

ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

**GOVERNANÇA PÚBLICA NA ADMINISTRAÇÃO
CONTEMPORÂNEA**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

**GOVERNANÇA PÚBLICA NA ADMINISTRAÇÃO
CONTEMPORÂNEA**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da
Governança pública na administração contemporânea /
Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho ; orientador
Vitor Rhein Schirato -- São Paulo, 2017.
330

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2017.

1. Governança. 2. Função Administrativa. 3.
Legalidade. 4. Eficiência. I. Schirato, Vitor Rhein
, orient. II. Título.

Nome: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da.

Título: Governança pública na administração contemporânea.

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Finalizado nosso estudo cabe agradecer a todos que contribuíram para que a presente tese ganhasse corpo.

No curso desses últimos três anos, que na verdade foram uma continuação de uma etapa de formação que se iniciou no ano de 2010, em que ingressamos no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no nível de Mestrado, sob a orientação da professora Odete Medauar, recebemos tantas influências e colaborações para o amadurecimento de nossas ideias que nomeá-las de modo exaustivo revela-se impossível.

De qualquer modo, alguns agradecimentos em particular se fazem necessários, em especial considerando aqueles que importunamos mais insistentemente no período, seja para testar nossas inquietações, seja na busca de referências bibliográficas, seja para pedir revisão do quanto escrito.

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, agradeço ao professor Vitor Rhein Schirato pela confiança depositada no projeto e no estudante. Em tempos em que o acesso às fontes de informação sobre os temas pesquisados é praticamente inesgotável, o seu papel para nos conduzir a um resultado útil foi simplesmente imprescindível.

Agradeço também, sempre, a professora Odete Medauar, sem quem essa trajetória não teria começado e cujo amor pelo ensino e disposição para o debate de ideias são fontes preciosas de inspiração.

Agradeço aos professores José Maurício Conti e Floriano Azevedo Marques Neto pelas importantes contribuições feitas ao nosso projeto quando do exame de qualificação.

Agradeço aos professores Fernando Dias Menezes de Almeida e Nina Ranieri pela oportunidade que nos foi dada de estabelecer preciosos contatos acadêmicos com o corpo docente e discente da Universidade de Lyon 3.

Obrigado a professora Caroline Chamard-Heim, da Universidade de Lyon 3 – Jean Moulin, pelo apoio às nossas incursões acadêmicas em tal instituição (anos 2014, 2015 e 2016), bem como aos doutorandos Christophe Testard e Emilie Barbin com toda ajuda na pesquisa de bibliografia necessária para este estudo.

Quanto à bibliografia recebemos ainda numerosos socorros. Ainda que sob pena de cometer alguma injustiça quanto a omissões, gostaríamos de agradecer em especial os

professores Luis Manuel Fonseca Pires e Marcos Perez, bem como aos amigos Alexandra Fuchs de Araújo, Rafael Hamze Issa, Bruno Grego Santos.

Agradeço também aos professores Gustavo Justino de Oliveira e Diogo Coutinho pela possibilidade de participar das reuniões dos grupos de estudos mantidos no âmbito da FADUSP (NEPAD e GDPP, respectivamente), sede em que pude apreender bastante sobre a questão da participação popular no processo de tomada de decisão da Administração, o que teve importante reflexo no tópico que desenvolvemos a respeito nesta tese.

Pela convivência e ricas discussões junto ao CEDAU, agradeço novamente a professora Odete Medauar e o professor Vitor Rhein Schirato, em cujos nomes ofereço minha gratidão aos respectivos integrantes, com os quais testei muitas das ideias presentes neste estudo antes de coloca-las no papel.

Agradeço aos integrantes do Núcleo de Estudos de Direito Urbanístico da Escola Paulista da Magistratura – NEDU, em nome de Cynthia Thomé e Ricardo Torres Cintra de Carvalho, pela mesma oportunidade que tive (e tenho) junto ao CEDAU de compartilhar minhas angústias e ensaiar provocações.

No que se refere à revisão deste trabalho agradeço em especial Letícia Mayumi H. Fogaça, Camila Mutuo Nagahama, Guilherme F. Dias Reisdorfer, Guilherme Ribas e Abrahan Lincon Dorea Silva.

Pela ajuda nas traduções dos textos em alemão, a professora Susanne Bartsch.

Pela ajuda nas traduções de termos técnicos na língua inglesa, a Claudine Koide e Celso Azerbajani Contin.

Pelas conversas demoradas sobre módulos de atuação consensual na função administrativa, problemas de nossa burocracia e filosofia do Direito, a Juliana Bonacorsi de Palma, Rafael Hamze Issa e Aline Bertolin, pela ordem.

A Luís Antônio Carvalho Fúncia pelo material relativo à atividade de controle realizada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Por último mas não menos importante, agradeço aos serviços da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (em nome de Antônio Carlos), da Biblioteca da Faculdade de Direito da USP (em nome de Aurélio) e da Faculdade de Lyon 3 -Jean Moulin por toda ajuda na pesquisa de material sem o qual não teria chegado ao mesmo resultado.

RESUMO

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Governança pública na administração contemporânea*. 2017. 332 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

O presente trabalho versa sobre a função administrativa, sobre seu exercício real e ideal.

Nosso objeto de investigação é identificar os pressupostos e instrumentos de um agir eficiente de toda a atividade da Administração Pública.

Embora nos pareça um contrassenso uma organização e desenvolvimento das funções de Estado que não aspire ao agir eficiente (eis, aí, o ideal), não só a prática como a própria definição do que seria a boa condução dos afazeres públicos desafia os profissionais do direito.

Pretendendo contribuir para um melhor encaminhamento dessas questões, propomos um modelo jurídico dos pressupostos e instrumentos de uma atuação governamental comprometida com o uso racional dos recursos de que dispõe, ao que denominamos governança pública.

Nosso propósito, desta feita, envolve a reflexão sobre o que é indispensável para que haja o desempenho adequado das competências estatais, entendida esta adequação como uma conformidade destas com sua própria razão de ser, a saber: a tutela de direitos dos cidadãos.

Em um segundo momento nos debruçaremos sobre institutos que podem potencializar os resultados perseguidos pela ação da Administração, sobretudo a ação consensual e o processo decisório racional e aberto à participação popular.

Palavras-chave: Governança. Função Administrativa. Legalidade. Eficiência.

ABSTRACT

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Governance in the contemporary public administration*. 2017. 332 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

This work explores the actual and the ideal exercise of the public administration.

Our goal in this study is to identify what are the principles [grounds] and the tools for efficiently acting in the several roles pertaining to the Public Administration.

Although it seems to us contradictory to conceive an organization and a development of the State' services which do not aspire to be efficient (that is the ideal), not only the practice of but also the perception of what would be an appropriate management of public affairs challenge law practitioners.

Intending to contribute to a better approach of these issues, we propose a legal model of the assumptions and instruments of a governmental action committed to the rational use of the resources at its disposal.

This legal framework we call PUBLIC GOVERNANCE.

In this vein, our project involves a reflection on what is paramount for the adequate performance of public competencies, being this adequacy understood as a conformity of public services with their own purpose of existence, namely: the protection of citizens' rights.

In addition, we will concentrate on the legal institutes that can enhance the results pursued by the public administration, especially the consensual action and the rational decision-making process open to popular participation.

Keywords: Governance. Public Service. Performance. Legal Framework.

ZUSAMMENHANG

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Öffentliche governance in der zeitgenössischen verwaltung*. 2017. 332 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

Bei dieser, hier gegenwärtigen Arbeit geht es um die Verwaltungsfunktion, in Hinsichtnahme eines realen und - idealgelenkten Ausübens.

Die Forschungsabsicht ist, Voraussetzungen und Instrumente der leistungsfähigen und wirksamen Verwaltung zu identifizieren.

Obwohl es als unsinig erscheinen könnte, eine Einrichtung und eine Entwicklung der Verwaltungstätigkeit, die nicht die Effizienzstaatshandlung anstreben wollen, sind die Amtspraxis und die eigene Definition einer geeigneten Steuerung öffentlicher Verpflichtungen eine Herausforderung für die Rechtsexperten.

Es liegt mir daran, zu einem besseren Weg gegenüber bzgl. offener Fragen beitragen zu wollen, und aus diesem Grunde schlage ich ein juristisches Modell der Voraussetzungen und Instrumente eines Regierungsmittels vor, das rationelle Nutzung öffentlicher Vermögen anlegt.

Dieses Modell bezeichne ich GOVERNANCE.

Innerhalb meiner Absicht geht es darum, zum Nachdenken zu bringen, was als unverzichtbar gilt, um die Anpassungserfüllung staatlicher Kompetenzen zu verwirklichen, und diese Anpassung als Solche zu verstehen sei, dass es zu einer Konformität innerhalb ihres wahrsten Sinnes führt, nämlich: " Zum Schutze und Rechte der Staatsbürger".

Im einem nächsten Moment gehe ich auf Anstalten zu, die die Verwaltungsfähigkeit erleichtern, die verfolgten Ergebnisse in Wirklichkeit umzusetzen, insbesondere ein einvernehmliches Handeln gegenüber eines rationellen Entscheidungsverfahrens, das die öffentlichen Beteidigung erlaubt.

