIETRO, 2022, p. 123). Neste trabalho se preferiu adotar esta segunda posição, por entender mais adequada.

Dizer que o princípio da razoabilidade impõe o dever de agir de modo rotineiro, ou dentro de padrões de normalidade (o razoável) parece muito vago para se utilizado como valor de caráter normativo.

Para a verificação de uma determinada conduta, no que se refere à razoabilidade, devem ser considerados três elementos, a partir de uma relação de causalidade entre o meio aplicado e o fim desejado: a) a adequação; b) a necessidade e c) a proporcionalidade (ÁVILA, 2011, p. 173).

Ao se tratar de um ato administrativo discricionário, em que o administrador tem opções em uma tomada de decisão, há que se avaliar, em primeiro lugar se a medida que se quer aplicar é adequada (ou capaz) ao fim desejado. Em outras palavras, a medida escolhida pelo administrador é capaz de promover o resultado esperado?

Quando o tema envolve ato discricionário se pressupõe que há medidas alternativas adequadas para se produzir o fim desejado. Mas nem todas as medidas aplicáveis ao caso promovem o resultado esperado na mesma quantidade ou intensidade. A título de exemplo, imagine-se um aumento exponencial de casos de Covid-19, mesmo após a rede pública de saúde ter à disposição dos cidadãos vacinas contra a doença. A ampliação do atendimento ambulatorial é uma medida viável para o tratamento de pacientes, no entanto, ao saber que a procura pela vacina e por doses de reforço indicadas pela autoridade sanitária foi reduzida consideravelmente, deve o administrador atuar na prevenção da doença, com estímulo à vacinação e recomendação dos cuidados preventivos, como uso de máscaras e manter as mãos limpas.

Em casos de discricionariedade, a decisão do administrador não se limitará a tudo ou nada. Para a resolução de um problema pode haver alternativas que têm vantagens e desvantagens entre si, o que torna difícil no caso concreto definir a solução ótima. Neste caso, basta ao administrador escolher uma das soluções adequadas a alcançar o fim desejado (ÁVILA, 2011, p. 178).

Uma vez verificada a adequação da medida, a avaliação continua. O segundo elemento a ser verificado é a necessidade da medida. Dentre as medidas adequadas aplicáveis ao caso para se alcançar determinada finalidade (o resultado desejado), há

que se verificar a que possa promover melhor resultado, com o mínimo de restrição a direitos dos administrados.

Imagine-se uma operação de vigilância sanitária, que identificou em um estabelecimento comercial alguns produtos enlatados com prazo de validade vencidos e, para proteger os consumidores, os agentes públicos resolvem interditar o estabelecimento, de modo a interromper as suas atividades. Ora, a interdição do estabelecimento comercial embora seja adequada – por promover o resultado, que é impedir a venda de produtos vencidos aos consumidores – é medida desnecessária, pois bastaria a apreensão das mercadorias vencidas e, talvez, uma aplicação de multa à empresa.

Ao avaliar a intensidade da restrição de direitos que as medidas alternativas impõem, há que se fazer a comparação entre as que promovam igualmente o fim desejado (ÁVILA, 2011, p. 182). Quando da demonstração da necessidade da medida, a motivação da decisão deve indicar as razões de escolha de uma alternativa ao invés de outras, como exige o art. 20, Parágrafo Único da LINDB.

Uma vez vencida esta etapa, há que se avaliar a proporcionalidade da medida. Neste momento deverão ser comparadas as vantagens e desvantagens que acompanham a implementação da medida. Em outras palavras, a medida adequada e necessária para a resolução do problema traz consigo vantagens, mas devem ser consideradas as restrições a direitos fundamentais do cidadão.

Imagine-se que em um processo licitatório (pregão) uma empresa licitante teve sua proposta desclassificada por ter ofertado produto diverso do que previa o edital. Em seguida a Administração Pública aplica penalidade de proibição de licitar pelo período de seis meses.⁴⁶ Ora, neste caso não há prejuízo para a Administração, nem ao processo licitatório. Com a desclassificação da proposta, o certame tem a sua continuidade. Não há que se falar em aplicação de penalidade à empresa licitante, sob pena de a medida administrativa ser desproporcional.

⁴⁶ Este foi o caso julgado que se segue um trecho: “Seria, de fato, totalmente desproporcional punir um licitante pelo simples motivo de não atender aos requisitos do edital. O que se exige, para uma punição como a que se cuida, é uma demonstração de má-fé do participante - que, vencedor, passa a adotar postura que impede a execução contratual, isto sim fato grave que prejudica a continuidade dos serviços públicos. A mera inabilitação de um participante, porém, com posterior prosseguimento do certame, não traz prejuízo algum à Administração, não se mostrando a situação como algo lesivo ao interesse público que merecesse sanção.” (TRF - 5.ª Reg. - ApCiv e Reexame Necessário 08038881920174058100, 2.ª Turma, Relator Paulo Machado Cordeiro, DJFe 27/4/2022).

No Estatuto dos Servidores da União (Lei 8112/1990) a lista de penalidades previstas no art. 127 está vinculada na maior parte dos casos a hipóteses de infrações disciplinares específicas. Então na maior parte dos casos, a aplicação destas penalidades é um ato vinculado. Em outra situação hipotética, em um determinado estatuto de servidores municipais não há vinculação em tantas situações. Assim, abre-se maior espaço para a discricionariedade da autoridade competente. Imagine-se que um servidor tenha “emendado” o feriado de carnaval e faltou 2 dias de trabalho. Foi instaurado processo administrativo disciplinar e a autoridade competente tenha aplicado a pena de demissão a bem do serviço público. Trata-se de uma medida desproporcional, que não se sustenta na Ordem Jurídica brasileira.

Se é reconhecida a força normativa dos princípios, com um “Direito de princípios” em substituição a um “Direito de regras” (OTERO, 2013, p. 434), deve-se fazer uma ponderação dos interesses envolvidos, para não se aplicar cegamente uma regra legal, em detrimento de uma norma constitucional, sob pena de se proceder um retrocesso evidente⁴⁷ quanto ao estado atual do Direito.

Administrar bem é tomar decisões razoáveis, de modo a alcançar os objetivos esperados, na tutela do interesse público, sem restringir desnecessariamente direitos dos cidadãos.

1.8 DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRANSPARENTE

O princípio da publicidade foi consagrado no art. 37, *caput*, CR/88 como um dos princípios norteadores da atividade estatal. Isto significa que a Administração Pública deve praticar os seus atos à luz de todos, em plena transparência. Isto não significa que todos os atos administrativos precisam ser publicados para que produzam os seus efeitos, embora haja respeitáveis opiniões em sentido contrário (CARVALHO FILHO, 2013, p. 70).

A necessidade de publicação em diário oficial ocorrerá somente quando a lei o exigir. A publicidade de um ato pode se dar de várias formas, como uma intimação,

⁴⁷ “Vão distantes os tempos em que o Direito se reconduzia à lei, expressão direta da vontade geral ou da representação parlamentar, sobre os quais se pode dizer que, dada a debilidade normativa da constituição, parecia que a lei preferia sobre ela. A atribuição de precedência absoluta e incondicionada ao princípio da legalidade em sentido estrito sobre o princípio da constitucionalidade constitui um evidente anacronismo.” (CANAS, 2022).

citação, afixação em quadro de avisos, ou mesmo estar à disposição dos interessados.

Além do art. 37, *caput*, outros dispositivos constitucionais asseguram a publicidade na Administração Pública, como o art. 5º, XXXIII, que dá a todos o direito de acesso à informação perante entidades e órgãos administrativos, quanto a assuntos de interesse pessoal, coletivo ou geral. Para regulamentar este dispositivo foi promulgada a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que estabelece como regra a disponibilização imediata das informações solicitadas (art. 11, *caput*) ou, quando a informação não estiver disponível de imediato, em até 20 dias para dar resposta ao requerente (§ 1º, art. 11).

O sigilo de informações é admitido, em caráter excepcional, quando for necessário à segurança da sociedade ou do Estado (art. 5º, XXXIII, CR/88). Também o inciso XXXIV do art. 5º garante o direito de petição ao administrado em órgãos públicos para a defesa de direitos, ou contra ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões para a defesa de direitos ou para esclarecer alguma situação de interesse pessoal.

Relacionado a este tema, a Lei 14.133/2021 previu a possibilidade de sigilo do resultado da pesquisa de preços feita pela Administração Pública, desde que justificado, para possibilitar melhores condições de contratação (art. 24).

Se ocorrer negativa de acesso à informação pessoal, pode o interessado impetrar *habeas data*, que é uma ação mandamental própria para o caso de acesso à informação ou para a sua retificação, prevista no art. 5º, LXXII, CR/88.

Caso ocorra a negativa de acesso à informação de caráter coletivo ou geral, caberá mandado de segurança, individual ou coletivo. Uma vez verificada lesão ao patrimônio público, pode o cidadão ajuizar ação popular, para a tutela do interesse público, no exercício de uma cidadania ativa.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 32/2020 propõe a inclusão no texto constitucional do *Princípio da transparência*. A mensagem da PEC consta o seguinte: “Transparência implica não apenas estar disponível ao público, mas ser compreensível pelo público, com clareza e fidedignidade”.

A proposta de inclusão da transparência no texto constitucional, ao elevá-la à categoria de princípio da Administração Pública pode parecer salutar e, até mesmo,

legítima tendo em vista que a Administração Pública brasileira, de um modo geral não seja tão transparente em suas ações, apesar do aparato existente nos portais de transparência em todas as entidades públicas do país (KLEIN; KLEIN; LUCIANO, 2018, *passim*).

As informações disponibilizadas pelo governo devem estar voltadas a atender a um determinado propósito e a um uso (KLEIN; KLEIN; LUCIANO, 2018, p. 693). Portanto, simplesmente disponibilizar informações em portais de transparência não atende ao mandamento legal.

Além Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), foi editada a Lei Complementar n. 131, de 27 de maio de 2009, que alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), criando a obrigatoriedade de criação dos Portais de Transparência.

Ainda há um longo caminho a percorrer quanto à transparência na Administração Pública. Mas todas essas exigências legais podem ser reconhecidas como desdobramentos do princípio da publicidade. Este princípio está expressamente consagrado no *caput* do art. 37 e é de fundamental importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que somente com informação é possível que a sociedade possa controlar a atividade estatal.

Pode-se falar em *publicidade ativa* (NEVES, 2021, p. 177), quando a informação é colocada à disposição da sociedade de forma ostensiva. Seria o caso da publicação dos atos do Poder Público no diário oficial, em jornais de grande circulação e nas páginas da internet nos sítios governamentais. Outro exemplo de publicidade ativa é a manutenção dos portais de transparência.

A *publicidade passiva* ocorre quando o detentor da informação é demandado e ele fornece a informação ao requerente. Com isto, garante-se o acesso à informação para que o indivíduo possa utilizá-la como bem lhe aprouver.

Portanto, não é a inclusão de um novo princípio da transparência que irá melhorar a troca de informações entre o indivíduo e o Estado, mas, sim, o aperfeiçoamento dos instrumentos já existentes. A transparência está abrangida pelo princípio da publicidade. A inclusão do novo “princípio” seria inócua.

Curiosamente, o Jornal “O Globo” requereu ao Ministério da Economia acesso aos estudos técnicos que embasaram a elaboração da PEC 32/2020, mas seu pedido foi negado, porque os documentos estariam sob sigilo, enquanto a PEC não fosse aprovada.⁴⁸

Trata-se de argumento falacioso, pois a decisão administrativa/política já fora tomada com o protocolo da PEC à Câmara dos Deputados. Os estudos técnicos – se é que existem – deveriam ser anexados à Proposta de Emenda Constitucional, para auxiliar nos debates do Congresso Nacional, sem que ninguém os pedisse. Tal negativa coloca a PEC sob ainda mais desconfiança.

Ainda sobre a publicidade é necessário tratar da publicidade institucional, que a Constituição estabelece limitações importantes, como se vê:

Art. 5º [...]

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (CR/88).

A publicidade institucional tem finalidade estabelecida no texto constitucional. Portanto, a publicidade dos atos da Administração Pública tem por objetivos a educação, a informação ao público em geral e a orientação da sociedade. Qualquer elemento que caracterize a promoção pessoal de autoridades e servidores é proibido pela Constituição.

No entanto, na prática, o que se vê todos os dias é um show de propaganda da bondade dos gestores e custeada pelos cofres públicos. Basta acessar os sítios eletrônicos de prefeituras e de governos de estado para ver ensaios fotográficos de gestores espalhando a sua bondade com inaugurações, entregas de equipamentos públicos, veículos, ações sociais da pessoa jurídica a qual representam, tudo em

⁴⁸ Fora utilizado como motivação da negativa de acesso norma contida em um Decreto: “Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão”. (Dec. 7724/12)

nome da promoção pessoal e do fortalecimento do próprio nome para as próximas eleições.

Quem nunca viu uma placa de inauguração de um prédio público repleta de nomes de autoridades? Será que não bastaria dizer na placa a finalidade do prédio e a data da sua inauguração, para dar o caráter informativo, previsto no art. 37, § 1º, CR/88?

A transparência no trato da *res publica* é fundamental para uma boa administração, porque possibilita o controle social e instrumentaliza o trabalho dos órgãos de controle.

1.9 DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA IMPESSOAL

Outro princípio que rege as atividades estatais é o princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*, CR/88). Trata-se de um desdobramento do princípio da isonomia, tendo em vista que há duas feições que a impessoalidade se apresenta, as quais passam a ser indicadas.

A Administração Pública é impessoal quando a atividade administrativa não considera aspectos pessoais no trato com o administrado. O processo administrativo não pode ter um fluxo mais rápido ou mais lento, nem a decisão poderá tender ao deferimento ou indeferimento do pedido a depender de quem seja o requerente, pois a função administrativa deve sempre buscar o alcance da finalidade pública (DI PIETRO, 2022, p. 114).

O tratamento diferenciado entre administrados deve se dar a partir de parâmetros preestabelecidos como regra geral, o que ocorre por meio de regulamentos, que cuidam que procedimentos internos da Administração. Não cabe o favorecimento nem a perseguição contra nenhum administrado.

Sem a impessoalidade, a função administrativa perderia a sua legitimidade democrática (CARVALHO FILHO, 2013, p. 138), o que possibilita a aceitação e a submissão dos administrados. Há necessidade de equidistância entre a autoridade competente em decidir e o destinatário da decisão (OTERO, 2013, p. 373).

O primeiro dos “novos” princípios que aparecem na proposta da nova redação do *caput* do art. 37 da Constituição é o princípio da imparcialidade (PEC 32/2020).

Como aqui se trata de uma proposta legislativa para a alteração do texto constitucional, há que se verificar a sua pertinência.

Na mensagem da PEC consta o seguinte: “Trata-se de exigir que todo agente público, no exercício do seu mister funcional, se conduza de modo absolutamente imparcial, ainda que possua valorações internas pré-concebidas a respeito do tema sob exame” (Mensagem da PEC 32).

Embora o princípio da imparcialidade não tenha sido consagrado expressamente na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n. 9784/99), há hipóteses de impedimento e suspeição de agentes públicos atuarem no processo administrativo, exatamente para se evitar que o julgamento ou atuação do agente público seja tendenciosa, parcial (NEVES, 2021, p. 174). A respeito do tema se afirmou que:

A imparcialidade, por sua vez, manda que as autoridades interessadas, objetiva ou subjetivamente, na matéria de um processo administrativo não influenciem a construção da decisão final por conta de suas relações pessoais. Aqui naturalmente se deseja afastar todo e qualquer tipo de influência resultante de posições de parentesco, amizade, inimizade ou conflito, do agente público em relação ao próprio interessado ou a terceiros que desempenhem certos papéis no processo ou tenham algum tipo de vínculo com o interessado (MARRARA, 2018, p. 230).

Em verdade, o princípio da impessoalidade já inscrito no *caput* do art. 37 da Constituição parece dar a solução pretendida pela PEC 32 com a inclusão da imparcialidade no rol dos princípios que regem a Administração Pública. A impessoalidade deve ser vista sob o aspecto da *finalidade do ato administrativo*. Em verdade, trata-se de um desdobramento do princípio republicano (CRISTÓVAM, 2019, p. 198) de dar um tratamento igualitário a todos (princípio da igualdade).

Por esta razão, um dos critérios mencionados na Lei do Processo Administrativo Federal é o da objetividade no atendimento do interesse público (art. 2º, Parágrafo Único, III, Lei 9784/1999), que tem relação com o tratamento dos administrados sem aferição do aspecto subjetivo, como também relação com outro aspecto deste princípio. O que se espera do bom administrador público é que a sua atuação esteja voltada para atender aos interesses de sua organização. Em outras

palavras, o bom administrador deve estar sempre vinculado aos compromissos assumidos constitucionalmente.

Quando se fala em imparcialidade, o tema remete à atividade jurisdicional. Em muitos casos, o processo administrativo envolve requerimento do interessado, que deverá ser analisado pelos agentes públicos envolvidos, de forma imparcial. Ou seja, há que se verificar se o direito posto acolhe o pedido do requerente, sem nenhum viés. Ser imparcial no âmbito do processo administrativo significa avaliar o pedido, sem considerar o interesse “público” secundário – o interesse do órgão ou entidade, que difere do interesse público.

A outra feição da impessoalidade é a rejeição de qualquer possibilidade de o agente público se utilizar de sua posição no cargo ou função pública para promoção pessoal. O agir administrativo deve perseguir sempre o interesse público e não tutelar um interesse pessoal do administrador ou de um terceiro.

No trato dos assuntos da Administração Pública, a autoridade administrativa deve buscar cumprir os compromissos assumidos para com a sociedade em nível constitucional, sem se deixar enebriar pelos encantos do poder, nem buscar para si os holofotes pela atividade estatal ou fazer escolhas administrativas em desacordo com aqueles compromissos, para fins eleitoreiros (FREITAS, 2013, p. 71). A respeito do tema, Sérgio Buarque de Holanda descreve o personalismo tão característico das origens da vida brasileira:

Em sociedade de origens tão nitidamente personalistas como a nossa, é compreensível que os simples vínculos de pessoa a pessoa, independentes e até exclusivos de qualquer tendência para a cooperação autêntica entre os indivíduos, tenham sido quase sempre os mais decisivos. As agregações e relações pessoais, embora por vezes precárias, e, de outro lado, as lutas entre facções, entre famílias, entre regionalismos, faziam dela um todo incoerente e amorfo. O peculiar da vida brasileira parece ter sido, por essa época, uma acentuação singularmente enérgica do afetivo, do irracional, do passional, e uma estagnação ou antes uma atrofia correspondente das qualidades ordenadoras, disciplinadoras, racionalizadoras. Quer dizer, exatamente o contrário do que parece convir a uma população em vias de organizar-se politicamente. (HOLANDA, 1995, p. 61)

Por exemplo, ao decidir que a Administração deve deflagrar um processo licitatório para a aquisição de carteiras escolares para escolas municipais, o

administrador público deverá pautar a sua decisão na necessidade dos referidos móveis em quantitativo e no modelo adequado para a demanda. A sua decisão não pode considerar que a compra vai beneficiar um amigo lojista, ou simplesmente criar uma fantasiosa necessidade.

Apesar de o Estado não possuir um rosto nem membros, ele age por meio de seus agentes. Todos os atos praticados no exercício do cargo público o são em nome do Estado (SOARES, 2012, p. 47). É por isso que o Estado responde civilmente pelos danos causados por esses atos. Ora, se o agente público praticar atos administrativos em proveito próprio ou, em razão dos atos praticados pela Administração Pública, faz promover a sua própria imagem, como se tais atos fossem liberalidades suas, o aparato estatal é usado em benefício de tal agente.

Imagine-se um parlamentar se utilizar de carro oficial e de combustível fornecido pela Administração Pública para fazer viagens de cunho pessoal.⁴⁹ Veículo oficial só deve ser utilizado para fins que visam o atendimento do interesse público. Assim, haveria violação da impessoalidade.

Mesmo que um ato tenha sido praticado dentro dos limites da competência administrativa, pode haver violação do princípio da impessoalidade, quando o ato for praticado em proveito próprio (SOARES, 2012, p. 48). A Administração Pública não pode ser utilizada como um espaço privado, como um anexo da casa do gestor público ou de um determinado partido político, que possa servir a interesses alheios ao público.