Schlüsselwörter: Gouvernance. Verwaltungsfunktion. Effizienzstaatshandlung. Juristisches Modell

ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AGU – Advogado Geral da União
AP – Administração Pública
CGU – Controladoria Geral da União
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPA – Código de Processo Administrativo
CPC – Código de Processo Civil
CR – Constituição da República
CTB – Código de Trânsito Brasileiro
DL – Decreto-Lei
EC – Emenda Constitucional
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano
IP – Inquérito Policial
LAI – Lei de Acesso à Informação
LIA – Lei de Improbidade Administrativa
LC – Lei Complementar
LPA – Lei de Processo Administrativo
LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal
MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado
MP – Medida Provisória
MP – Ministério Público
PA – Processo Administrativo
PDRAE – Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UE – União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
1.1. NOÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.....	19
1.2. DOS FINS DO ESTADO E DO DIREITO – A QUESTÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO	31
1.3. COMO A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA É VISTA PELO ORDENAMENTO DE OUTROS PAÍSES?	33
1.4. GOVERNANÇA.....	58
2. DA FALSA DICOTOMIA ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA	63
2.1. DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO À LEI	63
2.1.1. DA LEI COMO MITO – ORIGEM E IMPORTÂNCIA DA IDEIA DE LEGALIDADE ESTRITA	63
2.1.1.1. DA INSUFICIÊNCIA DA LEGALIDADE ESTRITA PARA EXPLICAR/CONDICIONAR TODA A AÇÃO ESTATAL	70
2.2. DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO DIREITO.....	74
2.2.1. DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PELO JUIZ E PELO ADMINISTRADOR – SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS	77
2.3. DA NECESSÁRIA COMPATIBILIDADE ENTRE LEGALIDADE (EM SENTIDO AMPLO) E EFICIÊNCIA.....	81
3. GOVERNANÇA NO SETOR PÚBLICO	84
3.1. GOVERNANÇA NO SETOR PÚBLICO – MÉTODO DE GESTÃO – PREOCUPAÇÃO COM O RESULTADO DA AÇÃO ADMINISTRATIVA	84
3.1.1. GOVERNANÇA – PRESSUPOSTOS	85
3.1.1.1. DO RESPEITO AO CIDADÃO E DA VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS.....	85
3.1.1.1.1. DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	95
3.1.1.1.2. DO ESTADO COMO ESPAÇO DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA.....	96
3.1.1.2. DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO A SUAS PRÓPRIAS REGRAS E PRECEDENTES.....	99
3.1.1.2.1. DO DEVER DE VINCULAÇÃO A ATOS NORMATIVOS	101
3.1.1.2.2. DO DEVER DE VINCULAÇÃO A PRECEDENTES	102
3.1.1.3. DA VEDAÇÃO DO AGIR INSUFICIENTE OU EXCESSIVO – DO DEVER DE PROPORCIONALIDADE.....	108

3.1.1.4.	DA NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE ÓRGÃOS PÚBLICOS COM ATRIBUIÇÕES COMPLEMENTARES/CONCORRENTES E DE HARMONIA NA RESPECTIVA ATUAÇÃO	110
3.1.1.5.	REPÚBLICA – DO DEVER DE PRESTAR CONTAS.....	118
3.1.1.5.1.	TRANSPARÊNCIA.....	119
3.1.1.5.1.1.	LEI Nº 12.527/2011 – INSTRUMENTALIDADE E PROPORCIONALIDADE.	122
3.1.1.5.2.	MOTIVAÇÃO	124
3.1.1.5.3.	ACCOUNTABILITY	130
3.1.1.5.4.	RESPONSIVIDADE.....	135
3.1.2.	GOVERNANÇA – INSTRUMENTOS	137
3.1.2.1.	PROCESSO	138
3.1.2.2.	CONSENSUALIDADE.....	161
3.1.2.3.	PARTICIPAÇÃO POPULAR	189
3.1.2.3.1.	POTENCIALIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA UMA MELHOR AÇÃO ESTATAL.....	201
3.1.2.3.2.	CUSTOS E RISCOS DA ABERTURA DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO ESTATAL À PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	208
3.1.2.3.3.	DESENHO INSTITUCIONAL E MITIGAÇÃO DE RISCOS	213
3.1.2.4.	CONTROLE	226
4.	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.....	245
4.1.	APONTAMENTOS SOBRE A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA NOSSA BUROCRACIA	245
4.2.	BUROCRACIA BRASILEIRA HOJE	260
4.2.1.	DESAFIOS À GOVERNANÇA NO SETOR PÚBLICO BRASILEIRO	261
4.2.1.1.	DESAFIOS À GOVERNANÇA QUANTO AOS SEUS PRESSUPOSTOS E INSTRUMENTOS.....	262
	CONCLUSÃO.....	287
	BIBLIOGRAFIA.....	291

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende aprofundar o questionamento acerca do perfil contemporâneo da Administração Pública.

Na era da informação, o que se observa é uma crítica cada vez mais intensa formulada pelos cidadãos quanto ao modo pelo qual se realizam as funções públicas.

Embora as eleições periódicas e livres continuem a ser o ponto alto de qualquer democracia, os representantes do povo não se isentam do dever de prestar contas no desempenho de seus mandatos.

A legitimidade do governo eleito exige mais que o voto recebido das urnas.

Há uma progressiva preocupação com a forma pela qual o poder é exercido, num contexto em que o cidadão passa a reclamar voz não só quanto à qualidade dos serviços públicos que lhe são prestados, como também acerca da formulação de outras ações governamentais potencialmente lesivas aos seus interesses.

Se a burocracia estatal, pensada como maneira de promoção de uma ação administrativa pautada na impessoalidade da lei, já vinha se mostrando insuficiente para lidar com as velhas demandas dos membros de uma comunidade, os novos desafios enfrentados pelos gestores públicos exigem uma séria reflexão sobre os mecanismos previstos para o agir do Executivo.

Os procedimentos legalmente estabelecidos para o desempenho da função pública sempre foram objeto de análise criteriosa por parte da doutrina, o que influenciou uma série de reformas tendentes à simplificação/dinamização de algumas práticas, do que é exemplo o advento de regimes especiais de licitação.

A inoperância da intervenção do Estado em certos setores culminou em um processo de privatização, visto como saída tanto para a melhoria da prestação de serviços, como para o saneamento das contas públicas.

A organização política, por sua vez, é chamada a atuar em áreas diversas daquelas que tradicionalmente compunham seu campo de ação.

Além de preservar a saúde, a tranquilidade e a segurança das pessoas, o Estado passa a ser tido como um garantidor do bem estar de seus habitantes, o que inclui a necessidade de zelar pelo mercado e de desenvolver políticas econômicas e sociais em favor da sociedade.

Neste panorama, a partir de uma visão crítica da ação administrativa tal como ela se desenvolve hoje em nosso país, proporemos pressupostos e instrumentos de um processo de tomada de decisão pública que contribua para que nossa organização política produza efeitos no mundo fenomênico tendentes a assegurar o melhor atendimento possível às necessidades do ser humano.

No primeiro capítulo, discorreremos sobre qual o sentido jurídico possível a ser conferido ao **princípio da eficiência** previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, bem como acerca do enfrentamento de matéria pelo ordenamento de outros países.

Ainda nesta etapa será feita uma abordagem preliminar sobre o conceito de **governança**, investigando-se elementos comuns que lhe são atribuídos pela doutrina nacional e alienígena.

No segundo capítulo, analisaremos como a leitura que os agentes do Estado fazem do **princípio da legalidade** pode influenciar no bom desempenho das missões públicas, buscando desmistificar a forma como este ainda é compreendido por relevante parte da doutrina e integrantes do funcionalismo estatal.

Em especial trataremos da insuficiência da lei parlamentar como pauta para o agir administrativo, razão pela qual esta deve se coadunar com outras fontes do Direito a fim de que seu destinatário, em um exercício de hermenêutica atento às finalidades do quadro normativo existente, possa dele extrair um significado de *dever* ou de *poder ser* compatível com o **princípio da eficiência**, introduzido na nossa ordem constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

No terceiro capítulo, proporemos elementos que entendemos necessários para a construção de uma **governança pública**, compreendida esta como uma técnica de gestão efetivamente comprometida com o uso racional dos escassos recursos postos à disposição dos agentes estatais para satisfação de pautas de interesse geral.

Como pressupostos do modelo teórico sugerido destacaremos: 1) a **insustentabilidade** de a Administração adotar **comportamentos contraditórios** perante o particular; 2) a vinculação da Administração às suas próprias regras e precedentes; 3) o dever de um **agir proporcional**, atento ao uso racional dos recursos disponíveis e que evite prejuízos desnecessários à satisfação de finalidades públicas; 4) a premência quanto ao estabelecimento de **canais de diálogo** permanentes entre órgãos públicos com atribuições complementares/concorrentes como condição para o seu bom desempenho em prol da população; e 5) o dever de prestar contas inerente ao exercício de função pública.

No que diz respeito ao **dever de prestar contas** a cargo das autoridades, desdobraremos nossa análise em quatro vetores que nos parecem essenciais para uma gestão pública eficiente, o que implica, nunca é demais lembrar, o respeito aos direitos e expectativas legítimas do cidadão: 1) transparência; 2) motivação; 3) accountability e 4) responsividade.

Em seguida, sistematizaremos o que entendemos por instrumentos indispensáveis a uma boa gestão pública na sociedade contemporânea: 1) valorização do processo de tomada de decisão, com a institucionalização do diálogo entre os atores afetados por uma ação estatal – Administração como árbitra de interesses; 2) consensualidade como alternativa à ação unilateral autorreferenciada do Poder Público; 3) uso da participação popular de modo adequado, tomando-se cuidado para evitar a tomada de pauta do Executivo por grupos minoritários bem organizados; e 4) controle da função administrativa comprometido com o resultado fim da atividade estatal.

Quanto à **processualização** da ação estatal, tem-se que esta, apesar de consagrada pela doutrina e positivada pelo legislador, ainda está distante de ser uma realidade na rotina de inúmeras repartições públicas brasileiras.

Nada obstante previsão constitucional expressa (incisos LIV e LV do art. 5º da CR), corroborada por diplomas normativos de índole legal (dentre os quais se destaca a Lei nº 9.784/99), permanece um desafio entre nós o desenvolvimento de atividades públicas com base em um iter preestabelecido, em que se ouça republicanamente os potenciais afetados por uma intervenção fundada na tutela de bens difusos e coletivos, oportunizando-lhes manifestação e eventual produção de provas antes da escolha motivada a ser feita pelo gestor.

Nos últimos anos também se verificou uma atenção crescente da doutrina pátria com um **agir estatal contratualizado**, dialogado com todos os interessados em um projeto encampado em nome do interesse público.

A visão da Administração como única e exclusiva detentora da prerrogativa de definir o que é útil e necessário para a comunidade arrefece.

É cada vez mais difícil sustentar a legitimidade de decisões unilaterais adotadas do alto de gabinetes, indiferentes a todos aqueles que serão afetados por uma dada intervenção.

Inadiável, pois, um aprofundamento da reflexão acerca das formas pelas quais o **cidadão** possa se fazer ouvido pelas autoridades e, assim, **participar da construção de escolhas** que afetarão o seu dia a dia.

Matéria que ganhou sensível relevância após os movimentos cívicos que tomaram as ruas de diversas cidades brasileiras em junho de 2013, não é mais possível ignorar a necessidade de o gestor público estabelecer canais de comunicação contínuos com a população.

As consultas aos indivíduos, além de sinal de respeito para com quem financia, com seu trabalho, todo o aparato estatal, têm potencial de se transformarem em valiosos instrumentos para esclarecimento da Administração quanto aos problemas e aspirações da comunidade.

Ouvindo as pessoas diretamente afetadas por determinada ação estatal, um governo comprometido com uma gestão eficiente pode encontrar no indivíduo uma fonte de soluções originais e econômicas para os diversos obstáculos que se colocam ao pleno desenvolvimento das funções públicas.

No que se refere ao **controle** da função administrativa, será discutida a necessidade de haver uma maior coordenação entre os diferentes órgãos responsáveis por tal tarefa, além de interação republicana entre estes e o controlado, de modo a criar-se uma sinergia favorável à atuação eficiente dos órgãos executivos.

Por fim, no capítulo 4 trataremos das características e **desafios da burocracia brasileira contemporânea** a partir do modelo teórico de governança no setor público elaborado no capítulo 3.

Inicialmente, faremos alguns apontamentos sobre a origem da nossa burocracia estatal, principais momentos de transformação de sua estrutura, até chegarmos à sua configuração atual.

Após será feito um diálogo com o capítulo anterior sobre a governança no setor público, comparando-se o modo de organização e de desenvolvimento da função administrativa hoje existente no país com o ideal preconizado ao lançarmos as bases do que seria uma Administração eficiente.

Neste contexto, pretendemos proceder a uma avaliação crítica da nossa burocracia, identificando falhas quanto ao cumprimento dos pressupostos de uma boa governança, bem como desafios quanto ao adequado manejo de seus instrumentos de otimização.

Para o cumprimento do nosso propósito nos valem de revisão bibliográfica nacional e estrangeira acerca dos pontos analisados, além de julgados dos Tribunais (e em menor medida de notícias jornalísticas).

As citações de textos de outros sistemas jurídicos foram por nós traduzidas livremente.

1. EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. NOÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Eficiência na Administração Pública é um tema que interessa ao Direito?

Essa questão, que a um leigo possa parecer simples (já que não haveria razão plausível para que o Direito fosse contrário à eficiência), no *mundo dos juristas* não recebe uma resposta tão singela.

Em especial no nosso Direito Administrativo não são poucas as vozes que viram com cautela a positivação da *eficiência* como princípio a reger a conduta dos agentes estatais¹, conceito que seria extrajurídico², a merecer preocupação da Ciência da Administração³, mas não dos estudiosos do Direito⁴.

Na tradição jurídica pátria, caudatária de especulações abstratas com pouca referência à realidade (MOREIRA NETO, 1997, p. 81; MENDONÇA, 2014; FERRAZ JR, 2015, p. 54 e ss.⁵), é como se existisse um universo das normas com vida própria, com uma

¹ As ressalvas que comumente são feitas à medida alertam para a impossibilidade de se privilegiar o princípio da eficiência administrativa em detrimento do respeito à legalidade como pauta do agir estatal (vide, por exemplo, DI PIETRO, 2007-B, p. 74/76; MOREIRA, 2010, p. 181 e ss.; NOHARA, 2012, p. 149; MELLO, 2013, p. 125/126). Como veremos no Capítulo 2 desta tese, a nosso ver tal incompatibilidade não existe.

² Ou teria *raízes não jurídicas*, como aponta Onofre Alves BATISTA JÚNIOR (2012, p. 91). Segundo Paulo MODESTO a definição do princípio da eficiência (assim como a de tantos outros) é tarefa da alçada dos estudiosos do Direito. Em suas palavras: “o termo ‘eficiência’ não é privativo de ciência alguma; é um termo da língua natural, apropriado pelo legislador em sua aceção comum ou com sentido técnico próprio. São os juristas, como agentes ativos no processo de construção do sentido dos signos jurídicos, os responsáveis diretos pela exploração do conteúdo jurídico desse princípio no contexto do ordenamento jurídico nacional” (MODESTO, 2000, p. 49).

³ Confirma, a respeito da crítica, Bruno MIRAGEM (2013, p. 35/36). Tradicionalmente é conferido à Ciência da Administração um objeto de estudo mais amplo do que aquele que comumente preocupa os juristas. Sobre o ponto, Charles DEBBASCH destaca que a ciência administrativa compreende ao mesmo tempo a parte regulamentar e técnica da Administração, além do próprio Direito Administrativo, ao que se acresce os grandes Princípios da Administração e os conhecimentos acessórios que formam o administrador. Enquanto isso o Direito Administrativo teria um escopo bem mais limitado, restrito aos direitos e obrigações existentes na relação entre a Administração e os administrados (DEBBASCH, 1971, p. 10).

⁴ Egon Bockmann MOREIRA, entendendo que a introdução do princípio da eficiência em nossa Constituição representou uma importação inadequada de noção cara à Administração e à Economia ao universo jurídico, afirma: “consideramos que não há crítica positiva a ser feita no âmbito estritamente político-jurídico. É um despropósito a transposição de parâmetro da administração gerencial privada competitiva, elevando-o, sem mais, à condição de princípio constitucional típico da Administração Pública. A rigor, em termos de técnica legislativa, a positivação do princípio (da eficiência) no caput do art. 37 da Constituição foi impertinente, supérflua e irrelevante” (MOREIRA, 2010, p. 181/182). O autor ainda prossegue: “(...) não se trata de princípio jurídico, muito menos poderia ser alçado à condição de norma constitucional como máxima da Administração Pública. Não tem um vínculo estrito e imediato com o *mundo do Direito*, nem tampouco faz parte da tradição histórica das Constituições brasileiras (como se pode afirmar para os princípios da legalidade, moralidade, imparcialidade, publicidade e etc.)” (MOREIRA, 2010, p. 182)(g.n.).

⁵ O fenômeno, contudo, não é privilégio exclusivo da doutrina brasileira. Crítica a *respeito* no sistema jurídico francês pode ser encontrada, por exemplo, em Jacques CAILLOSSE, 2010, p. 26/27. No mesmo sentido é a reflexão de José Joaquim Gomes CANOTILHO acerca do descompasso entre exigências da

lógica autônoma, cujo funcionamento fosse indiferente ao seu impacto na experiência fenomênica⁶.

Embora essas provocações possam inspirar estudos mais ousados quanto à razão de ser de muitos cânones do nosso Direito⁷, no presente capítulo enfrentaremos a questão sob a ótica do Direito que trata do funcionamento da Administração Pública e das relações mantidas entre esta e os particulares.

Esse Direito pode ser insensível ao resultado de sua aplicação na realidade? Em outras palavras, não importa ao Direito eventual ineficiência no desempenho da atividade administrativa decorrente da interpretação que lhe é dada pelos agentes públicos no cumprimento das obrigações que lhes são impostas por lei?

Nossa resposta é negativa para as duas indagações, ainda que não houvesse no nosso ordenamento jurídico previsão constitucional expressa a respeito (MODESTO, 2000, p. 52; GABARDO, 2002, p. 88⁸; MONTEIRO, 2006, p. 352; FIGUEIREDO, 2006, p. 64;

realidade e o pensamento dos teóricos do Estado (o que envolve os administrativistas), em especial daqueles da Europa-continental. *“Reconhece-se que é uma velha obsessão do pensamento político, sobretudo europeu-continental, ser forte nas palavras e fraco nos atos. Preocupa-se com os conceitos e não com as soluções. Insiste nas dimensões substantivas das coisas e despreza os momentos processuais e procedimentais indispensáveis à resolução dos problemas políticos e sociais. Não raras vezes, a antecipação de esquemas políticos e totalizantes do Estado e da sociedade conduziu, como sabemos, a experiências concretas desoladoramente injustas, desumanas e ineficazes”*(CANOTILHO, 2001, p. 708).

⁶ Tércio Sampaio FERRAZ JR, em sua obra *Função Social da Dogmática Jurídica* (2015), título aliás bastante provocativo quanto à necessária reflexão acerca dos fins a que serve (ou a que deveria servir) o próprio pensamento jurídico, traz rica referência sobre a história da construção da dogmática que conhecemos, cuja apartação entre teoria e realidade teria como antecedente remoto ideias presentes na *República* de Platão (2015, p. 11 e ss.). Segundo o autor, esse evoluir, influenciado pelas necessidades de segurança jurídica e previsibilidade exigidas pelo modo de produção capitalista (2015, p. 68), caracterizou-se por um esforço doutrinário de sistematização do Direito escrito estatal a partir de formulação de conceitos genéricos e de dogmas como o da completude do sistema normativo e o da suficiência da subsunção como técnica para aplicação da lei (FERRAZ JR, 2015, p. 68 e ss.). Confirma-se a seguinte passagem da respectiva lição: *“(...) o desenvolvimento da Dogmática no século XIX, ligado à sua função social na época, passa a atribuir aos seus conceitos um caráter abstrato que permite uma emancipação das necessidades cotidianas dos interesses em jogo. Com isso, se tornou possível a neutralização dos interesses concretos na formação do próprio Direito, neutralização essa já exigida politicamente pela separação dos poderes e pela autonomia do poder judiciário”*(FERRAZ JR, 2015, p. 72). Especificamente no que se refere à crítica sobre a suposta “não juridicidade” da ideia de eficiência no exercício da função administrativa, confirma-se passagem da reflexão de Emerson GABARDO: *“(...) afirmar que a eficiência é princípio econômico ou de outra ciência qualquer e, portanto, metajurídico, é um erro lógico. Qual princípio é ontologicamente jurídico? Talvez somente o da legalidade. O princípio democrático é essencialmente político; o da moralidade, ético; o da justiça, sociológico (...)”*(GABARDO, 2012, p. 347). Defendendo, no âmbito de uma *reforma administrativa que ainda não veio*, a necessidade de uma maior abertura do Direito Administrativo aos outros ramos do conhecimento e, em especial, à experiência prática, ver Vanice Regina Lírio do VALLE (2009, p. 129 e ss.).

⁷ Em especial no que se refere ao nosso Direito Processual, cuja sofisticação da linguagem e argumentação costumam autorizar decisões terminativas de lides independentemente da justiça do julgamento proferido.

⁸ Sobre o caráter implícito do *princípio da eficiência* no modelo Estado Democrático (e Social) de Direito, destacamos trecho da lição de Emerson GABARDO: *“(...) não é possível esquecer que mesmo antes de sua inclusão (no texto da Constituição de 1988), o princípio da eficiência já fazia parte do sistema constitucional, em decorrência direta do regime republicano e do Estado Social e Democrático de Direito”*(GABARDO, 2002, p. 88).

FREITAS, 2009-D, p. 9; MOREIRA NETO, 2011, p. 119; SANTIN, 2013, p. 82; GROTTI, 2015, p. 122; ISSA, 2015, p. 106; CARNAES, 2016, p. 45).

Nada obstante, a redação do art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, na forma que lhe foi prescrita pela EC nº 19/1998, não permite qualquer dúvida acerca do imperativo do agir racional a cargo da Administração:

Art. 37. A **administração pública** direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá** aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte⁹:(...)(g.n.)