Em respeito ao princípio da impessoalidade, o § 1º, art. 37, CR/88 explicita as finalidades da publicidade institucional na Administração Pública. Havia violação da

⁴⁹ “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADOR. UTILIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL PARA FINS PARTICULARES. Irretroatividade das normas de direito material introduzidas pela Lei 14.230/2021 (LGL\2021\14476) à Lei 8.429/92 (LGL\1992\19), visto que as sanções administrativas não caracterizam norma penal, tutelando bem jurídico distinto. Inteligência do art. 5º, XL, da CF (LGL\1988\3). Aplicação do decidido pelo STF no ARE 843989, Tema 1199 de repercussão geral. Mérito. Parlamentar que utilizou autorizações de abastecimento de combustível (vales), cedidos pela Câmara Municipal, em automóvel particular. Ato de improbidade configurado, na modalidade do art. 9º, IV, da Lei nº 8.429/92 (LGL\1992\19). Acervo probatório suficiente para demonstrar a prática da conduta ímproba. Sanções, porém, que devem ser readequadas, por força da proporcionalidade. Inteligência do art. 12, parágrafo único, da LIA. Aplicação somente das penas de ressarcimento ao erário e pagamento de multa civil. Sentença reformada em parte. Recurso do réu parcialmente provido.” (TJSP; Apelação Cível 1004206-13.2019.8.26.0604; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Sumaré - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/09/2022; Data de Registro: 28/09/2022).

impessoalidade se, por exemplo, o Município confeccionasse carnês de IPTU com a foto do Prefeito, a relação de obras realizadas durante a sua gestão e, ainda, a expressão “compromisso cumprido”.⁵⁰

Além disso, pode-se verificar a promoção pessoal de agente público quando em notícias sobre a entidade a qual representa ou atua aparece a sua imagem com certa frequência em fotografias. Ou reportagem veiculada em revista local, em que exalta as realizações do então Prefeito e seu Vice.⁵¹

No Direito italiano há expressa previsão da imparcialidade na Administração Pública, tanto na Constituição italiana⁵², quanto na Lei de Processo Administrativo (Lei nº 241/1990). Há quem defenda que para concretizar a imparcialidade administrativa, a utilização das tecnologias da informação e comunicação (TIC) seria muito útil, inclusive para modernizar a organização administrativa (GALETTA, 2021, p. 199). Inclusive houve uma alteração nesta Lei, para incluir o art. 3º-bis, que determina que a Administração Pública utilizará instrumentos das TIC para aumento da eficiência, nas relações internas e nas relações com os particulares.⁵³

No Direito Brasileiro, pode-se perceber a impessoalidade também no dever de licitar antes de a Administração Pública celebrar contratos (art. 37, XXI, CR/88), necessidade de realização de concurso público com provas ou provas e títulos (art. 37, II, CR/88), no caso de contratação temporária de pessoal, a necessidade de realização de processo seletivo com critérios objetivos (art. 37, IX, CR/88). É também

⁵⁰ “AGRAVO DE INSTRUMENTO - Cumprimento de sentença Alegação de excesso de execução Cabimento parcial No que tange à publicidade institucional, houve o reconhecimento de seu uso indevido em todas as folhas que constavam as obras realizadas durante o mandato político do agravante, o que perfaz 26 folhas - Observância à coisa julgada Por outro lado, o MP não detém legitimidade para executar a verba honorária arbitrada em favor do causídico do autor da ação popular Reforma parcial r. decisão - Recurso parcialmente provido.” TJSP - AgIn 2167954-71.2022.8.26.0000 - 6ª Câmara de Direito Público - j. 17/10/2022 - julgado por Silvia Meirelles - DJe 21/10/2022.

⁵¹ “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - REPORTAGENS VEICULADAS EM REVISTA LOCAL - CUNHO DE PROMOÇÃO PESSOAL - DEMONSTRADO - DESVIO DE FINALIDADE - CARACTERIZAÇÃO DO ATO ÍMPROBO - SENTENÇA MANTIDA.” (TJMG - ApCiv 1.0697.12.001962-8/002 - 6.ª Câmara Cível - j. 26/10/2021 - julgado por Yeda Monteiro Athias - DJe 3/11/2021).

⁵² “Art. 97 As administrações públicas, em coerência com o ordenamento da União Europeia, garantem o equilíbrio dos orçamentos e a sustentabilidade da dívida pública. Os gabinetes públicos são organizados conforme disposição da lei, de modo a que sejam assegurados o bom andamento e imparcialidade da administração. No ordenamento dos gabinetes são determinadas as esferas de competência, as atribuições e as responsabilidades próprias dos funcionários. Às funções das administrações públicas se ingressa mediante concurso, exceto em casos estabelecidos por lei.” (Constituição Italiana).

⁵³ Regra introduzida pela Lei italiana nº 120/2020.

exemplo de impessoalidade o pagamento feito pelo Estado aos seus credores por ordem cronológica da constituição dos precatórios (art. 100, CR/88).

O bom administrador público trabalha em prol dos interesses da Administração Pública que, necessariamente, atua para atender aos compromissos constitucionalmente firmados.

1.10 DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARTICIPATIVA

Pensar em uma Administração Pública aberta aos cidadãos, de modo a possibilitar a sua efetiva participação na tomada de decisões, é algo revolucionário. Não se pode falar em democracia, sem abordar o papel do cidadão no processo político. A ideia de esfera pública construída por Habermas ganha importância para a legitimação do discurso político. Segundo o autor, “a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões” (HABERMAS, 2003, p. 92).

Não se trata de uma instituição ou uma organização, mas é um espaço em que ideias são debatidas e enfeixadas em opiniões públicas, que se formam por meio do agir comunicativo. Trata-se de uma estrutura comunicacional que facilita a tomada de decisões, que independem da organização estatal. As opiniões públicas formuladas no contexto de uma esfera pública influenciam e dão legitimidade ao sistema político (HABERMAS, 2003, p. 94).

A questão da legitimidade é fundamental em um Estado democrático de direito, tendo em vista que antes do Estado moderno, a legitimação do Estado se baseava na metafísica, a partir de conceitos religiosos e morais. Mas, com a modernidade, a busca pela racionalidade fez com que fosse repensada a legitimação do poder (NEVES, 2020, p. 175-176), em que não mais se admitiria privilégios sem nenhuma justificação racional.

A concepção do Estado de direito carregava consigo uma dimensão crítica em relação ao exercício do poder, com o propósito de desvendar a contradição inerente às próprias estruturas jurídicas estabelecidas: privilégios concedidos sem justificação normativa a interesses poderosos que conseguem impor-se podem se disfarçar por trás das formas do poder legal. Dentro dessa perspectiva, o direito racional aponta para a contradição entre o direito enquanto uma forma de organização

de qualquer forma de poder estatal, capaz de se afirmar na prática, e o direito enquanto condição de legitimidade daquela ordem de poder que se apoia na autoridade de leis justificadas (HABERMAS, 2003, p. 184)

A democracia pode ser concebida como o governo do povo. Mas o que seria isso? Michel Rosenfeld, ao analisar “a identidade do sujeito constitucional”, apresenta uma questão interessante. No preâmbulo da Constituição americana de 1787 aparece a expressão “Nós, o Povo”. Quem seria o povo que governa? Adverte o autor que a referida expressão, aparentemente, envolve todos os constituintes e a sociedade sobre a qual a constituição se aplicaria: governantes e governados, que constituem o corpo político apresentado por Rousseau (ROSENFELD, 2003, p. 23-24).

No entanto, quando vista mais de perto, aquela unidade se fragmenta. Isso ocorre porque o distanciamento econômico e social entre os constituintes e aqueles sujeitos à Constituição era enorme. Enquanto estes eram pobres, negros e mulheres, aqueles eram homens brancos, livres e proprietários, que não representavam os interesses da sociedade (ROSENFELD, 2003, p. 24). Mas, para se alcançar a democracia de forma factível, foi instituído o modelo de democracia representativa, com a eleição de representantes do povo, para que o corpo político pudesse funcionar (SILVA, MORAES, 2020, p. 24 e ss).

A democracia representativa não traz resultados satisfatórios. Ela se apresenta como uma forma de dominação das elites políticas, com o único objetivo de manter o *status quo* de dominação e de sujeição ao poder (BONAVIDES, 2001, p. 54). Esse *efeito aristocrático* pode colocar em questão a própria legitimidade do sistema político (SILVA, MORAES, 2020, p. 34).

A democracia representativa pode provocar dois fenômenos que, embora distintos, estão relacionados: a) a formação da figura do cidadão episódico; e b) o cidadão alheio ao processo político. No primeiro caso, o cidadão percebe a sua posição apenas no período eleitoral, com sorte escolhe os seus candidatos a partir de suas preferências pessoais, por simpatia ou por aversão aos outros candidatos. No segundo caso, há uma letargia do cidadão a respeito do processo político. Este indivíduo sequer conhece as funções para as quais os cargos eletivos existem. Em

muitos casos, esse eleitor nem comparece às urnas para exercer o seu direito de voto.⁵⁴

Além disso, há que se considerar o conceito de *democracia delegativa*, desenvolvido por Guillermo O'Donnell, que ocorre quando o candidato vencedor de uma eleição presidencial fica autorizado, segundo as circunstâncias e a relação entre o governo e as instituições, a governar como bem lhe aprouver, durante o seu mandato (O'DONNELL, 1991, p. 30). Neste contexto, o governante se isola das instituições políticas e dos interesses sociais organizados para desenvolver as “suas políticas públicas”.

Nesse governo de salvadores, a tecnocracia impera, em detrimento da democracia, ao ponto de o autor colocar em dúvida se isso realmente pode representar uma forma de democracia ou de um governo autoritário.

Um governo marcado por medidas imediatistas impostas por decretos (ou medidas provisórias), que possuem pouca possibilidade de se consolidarem, tendo em vista a necessidade de confirmação do Poder Legislativo, que é menosprezado (e desprezado) no momento da formulação das políticas públicas, bem como durante a sua execução.

É natural haver lentidão no processo decisório em um contexto democrático, diante das discussões e ponderações de grupos de pressão, partidos e coligações, que defendem interesses diversos. Mas após vencido o debate, em democracias consolidadas, é provável que as decisões ali tomadas sejam levadas a sério e cumpridas.

Não obstante a este fato, quando decisões são tomadas sem nenhum debate, sem ponderação de consequências, os processos caminham a passos largos, com inúmeras decisões, que pode caracterizar o chamado “decretismo”. (O'DONNELL, 1991, p. 38). No entanto, devido ao déficit democrático deste processo decisório unilateral e que afeta interesses importantes e politicamente mobilizados, tais decisões estão fadadas à inefetividade. Este processo débil gera políticas públicas

⁵⁴ A título de exemplo, nas eleições presidenciais de 2018 no Brasil, no segundo turno apenas 78,7% dos eleitores aptos a votar compareceram às urnas. Considerando que o voto no Brasil é obrigatório, uma abstenção de quase 12% dos eleitores parece ser elevada. Isso demonstra uma apatia política de uma parcela considerável da população. (BRASIL, 2018).

mal elaboradas, porque não escuta os setores afetados e, por conseguinte, não identifica as reais necessidades do público-alvo.

Um governo descompromissado com a Constituição, a qual após jurar respeitá-la apresenta ao Legislativo um “pacote” de propostas de emendas constitucionais, pois a Constituição vigente não serve para o seu governo. Enquanto isto, os objetivos fundamentais enumerados no art. 3º da Constituição seguem esquecidos.

Para se alcançar uma boa administração pública, requer-se uma interação adequada entre as instâncias governamentais, os cidadãos e as empresas, conceito conhecido como governança. Nesse sentido, caso os cidadãos organizados exerçam o seu direito de participação na Administração Pública, não apenas por serem ouvidos, mas também por contribuírem ativamente, como na colaboração em consultas pública ou na co-produção das cartas de serviços (PRATS CATALÀ, 2007, p. 21).

Portanto, a criação de formas de participação popular e a difusão deste tema na consciência popular, bem como o fortalecimento de mecanismos de prestação de contas (*accountability*) podem ajudar a consolidar a democracia em um país marcado pela fragilidade institucional.

Além das manifestações de participação popular na vida política do país fora da estrutura estatal⁵⁵, terão lugar aqui mecanismos de participação social na estrutura da Administração Pública.

Não se propõe uma substituição do sistema representativo pelo sistema de democracia participativa. Em verdade, trata-se de uma forma alternativa e cumulativa de se tratar as questões de Estado, de modo a garantir a tutela dos interesses que emergem da sociedade e, ao mesmo tempo, dar viabilidade no processo democrático, pela representação.

Já foi conceituada a participação política como “a atuação formal e informalmente admitida, dos indivíduos e dos grupos sociais secundários, na ação juspolítica do Estado” (MOREIRA NETO, 1992, p. 56). Esta participação, portanto,

⁵⁵ Sobre o tema do engajamento político do cidadão, tratou-se em NEVES, Rodrigo Santos. Movimentos sociais em rede: por uma sociedade mais democrática. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **Conexões**: Estado, Direito e tecnologias. Vitória: FDV, 2020, p. 178-185.

pode ser não institucionalizada, como é o caso dos movimentos sociais, bem como institucionalizada, por meio de mecanismos de participação inseridos na própria estrutura estatal.

A ideia de participação deve ser entendida como formas da sociedade interferir nos assuntos, de modo consultivo, deliberativo ou fiscalizatório (SCHIER, 2002, p. 57-58). Portanto, participar significa atuar ativamente no processo político, de maneira que os cidadãos e as entidades possam influenciar no processo de tomada de decisões. É comum, por exemplo, próximo ao final de uma legislatura, as Câmaras municipais terem projetos de lei para o reajuste do subsídio de vereadores. Em muitos casos, a sociedade manifesta o seu descontentamento ao ocupar as ruas e até o Plenário das Câmaras, para protestar. Frequentemente os populares conseguem inibir os legisladores. Este é um exemplo de atuação da população, que é capaz de alterar uma decisão política.

Por meio dos mecanismos de participação os atores sociais compartilham com o poder público as suas experiências, de forma a oxigenar a Administração Pública com novas perspectivas, novos olhares que, em geral, os agentes públicos não têm acesso (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 54).

O modelo de democracia participativa apresenta vantagens em relação ao modelo de democracia elitista, e a primeira delas é a abertura de espaços de deliberação para atores que habitualmente são excluídos do debate, por sua condição econômica ou social (GASPARDO, 2018, p. 73). Desta forma, até mesmo usuários de serviços públicos, ou cidadãos comuns poderão ter voz por meio de mecanismos participativos. Veja-se o caso dos Conselhos de Saúde.

Outra vantagem que pode ser enumerada é o caráter deliberativo da participação. O processo decisório pressupõe uma fase prévia de discussões e de aprendizagem, momento em que é dado aos partícipes a oportunidade de receberem influência dos argumentos apresentados e até de mudarem a sua forma de encarar determinadas situações a partir das informações obtidas (GASPARDO, 2018, p. 73). Não se trata de um modelo baseado no decisionismo, em que cada ator julgará conforme as suas convicções pessoais, mas, sim, de um fórum de debates capaz de, pela força dos argumentos e de informações apresentadas, os participantes possam decidir baseados na racionalidade.

A terceira vantagem é o caráter pedagógico da participação, tendo em vista que, por meio dela, os indivíduos tomam conhecimento das questões coletivas e, com isso, aumentam a sua capacidade decisória (GASPARDO, 2018, p. 73). Quando se conhece o mundo além de você mesmo é possível ponderar para além das convicções pessoais e se tornar responsável pelas questões que afetam toda uma comunidade. A comunicação humana é a única que é linguagem, o que resulta na separação entre o emissor e a mensagem. Isso possibilita que a mensagem ganhe identidade própria (ADEODATO, 2017b, p. 18). A linguagem, portanto, é capaz de influenciar o comportamento dos indivíduos que a recebem e esta influência não está sob o controle do emissor da mensagem. A criação de espaços de deliberação viabiliza a cultura da participação (PATEMAN, 1992, p. 38).

Eis uma tarefa que não é fácil. No Brasil a sociedade é acostumada a esperar do Estado a solução para os seus problemas. Em verdade, o cidadão comum, com pouco acesso aos serviços públicos e gozando de uma subcidadania se sente alijado do processo político, bem como incapaz de assumir uma posição ativa na política. Em razão disso, este subcidadão não vê outra escolha a não ser se tornar um cliente dos serviços públicos a ele disponíveis (BORGES; JAMBEIRO, 2016, pos. 1078) . A falta de recursos, a quantidade reduzida de informações, a infraestrutura deficitária e as tentativas pretéritas frustradas de participação desencorajam novas tentativas (VENTURA, 2017, p. 916).

A quarta vantagem na participação é a possibilidade de os participantes terem papel atuante tanto no momento da tomada de decisão, quanto na formulação da agenda decisória (GASPARDO, 2018, p. 73). Isto significa que os indivíduos que integram os conselhos, comissões, comitês etc., não apenas podem ser chamados para dizerem sim ou não às propostas apresentadas, mas também fazerem parte da formulação das propostas e até da pauta de deliberação.

Uma quinta vantagem pode ser enumerada como o aumento da sensação de liberdade. Ao participar da tomada de decisões o indivíduo passa a ter o controle sobre o caminho que a sua vida seguirá (PATEMAN, 1992, p. 40). Saber que determinada política pública foi formulada e executada devido à sua atuação em um dos instrumentos de participação social faz com que este indivíduo se sinta responsável pela melhoria da comunidade.

A Constituição no art. 37, § 3º determina que a lei estabelecerá as formas de participação dos usuários de serviços públicos na Administração Pública. Este mandamento se refere a toda a Administração.

O art. 10 da Constituição assegura aos trabalhadores e empregadores o direito de participar nos colegiados de órgãos públicos em que seus interesses profissionais e previdenciários estejam em discussão ou deliberação. Perceba-se aqui o direito de participação destes indivíduos nas deliberações de seus interesses na Administração Pública.

A Lei nº 13.460/2017 estabelece regras sobre a participação de usuários de serviços públicos, por meio de conselhos de usuários e da ouvidoria. Também a Lei do Governo Digital (Lei nº 14.129/2021) estabelece regras sobre a participação da sociedade na Administração Pública.

Relativamente sobre serviços de saúde, serão feitas algumas considerações nas linhas seguintes. A gestão dos serviços de saúde pública no Brasil, em especial do Sistema Único de Saúde, conta com a participação da sociedade, diante da expressa previsão no art. 198, I e III, da Constituição.

A fim de regulamentar o disposto na Constituição, foi promulgada a Lei 8142/90, que trata da participação popular na gestão do SUS. A referida lei prevê duas instâncias colegiadas de participação social nos assuntos relativos ao SUS: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, que funcionarão em cada esfera de governo.

A Conferência de Saúde deverá se reunir a cada quatro anos, com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

Quanto ao Conselho de Saúde, este órgão será criado em cada esfera de governo, federal, estadual e municipal, em caráter permanente e deliberativo, composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e

financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei 8.142/90.

Os conselhos de saúde possuem caráter deliberativo. Não se tratam de órgãos colegiados consultivos, para manifestarem simples opinião, nem de órgãos para simplesmente receberem relatórios dos gestores. Eles são órgãos que tomam decisões dentro das suas competências legais.

Percebe-se a importância desses Conselhos, tendo em vista que as suas decisões não podem ser revisadas pelo Chefe do Executivo, mas apenas homologadas. O poder decisório, portanto, pertence ao Conselho.

A Resolução n. 453/2012, do Conselho Nacional de Saúde, estabelece que as resoluções do Conselho de Saúde deverão ser homologadas, obrigatoriamente, em 30 dias pelo chefe do Poder Executivo, com a sua publicação no Diário Oficial. O Chefe do Executivo poderá justificar a sua rejeição ou indicar alterações que entende ser necessárias, para que sejam deliberadas pelo Conselho.

Caso o Colegiado entenda que a sua decisão deve prevalecer, em detrimento do entendimento do gestor, poderá buscar o Poder Judiciário e o Ministério Público para fazer cumprir a sua decisão.

A sua manutenção não é uma benesse do Chefe do Poder Executivo, mas é uma imposição legal, tendo em vista que se trata de um requisito para que Estado, Distrito Federal e Municípios recebam recursos do Fundo Nacional de Saúde (art. 4º, II, Lei 8142/90).

Estes órgãos colegiados são parte integrante da Administração Pública, nos termos da Primeira Diretriz da Resolução n. 453/2012, do Conselho Nacional de Saúde. Em outras palavras, o Conselho Nacional de Saúde faz parte do Ministério da Saúde, o Conselho Estadual de Saúde faz parte da Secretaria Estadual de Saúde e o Conselho Municipal de Saúde integra a Secretaria Municipal de Saúde.