O Direito existe para as pessoas e não as pessoas para o Direito (REALE, 2002/2016, p. 583).

Assumindo como verdadeira a referida máxima, toda a aplicação do Direito pelas autoridades públicas deveria ter por fio condutor a necessidade de produção de efeitos úteis na vida dos administrados, de respeito para com aqueles cuja dignidade é fundamento do nosso Estado¹⁰.

Se não bastasse a clareza do raciocínio a partir da premissa proposta, há, como vimos, comando constitucional que vincula a atuação da Administração brasileira aos ditames da *eficiência*, o que, a rigor, inclusive remonta à própria redação original da Carta de 1988, que já impunha aos órgãos de controle interno a missão de fiscalização dos resultados da atuação do Poder Público¹¹.

Sobre o ponto, vale lembrar a redação dos incisos I e II do art. 74 da CR:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de **controle interno** com a finalidade de:
I - avaliar o **cumprimento das metas** previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
II - comprovar a legalidade e **avaliar os resultados**, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e

⁹ A doutrina informa que no projeto que redundou na aprovação da EC nº 19 constava a inserção no *caput* do art. 37 da Constituição do princípio da “*qualidade do serviço prestado*”(MOREIRA, 2010, p. 180).

¹⁰ Art. 1º da CR – “A *República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político*”(g.n.).

¹¹ Afinal de contas, se o órgão de controle é encarregado de fiscalizar o cumprimento de metas e dos resultados da atuação administrativa, parece-nos evidente a obrigação, em termos jurídicos, de os servidores públicos pautarem-se pela eficiência no desempenho de suas atribuições. No Capítulo 3 desta tese teceremos considerações sobre alguns dos desafios que devem ser superados para que os controladores possam contribuir de forma mais efetiva na busca de um melhor agir estatal.

entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;(…)¹²

Perante o quadro delineado, em que o *Direito não escrito* e o *Direito escrito* impõem ao gestor a *eficiência* como norte de sua ação, pode-se dizer que esse valor seja um vetor observado no dia a dia das repartições públicas do nosso país?

Como a práxis nos balcões de atendimento dos mais diversos órgãos governamentais normalmente revela que não, justifica-se o estudo da *noção jurídica do princípio da eficiência*, para o que sua positivação no texto da Constituição, a par de uma aparente obviedade, cumpre um papel importante.

A respeito, vale menção ao pensamento de Floriano Azevedo MARQUES NETO, rejeitando a alegada inutilidade da introdução da *eficiência* como postulado expresso do agir administrativo:

É um tanto indigitado inquirar por inútil um princípio sob o argumento de que seja óbvio que ele deve ser observado, da mesma forma como parece ser disparatado dizer despicienda a inclusão no texto constitucional de um princípio, tornando-o explícito, pelo singelo fato de ele já estar implícito na Carta. Fosse assim, a referência ao princípio da legalidade no art. 37, caput, assumiria caráter de rematada ociosidade, seja porque ele já tem assento constitucional (art. 5º, II), seja porque a legalidade é estruturante do próprio ordenamento encimado pela Constituição (MARQUES NETO, 2009 - C, p. 278).

Na condição de *conceito jurídico indeterminado*, embora sua delimitação em determinados contextos possa despertar dúvidas¹³, uma primeira aproximação da ideia de

¹² Outros dispositivos constantes da redação original da Constituição que são lembrados pela doutrina como referências, ainda que implícitas, ao princípio da eficiência do agir administrativo, são os artigos 70 *caput*, 71, VII e 144, §7º da CR (MODESTO, 2000, p. 49/50; ISSA, 2015, p. 106). Destacamos o teor do art. 70 da CR, que é expresso quanto ao controle da *economicidade* da despesa pública: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”(g.n.). Antes da promulgação da Carta Cidadã, o dever de eficiência a cargo dos servidores já estava positivado no sistema jurídico nacional pelo Decreto – Lei nº 200/1967, em artigos como o 13, 25 (incisos V e VII), 26 e 100 (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 100). A alínea “a” do art. 13 mencionado prevê: “O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente: a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;(…)”(g.n.).

¹³ Rafael Hamze ISSA, discorrendo sobre as dificuldades em se conceituar o *princípio da eficiência*, aponta como obstáculo, ao lado da sua origem econômica e dos múltiplos empregos possíveis para o vocábulo, uma certa obviedade no seu significado. Sobre o último aspecto, destacamos passagem: “(…) *na medida que tal princípio abriga em si um valor que é dos mais corriqueiros na sociedade, visto que nenhuma pessoa em sã consciência atua para ser ineficiente ou cria qualquer coisa para gerar ineficiência – especialmente quando*

eficiência relacionada ao Direito Público pode ser justamente a de considerá-la como o imperativo de o agente estatal **estar atento à repercussão** que o exercício de suas competências, no cumprimento de textos normativos, terá **na realidade**.

Considerando que administrar, mais do que *aplicar a lei de ofício*¹⁴, corresponde à gestão de um patrimônio comum e à coordenação de iniciativas públicas e privadas com o propósito de promover um ambiente propício ao desenvolvimento do ser humano, tem-se que tal atividade, que pressupõe a aplicação dos comandos oriundos do Parlamento, não pode ser indiferente aos seus efeitos na vida das pessoas (destinatárias últimas de toda a ação ou omissão estatal).

De modo diverso do que um dia já se acreditou, o singelo atendimento da lei, em especial quando sua leitura se dá por perspectivas outras que a teleológica¹⁵, não é garantia de um adequado exercício da função pública¹⁶.

se trata da Administração Pública, que tutela interesses alheios -, além de ser um valor fluido, há doutrinadores que defendem a obsolescência de tal princípio”(ISSA, 2015, p. 107).

¹⁴ A título de registro sobre ideia tradicional entre nós acerca do exercício da função administrativa, vale citar a lição de Seabra FAGUNDES, no seu clássico *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, cuja primeira edição data de 1941. Nas palavras do autor: “*O Estado, uma vez constituído, realiza seus fins por meio de três funções em que se reparte sua atividade: legislação, administração e jurisdição. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrava e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão*”(FAGUNDES, 2006, p. 3). Vital MOREIRA dá notícia de que pensamento análogo (da “*administração entendida como mera execução da lei*”) também já foi prestigiado no sistema jurídico português, em especial como reflexo da concepção de Administração vigente no Estado de tipo liberal (MOREIRA, 2003, p. 39). Juarez FREITAS, dialogando com tal perspectiva de adstrição da Administração à lei, propõe que os agentes do Executivo *apliquem a Constituição de ofício*, o que no limite levaria o servidor a recusar o emprego do ato normativo parlamentar evidentemente inconstitucional. “*Não há, a rigor, discrepância com a lição clássica de Miguel Seabra Fagundes (...) no sentido de que administrar é aplicar a lei de ofício. Apenas explicita que, para além disso e de modo mais abrangente, bem administrar é aplicar a Lei Fundamental de ofício*”(FREITAS, 2014, p. 811).

¹⁵ Alexandre Santos de ARAGÃO, recusando o suposto dilema entre os princípios da legalidade e da eficiência, afirma: “*o dilema deve, a nosso ver, ser resolvido, não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização de seus elementos finalísticos. É sob esse prisma que as regras legais devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, ex vi do Princípio da Eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico*”(ARAGÃO, 2012- B, p. 377/378). O ponto será melhor desenvolvido no próximo capítulo.

¹⁶ No diagnóstico preciso feito por Agustín GORDILLO ao tratar da insuficiência do controle de legalidade para assegurar um bom desenvolvimento da atividade estatal: “*salvo uma ou outra manifestação, as sociedades latino americanas padecem por igual de uma excessiva ênfase posta de forma exclusiva no cumprimento da ordem jurídica, o que tem por efeito o relativo esquecimento de tudo o que não seja a consagração normativa, legal ou regulamentar, de um princípio. Na realidade, cumprida a Lei, existe a intuitiva convicção generalizada de que o principal tenha sido alcançado e que de algum modo o controle pode descansar*”(GORDILLO, 1981, p. 107). O autor prossegue: “*O Direito, seja comercial, penal, civil e etc., recepciona, no geral, as crenças e postulados básicos de uma sociedade civilizada e, nessa medida, é o mínimo que essa sociedade deve respeitar e fazer respeitar. Mas assim como a ninguém ocorre que em matéria de relações comerciais o principal que os comerciantes devem fazer seja o cumprimento do Código Comercial, que em matéria civil o principal que os pais devem fazer com seus filhos seja respeitar a legislação civil, assim parece também ser desfocada a questão em matéria de empresas públicas se*

Assim, se a finalidade última da organização política é o indivíduo, havendo risco de o funcionamento do aparato burocrático do Estado, mesmo cumprindo a lei (ou sob o pretexto de cumpri-la), poder redundar justamente em prejuízo ao cidadão, pela afirmação do princípio da eficiência busca-se neutralizar tal tipo de ameaça à legitimidade do exercício do poder.

A juridicização da eficiência, a partir de tal perspectiva, viria ao encontro da premência em se evitar que o próprio Direito administrativo, ou melhor, que a interpretação usual que se faz dos textos normativos que regem a atuação da Administração Pública, conduza ao emprego irracional de recursos escassos que pertencem a todos os membros da coletividade.

Essa ideia (de preocupação com o resultado na realidade decorrente da aplicação do Direito), que entendemos fundamental acerca do significado da positivação do *princípio da eficiência* em nossa Constituição, acaba, contudo, passando um tanto despercebida por diversos doutrinadores que trataram do tema¹⁷.

Se a Administração deve agir necessariamente conforme o Direito, e a busca de um resultado ótimo dessa intervenção é algo inerente a uma organização política que se pautem em uma legitimidade legal-racional, o norte da eficiência no dia a dia das repartições públicas justificaria, a nosso ver, uma maior atenção dos nossos pesquisadores¹⁸.

Isso sobretudo considerando que uma boa parte das ações e omissões ruinosas atribuídas aos nossos gestores do bem comum é defendida como uma decorrência do dever de respeito ao princípio da legalidade, supostamente incompatível com um exercício de

colocamos o cumprimento das leis por estas como um dos objetivos básicos do controle (...)"(GORDILLO, 1981, p. 107). Acreditamos que a crítica feita pelo professor, embora tendo como mote a atividade das empresas estatais, é pertinente (e atual) quanto ao exercício de toda a função pública.

¹⁷ Apesar de boa parte da doutrina não dar relevo ao aspecto do *princípio da eficiência* que ora buscamos enfatizar no corpo do texto, tanto não se passa com Alexandre Santos de ARAGÃO, que, sobre o ponto, é preciso: "*Há, ao longo dos países e das épocas, uma série de correntes e métodos interpretativos que sustentam que as consequências devem ser um importante fator a ser considerado ao se tomar decisões jurídicas. Na verdade, há quase sempre mais de uma interpretação plausível. O que entendemos é que, tendencialmente, deve ser adotada a que, entre elas, melhor resultados realizar do ponto de vista dos objetivos visados pelo ordenamento jurídico para a situação que estiver sendo julgada. Adotamos, assim, um "sincretismo metodológico", empregando diversos pensamentos que tem como vetor comum o fato de prestigiarem os resultados práticos na aplicação do Direito*"(ARAGÃO, 2009, p. 296).

¹⁸ Segundo Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, em sua obra *O Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa* (2012), "*a doutrina administrativa brasileira pouca ou nenhuma atenção conferiu ao estudo do PE (princípio da eficiência). Algumas vezes, a questão mereceu abordagens soltas e isoladas, que afastam a possibilidade de uma maior relevância da ideia jurídica da eficiência*"(BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 100). O autor, assim, repete o diagnóstico feito a respeito dez anos antes por Paulo MODESTO: "*É certo que o princípio da eficiência ressentiu-se ainda de uma limitada consideração na doutrina especializada*"(MODESTO, 2000, p. 53).

poder atento às suas consequências na realidade (melhor desenvolvimento do ponto no Capítulo 2 *infra*).

Como já dissemos linhas acima (e ainda o diremos no decorrer dessa tese), a conquista civilizatória que representou o condicionamento da atuação dos agentes estatais à observância de atos gerais e abstratos aprovados pelo Parlamento é uma garantia do cidadão, não um pretexto para uma conduta insuficiente ou excessiva por parte das autoridades¹⁹.

Os governantes e burocratas, ao perseguirem a satisfação de interesses públicos no desempenho das competências que lhes são conferidas pela Constituição e pela lei, não são seres autômatos, meros executores de comandos normativos já previamente definidos pelo legislador²⁰.

A aplicação do ordenamento por tais personagens deve levar em conta as peculiaridades dos fatos que são postos à sua apreciação, a obrigação de escolher, dentre as hipóteses que se apresentam, a que melhor atenda aos anseios da população, com o menor sacrifício possível das esferas de liberdade e propriedade dos indivíduos.

Partindo da primeira aproximação proposta para a ideia de *eficiência* na ação administrativa, ou seja, a de que o **cumprimento das tarefas** de responsabilidade dos

¹⁹ Sabino CASSESE, ao perscrutar sobre a misteriosa realidade que se esconde atrás da palavra mágica “lei” para o agir administrativo, destaca dois episódios que, vivenciados na Itália nos anos 70 do século XX, são bastante ilustrativos quanto a desafios análogos também enfrentados, até hoje, em nosso país (CASSESE, 1978, p. 41 e ss.). No primeiro, não havendo lei expressamente habilitante, houve inércia por parte do Ministro da Saúde quanto à adoção de medidas urgentes necessárias à garantia da incolumidade pública após um incidente envolvendo uma fábrica no norte da península. No segundo, apesar da existência de lei obrigando o presidente do Conselho a apresentar anualmente ao Parlamento um relatório sobre o estado da Administração Pública, tal encargo restou letra morta por diversos exercícios. De acordo com o autor, em nenhum desses casos a lei seria imprescindível para que o governo agisse. No que se refere à inércia do ministro à vista de uma ameaça à saúde pública, assevera CASSESE: “*De fato, o ministro deveria exercitar poderes de instrução, de iniciativa e de impulso: amealhar informações, de qualquer fonte que estas proviessem, e avalia-las; reunir órgãos técnicos, coordenar a ação dos órgãos das regiões e dos entes locais, promover pesquisas; dar início à atividade de assistência às populações. Para fazer tudo isso, o Ministro da Saúde não precisa de uma lei que lhe diga o que deve fazer. A lei, frequentemente, indica apenas os objetivos de sua atividade e contém disposições detalhadas apenas quando essa se manifesta pondo limites aos privados. Se também cada ato interno do aparato dos poderes públicos devesse ser prescrito pela lei, a coleção de leis se transformaria na Biblioteca de Babel e a administração não poderia mais se mover*” (CASSESE, 1978, p. 42). No contexto do sistema jurídico espanhol, em sentido próximo é a crítica formulada por Alejandro NIETO quanto à disfuncionalidade de se conceber o princípio da legalidade como a necessidade de regra geral prévia a condicionar todo e qualquer agir da Administração (NIETO, 2015, p. 69/72).

²⁰ Conforme modelo burocrático idealizado por Max WEBER, segundo o qual cada funcionário público estaria de tal forma vinculado ao aparato estatal que normalmente não haveria liberdade pessoal, seja para entrar em ação, seja para interromper uma conduta, sem que esse recebesse uma ordem superior para tanto, de acordo com disciplina que lhe fosse previamente traçada para o exercício de suas tarefas (WEBER, 1922/2009, p. 34/35).

servidores, conforme o Direito, **não negligencie seus efeitos na realidade**²¹, para aprimorar a operacionalidade do conceito é necessário conferir-lhe maior densidade.

Como já apontado na nossa investigação preliminar sobre o instituto, a observância de um agir eficiente pela Administração **não** poderá se dar em **detrimento da legalidade** (GABARDO, 2002, p. 97; MODESTO, 2000, p. 52; DALLARI, 2003, p. 220; AMARAL, 2006, p. 6; MARQUES NETO, 2009, p. 278/279; MOREIRA, 2010, p. 205; ARAGÃO, 2012 – B, p. 377; CUNHA, 2012, p. 388 e ss.; SANTIN, 2013, p. 82; MARTINS JÚNIOR, 2014, p. 492/493; ISSA, 2015, p. 110; GROTTI, 2015, p. 132; MEDAUAR, 2016, p. 161), aliás como ocorre com qualquer particular na persecução dos fins que lhe são próprios em suas relações com outros agentes, seja do setor público, seja do privado²².

Sobre a inexistência de oposição entre *legalidade* e *eficiência*, referida expressamente por grande parte dos autores que consultamos sobre o tema, confira-se passagem da reflexão de Paulo MODESTO:

Em verdade, ao contrário de contrastar com o princípio da legalidade, ou legitimar sua atenuação, penso que o princípio da eficiência pode ser percebido como componente da própria legalidade, percebida sob um ângulo material, e não apenas formal. Refiro-me à legalidade material explorada excelentemente entre nós, há anos, pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, nomeadamente quando trata do dever atuação ótima ou excelente do administrador nas hipóteses de discricionariedade (MODESTO, 2000, p. 52²³).

²¹ O que, por si só, já implica uma consequência que nos parece crucial: o servidor responsável pela aplicação da lei no caso concreto tem o dever de rejeitar interpretações dos respectivos termos que levem a resultados nitidamente despropositados e que, apesar disso, continuam sendo aceitos com resignação pelas mais distintas esferas de governo do território nacional. Nas palavras de Diógenes GASPARINI: “*De fato, certas situações não devem ser mantidas se o contrariarem (o princípio da eficiência). O agente público, em tais casos, deve tomar as medidas necessárias para por fim a certa situação tida, em termos de resultado, por desastrosa para o Estado. Assim, deve extinguir órgãos e entidades e remanejar servidores sempre que se verifique um descompasso entre a situação existente e o princípio da boa administração, ou, se isso não for aconselhável, deve tomar as medidas para tornar menor esse desvio ou descompasso*” (GASPARINI, 2008, p. 22/23). Sobre tal efeito, ver também Emerson GABARDO (2002, p. 97/98, nota de rodapé 95).

²² Nesse momento é relevante lembrar que tanto de servidores públicos como agentes privados estão sujeitos aos comandos legais (art. 5, II e 37 *caput* da CR) e constitucionais, o que não impede (ou não deveria impedir) que a atuação de qualquer destes busque, sem violação da respectiva disciplina jurídica, o melhor efeito possível no mundo fenomênico. Sobre essa discussão no Direito francês, ver, por exemplo, Jacques CHEVALLIER (2010, p. 294 e ss.). No que se refere aos significados possíveis do *princípio da legalidade* para estes e aqueles, ver Capítulo 2 deste estudo.

²³ Paulo MODESTO faz referência à obra “*Discricionariedade e Controle Judicial*” de Celso Antônio Bandeira de MELLO (2008), na qual este autor defende que a outorga de discricção pela lei ao administrador só se justifica por que o legislador não fora capaz de definir *a priori* qual seria a conduta ótima a ser adotada por aquele que cumprirá seu comando em concreto no futuro. Logo, a existência de mais de uma possibilidade de ação legítima em uma dada situação ocorreria justamente para que o servidor busque a excelência no seu agir. “*A discricção, como se espera a breve trecho comprovar, é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Procurar-se-á demonstrar que quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não se aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal*”

Na mesma linha é o entendimento de Alexandre Santos de ARAGÃO:

O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados – e não mais de uma legalidade meramente formal e abstrata (ARAGÃO, 2012-B, p. 378).

Eficiência, sob tal prisma, embora envolva o **fator econômico**, de perseguição do melhor resultado com o menor emprego dos recursos escassos à disposição do erário, não se resume a este (MODESTO, 2000, p. 54; JUSTEN FILHO, 2010, p. 137/138²⁴; BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 164 e ss.; ARAGÃO, 2012-B, p. 375; ISSA, 2015, p. 108; SOUZA, 2017, p. 44 e ss.).

Considerando que o Estado brasileiro tem fundamentos e princípios que legitimam sua existência e intervenção no âmbito da liberdade dos cidadãos (arts. 1º e 3º da CR²⁵), toda a atividade material desempenhada pela Administração, em cumprimento à lei parlamentar, deverá se harmonizar com tais vetores, bem como com os demais princípios constantes do art. 37 da CR (FREITAS, 2009-D, p. 22; MOREIRA, 2010, p. 205), segundo uma visão ampla da legalidade, conforme será melhor abordado no capítulo seguinte.