A referida lei determina que os Conselhos tenham a sua composição paritária, para se garantir o equilíbrio de forças e interesses em suas decisões. O Conselho Nacional de Saúde tem a sua composição definida atualmente pelo Decreto federal n. 5839/2006 e possui 48 (quarenta e oito) membros, sendo que destes, 24 membros representantes de entidades e movimentos sociais de usuários do SUS; 12 membros representando entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica

da área de saúde; 6 representantes de governo; 1 representante do Conselho Nacional de Secretários de Saúde; 1 representante do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde; 2 membros representantes de entidades de prestadores de serviços de saúde; e 2 representantes de entidades empresariais com atividades na área de saúde. Cada estado e cada município tem um regramento sobre esses conselhos, que não serão tratados aqui por extrapolar os limites deste trabalho.

Em um Estado Democrático de Direito não é possível sustentar um discurso contrário à participação social na Administração Pública. Quanto maior for a participação da sociedade nos assuntos de governo, maior será a informação veiculada no seio da Administração, bem como o conhecimento da perspectiva dos usuários de serviços públicos quanto aos problemas existentes, para se buscarem soluções. Uma Administração Pública aberta ao cidadão é melhor administrada, por dar transparência e integrar o cidadão aos assuntos afetos à sociedade.

1.11 DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MORAL

A discussão da relação entre Direito e moral é antiga na Teoria do Direito. Embora possa ser desejável que as regras jurídicas tenham um conteúdo moral, isto nem sempre pode ser verificado como correto (HART, 2001, p. 331). No entanto, com a racionalidade do Direito, este ganhou autonomia em relação à moral, o que tornou possível que determinadas condutas pudessem ser lícitas, sob o aspecto jurídico, mas moralmente reprováveis. O apóstolo Paulo ensinou “Todas as coisas me são lícitas, mas nem todas as coisas convêm; todas as coisas me são lícitas, mas eu não me deixarei dominar por nenhuma” (BÍBLIA SAGRADA, I Cor. 6,12), que indicava uma distinção entre Direito e Moral.

Por isto Herbert Hart ensina que

[...] os direitos e deveres jurídicos são o ponto em que o direito, com os seus recursos coercivos, respectivamente protege a liberdade individual e a restringe, ou confere aos indivíduos, ou lhes nega, o poder de, eles próprios, recorrerem ao aparelho coercivo do direito. Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas actuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito (HART, 2001, p. 331-332).

Mas o autor admite que embora não haja necessidade de conteúdo moral para identificar normas jurídicas, podem estas incorporar aquele conteúdo (HART, 2001, p. 332). Há uma distinção necessária a se fazer entre a moralidade subjetiva, própria dos indivíduos e, por isso, de conteúdo indeterminado, e a moralidade objetiva. Esta, segundo Hegel, está acima da opinião e da subjetiva boa vontade (HEGEL, 1997, p. 142) pois é dotada de uma racionalidade. Enquanto a moral subjetiva está sujeita à indeterminação do livre arbítrio, a noção de dever possibilita que o homem se torne livre do subjetivismo indefinido para a práticas das virtudes, que são esperadas no meio social em que vivem os indivíduos. Aliás, os direitos só podem ser exercitados à medida em que os deveres são cumpridos (HEGEL, 1997, p. 148).

A moral social, como ensina Georges Ripert, é representada historicamente pelo Direito, não apenas como um mínimo ético, mas como regras de conduta para a manutenção da ordem social.⁵⁶ Portanto, o legislador é inspirado pelo interesse social e, conforme as circunstâncias, havendo mudança neste interesse haverá mudança no Direito (RIPERT, 1955, p. 175). A finalidade social do Direito é patente e, por isto, não se podem desprezar os valores morais socialmente consagrados.

Mas há autores que ainda defendem que para a validade das normas jurídicas há que se verificar a sua coincidência com o dever moral.⁵⁷ Para Gustav Radbruch, o Direito serve à moral porque ao outorgar direitos aos indivíduos para que estes possam cumprir melhor os seus deveres (RADBRUCH, 1997, p. 111).

Para Eros Roberto Grau, apesar da moralidade ter sido consagrada como princípio da Administração Pública, isto não significa a abertura do sistema jurídico para os preceitos de natureza moral (GRAU, 2008, p. 128).

⁵⁶ Tradução livre: "O direito é 'um precipitado histórico da moralidade social' e não representa apenas 'um mínimo ético'. Moral social tem a mesma finalidade da lei, mas quando ensina homem seus deveres para com seus semelhantes, ela não pensa apenas para a virtude daquele que deve agir e para o benefício de sua ação na mente dos outros. A lei estabelece a regra que todos devem seguir para a manutenção da ordem social, especifica o valor dos atos antes de sua realização, reprime a violação das regras. Torna os deveres morais obrigações legais". No original: "Le droit est 'un précipité historique de la morale sociale' et ne représente qu' 'un minimum éthique'. La morale sociale a le même but que le droit, mais quand elle enseigne à l'homme ses devoirs envers ses semblables, elle ne pense qu'à la vertu de celui qui doit agir et au bienfait de son action sur l'esprit des autres. Le droit donne la règle que tous doivent suivre pour le maintien de l'ordre social, précise la valeur des actes avant leur accomplissement, réprime la violation des règles. Il fait des devoirs moraux des obligations juridiques". (RIPERT, 1955, p. 171-172).

⁵⁷ "Só pode rigorosamente falar-se de *normas* jurídicas, dum *dever-ser* jurídico, duma *validade* jurídica, e portanto de *deveres* jurídicos, quando o imperativo jurídico for dotado pela própria consciência dos indivíduos com a força obrigatória ou vinculante do dever moral". (RADBRUCH, 1997, p. 109). (destaques do autor).

A essência da probidade está ligada ao princípio da moralidade administrativa. No entanto, é importante ressaltar que isso não significa que os dois conceitos sejam idênticos. Na verdade, a probidade é um aspecto particular e específico da moralidade administrativa, como afirmado por Figueiredo (1999, p. 38).

A noção de imoralidade administrativa foi desenvolvida a partir da noção de desvio de poder, tendo em vista que nos dois casos o Poder Público se utiliza de instrumentos legais para alcançar objetivos contrários à lei. O que macula o ato jurídico é a intenção do agente (DI PIETRO, 2022, p. 122).

Quem primeiro alertou sobre a existência de uma moral administrativa, como um conjunto de regras de conduta interna da Administração Pública, que está além dos limites impostos pela legalidade administrativa, foi Maurice Hauriou, que ensina:

Mas devemos ter cuidado para não limitar o excesso de poder à questão da legalidade, porque também tem um aspecto moral. Há uma moral administrativa que impõe aos administradores regras de conduta extraídas da disciplina interna da administração; essas regras podem ir além das regras legais que são impostas dos delitos à administração pelo poder legislativo. Enquanto as normas legais só podem visar os limites das atribuições legais dos administradores, os preceitos da moralidade administrativa podem visar e atingir esse poder discricionário do administrador que vimos consistir essencialmente na livre apreciação das razões do exercício ou não de seus poderes legais.

O elemento moral do excesso de poder se concentra nas falhas de incompetência e desvio de poder e é sobretudo através da gestão do abuso de poder que o Conselho de Estado se empenha em coibir o poder discricionário (HAURIOU, 1921, p. 424).

Enquanto há na legalidade valores morais que foram acolhidos pelo Direito, durante a atividade criadora do Poder Legislativo, a moralidade administrativa cuida da absorção e zelo por valores morais durante a aplicação da lei pela Administração Pública (MOREIRA NETO, 1992, p. 4). O Direito possibilita a moralidade, mas também a imoralidade (RADBRUCH, 1997, p. 112-113). É possível que na aplicação da lei, o administrador, sem violação da lei, pode cometer uma imoralidade administrativa. No entanto, tal conduta não é compatível com o bom administrador. Além de seguir as regras vigentes, o bom administrador precisa agir conforme as finalidades da função pública que exerce, sob pena de imoralidade administrativa (BRANDÃO, 1951, p. 462).

É possível se falar em uma moral paralela (GORDILLO, 2001, p. 74-78). Portanto, haveria uma dupla moralidade: uma moralidade ordinária, que serviria para

a vida cotidiana. Outra moralidade paralela, que se verifica com condutas imorais que passam despercebidas pelo filtro moral de determinados indivíduos. Assim, pode-se ver a conduta zelosa de pessoas comprometidas com a moralidade, mas que não recriminam as suas próprias condutas imorais.

Nesta perspectiva, um cidadão cumpridor dos seus deveres poderia achar normal “furar a fila” de uma agência bancária, ou aquele que entende ser imoral o divórcio, mas não vê problema em ter uma amante, ou um aluno que cola nas provas, para garantir boas notas, ou um agente público que não vê problema em receber uma “comissão” para acelerar o andamento de um processo administrativo.

Há uma expressão popular no Brasil, que justifica a corrupção, ao se referir a políticos: “rouba, mas faz”. Em um ambiente em que a moral é relativizada não há lugar para a boa administração. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Nada lhe obriga a assumir esse *munus* de gestor da coisa pública, mas, uma vez que se dispõe a fazê-lo, seja qual for a forma de sua investidura, assume o dever e a correlata responsabilidade de perseguir *apenas* esse fim institucional (MOREIRA NETO, 1992, p. 8).

Mais uma prova da necessidade de respeito à moralidade administrativa são as finalidades constitucionais para a criação de hipóteses de inelegibilidade: a) proteger a probidade administrativa; e b) proteger a moralidade para o exercício do mandato. A Constituição estabelece que lei complementar criará hipóteses de inelegibilidade, para preservar estes valores (art. 14, § 9º, CR/88).

A própria busca cega pela eficiência administrativa, sem se levar em consideração as finalidades do Estado, também leva à imoralidade administrativa (BRANDÃO, 1951, p. 460).

No plano infraconstitucional, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/1992, com redação dada pela Lei 14.230/2021, estabelece que constitui ato de improbidade administrativa ação ou omissão dolosa que viole o dever de honestidade e imparcialidade, segundo as condutas descritas nos incisos do art. 11. Portanto, a violação ao princípio da moralidade pode caracterizar ato de improbidade, mesmo se não houver dano ao erário, nem enriquecimento ilícito (WELGE, 2015, p. 140).

O instituto da improbidade administrativa também visa combater a desonestidade e tutelar a moralidade na Administração Pública. O art. 37, § 4º da CR/88 prevê o instituto da improbidade, medidas cautelares cabíveis e possíveis penalidades, inclusive a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º, CR/88). Os casos de improbidade administrativa terão relevância, para fins de exame de recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, § 3º, CR/88, com redação dada pela EC 125/2022).

Basta observar em todos os estatutos de servidores público, que em seus deveres funcionais sempre estarão presentes valores metajurídicos, voltados à moralidade administrativa, como a guarda de informações sigilosas de que tomam conhecimento em razão do cargo que ocupam, o dever de imparcialidade no exercício da função administrativa e o zelo pela boa administração, a exemplo do art. 116, da Lei nº 8.112/1990 – Estatuto dos servidores da União.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, cujo teor é o seguinte:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

A nomeação de parentes para ocuparem cargos públicos comissionados, de confiança ou de função gratificada é uma clara violação à moralidade administrativa. Embora não conste na redação do enunciado o referido princípio, na sua discussão tal princípio foi mencionado.

No entanto, o próprio STF obtemperou que o referido enunciado não se aplicaria aos cargos de natureza política.⁵⁸ No entanto, o Tribunal já anulou

⁵⁸ “Direito constitucional e administrativo. Agravo regimental. Reclamação. Nepotismo. Nomeação de cônjuge para cargo político. Alegada contrariedade à Súmula Vinculante 13. Inocorrência. Agravo regimental a que se nega provimento”. (Rcl 28681 AgR, Relator(a): Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 18/12/2017, Processo eletrônico DJe-022 Divulg 06-02-2018 Public 07-02-2018). No mesmo sentido: “[...] Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em

nomeações para cargos políticos, em razão de parentesco, em julgado mais recente.⁵⁹ Mas, quanto à possibilidade de norma estadual ou municipal possibilitar expressamente a nomeação de parentes para cargos políticos, já foi admitida a repercussão geral do tema e aguarda julgamento de mérito.⁶⁰

Outro caso inegável de violação à moralidade administrativa foi a nomeação do Senhor Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, no Governo da então Senhora Presidente da República Dilma Roussef, no ano de 2016, para evitar uma iminente prisão preventiva do ex-Presidente da República, em razão da Operação Lava Jato.

Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes proferiu a seguinte decisão liminar no Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Partido Popular Socialista:

O objetivo da falsidade é claro: impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância. Uma espécie de salvo conduto emitido pela Presidente da República. Ou seja, a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar. [...] Ante o exposto, defiro a medida liminar, para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor.⁶¹

Percebe-se que no conjunto das provas produzidas pelo impetrante, a nomeação irregular se deu não para provimento de um cargo público de relevância, mas para tornar sem efeito uma eventual decretação de prisão preventiva a um acusado em juízo de primeira instância, com o deslocamento da competência jurisdicional para o Supremo Tribunal Federal.⁶²

todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13. 4. Reclamação julgada procedente”. (Rcl 7590, Relator(a): Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, acórdão eletrônico DJe-224 divulg 13-11-2014 public 14-11-2014).

⁵⁹ “[...] A proibição ao nepotismo decorre diretamente dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência e é evidente que eles também incidem sobre os chamados cargos políticos.”. (Rcl 26448 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 20/12/2019, processo eletrônico dje-023 divulg 05-02-2020 public 06-02-2020).

⁶⁰ STF, Plenário, “Tema 1000 - Discussão quanto à constitucionalidade de norma que prevê a possibilidade de nomeação de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante, para o exercício de cargo político”. Leading Case: RE 1.133.118. Publicado em 21/06/2018.

⁶¹ STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, MS 34.070, julg. 18/03/2016.

⁶² “[...] Não há aqui pedido de nomeação para o cargo, mas há uma clara indicação da crença de que seria conveniente retirar a acusação da 13ª Vara Federal de Curitiba – a “República de Curitiba” –,

Nesta mesma linha, o Ministro Alexandre de Moraes concedeu liminar para suspender o decreto de nomeação do Senhor Alexandre Ramagem Rodrigues como Diretor-Geral da Polícia Federal, diante de indícios que a referida nomeação se deu com o fim de dar ao então Presidente da República, Senhor Jair Messias Bolsonaro, poder de interferência nas ações da Polícia Federal.⁶³

Longe de qualquer conotação político-partidária, estes exemplos abriram caminho para um controle mais efetivo da moralidade administrativa sobre nomeações para cargos políticos. A boa administração deve demonstrar para a sociedade condutas éticas e voltadas à busca dos objetivos estatais.

transferindo o caso para uma “Suprema Corte acovardada”. Além do tumulto processual causado pela declinação, há a crença de que o foro no STF seria leniente com o ex-Presidente. O objetivo da Presidente da República de nomear Luiz Inácio Lula da Silva para impedir sua prisão é revelado pela conversa seguinte, em 16.3, 13h32. [...]”. STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, MS 34.070, julg. 18/03/2016.
⁶³ STF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, MS 37.097-DF, julg. 29/04/2020.

2 DEMOCRACIA BRASILEIRA E CORRUPÇÃO

2.1 A DEMOCRACIA BRASILEIRA NO IMAGINÁRIO CONSTITUINTE

A democracia brasileira é ainda jovem. Não se pode pensar que o Brasil vive uma plena democracia, porque o seu texto constitucional denomina esta República de Estado democrático de Direito.

As elites governantes acreditam que é possível estabelecer a democracia no país simplesmente com a consagração do direito de voto a todos os brasileiros em um enunciado normativo. Como se a instituição do sufrágio universal e direto pudesse, num toque de mágica, resolver a legitimação do poder no território nacional. Mas o processo democrático é uma construção que deve ser realizada com a formação de cidadãos conscientes de seu papel no processo democrático.

Não se pode presumir que a consagração de direitos, simplesmente, seja capaz de dotar o cidadão de instrumentos que o colocam no centro da arena política. O eleitor real é frágil, inconsciente de seu papel, desprotegido, que exerce este sagrado direito em uma democracia motivado pelo medo, pela pobreza, pela dependência (VIANA, 2019, p. 460-461).

Não se pode transplantar um sistema político de outro país – que o utiliza há muito tempo e faz parte da sua história – para outro, sem considerar as peculiaridades da nação. Eis a grande dificuldade (CAVALCANTI, 1978, p. 16).

A democracia política foi alcançada sem a presença de uma cultura cívica, sem uma vida associativa consolidada, sem partidos políticos de massa e, mais preocupante, sem normas e instituições confiáveis que garantissem a continuidade de um sistema democrático.

A transição do autoritarismo para a democracia política, após duas décadas de modernização econômica intensa, mudanças profundas na estrutura demográfica, ocupacional e de classes, e restrições à livre expressão e organização da sociedade, coincidiu com o surgimento de indivíduos sociais, incluindo aqueles oriundos das elites, que eram produtos da própria modernização e para os quais os conceitos de “o outro”, cooperação social e esfera pública eram completamente desconhecidos (VIANNA; CARVALHO, 2008, p. 28).

2.2 A DEMOCRACIA COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DO PODER

A democracia, conforme é compreendida na contemporaneidade, configura-se como um sistema de governança caracterizado pelo poder do povo. Trata-se de um governo no qual o poder é exercido pela maioria dos cidadãos, por meio de eleições livres e periódicas, além de outros mecanismos que possibilitam uma aproximação entre Estado e o cidadão, como forma de legitimação do exercício do poder.

Há consenso de que a legitimação do poder é um componente fundamental para a estabilidade e o funcionamento de qualquer sistema político. No entanto, o mecanismo de legitimação do poder varia significativamente entre os diferentes tipos de regimes de governo. Em uma autocracia, por exemplo, o poder é legitimado, em geral, pela força ou pela tradição. Na democracia, em contrapartida, a legitimação do poder está profundamente enraizada no consentimento popular expresso por meio do voto.

A legitimidade na democracia está intrinsecamente ligada à noção de soberania popular. Neste sentido, o governo é legítimo apenas se fundamentado no consentimento da população governada, que normalmente é concedido por meio das eleições. Assim, o regime democrático é construído sobre a premissa de que o poder pertence ao povo, que o delega a representantes eleitos para tomar decisões em seu nome.

Esse processo democrático de legitimação do poder contribui para a criação de uma sociedade mais inclusiva, igualitária e plural. A democracia facilita a participação ativa dos cidadãos no processo de tomada de decisões, ao se garantir que diferentes grupos e interesses na sociedade tenham a oportunidade de influenciar as políticas públicas.

É também importante ressaltar que a democracia, como regime político, oferece mecanismos efetivos de controle e equilíbrio de poder, como a separação de poderes entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Tais mecanismos de controle sobre o poder e sobre a Administração Pública têm por objetivo evitar o arbítrio, garantir a liberdade do cidadão e evitar que a estrutura estatal seja utilizada para finalidades estranhas ao interesse público.

Neste cenário, a incerteza substitui a ordem; as atividades dos espaços públicos contradizem as intenções expressas pelos acordos sociais iniciais, o que compromete as expectativas que a comunidade tem em relação ao Estado. Chega-se a um ponto em que a comunidade não mais reconhece o Estado como um representante legítimo de suas demandas, o que gera apatia política nos cidadãos (LEAL, 2018, p. 485).

A corrupção é um fenômeno que faz reduzir a legitimidade do poder estatal, em razão da quebra de confiança dada pelo povo aos governantes, e reduz a governabilidade (SIQUEIRA; ROROSOLEN, 2017, p 674). A corrupção, entendida como a prática oculta de obter vantagens pessoais para alterar uma decisão que deveria ser feita considerando o bem-estar de outros e sem a interferência de benefícios pessoais, é uma questão que não afeta somente os governos. Por exemplo, um representante de compras de uma empresa pode se tornar corrupto ao solicitar subornos para direcionar suas decisões de aquisição (HEYMANN, 1996, p. 325).

Esta ressalva é importante, tendo em vista que sempre que ocorre um caso de corrupção no governo há a participação de particulares. A corrupção não ocorre isoladamente no seio da Administração Pública, mas em muitos casos de enriquecimento ilícito e de dano ao patrimônio público ocorre a participação de empresas privadas.

O combate à corrupção não é mais apenas uma tarefa dos poderes públicos instituídos, mas de toda a comunidade e do mercado também. A corrupção torna a Administração Pública e o mercado ineficientes, desvia recursos públicos que poderiam ser utilizados para a implementação de direitos sociais, que reduziriam as desigualdades, mancha a imagem de empresas, que sofrem prejuízos com a desvalorização de suas ações, em virtude de práticas antiéticas que se tornam conhecidas do público em geral e de investidores.

O tema é tão relevante e necessário o seu debate e cuidado jurídico, que já foi proposto o surgimento de um novo ramo do Direito, o Direito Corruptivo, para reunir além dos tipos penais específicos sobre corrupção e de crimes contra a Administração Pública, o instituto da improbidade administrativa e a legislação anticorrupção (BITENCOURT; RECK, 2015).