Se mesmo para a empresa privada, cujo propósito primeiro normalmente é o lucro, não é dado persegui-lo de forma inescrupulosa, já que sobre sua atuação incidem regras

(MELLO, 2008, p. 32)(g.n.). Apesar de termos uma visão crítica acerca da diferenciação entre atos administrativos vinculados e discricionários tal como apresentada por importante doutrina (vide Capítulo 2 *infra*), não podemos recusar a conclusão de Bandeira de MELLO, a qual só estenderíamos para toda a ação administrativa, que, seja “vinculada” ou “discricionária”, *deve sempre buscar o resultado ótimo com sua intervenção na vida das pessoas. Em sentido próximo já era na Itália doutrina de Guido FALZONE (1953, p. 131/132) e é em Portugal a lição de José Carlos Vieira de ANDRADE (2007, p. 374).*

²⁴ De acordo com Marçal JUSTEN FILHO: “*Um dos aspectos essenciais do direito administrativo reside na vedação do desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas. É necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos. Assim o impõe a concepção republicana de organização do poder político, que estabelece que todas as competências estatais têm de ser exercitadas do modo mais satisfatório possível*” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 137). Mais à frente o autor complementa: “*Eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia permite organizar os fatores de produção segundo as finalidades perseguidas egoisticamente pelo empresário - o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico*” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 137).

²⁵ Art. 3º da CR – “*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*”.

cogentes²⁶, evidente que tanto não seria lícito à empresa pública, que possui fins que lhe são impositivos, sobretudo no que diz respeito ao fornecimento de **serviços públicos adequados** aos administrados.

Nada obstante, até para que as atividades estatais consigam ter o rendimento necessário para a satisfação das carências individuais quanto à fruição de prestações tidas por essenciais à dignidade de cada um, com especial atenção para aqueles que não tenham condições financeiras de supri-las de forma autônoma no mercado, coloca-se o dever de **gestão racional do patrimônio público**, uma das perspectivas, pois, do *princípio da eficiência*.

Tal diretriz, que igualmente pode ser vista como o dever de **compatibilidade entre meios e fins** (ou de *avaliação de custos e benefícios*), é enquadrada pela doutrina na noção de *economicidade*, constante do *caput* do art. 70 da CR como critério do controle interno e externo a ser exercido sobre o desempenho da atividade administrativa (MODESTO, 2000, p. 53; MOREIRA NETO, 2011, p. 118²⁷; BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 186 e ss.; GROTTI, 2015, p. 124).

Uma ação eficiente, contudo, vai além do se evitar o disparate (FREITAS, 2009, p. 126/127) e de se buscar o menor dispêndio possível dos recursos materiais à disposição do Estado com vistas ao alcance de determinadas finalidades²⁸.

²⁶ Sobre o ponto basta lembrar que a ação de agentes privados no exercício de atividades econômicas tem sua atuação sujeita aos fundamentos e princípios inscritos no art. 170 da CR, sendo que a *função social* da empresa ainda tem reconhecimento expresso no nosso sistema (art. 47 da Lei 11.101/2005), não bastasse a previsão da função social da propriedade (art. 5º, XXIII da CR) e do contrato (art. 421 do Código Civil), que também obrigam todos os atores do mercado de produção e consumo. Confira-se a redação do *caput* do art. 170 da CR: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)*”. Já o art. 47 da Lei 11.101/2005 prevê: “*A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*”. Para apontamento análogo quanto ao regime da grande empresa pública no sistema jurídico italiano, ver Rosario FERRARA, 2010, p. 8.

²⁷ Diogo Figueiredo MOREIRA NETO destaca a *economicidade* como princípio autônomo do da eficiência, mas corolário, em parte, deste último. Segundo o autor o *Princípio da Economicidade* “*se volta à observância de uma relação, que aqui é especificamente financeira, portanto estimável e mensurável, entre insumos e produtos (...)*” (MOREIRA NETO, 2011, p. 118).

²⁸ Ao tratar especificamente da *economicidade* como aspecto de uma ação administrativa eficiente, Onofre Alves BATISTA JÚNIOR alerta para os riscos de movimentos reformistas que se resumam ao objetivo de corte de custos, sem consideração com outros fatores igualmente importantes na avaliação da qualidade de uma política governamental. Segundo o autor: “*em síntese, chama-se a atenção para o risco da adoção da equação ‘funciona melhor – custa menos’ que, verdadeiramente, pode proporcionar distorções graves. O desacerto pode ser bem percebido perante a constatação de que a inação, mesmo na mais ineficiente das condutas da AP (Administração Pública), é, na maioria dos casos, a que apresenta os menores custos econômicos. Nada a fazer, embora seja, na maioria das vezes, a pior alternativa a ser adotada pela AP, a mais ineficiente para a persecução do bem comum, pode ser a mais econômica. A economicidade diz respeito à otimização de despesas, e não à minimização de custos; com ela aspira-se à majoração dos*

O gestor, atento às repercussões na realidade de suas escolhas, e através do emprego inteligente das disponibilidades financeiras apropriadas pelo Estado para cumprimento de suas missões²⁹, deve **perseguir um resultado ótimo** para sua intervenção na vida das pessoas.

Esse terceiro elemento integrante do princípio da eficiência, apesar de alguma dispersão terminológica³⁰, é conhecido como a **qualidade eficaz** do agir.

Eficácia, conforme a acepção ora defendida para o termo³¹, seria a aptidão de a ação administrativa alcançar os fins a que esta se propõe, ou, em outras palavras, de produzir na realidade os efeitos almejados pela autoridade com uma dada intervenção³².

Um quarto elemento que faz parte do conceito de eficiência é justamente a **realização dos bons efeitos** perseguidos pela ação pública no mundo fenomênico. A essa característica denominaremos *efetividade*³³.

benefícios, e não ao singelo 'barateamento'” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 192). Crítica no mesmo sentido pode ser conferida em Vanice R. L. do VALLE, 2009, p. 125.

²⁹ A referência nesse ponto é à análise de custos e benefícios (*bilan coût-avantage*), bastante comum no dia a dia das repartições públicas, e que, dado seu caráter “técnico”, pode levar um observador menos atento a defender sua pertinência apenas ao mundo da Administração, como se esse mundo pudesse ser regido à margem do Direito. Essa premissa, na linha do raciocínio que estamos desenvolvendo desde o início deste estudo, é falsa.

³⁰ Para ficarmos em dois empregos do termo *eficaz* relativos ao *princípio da eficiência* que não correspondem exatamente à significação que damos para o vocábulo, ver Marçal JUSTEN FILHO (2010) e Onofre Alves BATISTA JÚNIOR (2012). JUSTEN FILHO enuncia o *princípio da eficácia administrativa*, no lugar do da eficiência, “*para reduzir o risco de transposição indevida dos conceitos econômicos para a dimensão estatal*” (2010, p. 138). Já BATISTA JÚNIOR, embora use *eficácia* para se referir aos fins da ação da administrativa, também trata da ponderação de interesses públicos e privados a cargo do gestor em um determinado processo de tomada de decisão sob tal rubrica (2012, p. 176 e ss.). Quanto às diversas acepções encontradas para *eficácia*, e sua interação com *eficiência* e *efetividade*, ver Valter Foletto SANTIN, 2013, p. 85/90.

³¹ Adotamos a respeito o mesmo entendimento de Paulo MODESTO: “*Entendo eficácia como aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos. A eficácia relaciona, de uma parte, resultados possíveis ou reais da atividade e, de outra, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isto. A eficácia é juridicamente um “prius” da eficiência*” (MODESTO, 2000, p. 53/54). No mesmo sentido, confira-se Digo de Figueiredo MOREIRA NETO (2009, p. 117) e Egon Bockmann MOREIRA (2010, p. 206).

³² O uso proposto para a ideia de *eficácia* no âmbito de uma ação estatal eficiente, assim, é o comumente utilizado para a de *adequação* como um dos critérios para o agir proporcional do Poder Público. Ainda trataremos do princípio da proporcionalidade no Capítulo 3 deste estudo, mas, por ora, vale a referência do que corresponderia à *adequação* (ou *conformidade*) para esse outro postulado, de acordo com a lição de J.J. Gomes CANOTILHO: “*O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e aprova de que o ato do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim*” (2003, p. 269/270).

³³ O que chamamos de *efetividade* (CARVALHO FILHO, 2011, p. 28; SANTIN, 2013, p. 89), Paulo MODESTO denomina de *dimensão satisfatória* do agir administrativo (2000, p. 54), que, juntamente com a eficácia e a economicidade, comporiam o conceito jurídico do princípio da eficiência. Na definição do autor: “*podemos definir o princípio da eficiência 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 lhes forem*

Para que se considere uma ação governamental eficiente, não só essa, observando o Direito e atenta a suas consequências na realidade, deve ser apta à boa produção de resultados, representando um uso econômico dos recursos públicos disponíveis, como deve concretizar satisfatoriamente os frutos visados pelo gestor.

A *efetividade* da ação pública, vale ressaltar, não é avaliada apenas em termos de seu produto final, já que, até para que esse seja de fato adequado, o **processo** que o precede também precisa ser revestido de **determinadas qualidades**.

Se muitas vezes a aferição do que seria uma medida eficiente em concreto corresponde a uma tarefa envolta em incertezas, o que desafia o próprio caráter deontológico preconizado para o referido postulado, o caminho a ser percorrido pelos gestores para a tomada de decisão é passível de uma crítica mais assertiva do que tende a conduzir a um melhor efeito para o bem comum.

Nesse sentido a doutrina oportunamente destaca a *presteza*³⁴, a *perfeição* e o *rendimento pessoal* no agir do servidor como condicionantes de uma ação administrativa que respeite o *ônus da eficiência* (MEIRELLES, 1983, p. 68/69³⁵; GASPARINI, 2008, p. 22; BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 196 e ss.), que é o que legitimamente se espera e o que deve ser exigido de todos os que desempenham funções em prol da coletividade.

confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público” (MODESTO, 2000, p. 55). No mesmo sentido ver Dinorá Adelaide Musetti GROTTI (2015, p. 124).

³⁴ Embora a rapidez e a simplificação de procedimentos sejam metas a serem alcançadas por uma Administração Pública que se pautar pela eficiência, esses não devem ser os únicos e às vezes nem mesmo os principais objetivos a serem atingidos, considerando que as regras que disciplinam o agir estatal também servem para tutelar os direitos dos administrados, oferecendo-lhes, por exemplo, segurança jurídica. Sobre o ponto ver Jacques CHEVALLIER, 2010, p. 298/299.

³⁵ Hely Lopes MEIRELLES, muito antes da promulgação da EC nº 19/98, já entendia como jurídico o **dever de eficiência** a cargo dos gestores, em uma lição de atualidade ímpar e que pode ser considerada mesmo surpreendente pelos administrativistas que continuam até hoje a acreditar na subsunção à lei perfeita oriunda do Parlamento como modelo de vinculação da Administração ao princípio da legalidade: “*Dever de eficiência é o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros*” (MEIRELLES, 1983, p. 68)(g.n.). O autor ainda prossegue, em avaliação do referido princípio que vai bastante além da simples questão da redução de custos (quando não da rapidez da produção indiferente à qualidade do que é oferecido à população), que entre nós continua a ser o foco principal quando se discute o aprimoramento da função pública em nosso país: “*A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função, como a perfeição do trabalho e a sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o que se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos, e aperfeiçoa-se o pessoal através da seleção e treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional, e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na triplíce linha administrativa, econômica e técnica*” (MEIRELLES, 1983, p. 68).