Diante da necessidade de se combater a corrupção e os seus males, é imperiosa a criação de mecanismos de controle sobre a Administração Pública, para que seja verificado se as atividades estatais têm buscado alcançar a missão institucional do Estado brasileiro, definida constitucionalmente.

A compreensão do que constitui uma boa administração não pode se limitar apenas a uma abordagem técnica ou especializada. Os princípios que regem uma boa administração devem estar profundamente enraizados na cultura cívica e política do país, requerendo assim a promoção de processos sociais deliberativos fundamentados em bases técnicas sólidas. Quando a noção de uma boa administração é claramente estabelecida e compartilhada pela sociedade, os governos competentes contarão com o poder da pressão social para implementar as medidas necessárias de modernização e reforma (PRATS CATALÀ, 2007, p. 24).

A participação da sociedade é de extrema importância no combate à corrupção, porque mesmo diante de vários mecanismos de controle sobre a Administração Pública, se houver um sentimento de pertencimento da sociedade (cidadãos e empresas) ao corpo político e administrativo, o controle será mais eficiente.

Para compatibilizar o Direito Administrativo com o Estado democrático de Direito é necessário superar o dogma da insindicabilidade do mérito administrativo, para oportunizar que na atividade de controle seja possível averiguar a legitimação da atividade administrativa com o interesse público, entendido como parte do programa constitucional.

Daí a própria noção de supremacia do interesse público sobre o privado deve ser reavaliada, diante da constitucionalização do Direito Administrativo e do necessário respeito e proteção aos direitos fundamentais, de modo a fazer com que a Administração Pública no exercício de sua atividade pondere os interesses em jogo, na busca da sua concretização ao máximo possível (BINENBOJM, 2014, p. 31).

Como já foi tratado no capítulo anterior, a redução da liberdade de decidir sem motivação aumenta a possibilidade de controle sobre os atos administrativos e municia o cidadão e os órgãos de controle a combater arbitrariedades e atos de corrupção.

2.3 O CONTROLE SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONDIÇÃO DA DEMOCRACIA

Quando se fala de democracia como governo do povo, há que se ter em mente que os governantes instituídos devem prestar contas de seus atos, para que a sociedade em geral possa exercer o seu poder, na escolha de seus representantes e governantes, bem como responsabilizar aqueles que abusam da confiança que lhes foi dada.

Uma Administração Pública imune ao dever de prestação de contas, de transparência, de motivar as suas decisões, de agir sem respaldo na lei é típica de governos autoritários, pois é incompatível com o Estado democrático de Direito.

Portanto, no Estado Brasileiro é possível identificar órgãos de controle interno (ouvidorias, controladorias, corregedorias etc.) e órgãos de controle externo (Ministério Público, tribunais de contas) e a sociedade. Os mecanismos de controle são necessários para manter a confiança da sociedade e do cidadão no governo.

Por meio dos órgãos de controle é possível a verificação da legalidade de procedimentos administrativos e, em muitos casos, esta atuação representa um retorno aos cofres públicos de valores gastos indevidamente pela Administração Pública, o que possibilita o seu investimento em políticas públicas (CARNEIRO, 2012, p. 413).

E não é somente isto. A atividade de controle pode fazer, além do controle de legalidade, a verificação se as atividades estatais atuam em busca do atendimento dos objetivos do Estado brasileiro, de modo a promover o desenvolvimento (econômico, social, cultural, ecologicamente sustentável) e a felicidade do seu povo.

Como no Estado democrático de Direito, a Administração Pública deve estar voltada ao cidadão, Canotilho alerta que o Estado assumiu uma tarefa a mais: a criação de estruturas que visam a promoção da educação e da ciência (CANOTILHO, 2001, 711).

Mas uma avaliação qualitativa não pode ser feita apenas a partir de uma análise orçamentária e de contas públicas, mas a partir de uma análise dos impactos de políticas públicas voltadas à promoção dos objetivos do Estado (SECCHI, 2012, p. 62-65).

É evidente que não se propõe que os órgãos de controle substituam a atividade administrativa por excelência. No entanto, deve ocorrer uma verificação se as políticas desenvolvidas pela Administração têm sido avaliadas e adequadas de acordo com os resultados apresentados nas avaliações, sob pena de haver desperdício nos investimentos. Eis a necessidade do controle qualitativo que se propõe.

3 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS ABUSOS DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

3.1 O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO IMPÕE O DEVER DE PROBIDADE

A Parte III desta tese é dedicada a apresentar o direito fundamental à boa administração, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, como forma de se tutelar a probidade na Administração Pública. Para tanto, no capítulo 1 foi proposta a existência do direito fundamental à boa administração no direito brasileiro, em suas diversas formas de manifestação. O Capítulo 2 foi dedicado à democracia brasileira e as interferências por ela sofridas em razão da corrupção. E o Capítulo 3 busca especificamente trazer resolução ao problema de pesquisa: Em que circunstâncias a violação do direito fundamental à boa administração pública pode ser considerada como um ato de improbidade administrativa?

O instituto da improbidade administrativa tem por finalidade repelir condutas consideradas ímprobas do seio da Administração Pública. Neste sentido, a Constituição da República de 1988 estabeleceu o dever de probidade (art. 37, § 4º), com sérias consequências aos seus infratores, e remeteu ao legislador a tarefa de concretizar a norma constitucional, para a tutela da probidade.

A ação de improbidade administrativa tem natureza de ação civil, apesar da severidade das sanções aplicáveis, como suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com a Administração Pública etc. (FIGUEIREDO, 2018, p. 966)

Na busca de solução ao problema de pesquisa proposto, serão apresentadas as modalidades de atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/1992. Em seguida, serão discutidas as disfunções do tratamento jurídico da improbidade administrativa. Em seguida será apresentado o quadro atual da tipologia dos atos de improbidade após a reforma introduzida pela Lei nº 14.230/2021 e, finalmente, será proposto que o dever de probidade dos agentes público integra o conceito de direito fundamental à boa administração, e buscará solução ao problema de pesquisa.

3.2 OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ANTES DA LEI 14.230/2021

Neste tópico será tratada a tipificação dos atos de improbidade administrativa, inscritos nos arts. 9º, 10 e 11, com redação anterior à reforma da Lei de Improbidade

(LIA). Esta análise se faz necessária para demonstrar a evolução legislativa sobre o tema, bem como pela discussão sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 14.230/2021, em especial no Supremo Tribunal Federal.

3.2.1 Improbidade por enriquecimento ilícito

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei nº 8.429/92, representa um marco fundamental na luta contra a corrupção no Brasil. O seu art. 9º se destaca pela tipificação dos atos de improbidade administrativa, que resultam em enriquecimento ilícito. No sistema capitalista o enriquecimento é encorajado, mas este acréscimo patrimonial deve ser lastreado por um ato ou negócio jurídico legítimo.

A doutrina identifica quatro requisitos para a ocorrência do enriquecimento ilícito: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) ausência de justa causa; d) nexó de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento, em uma relação de causa e efeito (GARCIA; ALVES, 2019, p. 384).

Não se pode confundir enriquecimento ilícito com enriquecimento sem causa. O enriquecimento é ilícito porque ocorreu em razão da prática de um ato ilícito, enquanto no enriquecimento sem causa, o acréscimo patrimonial se deu em virtude de um ato ou negócio jurídico lícito, mas que não houve a devida contraprestação. Portanto, o enriquecimento sem causa é proveniente de um contrato que não deixa de existir, apesar de não ser concluído conforme dispôs o negócio (COGO, 2021, p. 235). No enriquecimento sem causa, a titularidade da ação de ressarcimento é daquele que empobreceu, enquanto no enriquecimento ilícito, a titularidade da ação que pretende retirar o acréscimo ilícito do agente é da entidade a qual este agente tenha atuado. Para esta ação não é necessário demonstrar o prejuízo para a entidade envolvida (Administração Pública) (OLIVEIRA, 2022, p. 112).

Ao explorar indevidamente o seu papel na estrutura administrativa, o agente público falha com os deveres intrínsecos ao serviço público, e com suas finalidades essenciais. Neste contexto, a atividade administrativa é submetida a interesses secundários, ou a sujeita à dinâmica de retribuição que governa as interações entre o agente público que comercializa a sua vantagem (seja cargo, mandato, emprego ou função) e terceiros que nele apostam, abastecendo-o com subornos, bonificações, oportunidades de carreira, dentre outras vantagens (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 147).

O art. 9º da LIA estabelece que constitui ato de improbidade administrativa que resulta em enriquecimento ilícito a obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º. A redação deste dispositivo realça a gravidade do desvio de finalidade das atribuições do cargo, emprego ou função do agente público para obter ganho pessoal, ao considerar tal prática uma forma de improbidade administrativa.

A abrangência do termo “vantagem patrimonial indevida” merece destaque. Este conceito não se restringe a benefícios financeiros diretos, mas engloba qualquer tipo de valor econômico indevidamente adquirido. Assim, podem estar incluídos neste termo benefícios imateriais ou indiretos que possam ser convertidos em valor econômico, a refletir uma compreensão abrangente e rigorosa do enriquecimento ilícito.

Imagine-se o caso de um médico que atende pelo SUS, diante da fila de atendimento e da longa agenda de consultas, orienta os pacientes do posto de saúde a procurarem o seu consultório particular, para que sejam prontamente atendidos e, assim, evitem filas. Neste caso, não há um benefício financeiro direto, mas em momento futuro haverá um aumento da clientela do consultório deste médico.

Cabe lembrar que a enumeração dos incisos do art. 9º não é exaustiva. É a conclusão que se chega pela interpretação da expressão “e notadamente” ao final do *caput* do art. 9º. Trata-se de uma exemplificação legal que, diante das circunstâncias de fato, outros atos podem ser considerados como ímprobos, desde que provoquem o enriquecimento sem causa do agente público, em função do exercício do cargo.

Não serão tratados neste momento os incisos do art. 9º de forma pormenorizada, por três motivos: a) alguns dispositivos já foram revogados pela Lei nº 14.230/2021; b) trata-se de uma enumeração exemplificativa, sendo o tema tratado genericamente no *caput*; c) os incisos não são objeto específico desta tese.

3.2.2 Improbidade por dano ao patrimônio público

3.2.2.1 Quando não houver enriquecimento ilícito

O ato praticado pelo agente público pode não provocar o seu enriquecimento sem causa, mas pode gerar dano ao patrimônio público. A matéria é tratada no art. 10 da LIA. Que fique claro, se o ato praticado pelo agente provocar lesão ao patrimônio público e, ao mesmo tempo, o seu enriquecimento ilícito, o agente público responsável deverá responder na forma do art. 9º.

3.2.2.2 Dano ao erário ou dano ao patrimônio público?

Uma questão a ser considerada é a dicção legal no *caput* do art. 10, que se refere à lesão ao erário. Há que se precisar qual é o objeto tutelado pelo enunciado normativo, tendo em vista que erário e patrimônio público possuem significados distintos.

Quando se utiliza a expressão erário há que se entender recursos financeiros públicos, ou seja, expressões monetárias provenientes dos cofres públicos. Por outro lado, o patrimônio público possui um significado mais amplo. Pelo significante “patrimônio público” podem ser alcançados os seguintes significados: a) patrimônio financeiro; b) patrimônio econômico; c) patrimônio histórico; d) patrimônio cultural; e) patrimônio artístico; f) patrimônio paisagístico; g) patrimônio ambiental⁶⁴.

Em virtude desta distinção de significados se faz necessária a delimitação do bem jurídico tutelado no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Em um primeiro momento, é possível interpretar de forma literal que o bem jurídico tutelado no referido dispositivo seja o erário, expressão restrita aos bens patrimoniais, aos recursos financeiros da Administração Pública.

Esta interpretação restritiva, para considerar como objeto tutelado pela norma apenas o erário, deve-se não apenas à literalidade do enunciado normativo, mas também ao entendimento de que para que haja a imputação do ato de improbidade nesta modalidade, seria necessária a demonstração do dano efetivo, embora os

⁶⁴ Embora esta expressão possa parecer contraditória, diante da distinção entre bens patrimoniais e bens essenciais de Luigi Ferrajoli, ela foi aqui empregada para se fazer menção à tutela ambiental contra a biopirataria.

incisos do art. 10 em sua maioria remetessem a uma presunção de dano (OLIVEIRA, 2022, p. 122; COSTA; BARBOSA, 2022, p. 90).

No art. 21 da LIA, é estabelecido que a aplicação das penalidades previstas não está condicionada à ocorrência efetiva de danos ao patrimônio público. Isso inclui diversos aspectos, como os financeiros, estéticos, artísticos, paisagísticos, morais, históricos, entre outros, que estão relacionados ao interesse público em questão. Mas, Rogério Gesta Leal (2013, p. 91) afirma que as modalidades mencionadas no art. 10 requerem, para serem configuradas, uma efetiva lesão aos cofres públicos, e não apenas um dano genérico ao patrimônio público.

Antes da promulgação da Lei nº 14.230/2021 – que é o objeto de análise deste momento – a Lei 8.429/1992 se referia ao erário nos seguintes dispositivos: art. 1º, *caput* e parágrafo único e art. 10, *caput*. Por outro lado, a Lei utiliza a expressão patrimônio público nos seguintes dispositivos: art. 1º, *caput*, art. 5º, art. 7º, art. 8º, art. 10, X, art. 16, *caput*, art. 17, § 2º e art. 21, I.

Não é o caso de se fazer uma avaliação quantitativa de ocorrências de cada uma das expressões no texto legislativo, mas de verificar no contexto da lei o devido sentido de tais expressões. As ocorrências da expressão “patrimônio” constante no art. 1º serviam apenas para definir quem poderia ser sujeito passivo de atos de improbidade administrativa, tendo conotação estritamente econômica.

Os arts. 5º e 7º tratam sobre lesão ao patrimônio público e no art. 5º diz que haverá o integral ressarcimento do dano. O art. 8º também se referia à lesão ao patrimônio público, quando explicitava que a obrigação de o reparar se transmite ao herdeiro do causador do dano.

No art. 10, X, a lei inclui nos exemplos de atos de improbidade administrativa, quando o agente público se omite no seu dever de conservar o patrimônio público. Em todos esses casos, a reparação pelos danos causados deve ser feita de forma pecuniária, mas isto não significa que o bem jurídico tutelado seja apenas o erário.

Assim como ocorre no direito civil com o instituto das pernas e danos, quando não é possível que o devedor cumpra a sua obrigação conforme estipulado no contrato, aquele que causa um dano paisagístico, por exemplo, poderá ser condenado ao cumprimento de obrigações de fazer (reparação *in natura* da área degradada) além de prestação pecuniária. Mas, a possibilidade de condenação ao pagamento de uma

prestação pecuniária não transforma o bem tutelado como parte integrante do erário. Neste caso ocorre apenas a conversão da obrigação principal de reparação integral em perdas e danos.

Apesar desta feição econômica de muitos dos atos tipificados como ímprobos, a matéria não se limita a isto. A tutela da probidade vai além. A noção de improbidade está associada à transgressão de deveres funcionais impostos ao agente público no uso de suas atribuições (JUSTEN FILHO, 2022).

A prática de atos de improbidade administrativa é uma clara violação ao direito fundamental à boa administração. Como órgão do Estado, o agente público deve atuar com zelo, para que o interesse público seja protegido como um todo, a fim de que a Administração Pública possa exercer as suas funções para a promoção de direitos fundamentais.

Por patrimônio público entendam-se não só os bens públicos, mas também os bens e serviços que garantem os direitos dos cidadãos (florestas em áreas de preservação permanente), serviços (como o de saúde), poder de polícia (polícia sanitária) e a própria imagem do poder público, dentre outros. (BITENCOURT; RECK, 2015, p. 130)

Pode-se dizer, portanto, que a partir da leitura do art. 10 da LIA, é possível compreender que o seu objeto jurídico tutelado é o patrimônio público, expressão mais ampla que abrange tanto o aspecto econômico-financeiro, quanto o histórico, cultural, paisagístico, artístico, ambiental etc. (PEDRA; MONTEIRO, 2019, p. 205; GARCIA; ALVES, 2014, p. 414).

O tema da amplitude de tutela do patrimônio público por meio da probidade administrativa guarda relação estreita com a teoria dos bens fundamentais, de Luigi Ferrajoli, tratada na Parte II desta tese. A questão será retomada mais adiante.

A terminologia “perda patrimonial” deve ser interpretada dentro do âmbito dos atos de improbidade administrativa. Sendo assim, não se trata de qualquer tipo de prejuízo, mas se refere ao impacto negativo no patrimônio público, que é atribuído à ação ímproba do agente (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 214).

3.2.2.3 A efetividade da lesão

Há uma outra discussão que envolve o tema dos atos de improbidade administrativa que importam em lesão ao patrimônio público. Seria necessária a comprovação da efetividade do dano para fins de responsabilização do agente ou a imputação pode ocorrer em razão de mera conduta?

O *caput* do art. 10 se refere a atos que causem lesão ao erário (ou ao patrimônio público), o que indicaria a necessidade de comprovação de dano efetivo. No entanto, o enunciado de alguns incisos indica hipóteses em que se poderia interpretar que a mera conduta, por ser lesiva ao interesse público, seria também lesiva ao patrimônio público por uma presunção legal, o que dispensaria uma comprovação de dano efetivo (GARCIA; ALVES, 2014, p. 411).

Isto é perceptível da leitura dos incisos do art. 10, que em sua maioria se remete a irregularidades de procedimento ou não observância das exigências legais para a prática de determinados atos, o que certamente irá provocar a sua nulidade. Mas a sua prática, embora ilegal não representa necessariamente prejuízo financeiro ao erário.

No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que “A indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano *in re ipsa*, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema” (STJ, REsp 817.921/SP, julg. 27/11/2012).

Imagine-se, por exemplo, que a Administração Pública celebre um contrato administrativo e aceite uma garantia insuficiente da empresa contratada, em violação ao art. 10, VI, da Lei 8.429/1992. A execução do contrato administrativo ocorreu sem problemas. Neste caso específico qual seria o dano ao erário? Um serviço foi prestado à Administração Pública exatamente conforme previa o contrato administrativo, tendo sido fruto de um processo licitatório regular. Imputar ao agente público a prática de um ato de improbidade administrativa por dano ao erário, sem que o referido dano tenha ocorrido seria uma disfuncionalidade do sistema.

Ora, o sistema de tutela da probidade administrativa não se limita a impor sanções administrativas aos agentes públicos. As sanções previstas no art. 12 para os atos de improbidade descritos no art. 10 são os seguintes: a) ressarcimento integral do dano; b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se

concorrer esta circunstância; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; e) pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; e f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Penalidades tão severas não podem ser impostas em casos que não tenha sido comprovado efetivo dano ao patrimônio público. Como se viu no item anterior, neste trabalho se defende que o dano não precisa ser apenas de ordem financeira ou econômica. Nestes casos, há que se comprovar a redução patrimonial da Administração Pública. Em casos em que o patrimônio seja de outra natureza, como histórico, cultural paisagístico ou ambiental, há que se demonstrar nos autos do processo de que maneira tais bens intangíveis (ou bens fundamentais) tenham sido reduzidos ou degradados.

As penalidades de “ressarcimento integral do dano” e “multa civil de até duas vezes o valor do dano” já indicam que há necessidade de comprovação do dano. Portanto, a imputação de atos de improbidade administrativa por dano ao patrimônio público (art. 10, da LIA) por mera conduta do agente, sem se considerar a efetividade de dano é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Assim, pode-se dizer que a demonstração de dano é indispensável para a configuração dos atos previstos no art. 10 da LIA (PEDRA; MONTEIRO, 2019, p. 206; FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 211).

3.2.2.4 Atos dolosos

A redação do art. 10 da LIA exigia, para que fosse possível a responsabilização do agente público, a demonstração do elemento subjetivo da conduta, o dolo ou a culpa.

Neste contexto, o dolo é subdividido em duas espécies: a) dolo genérico; e b) dolo específico. O dolo genérico é a intenção da prática de um ato tipificado pela lei como conduta antijurídica. O dolo específico é a intenção do agente a praticar um ato para uma finalidade específica, um resultado específico.

A partir da dogmática do Direito Penal, podem-se extrair os conceitos de dolo genérico e dolo específico:

Constitui o dolo genérico a intenção de realizar o núcleo do tipo, a intenção de perpetrar a ação incriminada. Já os tipos que contêm dolo específico requerem, para efeito de adequação típica, que à intenção de realizar a ação típica exista, paralelamente, um fim ou escopo especial do agente. Este, nos tipos que estampam o dolo específico, colima não apenas trazer à realização o núcleo do tipo, mas almeja, com o cometimento da ação incriminada, alcançar a concretização de um fim ou desiderato especial (PEDROSO, 1992).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido que bastava a configuração de dolo genérico para a caracterização do ato de improbidade administrativa (STJ, REsp 1352535/RJ, julg. 19/04/2018). Há que se compreender que ao falar que basta o dolo genérico para configurar o ato de improbidade, é possível punir um agente público simplesmente por ter assinado um documento que autoriza a dispensa de licitação, fora das hipóteses legais (art. 10, VIII, Lei 8.429/1992). Perceba-se, aqui foi considerado dolo não porque o agente quis contrariar a lei, mas porque ele quis assinar um documento. A partir da análise de um Inquérito que tramitou no Supremo Tribunal Federal, para apurar a prática de crime que era previsto no art. 89, da Lei 8.666/1993 (dispensar licitação fora das hipóteses legais), Pedro Flávio Cardoso Lucena alerta:

No tocante ao Direito Administrativo, cumpre ressaltar: diante do caso concreto, muitas vezes irregularidades formais ocorrem em razão de erros triviais, portanto, defeitos, imprecisões ou faltas não atentatórias contra princípios ou regras inerentes ao regime jurídico do Direito Público. Inclusive, não há como desconhecer do fato de que, atualmente, a Administração Pública se mostra extremamente complexa, com uma pluralidade de centros decisórios e um aparato institucional múltiplo, com a participação de inúmeros servidores. Criminalizar erros formais não constituídos por dolo ou por efetivo prejuízo ao Erário, em verdade, significa impedir o pleno exercício da função pública, que, por meio de sua competência de autotutela, por exemplo, é capaz de corrigir possíveis vícios (LUCENA, 2019).

Repita-se, a imputação de ato de improbidade administrativa por mera conduta (dolo genérico), sem considerar a real intenção do agente em praticar ato para causar dano à Administração Pública é temerário e se trata de uma resposta desproporcional ao ato praticado, o que não é acolhido pelo paradigma constitucional brasileiro estabelecido em 1988.

Ao que tudo indica, com a promulgação da Lei 14.230/2021 a questão foi resolvida, com a exigência de comprovação de dolo específico do agente para a caracterização de ato de improbidade administrativa, o que será tratado mais adiante.

3.2.2.5 Atos culposos

A situação piora quando se analisa a redação do art. 10 da LIA, que possibilitava a responsabilização do agente público, por dano ao erário em virtude da prática de atos culposos. A culpa pode ser configurada quando o ato for praticado com negligência, imprudência ou imperícia.

Considere-se a situação de um servidor público que, por negligência, causa prejuízo ao erário. De acordo com a interpretação de que as sanções do art. 12, II, se aplicam integralmente, o indivíduo será sujeito a todas elas, sem exceção, passando de um agente público, que exerce uma importante função na estrutura estatal, para uma posição degradante de não cidadão, mesmo sem ter agido de má-fé. Isso levaria à conclusão paradoxal de que a negligência poderia ser uma das razões para a suspensão dos direitos de cidadania! (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 500).

A edição da Lei 14.230/2021 também buscou dar solução ao problema, ao exigir que qualquer ato de improbidade seja doloso.

3.2.3 Improbidade por violação aos princípios da Administração Pública

O art. 11 da LIA descreve atos dolosos, omissivos ou comissivos, que violam os princípios da Administração Pública por descumprimento dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, com uma enumeração exemplificativa em seus incisos.

O dispositivo deverá ser utilizado de forma subsidiária, ou seja, quando não houver enriquecimento ilícito do agente público, nem prejuízo ao patrimônio público, nem a hipótese prevista no art. 10-A da LIA. Neste caso, o agente poderá ter incorrido na prática de um ato atentatório contra princípio que rege a Administração Pública.

A criação desta modalidade de ato de improbidade teve por fim dar concretude ao princípio da juridicidade, ou seja, não basta o cumprimento da lei, para que a Administração Pública atue de forma correta. No ordenamento jurídico há princípios

norteadores que devem ser cumpridos e observados no exercício da função administrativa.

A amplitude de incidência da norma é impressionante, pois abrange os princípios constitucionais expressos (art. 37, *caput*, CR/88) além dos princípios constitucionais implícitos (PEDRA; MONTEIRO, 2019, p. 245), bem como princípios legais da Administração Pública.

Outro ponto que deve ser observado é a abertura dos tipos previstos no art. 11, o que possibilitava a configuração de atos de improbidade muitas condutas de agentes públicos. Sobre o tema já refletiu Marcelo Figueiredo nos seguintes termos:

A fim de sancionar atos de improbidade, segundo cremos, é necessário que as condutas estejam tipificadas objetivamente em lei. É certo que poderá existir alguma sorte de tipificação aberta, por exemplo quando o legislador utiliza-se de termos de difícil precisão, como “decoro”, “conduta compatível com o cargo” etc. Por maior o esforço do legislador, não é possível afastar alguma sorte de fluidez, ínsita na linguagem jurídica. Condenamos, por outro lado, a possibilidade de que simplesmente o legislador se reporte a regras morais *sic et simpliciter*. Porquanto, se assim o fizer, estaríamos em atrito com os princípios da “estrita legalidade” e “segurança jurídica (FIGUEIREDO, 1999, p. 73).

A conduta dolosa deve ser evidenciada, para a caracterização do ato de improbidade administrativa. Como se viu anteriormente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça era de que bastava o dolo genérico para a caracterização da improbidade, o que deve ser rejeitado em nome do Estado democrático de Direito.

A edição da Lei 14.230/2021 veio em boa hora, para exigir expressamente o dolo específico para a caracterização da improbidade por violação a princípios.

A LIA ainda previa em seu art. 10-A uma hipótese de improbidade sobre a concessão ou manutenção de um benefício fiscal específico, mas não será tratado nesta tese, em razão de sua completa revogação pela Lei 14.230/2021 e, por isso, não apresentar relevância para o contexto deste trabalho.

3.3 DISFUNÇÕES DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.3.1 A função do instituto da improbidade administrativa

Para melhor compreender um instituto jurídico, é necessário compreender a sua função no ordenamento jurídico. Émile Durkheim definiu função em um contexto sociológico como o papel que um determinado fenômeno ou instituição desempenha na manutenção da sociedade como um todo (DURKHEIM, 2007, p. 94).

A teoria funcional, de acordo com o autor, é baseada na analogia entre a vida social e a vida orgânica. Ela postula que uma sociedade é composta por diferentes partes que desempenham funções específicas para o funcionamento do sistema social como um todo. Essas funções são as contribuições que cada parte realiza para a vida social total.

A teoria funcional também enfatiza a importância da harmonia e consistência interna do sistema social, ao evitar conflitos persistentes que não podem ser resolvidos ou regulados. A ideia central é que uma sociedade funcional é aquela em que todas as partes trabalham juntas de forma harmoniosa (RADCLIFFE-BROWN, 1935, p. 397).

Segundo o autor, o termo “função” é mais apropriado do que “finalidade” ou “objetivo”, justamente porque os fenômenos sociais, em sua maioria, não surgem com a intenção de produzir resultados benéficos (DURKHEIM, 2007, p. 97-98).

Mas há que se estabelecer uma distinção entre a atividade em si de uma parte do sistema e a sua função em uma determinada ordem. A partir da analogia com um sistema orgânico, cada órgão desempenha uma atividade, que produz um efeito (função) para a manutenção desse sistema.

Nos sistemas sociais isto não ocorre de forma diversa. Determinadas estruturas desempenham as suas tarefas para as quais foram criadas e produzem efeitos no meio social. Caso os efeitos produzidos sejam favoráveis ao atendimento das necessidades do sistema, tal estrutura ou instituição é considerada útil (RADCLIFFE-BROWN, 1935, p. 395).

RADCLIFFE-BROWN utiliza o termo “disnomia” para se referir a uma condição em que as partes de um sistema social não trabalham juntas de forma

harmoniosa, produzindo conflitos persistentes que não podem ser resolvidos ou regulados (RADCLIFFE-BROWN, 1935, p. 397).

No mesmo sentido, Robert Merton (MERTON, 1968, p. 76) define a função social como a contribuição que uma ação social ou uma estrutura social faz para a manutenção ou adaptação do sistema social como um todo. A função social é a maneira pela qual uma ação ou estrutura social contribui para a sobrevivência e o funcionamento da sociedade. Merton argumenta que as funções sociais podem ser manifestas, ou seja, intencionais e reconhecidas pelos participantes do sistema, ou latentes, ou seja, não intencionais ou não reconhecidas. A análise das funções sociais é importante para entender como as ações e estruturas sociais contribuem para a estabilidade ou mudança social.

Neste contexto, pode-se afirmar que o Estado tem a função promocional de proporcionar a felicidade aos seus cidadãos, tendo em vista que esta felicidade (objetiva) pode ser interpretada como um alicerce político do Estado, pois ela (a felicidade) tem uma conexão direta com os objetivos fundamentais da República, tais como a melhoria do bem-estar e a justiça social. A felicidade, portanto, pode ser concebida como uma meta constitucionalizada, de forma a orientar as políticas públicas (GABARDO, 2018, p. 120).

O instituto da improbidade administrativa foi criado para combater condutas que sejam incompatíveis com a atividade pública, que são contrárias aos princípios que regem a Administração Pública, como a honestidade, a imparcialidade e a legalidade. Essas ações podem incluir corrupção, nepotismo, desvio de recursos públicos, entre outras.

O aumento da complexidade da estrutura estatal, a sofisticação técnica das questões relacionadas à Administração, a proliferação de categorias de interesses e o crescimento das demandas éticas por parte da sociedade tornaram o controle baseado no princípio da hierarquia inadequado. Isso levou à formação de órgãos e departamentos destinados a apoiar o controle interno das Administrações Públicas (LEAL, 2005, p. 126).

No contexto da teoria de Durkheim, a improbidade administrativa seria uma disfunção, ou seja, um aspecto que perturba a ordem e a estabilidade da sociedade e da boa administração, tendo em vista a sua anormalidade (DURKHEIM, 2007, p. 99).

Quando um agente público age de maneira ímproba, ele perturba esse sistema e cria instabilidade, diante dos comportamentos inesperados na Administração.

A existência de mecanismos de controle sobre a Administração Pública não visa apenas o combate à improbidade administrativa, mas também possibilitar que os recursos públicos e os bens públicos sejam devidamente cuidados, para que os direitos sejam tutelados e efetivados. Portanto, o controle sobre a Administração e, em especial, a tutela da probidade administrativa tem uma função na ordem jurídica, que é o combate às práticas desonestas e a promoção de uma administração pública eficaz. Ao fazer isso, tais mecanismos ajudam a manter a ordem e a estabilidade da sociedade.

O sistema de tutela da probidade administrativa é baseado em normas coativas, que se utilizam de normas proibitivas. Em caso de violação, as normas preveem uma sanção negativa (BOBBIO, 2007, p. 7). Mas além de desencorajar condutas inapropriadas e violadoras da probidade, este sistema pode viabilizar o encorajamento de ações em prol da boa administração.

Como já foi tratado na Parte I desta tese, a Constituição estabelece uma função promocional ao Estado e ao próprio Direito, para que os objetivos fundamentais (art. 3º, CR/88) sejam alcançados.

Pensar em uma boa administração como algo perfeito seria ingênuo e querer utilizar o instituto da improbidade administrativa com um ordenamento protetivo-repressivo não é suficiente para acabar com a corrupção, mas com a adoção de normas e medidas promocionais, as desigualdades podem ser reduzidas, a pobreza pode ser erradicada, será possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, será possível promover o desenvolvimento nacional, assim como a promoção do bem de todos (BOBBIO, 2007, p. 13).

Mas institutos jurídicos devem ser observados como uma intervenção estatal na liberdade dos indivíduos. Portanto, é a partir dos efeitos produzidos pelo instituto que se pode avaliar a sua utilidade. Como ensina Durkheim,

Com efeito, se a utilidade do fato não é aquilo que o faz existir, em geral é preciso que ele seja útil para poder se manter. Pois, para ser prejudicial, é suficiente que ele não tenha serventia, uma vez que, nesse caso, ele custa sem produzir benefício algum. (DURKHEIM, 2007, p. 99)

Se um instituto jurídico ou uma determinada estrutura jurídico-estatal não produzir os resultados esperados ou pior, os efeitos produzidos são indesejados, serão necessários ajustes legislativos capazes de contornar a situação, para buscar o equilíbrio na sociedade.

3.3.2 As disfunções do controle sobre a Administração Pública

Como já foi dito anteriormente, as medidas e mecanismos de controle sobre a Administração têm lugar em uma democracia, para que o gestor público não tenha uma liberdade ilimitada de agir, o que possibilitaria o arbítrio. O Estado democrático de Direito pressupõe que existem mecanismos de controle sobre as atividades estatais, em especial, sobre a Administração Pública.

Em todas as organizações existem falhas administrativas que devem ser identificadas, depois diagnosticado o problema que ela provoca e buscar possíveis soluções, de modo que a atividade administrativa seja aperfeiçoada.

A estrutura administrativa estatal é burocrática e, diante disso, podem surgir disfuncionalidades que vão colocar em risco a eficiência e a eficácia da função administrativa. Tais estruturas somente se justificam quando são capazes de desempenhar uma função que seja útil à manutenção do sistema, bem como ao atendimento dos compromissos constitucionalmente assumidos pelo Estado.

Antes de abordar as disfunções, há outros problemas administrativos a serem considerados. O primeiro tipo de falha administrativa é o dilema. Um dilema administrativo é uma situação complexa enfrentada na gestão ou administração em que a busca de um objetivo impede ou dificulta a realização de outro objetivo. Em outras palavras, é uma situação em que a progressão em uma direção parece inevitavelmente levar a um retrocesso em outra.

Esses dilemas podem surgir devido a uma variedade de fatores, como recursos limitados, conflitos de interesse, restrições legais ou regulatórias, ou simplesmente a complexidade inerente de equilibrar múltiplas metas e prioridades em uma organização grande e complexa, como aconteceu no enfrentamento da pandemia da Covid-19 (SANTOS, 2020, 912-915). A solução para um dilema

administrativo não é clara ou direta, e a gestão deve fazer escolhas difíceis. Além disto, às vezes o dilema enfrentado pelos agentes públicos é de ordem ética, o que torna a questão ainda mais difícil (ROBERTS, 2013).⁶⁵

Christopher Hood aponta para a corrupção como outra falha administrativa, além da burocracia excessiva, que se manifesta no autoritarismo de agentes públicos, na substituição de metas e na adoção de procedimentos ritualizados que se tornam um fim em si mesmos, independentemente de quão inadequados possam ser para a situação. Além disso, há disfunções burocráticas que são atribuídas ao excesso de 'clientelismo' e à fragmentação profissional (HOOD, 1974, p. 440).

O autor identifica como disfuncionalidades administrativas circunstâncias que envolvem superorganização ou suborganização, desperdício, má alocação de recursos, de espaços e de tempo, assim como a falta de diálogo dentro da própria instituição e a síndrome *big stick*, quando o administrador utiliza de medidas desproporcionais para a solução de problemas (HOOD, 1974, p. 446-448).

Os concursos públicos no Brasil são de baixa qualidade, o que se demonstra pelas sérias falhas nas metodologias avaliativas, tais como um academicismo rígido e objetivista, uma escassa diversidade de avaliações, uma excessiva teorização dos métodos de avaliação, um grande desequilíbrio entre os métodos de avaliação e as habilidades fundamentais dos cargos, a quase ausência de avaliações práticas, cobrança de memorização de conteúdos, dentre outras (OLIVEIRA; CASTRO JUNIOR; MONTALVÃO, 2022, p. 712). Com isto, haverá baixa qualidade de servidores públicos.

A eficiência da função administrativa é um dos princípios constitucionais pertinentes ao controle sobre a Administração Pública. A presença de múltiplos atores e entidades encarregados da fiscalização, que frequentemente operam de forma descoordenada e até mesmo competitiva, pode levar a disfunções no controle e, conseqüentemente, prejudicar a eficácia e a eficiência administrativas. Assim, é necessário o aperfeiçoamento do sistema de controle da Administração Pública, de

⁶⁵ Tradução livre: "Não é surpreendente que a competência do dissenso principiado esteja diretamente relacionada às competências de reconhecer que a ética jurídica envolve mais do que apenas cumprir regras de ética cuidadosamente redigidas e a obrigação moral dos advogados do governo de proteger os direitos constitucionais básicos. [...] a aceitação da ética da neutralidade torna a ética administrativa impossível. Conseqüentemente, o dissenso principiado é vital para alcançar a ética administrativa" (ROBERTS, 2013).

modo a potencializar a gestão pública em nosso país e alcançar os objetivos e metas estabelecidos na Agenda 2030 (FORTINI; HENRIQUES, 2022, p. 3).

Essa disfuncionalidade ou doença administrativa se manifesta como uma excessiva utilização de ações de improbidade em face agentes públicos, não tanto para combater a desonestidade no exercício da função pública, mas para punir transgressões menos graves, erros ou deficiências na gestão que deveriam ser tratadas em outras instâncias, como a esfera disciplinar (MARRARA, 2023, p. 164).

Nesta linha, Rodrigo Valgas Santos, ao tratar do controle externo sobre a Administração Pública, apresenta um conceito de disfunção administrativa decorrente do controle externo é “toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração, decorrente da atuação direta ou indireta dos órgãos de controle externo, que podem produzir condutas ou resultados indesejáveis ao desempenho de função administrativa” (SANTOS, 2021, p. 126).

Neste contexto, pode-se identificar que as atividades de controle externo que excedem as suas funções, ou quando age de forma parcial ao pressupor a existência de corrupção, provocam disfunções na Administração Pública, como a blindagem patrimonial de agentes públicos, com receio de responsabilização de reparação ao erário ou por atos de improbidade administrativa. Por este mesmo receio é comum a edição de lei municipal que “delega” atribuições que seriam do prefeito para secretários municipais, de modo que o chefe do Poder Executivo passa a não assinar mais nenhum ou quase nenhum ato administrativo, embora ainda permaneça com a chefia da Administração Pública, para alegar que não tinha conhecimento do fato, ou que por não assinar o ato não pode ser responsabilizado.

Outra disfunção na Administração Pública provocada pelo comportamento punitivista e tendencioso de órgãos de controle externo é o tolhimento a uma atuação mais arrojada dos gestores para o aperfeiçoamento das atividades administrativas, de modo a cumprir os compromissos constitucionalmente estabelecidos. Lembre-se que o cumprimento das metas constitucionais é o que se espera de uma boa administração.

Ora, fazer o novo, inovar, exige assumir riscos, tendo em vista que é mais seguro fazer o que sempre foi feito. Com o lançamento de novos programas governamentais que tragam ideias realmente novas, para a concretização de direitos

fundamentais e promoção da felicidade da sociedade, é necessário buscar mudanças no estado de coisas. Para isso são necessários investimentos e a busca de parcerias para a inovação.

Não se trata de tentar a sorte com recursos públicos, mas de buscar informação e dados para que se tomem decisões fundamentadas em evidências. Na iniciativa privada as perdas eventuais com novos investimentos fazem parte da equação dos gestores na tomada de decisão. Se o mesmo acontecer no serviço público o agente administrativo tem grandes chances de ser responsabilizado por dano ao erário. O receio constante de responsabilização faz com que agentes públicos não busquem melhorias substanciais no funcionamento da Administração.

O conceito de *accountability*, que engloba a ideia de responsabilidade democrática e a necessidade de prestar contas, é integrado à Administração Pública moderna com a finalidade de aprimorar a gestão pública. O referido controle é de vital importância para garantir a correta utilização dos recursos e a implementação eficaz das políticas públicas. Contudo, a ineficácia do sistema de controle sobre a Administração Pública brasileira tem sido notada, especialmente no que diz respeito à improbidade. Isso pode minar a confiança no serviço público nacional e intensificar a demanda popular e a pressão da mídia por um controle externo cada vez mais abrangente e rigoroso no contexto da Administração Pública do país (FORTINI; HENRIQUES, 2022, p. 5).

As alterações introduzidas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230/2021 foram motivadas pela frequência de ações judiciais sem fundamentação, sem investigação precedente nem comprovação de dolo, tampouco de efetivos danos ao erário, além de casos oriundos de clara perseguição política. O sistema de controle sobre Administração Pública brasileira tem focado em meros erros de cunho burocrático por parte de agentes públicos, que nem sempre configuram danos ao erário e que seriam, em muitos casos, sanáveis administrativamente (FORTINI; HENRIQUES, 2022, p. 12).

A tipificação excessivamente aberta dos de improbidade por violação de princípios, a fixação de diferentes prazos de prescrição em uma única norma, a determinação de uma fase de defesa prévia, eram apenas algumas das circunstâncias que poderiam ser objeto de alteração legislativa, após trinta anos de vigência da Lei (TOURINHO, 2023).