Ainda que não haja um regramento preestabelecido para o enfrentamento de uma matéria pela autoridade³⁶, essa, de acordo com seu âmbito de competência, deverá zelar pela racionalidade das etapas a serem superadas para o seu decidir, estando disposta a ouvir de forma isonômica todos os interessados na medida a ser adotada, após conferir publicidade ao processo que, observando o Direito, deverá culminar em uma escolha motivada³⁷.

A **eficiência**, nesse contexto, serviria de **pauta de exegese** a ser levada em conta pelos agentes públicos no desempenho de suas atribuições, a ser concatenada em concreto com outros princípios, como o da legalidade, na busca da compreensão sobre qual conduta lhes é facultada, proibida ou obrigatória à vista de determinadas circunstâncias (melhor desenvolvimento do tema será feito no Capítulo 2 deste estudo).

Em suma: a eficiência está no produto, mas também está no processo (sobre esse aspecto ver item 3.1.2.1 *infra*).

Como o iter da escolha é inteiramente vinculado ao Direito (e não só à lei), menos não o é o respectivo resultado, que não pode ser encarado pela autoridade como uma fatalidade, um fruto qualquer do acaso, alheio ao fundamento que justifica a própria ordem política marcada pela diferenciação entre governantes e governados.

1.2. DOS FINS DO ESTADO E DO DIREITO – A QUESTÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO

O **Estado de Direito** moderno busca **legitimar-se** perante a população em razão de sua utilidade para a **proteção da dignidade do ser humano**, oferecendo-lhe segurança nas suas relações para com seus semelhantes, além de serviços públicos vocacionados a prover-lhe de condições materiais mínimas, sem as quais seu progresso socioeconômico muitas vezes restaria inviabilizado (CANOTILHO, 2001, p. 709/711³⁸).

³⁶ E nas situações em que haja regulamento, evitando-se que seu cumprimento literal ocorra em detrimento das finalidades a que este se propõe, por amor a *formalismos estéreis* (DALLARI, 2003, p. 214/215).

³⁷ Imaginemos, por exemplo, qual deveria ser a postura da autoridade ao receber uma manifestação de particular interessado em oferecer à Administração a contratação de uma obra ou serviço antes da disciplina do chamado PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse em âmbito federal, o que se deu, diga-se, por decreto (nº 8.428/2015). Será que antes desse regulamento ninguém poderia apresentar qualquer projeto para que o gestor avaliasse a conveniência e oportunidade de sua contratação? Ou será que, mesmo não disciplinada, a Administração sempre pôde usar tal tipo de provocação para abrir processo competitivo dirigido à aquisição do quanto lhe fora proposto, desde que observados os princípios constitucionais que regem sua atuação?

³⁸ José Joaquim Gomes CANOTILHO destaca que a criação do Estado como o conhecemos hoje surgiu para dar uma resposta à violência entre homens, assumindo o monopólio da coação legítima, pressuposto para a

Em sendo esse o fundamento último pelo qual cada membro da sociedade deve obediência àqueles que transitoriamente exercem poder em um dado território, não há como se aceitar que uma visão equivocada sobre o papel da lei escrita na regulação das atividades dos agentes públicos possa redundar em condutas ativas ou passivas que, sob a alegação de fielmente atenderem ao quanto estabelecido pelo legislador, resultem em um mau uso da coisa pública, quando não na singela negação do Estado como um espaço de realização de Justiça³⁹.

De acordo com o pontuado neste estudo em mais de uma oportunidade, nem o Estado nem a Lei (parlamentar) são fins em si mesmos, mas sim meios pelos quais se criam condições para a vida harmônica das pessoas, cuja cooperação na transformação do meio físico que as cerca é imprescindível não só para sua existência como para o desenvolvimento das potencialidades inerentes à sua natureza.

Tomando como base tais postulados, onde⁴⁰ o intérprete da lei de licitações encontraria amparo jurídico para homologar uma seleção que tem por objeto a compra de canetas de uma marca que não existe fora do mercado de contratações públicas e que, apesar de seu menor custo, simplesmente não se presta à escrita?

Ou então seria admissível que, na falta de previsão legal expressa sobre o que fazer com automóveis apreendidos, o agente responsável pela respectiva guarda simplesmente os deixe ao relento, sem tomar qualquer medida para evitar seu apodrecimento nos pátios das delegacias?

vida em comum dos cidadãos em liberdade e segurança. Na evolução esse passou a combater outra violência, a pobreza (o que se refletiria na dimensão intrínseca do ser estatal que corresponde à persecução do valor da socialidade). Finalmente o autor aponta que o novo desafio do Estado é fazer face à “violência pós-moderna” da ignorância através de políticas de democratização do saber e competências (CANOTILHO, 2001, p. 710/711). Em sua síntese: “(1) o Estado de direito respondeu à falta do poder de direito para assegurar a justiça e o direito; (2) o Estado de direito democrático procurou solucionar a falta de democracia através da inclusão dos direitos democráticos no Estado e na sociedade civil; (3) o Estado Social deu resposta à falta de dinheiro aniquiladora de uma dimensão existencial digna por parte de largas camadas da população; (4) o Estado da ciência e do saber terá de enfrentar a iliteracia científica, informática e comunicativa para dar solução à violência da ignorância” (CANOTILHO, 2001, p. 711).

³⁹ Essa ideia, que entre nós ainda precisa ser mais valorizada (como será exposto no decorrer deste estudo), é referida, por exemplo, por Bruno Santos CUNHA (2012) ao procurar delimitar o que seria um novo modelo de gestão pública preconizado por movimentos de reforma do Estado: “*embora de difícil conceituação direta e pragmática, (esse novo modelo de Administração) é notadamente marcado por um forte viés democrático, participativo, consensual, alinhado a princípios constitucionais e direitos fundamentais, e, sobretudo, pautado pela obtenção de resultados, já que são justamente esses resultados, como decorrência da eficiente atuação administrativa, que darão legitimidade à Administração no atual estágio constitucional. É que, diante de tal quadro constitucional, a Administração Pública é vista, muito mais do que outrora, como o “locus” inicial de construção e concretização de direitos fundamentais, individuais e sociais*” (CUNHA, 2012, p. 383). Em sentido próximo, discorrendo sobre o significado da *boa administração* no Direito italiano, ver Carla SPINELLI, 2010, p. 140. No Direito português, ver Mário Aroso de ALMEIDA, 2012, p. 68.

⁴⁰ Em que lugar físico, em que palavras da lei?

Certamente em decorrência da experiência cotidiana, em que esses e outros exemplos de descaso com o adequado emprego de recursos públicos acumulam-se, resolveu o legislador (constitucional e ordinário) incluir nos textos de seus atos normativos a eficiência como valor a ser perseguido pelos gestores no exercício de suas tarefas.

Como se a ineficiência da Administração fosse problema de lei, por tal via veio a resposta.

Hoje, ao menos segundo nosso ordenamento positivo, não é mais possível ao servidor incauto justificar ações que impliquem mais prejuízos do que benefícios ao bem comum na ausência de texto legal que lhe obrigue/autorize a atuar de forma diversa.

Mas isso (a previsão da eficiência em *Lei*) é condição suficiente para levar os gestores a perseguirem resultados na realidade compatíveis com esforço dispendido para alcançá-los? Ou então: a alteração legislativa basta para que estes excluam das alternativas presentes em seu processo de tomada de decisão aquelas que, apesar de aparentemente encontrarem lastro na lei escrita, ofendem-lhe o espírito, sua razão de ser?

Antes de propormos respostas a essas indagações, que envolvem uma análise mais detida sobre qual é o real papel dos atos gerais e abstratos aprovados pelo Parlamento na disciplina da ação administrativa (o que faremos no Capítulo 2 *infra*), vejamos como a questão da eficiência do Poder Público é tratada pelo direito positivo de outros sistemas jurídicos.

1.3. COMO A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA É VISTA PELO ORDENAMENTO DE OUTROS PAÍSES?

Se nesse ponto do nosso estudo nos questionamos sobre a necessidade e, em caso positivo, sobre a suficiência da positivação da eficiência como princípio expresso da Administração Pública para que o exercício das atividades do Executivo seja pautado por tal valor, é importante lembrar que nosso país não é o único a fazê-lo em seu direito escrito.

Embora a pesquisa sobre o tema revele que diversos países contenham regras relativas à *boa administração*⁴¹ (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 123 e ss.; BOUSTA, 2010,

⁴¹ Apesar da divergência doutrinária a respeito da terminologia, nesse estudo usamos a ideia de *boa administração* como sinônimo da de *eficiência* no exercício da função administrativa. Anoto quanto ao ponto que, apesar de alguns autores conferirem para os vocábulos significados diversos, a utilidade do referido esforço hermenêutico nos parece duvidosa. É o que se extraí, por exemplo, da consulta à reflexão de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, um dos nossos expoentes no tratamento de temas contemporâneos

p. 48 e ss.⁴²; CHEVALIER, 2014, p. 57 e ss. e p. 96 e ss.), essa breve referência que faremos a sistemas jurídicos alienígenas será restrita a ordenamentos que historicamente tem influência sobre o nosso, bem como à ordenação da União Europeia, que vem inspirando decisivamente a evolução do Direito de muitos deles.

Nesse espaço não se busca fazer uma avaliação de Direito Comparado, mas sim ilustrar que a questão da *eficiência no agir administrativo* também é objeto da legislação, da doutrina e da jurisprudência de outras nações, o que reforça a necessidade de melhor compreendermos sua significação em nosso país, condição para que seu emprego possa conduzir a uma Administração Pública melhor e, portanto, mais legítima.

ITÁLIA

A Constituição italiana de 1947 traz a *boa administração* como postulado a reger a organização administrativa daquele país, nos seguintes termos:

Art. 97 – As administrações públicas, de forma coerente com a ordenação da União Europeia, asseguram o equilíbrio dos balanços e a sustentabilidade da dívida pública.

Os ofícios públicos são organizados segundo disposições legais, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração.

No ordenamento dos ofícios são determinadas as esferas de competência, as atribuições e as responsabilidades próprias dos funcionários.