O comportamento dos órgãos de controle em partir da premissa de que todo agente público é corrupto, ou que provavelmente houve fraude em licitações, ou que os agentes públicos se utilizaram de meios escusos para gerir a coisa pública alimenta a crença na sociedade de que a desonestidade é a regra. Não se pretende aqui adotar uma postura ingênua para acreditar cegamente nos gestores.

Todavia, a desconfiança e as medidas sancionatórias somente devem surgir a partir do momento que houver indícios de práticas de atos de improbidade administrativa, de condutas de fomentam o clientelismo e o patrimonialismo na Administração Pública, para que o sistema de combate à improbidade administrativa possa cumprir a sua função na ordem jurídica brasileira.

4 A REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE E O RESGATE DA BOA ADMINISTRAÇÃO

4.1 OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APÓS A LEI 14.230/2021

4.1.1 A garantia da integridade do patrimônio público e social

A promulgação da Lei 14.230/2021, também denominada nova Lei de Improbidade Administrativa trouxe profundas modificações no tratamento da matéria. Neste tópico será tratada a tipificação dos atos de improbidade administrativa, inscritos nos arts. 9º, 10 e 11, com redação dada pela Lei nº 14.230/ 2021.

Logo no art. 1º já houve uma grande modificação, o que tornou mais singelo o texto, para estabelecer o objetivo da lei: a tutela da probidade na organização do Estado e no exercício das suas funções, para assegurar a integridade do patrimônio público e social.

Esta modificação é significativa porque possibilita uma compreensão mais segura quanto ao bem jurídico tutelado pelo microsistema de improbidade administrativa. A mudança legislativa explicita que não se deve proteger apenas os recursos financeiros provenientes dos cofres públicos (o erário), mas o patrimônio público e patrimônio social.

Ao se levar em consideração esta proposta, é possível aplicar a este bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade a teoria dos bens fundamentais, de Luigi Ferrajoli (2013a), que foi apresentada na Parte II desta tese e que será retomada mais a diante.

4.1.2 Improbidade somente por condutas dolosas

A nova lei coloca fim à discussão sobre a existência ou não de atos de improbidade por culpa. O § 1º, art. 1º fica definido que para a configuração de atos de improbidade é necessária a prática de condutas dolosas. Isso implica a percepção do indivíduo acerca da ilicitude de seu comportamento e a intenção de realizar a ação ou omissão que leva à concretização da infração.

A improbidade só ocorre quando o agente público tem plena consciência do caráter impróprio de sua ação e age intencionalmente para gerar tal resultado (§ 2º,

art. 1º). Em outras palavras, a improbidade é uma ação necessariamente intencional. Isso se justifica porque a caracterização da desonestidade depende do conhecimento e do propósito de infringir um dever ético. (JUSTEN FILHO, 2022).

A respeito da reforma na Lei de Improbidade Administrativa, o Supremo Tribunal Federal firmou tese em sede de Repercussão Geral, nos seguintes termos:

Tema 1199, Repercussão Geral do STF. Tese firmada: 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei. (ARE 843989, Relator: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2022, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito, data de publicação 12/12/2022).

Portanto, o STF confirmou a constitucionalidade da revogação da modalidade culposa, exigindo-se a demonstração de dolo para a configuração dos atos de improbidade administrativa.

Em virtude do princípio da irretroatividade da lei (art. 5º, XXXVI, CR/88), o STF reconheceu a possibilidade de retroação da nova lei sobre os atos culposos de improbidade que ainda não tenham sido alcançados pela coisa julgada.

As novas regras sobre prescrição somente se aplicam a partir da vigência da Lei 14.230/2021, tendo em vista que o instituto da prescrição visa penalizar a inércia do titular da pretensão. Andou bem o STF neste quesito, tendo em vista a necessidade de se manter a tutela da probidade administrativa. A aplicação irrestrita das novas regras de prescrição possibilitaria, de surpresa, uma anistia a uma infinidade de casos em curso.

4.2 DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E O DEVER DE PROBIDADE

4.2.1 O dever de probidade como elemento da boa administração

Nos tópicos anteriores foi apresentado o tema da improbidade administrativa, a tipologia dos atos de improbidade, as disfunções da improbidade e suas consequências para a Administração Pública, bem como as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021.

Pode-se dizer que os agentes públicos têm o dever de probidade. Mas, qual é o conteúdo deste dever? É possível dizer que o agente público que pratica atos de improbidade administrativa comete má administração. Em outras palavras, a prática de atos de improbidade administrativa caracteriza violação ao direito fundamental à boa administração.

No entanto, como o conceito de boa administração é amplo, nem sempre que ocorrer má administração haverá prática de improbidade administrativa, em especial após a reforma promovida pela Lei nº 14.230/2021, que provocou uma redução do conceito de improbidade.

O dever de probidade rege a conduta dos agentes públicos e é crucial para o funcionamento eficaz e ético da Administração Pública. A palavra probidade deriva do latim *probitas*, que significa integridade ou honestidade. Assim, o dever de probidade implica a obrigatoriedade de o agente público agir com honestidade, integridade e boa-fé no desempenho das suas atribuições legais.

Na prática, o dever de probidade requer que os servidores públicos evitem qualquer tipo de comportamento que possa ser considerado corrupto, desonesto, que resulte em enriquecimento ilícito, prejuízo ao patrimônio público ou em violação aos princípios que regem a Administração Pública.

O dever de probidade está consagrado implicitamente no *caput* do art. 37, da CR/88, com a enumeração dos princípios administrativistas e explicitamente no § 4º, do art. 37.

O legislador, ciente do seu papel integrativo na concretização de uma disposição constitucional (art. 37, § 4º), atribui ao componente humano da atividade administrativa (o pessoal administrativo) a responsabilidade de garantir que os

princípios constitucionais mencionados no art. 37, *caput*, da CR/88 sejam plenamente efetivados. Por meio da legislação, os agentes públicos se transformam nos guardiões desses princípios superiores que, em conjunto, representam o dever geral de probidade administrativa.

Portanto, o referido dever é um princípio ético que visa garantir a integridade e a confiança na Administração Pública e para prevenir e punir atos de corrupção e má conduta de agentes públicos. Declarado expressamente no novo art. 1º da Lei nº 8.429/92, é uma norma voltada aos agentes públicos, que devem zelar pela integridade do patrimônio público e social. (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 73).

Como visto anteriormente, os agentes públicos devem exercer as suas atividades ordinárias, para que os recursos e bens públicos sejam geridos da melhor maneira possível, devendo se abster da prática de atos dolosos que violem os princípios da Administração Pública, que provoquem dano ao patrimônio público, em todas as suas formas de manifestação ou que causem enriquecimento ilícito a tais agentes. Assim, a prática de um ato de improbidade administrativa sempre será um caso de má administração da *res publica*. Mas nem todo caso de má administração haverá prática de atos de improbidade administrativa, como ocorre na falta de planejamento (por negligência ou desídia) do gestor, que provoca despesa pública superior ao necessário.

4.2.2 Teoria da cegueira deliberada e a improbidade administrativa

A teoria da cegueira deliberada, também conhecida como *willful blindness doctrine*, é um conceito jurídico que tem origem no Direito Penal norte-americano. Ela descreve uma situação na qual um indivíduo opta por permanecer ignorante em relação a fatos que poderiam lhe trazer responsabilização.

Em outras palavras, a cegueira deliberada ocorre quando um indivíduo suspeita que algo errado ou ilegal acontece, mas faz a escolha consciente de não investigar ou obter mais informações sobre a situação. Por meio desse ignorar deliberado, o indivíduo busca evitar a responsabilidade legal que poderia advir se tivesse pleno conhecimento dos fatos (FREITAS; SOUZA NETTO; GARCEL, 2019).

A referida teoria é utilizada para estabelecer a responsabilidade penal quando o acusado tinha razões para suspeitar de um fato, mas decidiu não investigar. Assim,

ainda que não possua conhecimento direto do fato, o acusado pode ser considerado responsável por sua decisão de não procurar esclarecê-lo.

Embora a sua origem seja no Direito Penal a teoria da cegueira deliberada pode ser aplicada à atividade administrativa estatal. Se um gestor público ignora deliberadamente ilegalidades cometidas no órgão ou entidade pública que está sob seu comando, que provocam violação a princípios, ou causam dano ao patrimônio público ou o seu enriquecimento ilícito, é possível considerar tal ato como doloso e, por isso, poderá se configurar a improbidade administrativa.

A quem se levante contra a aplicação desta teoria no Direito brasileiro, sob o argumento de que no Direito pátrio a ocorrência do dolo é essencial para imputação tanto de crime quanto de atos de improbidade administrativa (SANTOS, 2021, p. 193).

Ainda que existam dúvidas sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada para a configuração de ato de improbidade administrativa, não o há em relação à configuração de má administração. Caso ocorra dano ao patrimônio público ou inércia do agente público, quando ele deveria agir, diante das circunstâncias, há de ser responsabilizado nos termos do § 5º do art. 37, CR/88.

A aplicação dessa teoria na improbidade administrativa destaca a importância dos deveres dos agentes públicos em garantir a legalidade e a moralidade dos atos da Administração Pública. De acordo com essa visão, a simples decisão de ignorar uma situação potencialmente ilegal ou imoral pode ser vista como um ato de má-fé e um descumprimento do dever de probidade.

No entanto, a aplicação dessa teoria requer uma análise cuidadosa dos fatos e das evidências disponíveis. A mera suspeita ou negligência pode não ser suficiente para configurar a cegueira deliberada. É necessário demonstrar que o agente tinha motivos razoáveis para suspeitar de que no seio da Administração Pública aconteciam atos que provocavam violação a princípios, dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito e, mesmo assim, optou por não agir ou investigar.

Dois ideias são entrelaçadas neste contexto: em primeiro lugar, a inexistência de responsabilidade objetiva do agente; em segundo lugar, a convicção de que o agente não pode orientar suas ações ou desculpar-se pela omissão com base na vantagem da ignorância. É sempre viável estabelecer a probabilidade de conhecimento ou não de uma conduta ímproba, avaliada pela experiência comum, e

a simples alegação de desconhecimento direto não funcionará em favor do agente (ROSA; MARTINS JÚNIOR, 2016, p. 239).

Vale trazer à colação decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

O caso em exame, relativo à improbidade administrativa decorrente de enriquecimento ilícito, amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 9º da Lei 8.429/1992. Nesse passo, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que gere o indevido enriquecimento ou que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito ao patrimônio público e às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo (STJ, AgRg-AREsp 20.747/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 17.11.2011, v.u., DJe 23.11.2011).

Em julgado do TJSP, foi aplicada a teoria da cegueira deliberada em caso de dano ao erário, como se vê:

Ação civil pública. Prejuízo ao erário devidamente confirmado pelas provas produzidas. Contratação de serviços de plantões médicos junto ao Pronto-Socorro de Avaré por intermédio de Termo de Parceria, em valor muito superior ao contrato anterior, e sem a realização de licitação. Superfaturamento constatado. Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada. Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado, ante a constatada cavilosidade dos corrêus. Procedência da ação mantida. Diferimento do recolhimento das custas deferido. Apelação do réu Joselyr não provida e provida em parte a da ré IBDPH (TJSP, AC 009252-56.2010.8.26.073, Avaré, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, v.u., 09.04.2014).

A reforma promovida pela Lei nº 14.230/2021 eliminou os atos de improbidade na modalidade culposa e exigiu a presença de dolo específico. No entanto, diante do dever de probidade, que é integrante do direito fundamental à boa administração, há que se reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa diante do dolo eventual do agente público, que opta por se manter alheio às práticas desonestas no âmbito administrativo a que deveria conhecer e cuidar com diligência.

4.2.3 Dano a bens fundamentais

Na Parte II desta tese foi apresentada a teoria dos bens fundamentais, de Luigi Ferrajoli, que demonstra a existência de bens que, paradoxalmente, estão além de uma conotação econômica, mas que são objeto de direitos fundamentais.

Foi objeto deste estudo o direito fundamental à boa administração, que impõe aos agentes públicos o dever de cuidar dos assuntos do Estado de forma eficiente, eficaz, com transparência, para que se possibilite o controle pelos órgãos especializados, bem como pela sociedade, sempre em busca de alcançar os objetivos institucionais do Estado democrático de Direito, estabelecidos no texto constitucional.

O direito fundamental à boa administração se manifesta como o direito do indivíduo e da sociedade como um todo à tutela e promoção estatal dos seus direitos fundamentais, para que tanto os indivíduos quanto a sociedade em geral possam se desenvolver plenamente e conseguir usufruir de suas liberdades.

Como visto anteriormente, os bens fundamentais se dividem em a) bens personalíssimos; b) bens comuns; e c) bens sociais. Foi proposto nesta tese que os bens fundamentais sejam considerados como integrantes do conceito de patrimônio público, não como bens de cunho econômico pertencentes à Administração Pública, mas como bens de grande valor moral e social que merecem especial proteção em nome do interesse público.

Isto se justifica porque os bens (fundamentais) personalíssimos, embora essenciais à vida humana, como órgãos e partes vitais do corpo humano, e sejam de uso exclusivo de seus titulares, é de interesse de todos a sua tutela jurídica, em razão do interesse público que lhes reveste. Quais seriam os impactos na sociedade se fosse lícito o comércio de órgãos humanos, ou a exploração sexual de outros seres humanos ou a exploração do trabalho escravo? A indisponibilidade jurídica desses bens fundamentais é necessária para a garantia de toda a sociedade, para que tais práticas não sejam toleradas em sociedades civilizadas.

Os bens comuns, por outro lado, são aqueles que todos os indivíduos, indistintamente, têm acesso ou devem desfrutar. Tratam-se dos bens ecológicos, as florestas, os biomas, as fontes de água, a biodiversidade. Apesar de os bens ecológicos comumente serem tratados como simples bens patrimoniais, regidos pelo Direito Civil, a biodiversidade é crucial para a saúde do planeta e, portanto, para a

saúde e o bem-estar das comunidades humanas. A perda de biodiversidade pode ter impactos negativos significativos na sociedade, o que inclui a perda de serviços ecossistêmicos, a exacerbação das mudanças climáticas e a ameaça à segurança alimentar.

Os bens (fundamentais) comuns merecem especial proteção jurídica, diante da grandeza que representam para a coletividade, algo que vai além dos interesses individuais dos proprietários e possuidores.

Quanto aos bens (fundamentais) sociais, pode-se dizer que são aqueles direitos prestacionais que visam garantir condições mínimas de vida, como o direito à alimentação, o direito à saúde (serviços médicos, hospitalares e fornecimento de medicamentos) essencial à manutenção da vida dos indivíduos.

Tais direitos devem estar à disposição de todos aqueles que não possuem condições de acessar tais bens e serviços com os seus próprios recursos. Há que se pensar além da visão individual, quando se tratam desses direitos, tendo em vista que também é de interesse da coletividade que tais bens e serviços estejam à disposição nos menos favorecidos economicamente.

Em todos esses casos, tais bens fundamentais devem ser compreendidos no conceito amplo de patrimônio público e há que se considerar que o instituto da improbidade administrativa visa tutelar a integridade do patrimônio público e social, como indica o art. 1º da lei nº 8.429/1992, com redação dada pela Lei nº 14.230/2021.

A falta de zelo e proteção adequada a esses bens deverá ser caracterizado ato de má administração, porque ou provocou diretamente o dano ou não promoveu ações para evitá-lo. Assim, pode-se concluir que a violação a qualquer desses bens fundamentais representará dano ao patrimônio público e, no caso de tal dano ter sido causado por ato dolo (dolo específico ou dolo eventual) ficará configurado ato de improbidade administrativa.

CONCLUSÃO

A atuação do Estado não deve se limitar apenas às atividades policiais, como ocorria no período liberal do século XVIII e XIX, dado as distorções inerentes ao sistema econômico daquela época. Embora o Estado não possa controlar tudo, ele deve garantir o mínimo vital para os indivíduos em seu território e promover meios para o desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, a fim de lhes garantir uma existência digna.

No entanto, a intervenção do Estado na economia deve ser avaliada cuidadosamente para que ele possa cumprir seus compromissos constitucionais de maneira legítima. Se o Estado optar por uma intervenção mínima, ele pode transmitir a mensagem de que não se preocupa com as condições dos cidadãos, o que pode gerar sentimentos de desesperança e abandono, além de impedir a ascensão social das classes mais baixas.

Por outro lado, se o Estado optar por grandes intervenções e garantir benefícios além do necessário, isso pode levar a população a se desinteressar pelo aperfeiçoamento pessoal e se tornar dependente do governo por tempo indeterminado. No entanto, a decisão sobre o grau de intervenção estatal não deve ser tomada por um governo ou partido político específico. Em vez disso, o Estado deve agir de acordo com a Constituição para cumprir seus compromissos constitucionais.

Os objetivos estabelecidos pelo Constituinte (art. 3º) devem ser compreendidos como metas para que o Estado brasileiro alcance determinados fins. Esses objetivos não devem ser interpretados como meras sugestões aos poderes constituídos, mas como mandamentos que exigem ações efetivas por parte do Estado. A atividade estatal deve buscar, como resultado, o alcance das metas estabelecidas na Constituição.

O que se espera de uma boa administração, seja pública ou privada, é a apresentação de resultados eficazes, a partir das metas estabelecidas por sua organização. A submissão da Administração Pública a diversos tipos de controle, incluindo controles internos e externos, o Poder Judiciário e o controle social, não implica na substituição do administrador, mas sim em uma vigilância contínua sobre

aqueles que são encarregados de exercer atividades públicas. O administrador é, portanto, um mandatário que deve cumprir suas funções de acordo com os parâmetros juridicamente estabelecidos.

O direito fundamental à boa administração, consagrado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial naquela comunidade, serviu como parâmetro para o desenvolvimento desta tese. A atividade do *Ombudsman* Europeu assim como a jurisprudência dos tribunais europeus tem ainda construído os contornos deste direito fundamental, que serve como conceito abrangente para a concretização de outros direitos da pessoa e do cidadão.

Os direitos fundamentais, considerados sob a sua dimensão subjetiva, têm como finalidade garantir a satisfação dos interesses individuais dos seus titulares, os quais podem ser protegidos por iniciativa do Estado em caso de violação ou ameaça. Mas como esses direitos não se limitam aos interesses pessoais dos seus titulares, tais direitos também servem à coletividade, como o exercício da cidadania na participação e na fiscalização sobre a Administração Pública, o que demonstra a sua íntima relação com o tema central desta tese.

O compromisso do Estado brasileiro em proteger os direitos fundamentais está expresso em normas constitucionais. Por essa razão, é possível afirmar que, em muitos casos, a discricionariedade do Estado em todos os seus níveis - político (legislativo e executivo), judicial, de controle (realizado por meio de órgãos internos e externos) e administrativo - está sujeita a limites decorrentes desses compromissos. Em outras palavras, os agentes públicos possuem uma margem de liberdade para tomar decisões, mas essa margem é restrita pelos compromissos do Estado em proteger os direitos fundamentais.

A necessidade de proteção dos direitos fundamentais e das instituições sociais essenciais para a concretização desses direitos mostra que o Estado deve ser o garante dos direitos fundamentais, mesmo em situações em que a afetação seja promovida por particulares no exercício de outro direito fundamental. No entanto, a proteção de um direito pode representar a limitação de outro direito, o que deve ser tratado com cautela, a partir do princípio da proporcionalidade. O desenvolvimento econômico e o empreendedorismo não podem fazer sucumbir direitos fundamentais, que o Estado se comprometeu tutelar.

A partir da distinção entre bens patrimoniais e bens fundamentais proposta por Luigi Ferrajoli, os bens fundamentais podem ser classificados em três tipos: bens personalíssimos, bens comuns e bens sociais. Diante dessa classificação, é importante destacar que a indisponibilidade jurídica desses bens fundamentais é necessária para a proteção desses direitos negativos, que impõem proibições de lesão tanto pelo Estado quanto pelos particulares. É necessário, portanto, que sejam formuladas e implementadas políticas públicas que garantam a proteção desses bens fundamentais e que assegurem a sua existência para as presentes e futuras gerações. É fundamental a compreensão de que esses bens não podem ser tratados como meros objetos de comércio, sendo essencial o reconhecimento da sua indisponibilidade jurídica para a sua proteção e preservação.

A aceitação da classificação jurídica dos bens fundamentais requer que o administrador público atue de maneira proativa, para planejar e identificar possíveis riscos, na elaboração de planos de contingência, a fim de que políticas públicas sejam criadas para proteger esses bens fundamentais e garantir a realização dos direitos fundamentais.

É possível perceber diversas disfunções na Administração Pública, desde os processos de seleção de pessoal, como concursos públicos e processos seletivos, que não são eficientes na escolha dos candidatos mais capazes de suprir as necessidades da Administração Pública, até os órgãos de controle, que têm se utilizado do instituto da improbidade administrativa como instrumento de repressão a equívocos ou a interpretações jurídicas diversas daqueles órgãos, o que tem provocado receio dos gestores públicos em aplicar técnicas administrativas inovadoras, para buscar mais eficiência e eficácia nos assuntos estatais.

É imperativo interpretar os bens fundamentais como inseridos no conceito abrangente de patrimônio público. Deve-se levar em consideração que o instituto da improbidade administrativa tem como objetivo principal a proteção da integridade do patrimônio público e social, conforme estipulado no artigo 1º da Lei nº 8.429/1992, alterado pela Lei nº 14.230/2021.

A ausência de diligência e salvaguarda adequada desses bens pode ser caracterizada como um ato de má administração, uma vez que tal negligência pode resultar diretamente em danos ou na falta de medidas preventivas. Portanto, é plausível concluir que qualquer violação a esses bens fundamentais pode resultar em

danos ao patrimônio público. No caso de tais danos serem causados por atos dolosos, seja dolo específico ou eventual, tal conduta será caracterizada como um ato de improbidade administrativa.

O instituto da improbidade administrativa visa afastar da Administração Pública comportamentos desonestos e que provoquem lesão ao erário. A atividade de controle sobre a Administração visa garantir que os recursos públicos sejam aplicados e direcionados às finalidades do Estado brasileiro.

Paradoxalmente, a atividade desempenhada por órgãos de controle, em muitos casos desproporcional e enviesada, que observa o agente público como um infrator da lei, até que ele prove o contrário, em afronta ao princípio da presunção de inocência. Tal comportamento tendencioso tem provocado receio do gestor na tomada de decisões, que acaba por continuar práticas administrativas rotineiras ao invés de buscar inovar em uma gestão pública com melhores resultados, para não correr o risco de uma eventual responsabilização pelos órgãos de controle.

Outra disfunção provocada por este comportamento dos órgãos de controle externo é a blindagem patrimonial das autoridades públicas, com o esvaziamento aparente do seu patrimônio, para evitar que os seus bens pessoais sejam alcançados pela responsabilização estatal, ou a delegação de atribuições do cargo a autoridades subalternas para evitar a responsabilização pessoal.

A reforma na Lei de Improbidade Administrativa, pela redação dada pela Lei nº 14.230/2021, limitou o âmbito de aplicação do instituto da improbidade administrativa, para a imputação apenas aos atos dolosos praticados pelos agentes públicos, o que pode representar uma grande melhoria no que se refere à disposição dos gestores na implementação de novas ideias para uma Administração Pública mais eficiente, eficaz para a efetividade dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ADEODATO, João Maurício. O problema do conhecimento do direito e a proposta retórica realista. **Revista Duc In Altum**, Recife, v. 9, n. 18, p. 65-86, mai./ago. 2017a.
- ADEODATO, João Maurício. Retórica realista e decisão jurídica. **Revista direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2017b.
- ADEODATO, João Maurício. Tópica, argumentação e Direito dogmaticamente organizado. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 10, n. 2, p. 128-137, mai./ago. 2018.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. Instituto de Investigaciones Jurídicas: Ciudad de México, 2003.
- ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t.1.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALSTON, Philip. Conjuring up new human rights: a proposal for quality control. **The american journal of international law**, New York, vol. 78, n. 3, p. 607-621, 1984.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; NASCIMENTO, Gabriel Biondes. Os direitos fundamentais como vetor de atuação do Estado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 125, a. 29, p. 137-156, maio/jun. 2021. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-8755>. Acesso em: 17 jan. 2023.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. **Revista dos tribunais**, São Paulo, a. 93, v. 830, p. 709-714, dez. 2004. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500001850d0a81a7d2ba4161&docguid=lce9499302d5511e0baf30000855dd350&hitguid=lce9499302d5511e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=24&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#noteDTR.2004.832-n7>. Acesso em 31 dez. 2022.
- ARMAS, Pedro Carballo. El “Defensor del Pueblo” en Iberoamérica. Una perspectiva comparada. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 26, p. 435-450, 2010. DOI: 10.5944/trc.26.2010.6929. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6929>. Acesso em: 27 abr. 2023.
- ARMAS, Pedro Carballo. Episodios de la difusión del ombudsman en el constitucionalismo comparado: una aproximación analítica a los modelos de Italia, Portugal y la Unión Europea. **Parlamento y Constitución. Anuario**, Toledo, n. 3, p. 153-181, 1999.

ATHANASIADOU, Natassa; ELIANTONIO, Mariolina. Silence of the EU Authorities: The Legal Consequences of Inaction by the EU Administration. *In*: DRAGOS, Dacian C.; KOVAČ, Polonca; TOLSMA, Hanna D. (Org.). **The sound of silence in european administrative law**. Cham: Palgrave Macmillan, 2020. p. 33-63.

AVELÃS NUNES, António José. O Estado capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio. *In*: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* (Org.).

Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 49-81.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **DPU**, Porto Alegre, n. 35, p. 7-23, set./out. 2010.

BARBOSA, Renato K. **Corrupção e Dano Social**: Análise da Responsabilidade Civil Inclusive na Nova Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Almedina, 2022. E-book.

BARROS, Ana Maria Bretas. Controlando as políticas públicas: o papel dos conselhos municipais. **Revista de direito da cidade**, Rio de Janeiro, vol. 3, n. 1, p. 70-94, 2011.

BART, Christopher K. Sex, Lies and Mission Statements. **Business Horizons**, Bloomington, p. 9-18, nov./dez. 1997, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=716542>. Acesso em: 24 mar. 2022.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latino-americano”. **Revista brasileira de estudos constitucionais**, Belo horizonte, ano 7, n. 26, p. 285-305, maio/ago. 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua nova**: revista de cultura e política, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. Defensor do Povo: origens do instituto do Ombudsman e a malograda experiência brasileira. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 36, p. 46-73, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/207>. Acesso em: 26 abr. 2023.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: SAFe, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho. *In*: BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 17-45.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Fundamental rights as constitutional principles: On the Current State of Interpreting Fundamental Rights. Trad. Thomas Dunlap e Ruth Zimmerling. *In*: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**. Trad. Thomas Dunlap. New York: Oxford, 2017a. v. 1. p. 235-265.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Fundamental rights: theory and interpretation. Trad. Jim Underwood e Thomas Dunlap. *In*: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**. Trad. Thomas Dunlap. New York: Oxford, 2017b. v. 1. p. 266-289.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Jussara; JAMBEIRO, Othon. Evolução do uso da internet na participação política de organizações da sociedade civil. *In*: PINHO, José Antônio G. de. (Org.). **Artefatos digitais para mobilização da sociedade civil: perspectivas para avanço da democracia**. Salvador: EDUFBA, 2016. Edição Kindle: posição 998-1347.

BORON, Atilio A. Os “novos Leviatãs” e a *pólis* democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. *In*: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). **Pós-neoliberalismo II: que Estado para que democracia?** 3.ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 7-67.

BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. 3.ed. Baden-Baden: Nomos, 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais – tópicos de teoria geral. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 135-191.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454–467, 1951. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>. Acesso em: 27 dez. 2022.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Programa Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P)**. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2018. Disponível em: <https://a3p.eco.br/>. Acesso em 20 dez. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação cível originária. Direito fundamental à saúde – portadores de transtornos mentais. ACO 1472 AgR-segundo. Tribunal Pleno. Agravantes: Fundação Pública Estadual Hospital de Clínicas Gaspar Viana – FPEHCGV e Estado do Pará. Agravada: União. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 18 setembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13612312>. Acesso: 16 mar. 2023.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Eleições 2018: Justiça Eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundoturno>>. Acesso em: 08 maio 2020.

BREGMAN, Rutger. **Humanidade**: uma história otimista do homem. Trad. Cláudio Carina. São Paulo: Planeta, 2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Capitalismo financeiro-rentista. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 32, n. 92, p. 17-29, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/146435>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BREUS, Thiago Lima. **Contratação Pública Estratégica**. São Paulo: Almedina, 2020. E-book.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Estado social: uma sistematização para pensar a reconstrução. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 1-31, 2023. DOI: 10.35699/2525-8036.2023.46716. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e46716>. Acesso em: 6 jul. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e Analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1857.

CABRAL, Flávio Garcia. **O conteúdo jurídico da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 1.

CALAHORRO, Augusto Aguilar. A eficácia da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia à luz da jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, Joaçaba, v. 21, n. 2, p. 389-418, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/23781>. Acesso em: 7 maio. 2021.

CAMARÃO, Tatiana. Comentários ao art. 11. *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 1. p. 179-216.

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L de. **Análise econômica das licitações e contratos**: de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

CAMMAROSANO, Márcio. Princípio da moralidade e improbidade administrativa. **Revista de Direito dos Advogados da União**, Brasília, v. 8, n. 8, p. 155-165, out. 2009.

CANAS, Vitalino. Discricionariedade, vinculação, proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**, São Paulo, a. 6, n. 23, p. 135-185. out./dez. 2022. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad832f200000185397f7e9c2ac76be5&docguid=l185c53a05c0111edb261b35d052b962d&hitguid=l185c53a05c0111edb261b35d052b962d&spos=1&epos=1&td=93&context=155&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 22 dez. 2022.

CANE, Peter; MCDONALD, Leighton; RUNDLE, Kristen. **Principles of administrative law**. 3.ed. Sydney, Oxford University, 2018.

CANO, Ignacio. Nas trincheiras do método: o ensino da metodologia das ciências sociais no Brasil. **Sociologias**, Porto Alegre, a. 14, n. 31, p. 94-119, set./dez. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222012000300005>. Acesso em 19 dez. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. *In*: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 705-721.

CÁRCOVA, Carlos María. Estado social de derecho y racionalidad democrática. *In*: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* (Org.). **Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 99-110.

CARNEIRO, Adriano Figueredo. O controle externo da administração pública como ferramenta para justiça social. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 10, n. 1, p. 401-425, 2012. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/221/222>. Acesso em: 20 fev. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 36.ed. Barueri: Atlas, 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Micaele Martins de; MAGALHÃES, Aline Souza; DOMINGUES, Edson Paulo. Impactos econômicos da ampliação do uso de energia solar residencial em Minas Gerais. **Nova Economia**, Belo Horizonte. 2019, v. 29, n. 2, p. 459-485, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-6351/4719>. Acesso em 20 dez. 2022.

CASIMIRO, Lúgia Maria Mello de. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 7, n. 30, p. 109-130, out./dez. 2007.

CASSESE, Sabino. **Il buongoverno: L'età dei doveri**. Milano: Mondadori, 2020. E-book.

CASSESE, Sabino. **Il diritto amministrativo: storia e prospettive**. Milano: Giuffrè, 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Estruturas políticas e características da democracia no Brasil. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 4, p. 3-18, out./dez. 1978.

CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria Geral da Administração**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book.

COBIN, Alain. Bastidores. *In*: PERROT, Michele (Org.). **História da vida privada: da revolução Francesa à Primeira Guerra**. Trad. Denise Bottmann e Bernardo Joffily. 10. reimp. São Paulo; Companhia das Letras, 1991. v. 4. p. 412-417.

COGO, Rodrigo Barreto. **Frustração do Fim do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2021. E-book.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova**, São Paulo, n. 28-29, p. 85-106, abr. 1993. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em 31 mar. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CORREIA, Fernando Alves. **Do ombudsman ao provedor de justiça**. Coimbra: Coimbra, 1979.

COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. **Nova Lei de Improbidade Administrativa: de acordo com a Lei n. 14.230/2021**. São Paulo: Almedina, 2022. E-book.

CRAIG Paul. **EU administrative law**. 3.ed. New York: Oxford University Press, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do ato político. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 77, vol. 627, p. 7-14, jan. 1988. Disponível em: [https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad6adc60000018a36e11eb02717f3cf&docguid=I326ad430f25811dfab6f010000000000&hitguid=I326ad430f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=615&context=22&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad6adc60000018a36e11eb02717f3cf&docguid=I326ad430f25811dfab6f01000000000&hitguid=I326ad430f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=615&context=22&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 27 ago. 2023.

CRISTÓVAM, José. Sérgio da Silva. O Estado democrático de direito como princípio estruturante do regime jurídico-administrativo. *In*: MOTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords.). **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Ithala, 2019. p. 193-208

- DAHL, Robert. **Análise política moderna**. 2.ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1988.
- DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.
- DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DELMAS-MARTY, Mirelle. **Aux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation**. Paris: Seuil, 2016.
- DEZAN, Sandro Lucio; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. O uso de padrão decisional extrajurídico pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a tentativa de demonstração de uma razão jurídica suficiente no caso do julgamento da “desaposentação”. **Revista Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 38, n. 1, p. 179-196, jan./jun. 2018.
- DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.
- DIAMANDOUROS, P. Nikiforos. El Defensor del Pueblo Europeo y el Tratado de Lisboa. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 26, p. 77-94, 2010. DOI: 10.5944/trc.26.2010.6916. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6916>. Acesso em: 27 abr. 2023.
- DIDONÉ, Evelise Leite; WAGNER, Andreas; PEREIRA, Fernando Oscar Ruttkay. Avaliação da influência do contexto urbano na radiação solar para geração de energia. **urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana**, Curitiba. 2017, v. 9, n. Supl. 1, p. 408-424. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2175-3369.009.SUPL1.AO012>. Acesso em 20 dez. 2022.
- DINIZ, M. A. DE V. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 3, p. 31-48, 26 jun. 2008.
- DRAHMANN, Annemarie. Finding a balance between equal treatment, transparency, and legal certainty when allocating scarce authorisations. **Review of european administrative law**, Paris, vol. 13, n. 2, p. 33-53, jun. 2020.
- DRUCKER, Peter. **The effective executive: the definitive guide to getting the right things done**. New York: Collins, 2006.
- DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 2.ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1921. t. 1.
- DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 147-161, jul./dez. 2013.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 3.ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University, 2006.
- EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (Brasil). **Balanco Energético Nacional 2022: ano base 2021: relatório final**. Rio de Janeiro: EPE, 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of T.P. and K.M. v. The United Kingdom**, 10 maio 2001. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/f758fa-1/pdf>. Acesso em: 8 maio. 2023.

EUROPEAN OMBUDSMAN. **Annual Report 2022**, 24 abr. 2023. Disponível em: Disponível em: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/doc/annual-report/en/167855>. Acesso em 30 abr. 2023.

FALCÃO, Maurin Almeida; BASTOS, Ricardo Victor Ferreira. Os princípios da eficiência, da equidade e da solidariedade no federalismo fiscal brasileiro. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 129, p. 17-39, jul./ago. 2016.

Disponível em:

<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad69f8e000001850d3bb6fc818f7d88&docguid=l1d2531605ac611e696c6010000000000&hitguid=l1d2531605ac611e696c6010000000000&spos=11&epos=11&td=24&context=76&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 dez. 2021.

FARO, Julio Pinheiro. Solidariedade e justiça fiscal: uma perspectiva diferente sobre a concretização de direitos a partir do dever de pagar impostos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 20, v. 81, p. 229-270, out./dez. 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**. 4.ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016. E-book.

FERNANDES, J. U. Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 10.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERNANDES, Sophie Perez. A boa administração morreu, viva a boa administração! A inusitada vinculação dos Estados-membros ao padrão de boa administração decorrente do direito da União Europeia: um comentário ao caso Ispas. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción, v. 6, n. 12, p. 225-253, ago. 2018. Disponível em:

http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872018001200225&lng=en&nrm=iso. Acesso em 01 fev. 2021.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. El derecho a una buena administración en la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019. **Revista de administración pública**, Madrid, n. 209, p. 247-257, maio/ago. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Paradigmas de la democracia constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Per una costituzione della Terra: L'umanità al bivio**. Milano: Feltrinelli, 2021. E-book.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. Trad. Juan Carlos Bayón Mohino, Marina Gascón Abellán e Luis Prieto Sanchís. Madrid: Trotta, 2013a. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. Trad. Alfonso Ruiz Miguel e Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2013b. v. 2.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11.ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIEL FILHO, Alécio. Gestão dos processos e a eficiência na gestão pública. *In*: KANAANE, Roberto; FIEL FILHO, Alécio; FERREIRA, Maria das Graças (Org.). **Gestão pública**: planejamento, processos, sistemas de informação e pessoas. São Paulo: Grupo GEN, 2012. E-book. p. 127-157.

FIGUEIREDO, Juliana Oliveira; PRADO, Nilia Maria de Brito Lima; MEDINA, Maria Guadalupe; PAIM, Jairnilson Silva. Gastos público e privado com saúde no Brasil e países selecionados. **Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 42, número especial 2, p. 37-47, out. 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. As normas programáticas: uma análise político-constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 16, p. 119-135, jul./set. 1996. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001894632632ab9e5f38b&docguid=l157c76d0f25311dfab6f010000000000&hitguid=l157c76d0f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 mar. 2023.

FIGUEIREDO, Marcelo. Comentário ao § 4º do art. 37. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book. p. 965-978.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 4.ed. Madrid: Trotta, 2003.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9.ed. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book.

FORTINI, Cristiana; HENRIQUES, Livia Sales Magnani. O controle disfuncional da Administração Pública. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 1-21, 2022. DOI: 10.35699/2525-8036.2022.40349. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e40349>. Acesso em: 6 jan. 2023.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

FREITAS, Maria Carolina Carvalho de Almendra; SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane. Análise da teoria da cegueira deliberada no Brasil. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, Curitiba, n. 23, v. 2, abr./jun. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v2i26.3897>. Acesso em: 13 jun. 2022.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt; ALVES, Felipe Dalenogare. O necessário empoderamento do cidadão à efetivação das políticas públicas no Brasil: a contribuição do capital social à efetiva participação nos instrumentos democrático-participativo-deliberativos. **Revista de direito da cidade**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 2, p. 725-753, 2017.

GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 5, n. 1, p. 99-141, 2018. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v5i1p99-141. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/136849>. Acesso em: 2 mar. 2022.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

GABARDO, Emerson. **O mito da eficiência e o Estado moderno**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

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. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.

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 (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13-66.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020.

GABARDO, Emerson; VALÕES, Rodrigo Pavan de. Ação de ressarcimento ao erário por ato doloso de improbidade e o condicionamento da prescrição à subjetividade do agente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 64, p. 112-137, maio/ago. 2021.

GALETTA, Diana-Urania. Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione. **CERIDAP: Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche**, Milano, Fasc. 3, p. 197-205, jul./set. 2021.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). **Revista de administración pública**, Madrid, n. 38, p. 159-205, maio/ago. 1962.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 10.ed. Reimp. Madri: Civitas, 2001.

- GARCIA FILHO, José Carlos Cal. Serviço público e direitos fundamentais. **A&C Revista de direito administrativo & constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 11-32, jul.-set. 2008.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARSCHAGEN, Bruno. **Direitos máximos, deveres mínimos**: o festival de privilégios que assola o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2018. E-book.
- GASPARDO, Murilo. Democracia participativa e experimentalismo democrático em tempos sombrios. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 32, n. 92, p. 65-88, abr. 2018.
- GELLHORN, Walter. **Ombudsmen and others**: citizen's protectors in nine countries. London: Harvard University Press, 1966.
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. Comentario al artículo 41. In: MANGAS MARTÍN, Araceli (Org.). **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**: comentario artículo por artículo. Bilbao: Fundación BBVA, 2008. p. 664-677.
- GORDILLO, Agustín. **La administración paralela**. 4.reimp. Madrid: Civitas, 2001.
- GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRADVOHL, M. A. B. L. A Construção do Estado Social. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 9, n. 1, p. 137-153, 30 jun. 2011.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. Breve Nota Sobre a Moralidade e o Direito Moderno. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 127-129, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41530>. Acesso em: 27 dez. 2022.
- GREPPI, Andrea. Los nuevos y los viejos derechos fundamentales, **Derechos y Libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, n. 7, p. 281-302, 1999. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1363>. Acesso em: 27 dez. 2022.
- GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, presente, and future. New York: Oxford, 2016.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Trad. Miguel Carbonell. México: DJC, 2001.
- GUEDES, João Bernardo Antunes de Azevedo. **Direito fundamental à boa administração pública**: análise da gestão e conduta dos certames licitatórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- GUEDES, João Bernardo Antunes de Azevedo; FABRIZ, Daury Cesar. Dever fundamental de cooperação em processo administrativo da autoridade marítima:

possibilidade de aplicação subsidiária do CPC no eu tange à má-fé. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p.115-152, dez. 2017.

HÄBERLE, Peter. ¿Tienen España y Europa una constitución? Trad. Miguel Azpitarte Sánchez. **Revista de derecho constitucional europeo**, Granada, ano 6, n. 12, p. 353-393, jul./dez. 2009.

HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales en el Estado prestacional**. Trad. Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra, 2019.

HABERMAS. Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

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

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 10.ed. Paris: Recueil Sirey, 1921.

HAYEK, Friedrich A. **Os fundamentos da liberdade**. Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *In*: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-72. E-book.

HEYMANN, Philip B. Democracy and Corruption. **Fordham International Law Journal**, New York, v. 20, n. 2, p. 323-346, 1996.
Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol20/iss2/1>. Acesso em 20 fev. 2023.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: O breve século XX: 1914-1991**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. E-book.

HOFMANN, Herwig C.H. The duty of care in EU public law: a principle between discretion and proportionality. **Review of european administrative law**, Paris, vol. 13, n. 2, p. 87-112, jun. 2020.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raizes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999. E-book.

HOOD, Christopher. Administrative Diseases: Some Types of Dysfunctionality in Administration. **Public Administration**, v. 52, n. 4, p. 439-454, 1974.

INTERNATIONAL UNION OF PURE AND APPLIED CHEMISTRY. **Periodic table of elements**, s/d. Disponível em: <https://iupac.org/what-we-do/periodic-table-of-elements/>. Acesso em: 8 maio. 2023.

JARDIN, André. **Historia del liberalismo político**: de la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875. Trad. Francisco González Aramburo. 2.ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg: J. C. B. Mohr, 1892.

JHERING, Rudolf von. **L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement**. Trad. O. de Meulenaere. Paris: A. Marescq, 1878. t. 4.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

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

KLEIN, Rodrigo Hickmann; KLEIN, Deisy Cristina Barbiero; LUCIANO, Edimara Mezzomo. Identificação de mecanismos para a ampliação da transparência em portais de dados abertos: uma análise no contexto brasileiro. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 4, p. 692-715, dez. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000400692&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 17 fev. 2021.

KOPITTKE, Alberto L. W. e RAMOS, Marília Patta. O que funciona e o que não funciona para reduzir homicídios no Brasil: uma revisão sistemática. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 2021, v. 55, n. 2, p. 414-437. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0034-761220190168>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

LANIER, Jaron. **Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais**. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. E-book.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da Administração Pública no Brasil: anotações críticas. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 125-143, abr./jun., 2005. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/457/422>. Acesso em: 12 dez. 2021.

LEAL, Rogério Gesta. Efeitos predatórios da corrupção no mercado e na sociedade civil: alguns indicadores. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo horizonte, v. 116, p. 467-496, jan./jun. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Estado, democracia e corrupção: equações complexas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 91-106, jan./abr. 2019.

LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa e o dever de correspondência dos agentes públicos em face das responsabilidades jurídicas consectárias. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 53, p. 75-103, jul./set. 2013.

LOPES, José Mouraz. **O espectro da corrupção**. Coimbra: Almedina, 2011.

LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. O dolo específico e as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação: análise do julgado Inq. 3.962/DF. **Revista**

de Direito Administrativo e Infraestrutura, São Paulo, v. 8, p. 333-342, jan./mar. 2019.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.

MAGRON, Antonio Hideraldo. Sistema de videomonitoramento de segurança urbana: Uma solução para os municípios de pequeno e médio portes. **Revista Competitividade e Sustentabilidade**, Cascavel, v. 7, n. 2, p. 387–398, 2020. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/comsus/article/view/21074>. Acesso em: 19 dez. 2022.

MALLÉN, Beatriz Tomás. **El derecho fundamental a una buena administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

MARRARA, Thiago. Atos de improbidade: como a lei nº 14.230/2021 modificou os tipos infrativos da LIA? **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 10, n. 1, p. 162-178, 2023. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v10i1p162-178. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/203670>. Acesso em: 13 fev. 2023.

MARRARA, Thiago. Dos impedimentos e da suspeição. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**: lei 9.784/1999 comentada. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 229-264.

MARRARA, Thiago. **Manual de direito administrativo**: fundamentos, fontes, princípios, organização e agentes. Indaiatuba: Foco, 2022. v. 1.

MARSHALL, T. H. Citizenship and Social Class. *In*: MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. **Citizenship and Social Class**. London: Pluto Press, 1992. p. 1-52.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. 5.tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

MERTON, Robert K. **Social theory and social structure**. 3.ed. New York: Free Press, 1968.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

MIRANDA, Jorge. O provedor de justiça: garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função? *In*: PROVIDORIA DE JUSTIÇA. **Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes**. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2002. p. 43-51.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do serviço público**, Brasília, v. 51, n. 2, p. 105-119, abr./jun. 2000. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>. Acesso em: 12 dez. 2022.

MONETTE, Pierre-Yves. A Boa Governança ao Serviço do Desenvolvimento Duradouro. *In*: PROVIDORIA DE JUSTIÇA. **O Provedor de Justiça**: novos estudos. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2008. p. 207-225.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Os direitos fundamentais e a sua circunstância:** crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In:* PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 167-190.

MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 837, p. 79-105, jun. 2005.

Disponível em:

<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000185102a3b6bfeb05931&docguid=l3430f260f25111dfab6f010000000000&hitguid=l3430f260f25111dfab6f010000000000&spos=22&epos=22&td=24&context=115&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 dez. 2022.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. *In:* OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* (Org.). **Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 175-195.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política:** legislativa, administrativa, judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa - Do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, 1992. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405>. Acesso em: 27 dez. 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo:** princípios constitucionais e a Lei 9784/99. 411 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente**. Florianópolis: Conceito, 2010.

MOREIRA, Vital. As entidades administrativas independentes e o provedor de justiça. *In:* PROVIDORIA DE JUSTIÇA. **Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes**. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2002. p. 93-117.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Belo Horizonte, 2012.
- MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública. **Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña**, Coruña, n. 16, p. 247-273, 2012.
- NEHL, Hanns Peter. Good administration as procedural right and/or general principle? *In*: Herwig C.H. Hofmann; Alexander H. Türk (Org.). **Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration**. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 322-351.
- NEVES, Marcelo. Teoria do direito na modernidade tardia. *In*: **Direito e Democracia**. ARGUELLO, Kátie (Org.). Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 103-114.
- NEVES, Rodrigo Santos. **Função normativa e agências reguladoras: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NEVES, Rodrigo Santos. Movimentos sociais em rede: por uma sociedade mais democrática. *In*: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **Conexões: Estado, Direito e tecnologias**. Vitória: FDV, 2020. p. 173-195.
- NEVES, Rodrigo Santos. O princípio da motivação dos atos administrativos como forma de se efetivar o direito fundamental à boa administração. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 111, vol. 1038, p. 33-49, abr. 2022.
- NEVES, Rodrigo Santos. Reforma administrativa: novos princípios e pacto federativo. *In*: NEVES, Rodrigo Santos; CYRINO, Rodrigo Reis; GALVÊAS, Thiago Albani de Oliveira (Coord.). **Direito administrativo: novos paradigmas, tendências e realidade**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021. p. 167-193.
- NEVES, Rodrigo Santos; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Dever de vacinação para o combate à pandemia da Covid-19. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 110, vol. 1033, p. 121-136, nov. 2021a.
- NEVES, Rodrigo Santos; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Dever fundamental de fiscalizar a Administração Pública? Análise a partir da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 110, vol. 1028, p. 159-180, jun. 2021b.
- NIETO-GARRIDO, Eva; DELGADO, Isaac Martín. **European Administrative Law in the Constitutional Treaty**. Portland: Hart Publishing, 2007.
- NOHARA, Irene Patrícia D. **Direito Administrativo**. 11.ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book.
- NOHARA, Irene Patrícia. Da anulação, revogação e convalidação. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/1999 comentada**. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 423-442.
- NOHARA, Irene Patrícia. Da motivação. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 399-416.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos estudos**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, out. 1991.

OESTREICH, Gerhard. **Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali**. Trad. Gustavo Gozzi. Roma: Laterza, 2016. E-book.

OLIVEIRA, Antonio Batista da Silva; CASTRO JUNIOR, Joel de Lima Pereira; MONTALVÃO, Sergio de Sousa. O mito da meritocracia: academicismo e falhas metodológicas nos concursos públicos brasileiros. **Revista De Administração Pública**, São Paulo, v. 56, n. 6, p. 694-720, nov./dez. 2022.
<https://doi.org/10.1590/0034-761220220150>.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Parte I – Direito material. *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual**. 9.ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book.

OLMEDA, Alberto Palomar. Derechos de los ciudadanos y de los interesados en sus relaciones con la Administración. **Revista Española de Control Externo**, Madrid, v. 18, n. 54, p. 77-112, set. 2016.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Trad. Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. E-book.

OSIPOV, Vladimir S.; SKRYL, Tatiana V.; BLINOVA, Ekaterina A.; KOSOV, Michael E. Dysfunctions of Public Administration System: Analysis of Institutional Reforms. **International Review of Management and Marketing**, Istanbul, v. 7, n. 2, p. 123-129, 2017. Disponível em:
<https://www.econjournals.com/index.php/irmm/article/view/3498>. Acesso em: 14 jun. 2022.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2013. v. 1.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020.

PAMPLONA, Danielle Anne; VILLATORE, Marco Antônio César; TERRA, Claudine Aparecido; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. Direitos fundamentais, garantias constitucionais e políticas públicas de educação: classes hospitalares como políticas públicas de inclusão. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 21, n. 1, p. 107-138, 2020. DOI: 10.18759/rdgf.v21i1.1383. Disponível em:
<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1383>. Acesso em: 30 jun. 2023.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021a.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Contratação pública sustentável: em busca de parâmetros socioambientais nos contratos da administração pública. In: NEVES, Rodrigo Santos; CYRINO, Rodrigo Reis; GALVÊAS, Thiago Albani de Oliveira (Coord.). **Direito administrativo: novos paradigmas, tendências e realidade**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021b, p. 381-408.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Solidariedade e deveres fundamentais da pessoa humana. In: GALUPPO, Marcelo et al. (Coord.). **Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies**: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie. Belo Horizonte : Initia Via, 2015. p. 1133-1148.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Comentários ao art. 5º. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 1. p. 68-147.

PEDRA, Anderson; MONTEIRO, Rodrigo. **Improbidade administrativa**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Furto de uso. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 81, v. 682, p. 296-298, ago. 1992.

PEÑA, Carlos Rosano. Um modelo de avaliação da eficiência da administração pública através do método análise envoltória de dados (DEA). **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba. v. 12, n. 1, p. 83-106, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1415-65552008000100005>. Acesso em: 13 dez. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. São Paulo: Grupo GEN, 2022. v. 1. E-book.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PEREZ, Miriam Azevedo Hernandez. A eficácia do princípio da eficiência no Brasil como instrumento garantidor da igualdade material. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 865, p. 85-107, nov. 2007. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000185102a3b6bfeb05931&docguid=l5f5912b0f25111dfab6f01000000000&hitguid=l5f5912b0f25111dfab6f010000000000&spos=18&epos=18&td=24&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 dez. 2021.

PIEIDADE, Antonio Sérgio Cordeiro; SOUZA, Renee do Ó; SANTIN, Valter Foletto. Sinais de direito fundamental a uma boa administração no Brasil. **Em tempo**, Marília, v. 17, p. 11-36, 2018.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

PIRAINO, Salvatore. Il fatto nella motivazione dell'atto amministrativo. **Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente**, Palermo, v. 11, p. 41-52, 2013.

PONCE SOLÉ, Juli. Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero. **Gestión y Análisis de Políticas Públicas**, Madrid, n. 11, p. 23-42, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281531271002>. Acesso em 07 mar. 2023.

PRATS CATALÀ, Joan. La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración. **Cuadernos de Derecho Público**, Madrid, n. 31, p. 13-29, maio/ago. 2007. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/811>. Acesso em: 28 mar. 2023.

PROVEDOR DE JUSTIÇA EUROPEU. **Panorâmica das respostas à consulta pública do Provedor de Justiça Europeu sobre a transparência e a participação na tomada de decisões da UE relacionadas com o ambiente**, 19 abr. 2023. Disponível em: https://www.ombudsman.europa.eu/pt/document/pt/168767#_ftn7. Acesso em: 01 maio 2023.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 6.ed. reimp. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. On the concept of function in social science. **American Anthropologist**, Arlington, v. 37, n. 3, p. 394-402, 1935, Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/661962>. Acesso em 14 jun. 2022.

RAWLS, John. **Um a teoria da justiça**. Trad. Almito Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REBÊLO, Felipe Cesar José Matos. Crise Financeira de 2008: a intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, p. 69-79, 2010.

REIS, Fábio Wanderley *et al.* Corrupção. **Novos estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 60, p. 3-25, jun. 2001.

REUTERS. Tiktok x governo americano: empresa chinesa congela contratações que ajudariam a chegar a um acordo com equipe de Biden. **InfoMoney**, São Paulo. 9 jan. 2023. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/tiktok-x-governo-americano-empresa-chinesa-congela-contratacoes-que-ajudariam-a-chegar-a-um-acordo-com-equipe-de-biden/>. Acesso em: 03 maio 2023.

RIBEIRO, António Sequeira. Do Provedor de Justiça Europeu: algumas considerações. In: VARELA, Antunes et al. (Org.). **Ab uno ad omnes - 75 anos da Coimbra editora: 1920-1995**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 1227-1266.

RIPERT, Georges. **Les forces creatrices du Droit**. 2.ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955.

ROBALLO-LOZANO, J. Organización administrativa necesaria para lograr el estado social de derecho. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 4, n. 1, p. 163-200, 2010. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/213>. Acesso em: 11 nov. 2022.

- ROBERTS, Robert N. Ethical Competence for Public Service Lawyers. *In*: COOPER, Terry L.; MENZEL, Donald C. (Org.). **Achieving Ethical Competence for Public Service Leadership**. New York: Routledge, 2013. E-book.
- RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà: un'utopia necessaria**. Roma: Laterza, 2015. E-book.
- RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español. **Frónesis**, Islas Galápagos, v. 9, n. 1, p. 29-56, 2002.
- RODRÍGUEZ, Juan Carlos. La evolución y las implicaciones políticas de la identidad europea. *In*: PÉREZ-DÍAZ, Víctor; RODRÍGUEZ, Juan Carlos; MEZO, Josu (Org.). **Construcción europea, identidades y medios de comunicación**. Madrid: Funcas, 2018. p. 53-165.
- RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Trad. Nuno Ferreira Fonseca. Lisboa: Presença, 1994.
- ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. *In*: MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade Administrativa: Temas Atuais e Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book. p. 225-239.
- ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Madamentos, 2003.
- ROZA, Bartira de Aguiar. Turismo e tráfico de órgãos para transplante: aspectos conceituais e implicações na prática. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 25, n. 6, p. I-II, 2012.
- RUGGIERO, Roberto de. **Instituciones de derecho civil**. Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Reus, 1929. v. 1.
- RUIZ, Alicia E. C. La realización de los derechos sociales en un Estado de derecho. *In*: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* (Org.). **Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 41-48.
- RYAN, Fergus; FRITZ, Audrey; IMPIOMBATO, Daria. TikTok Privacy Concerns and Data Collection. **TikTok and WeChat: Curating and Controlling Global Information Flows**. Australian Strategic Policy Institute, 2020. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/resrep26120.7>. Acesso em: 03 maio 2023.
- SADDY, André. **Curso de direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. v. 1.
- SÁNCHEZ, Pascual Sala. Reflexiones puntuales sobre algunos aspectos de las nuevas Leyes de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público. **Revista Española de Control Externo**, Madrid, v. 18, n. 54, p. 13-37, set. 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 39-82.

SANTOS, Laís Silveira. Dilemas morais da gestão pública brasileira no enfrentamento da pandemia do novo coronavírus. **Revista de Administração Pública**, v. 54, n. 4, p. 909-922, jul. 2020.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARTORI, Giovanni. **Teoria da democracia revisitada**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Participação popular na Administração Pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MEDEIROS, Clayton de Medeiros. A controlabilidade dos atos de fomento. *In*: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson. (Org.). **O direito administrativo do pós-crise**. Curitiba: Íthala, 2021, p. 10-36.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Trad. Mariano Bacigalupo. Madrid, Barcelona: INAP, Marcial Pons, 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Trad. Francisco Ayala. 2.reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1982.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Alfred A. Knopf, 2000.

SEN, Amartya. **On ethics & economics**. Malden: Blackwell, 2004.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Trad. Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SILVA, Adriana Campos; MORAES, Ricardo Manoel de Oliveira. Governo representativo e crise do direito democrático: A confusão entre “democrático” e o “eleitoral”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 120, p. 13-53, jan./jun. 2020.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 3.tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSOLEN, André Vinícius. Governança do Estado e o direito (dever) à boa administração pública: a regra da observância aos preceitos constitucionais. **Revista Argumentum**, Marília, v. 18, n. 3, p. 665-678, set.-dez. 2017.

SMEND, Rudolf. Ciudadano y burgues en el derecho político alemán. *In*: SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985a. p. 247-268.

SMEND, Rudolf. Constitución y derecho constitucional. *In*: SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985b. p. 37-245.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Indianapolis: Liberty Fund.: 1981. v. 1.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. A. Democracia e comunicação entre governo e povo: o princípio da impessoalidade na produção de propaganda do governo. **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, v. 6, n. 2, p. 38-50, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://revistas.unoeste.br/index.php/ch/article/view/566>. Acesso em: 24 dez. 2022.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Pragmatismo e consequencialismo jurídico em tempos de Coronavírus: exame do art. 20 da Lei nº 13.655/2018 e alguns reflexos na gestão e controle públicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 122, p. 53-96, jul./ago. 2020.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STARCK, Christian. **Ensaio constitucionais**. Trad. Carlos Eduardo Leite Nunes; Claudia Giselle Rósimo Duarte; Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Maria Pulcheria Amaral Graziani. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

STEINER, Renata C. Solidariedade e deveres fundamentais. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 286-301.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e teoria geral do Estado**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. E-book.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Comentário ao art. 3º. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book. p. 149-154.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS. New York: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2015. Disponível em: <https://www.undp.org/sustainable-development-goals>. Acesso em: 10 dez. 2021.

THORSTENSEN, Vera; et al. Brasil na OCDE: **Compras Públicas**. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2021. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47061/1/S2100424_pt.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

TOURINHO, Rita. Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa: impactos trazidos pela Lei 14.230/2021. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**, São Paulo, n. 25, a. 7, p. 157-193, abr./jun. 2023. DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.25.tourinho>]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=>

i0ad6290300000189321f31351cf75b26&docguid=le326aae0efb311edb68fe71ec2f46d34&hitguid=le326aae0efb311edb68fe71ec2f46d34&spos=2&epos=2&td=120&cont ext=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 07.07.2023.

TRIDIMAS, Takis. The general principles of EU law and the europeanisation of national laws. **Review of european administrative law**, Paris, vol. 13, n. 2, p. 5-31, jun. 2020.

UBIRAJARA FILHO, Costódio. A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 27, p. 209-217, abr./jun. 1999. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc5000001851021ed77347c1eb8&docguid=l6c37ea70f25511dfab6f010000000000&hitguid=l6c37ea70f25511dfab6f010000000000&spos=6&epos=6&td=17&cont ext=51&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> #. Acesso em: 10 dez. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **25 anos do Provedor de Justiça Europeu**, 2020. Disponível em: <https://www.ombudsman.europa.eu/webpub/25years/pt/index.html>. Acesso em 30 abr. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**, 18 dez. 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 05 jun. 2019.

URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1862. t.1.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. 2010. 254 f. Tese (Pós-Doutorado em Administração) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VENTURA, Carla Aparecida Arena *et al.* Cultura participativa: um processo de construção de cidadania no Brasil. **Interface**, Botucatu, v. 21, n. 63, p. 907-920, dez. 2017.

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 2019.

VIANNA Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. República e civilização brasileira. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 5, n. 8, p. 7-33, 2008. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/830>. Acesso em: 15 jun. 2023.

VIANNA, Luiz Werneck. A crise e a realidade política. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 23, n. 67, p. 47-56, 2009. doi:10.1590/S0103-40142009000300005.

VIANNA, Luiz Werneck. Caminhos e descaminhos da revolução passiva à brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 3, p. 377-92, 1996. doi: 10.1590/S0011-52581996000300004.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado: a regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007.

WELGE, Tatiana Michele Marazzi. **Moralidade administrativa**: o agente público na democracia do novo milênio. 241 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

WITTE, Bruno de. The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue? **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Maastricht, v. 8, n. 1, p. 81-89, mar. 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 10.ed. Madrid: Trotta, 2011.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo da vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. E-book.