O acesso aos empregos nas administrações públicas é feito mediante concurso, salvo nos casos previstos em lei ⁴³(g.n.).

relativos ao Direito Administrativo. O doutrinador, que traz sistematização em apartado para os princípios da *eficiência* e da *boa administração*, assim define o primeiro: “Entendida, assim, a *eficiência administrativa*, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos da plena satisfação dos administrados com menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos” (MOREIRA NETO, 2011, p. 117). Sobre o *princípio da boa administração*, afirma o autor: “tomando o Estado a si formular o Direito, mantendo a ordem jurídica assim estabelecida, e administrando consoante ela os interesses gerais das sociedades, assume implicitamente o dever de executar todas essas atribuições no mais alto grau possível de excelência, ou seja, produzindo o efetivo atendimento de todos os interesses postos a seu cargo”(MOREIRA NETO, 2011, p. 119). Considerando que o princípio da eficiência, deduzido do nosso direito escrito desde o Decreto-lei 200/1967, corresponde ao dever da boa administração da doutrina italiana, ver Hely Lopes MEIRELLES, 1983, p. 68.

⁴² Rhita BOUSTA, a título de exemplo, encontra na jurisprudência grega as primeiras referências expressas ao *princípio da boa administração*, isso nos anos 30 do século XX, em compreensão próxima à ideia de boa fé (2010, p. 48). Em estudo de folego denominado *Essai sur la Notion de Bonne Administration en Droit Public* (2010), riquíssimo em notas bibliográficas, BOUSTA faz ainda menção à importância do Direito holandês, finlandês, italiano, alemão e, sobretudo, ao espanhol, britânico e comunitário para a construção da noção jurídica de boa administração (BOUSTA, 2010, p. 48 e ss.).

⁴³ Dispõe o art. 97 da Constituição italiana de 1947, no original: “Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito

A referência ao pioneirismo italiano na positivação em nível constitucional do princípio da *boa administração* é apontada pela doutrina especializada que se debruçou sobre o tema (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 124⁴⁴).

No referido sistema, a noção, de conteúdo variável (POLICE, 2008, p. 208 e ss.⁴⁵), primeiro recebeu um tratamento de norma programática para, com o tempo, ser considerada como fonte de direitos aos administrados exigíveis em face do Poder Público (POLICE, 2008, p. 211/212; CASSESE, 2009, p. 15; CORSO, 2010, p. 42).

Na Lei de Processo Administrativo italiana (Lei nº 241/90⁴⁶) o princípio da *boa administração* teria se refletido nos critérios de *economicidade* e *eficácia* (CASSESE, 2009, p. 13/14; SORRENTINO, 2010, p. 281; IMMORDINO, 2010, p. 63), sendo que assume significados tanto sob a perspectiva material como procedimental do Direito que disciplina o exercício da função administrativa daquele país (CASSESE, 2009, p. 15; FERRARA, 2010, p. 13 e ss.).

No que se refere à forma de exercício de poder, o postulado em tela implicaria garantias individuais no PA, como o direito de acesso, de ser ouvido⁴⁷, de obter uma decisão motivada e de poder recorrer ao controle feito pelo Judiciário (CASSESE, 2009, p. 15). Ainda há menção às ideias de **administração de resultado** (IMMORDINO, 2010, p. 67; GIUFFRIDA, 2012, p. 11 e ss.; PIGNATARO, 2012, p. 353 e ss.) e de **simplificação administrativa** (FERRARA, 2010, p. 11 e ss.), que ocupam todo o capítulo IV da Lei nº

pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge [95 c.3], in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari [28]. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge [51 c.1]" [https://www.senato.it/1025?sezione=131&articolo_numero_articolo=97, acesso em 02/11/16, às 12:30].

⁴⁴ “Da verificação de diversas constituições, pode-se observar que, exceto pela Constituição italiana de 1947, que consagrou o princípio de ‘buon andamento’, não se pode detectar nas constituições anteriores da década de 1970 menção expressa à ideia de eficácia ou eficiência” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 124). Afirmado tal originalidade, ver também GIANNINI, v. I, 1993, p. 92.

⁴⁵ Sabino CASSESE distingue o princípio de *bom andamento* do conhecido como de *boa administração*, já que aquele estaria mais relacionado à eficácia do exercício do poder sob a perspectiva da autoridade, enquanto este, que se desenvolveu a partir do primeiro, evoluiu como postulado sob o prisma dos direitos dos cidadãos. “Primeiro era considerado como meio para assegurar que o poder público fosse eficaz, para que os interesses coletivos e públicos que lhe são confiados fossem plenamente tutelados. Depois, transformou-se em instrumento para assegurar a defesa perante o poder público, para que as situações jurídicas subjetivas dos privados pudessem se tuteladas de forma mais eficaz” (CASSESE, 2009, p. 14/15).

⁴⁶ Maria IMMORDINO entende a Lei nº 241/90 como uma resposta à exigência de racionalização do procedimento e da organização administrativa italiana, um dos pressupostos para a otimização da relação entre custos e benefícios da atividade da Administração (IMMORDINO, 2010, p. 59/60).

⁴⁷ Que pode ser visto como o direito de participação do cidadão no processo decisório da Administração, núcleo duro do justo procedimento (FERRARA, 2010, p. 13 e ss.).

241/90, que disciplinou mecanismos como declaração inicial de atividade/silêncio-anuência e da conferência de serviços (FERRARA, 2010, p. 21 e ss.⁴⁸).

Quanto ao resultado da ação estatal, embora com alguma repercussão procedimental, o princípio apontaria para a necessidade de imparcialidade, racionalidade, equidade, objetividade, coerência, proporcionalidade e ausência de discriminação (CASSESE, 2009, p. 15).

Assim como ocorre quanto ao *princípio da eficiência* entre nós, o da *boa administração* na Itália também recebe diferentes definições a partir da ênfase conferida por cada autor a alguns de seus elementos.

Ilustrando a plurissignificação atribuída ao preceito, seguem alguns empregos encontrados na literatura:

(...) o bom uso das potestades na qual (o ente público) é investido, através da escolha dos meios que são os mais idôneos e os mais oportunos para a satisfação do interesse público (FALZONE, 1953, p. 153).

Garantia representada pela avaliação concreta por parte da administração do interesse público em comparação com outros interesses em jogo, no direito de participação do privado no procedimento administrativo, na possibilidade de se conhecer o processo de tomada de decisão administrativa (ZAMPETTI, 2010, p. 287).

(...) obrigação jurídica de tutelar da melhor forma possível as necessidades concretas dos cidadãos, de fazê-lo tempestivamente, bem e economicamente, e de modo transparente. No dever, portanto, de realizar atos adequados em concreto para a satisfação do interesse público perseguido, com obtenção de resultados substanciais (IMMORDINO, 2010, p. 65).

O princípio de bom andamento se traduz nos princípios de economicidade (que implica a otimização de resultados a partir dos meios à disposição), de eficácia (que requer que a ação administrativa seja idônea para o atingimento de objetivos) e de eficiência (que diz respeito à relação entre objetivos alcançados e recursos utilizados) (CHIEPPA/GIOVAGNOLI, 2011, p. 166).

⁴⁸ Rosario FERRARA alerta para o cuidado que se tem que ter com a “simplificação” administrativa a qualquer custo, já que, ao se dar o efeito de anuência para o silêncio da Administração, admite-se que essa não se manifeste especificamente em um pleito que lhe é formulado, abrindo eventual oportunidade para que terceiros interessados em seu deslinde possam intervir no procedimento respectivo, o que não contribuiria para o ideal de boa administração, que pressupõe a devida ponderação pela autoridade dos diversos interesses públicos e privados envolvidos em um iter decisório de sua responsabilidade (FERRARA, 2010, p. 28 e ss.).

PORTUGAL

O princípio da eficiência na ação administrativa também pode ser deduzido da ordem constitucional portuguesa.

Confira-se, a respeito, os seguintes dispositivos da Constituição da República de Portugal de 1976⁴⁹:

Artigo 81.º Incumbências prioritárias do Estado

Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

(...)

c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando **pela eficiência do sector público** (g.n.).

(...)

Art. 266.º Princípios fundamentais

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (g.n.).

Artigo 267.º Estrutura da Administração

1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.

2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes.

(...)

5. O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.

(...)(g.n.)⁵⁰.

⁴⁹ Segundo nos informa Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, “a partir da Primeira Revisão Constitucional de 1982 (Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de setembro), até o texto firmado pela Quarta Revisão Constitucional (Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de setembro), o texto da CRP/1976 passou expressamente a consagrar o PE (Princípio da Eficiência), bem como alguns de seus aspectos e facetas principais” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 151).

⁵⁰ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> [10/11/16, às 11:00].

Em consonância com comandos constitucionais supramencionados, o Código de Processo Administrativo português⁵¹ (Decreto-lei nº 4/2015) também aponta para a ideia de eficiência no exercício da função pública como um dos princípios reitores de tal diploma:

Artigo 5. Princípio da boa administração

1 — A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada⁵².

A consulta que fizemos a obras que analisam o referido sistema jurídico permitiu a identificação de pelo menos três abordagens para o postulado sob exame: ora entendendo-o como decorrência do princípio do **interesse público** (ESTORNINHO, 2009, p. 172; AMARAL, v. II, 2010, p. 38⁵³; Mário ALMEIDA, 2012, p. 69), ora como consequência do mandamento constitucional de **desburocratização** (CANOTILHO, 2001, p. 713 e ss⁵⁴);

⁵¹ Sobre o papel da procedimentalização da atuação administrativa portuguesa para a busca de uma maior eficiência na ação estatal, o que pressupõe a garantia dos direitos dos interessados nos processos de tomada de decisão respectivos, ver David DUARTE, 1996, p. 101 e ss.

⁵² <https://dre.pt/application/conteudo/66041468> [12/11/16, às 00:30].

⁵³ “O princípio da prossecução do interesse público, constitucionalmente consagrado, implica, além do mais, a existência de um dever de boa administração, quer dizer, um dever de a Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível. O dever de boa administração, ou princípio da eficiência, está expressamente previsto na alínea “c” do art. 81 da CRP (Constituição da República Portuguesa) para o setor público empresarial. Mas o art. 10º do CPA (Código de Processo Administrativo), parte final, estende-o a toda atividade da Administração Pública. A ideia, é, pois, a de que a atividade administrativa deve traduzir-se em atos cujo conteúdo seja também inspirado pela necessidade de satisfazer da forma mais expedita e racional possível o interesse público constitucional e legalmente fixado”(AMARAL, v. II, 2010, p. 38). O art. 10 referido por Diogo Freitas do AMARAL é do Código de Processo Administrativo português anterior ao veiculado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, cuja redação era a seguinte: “A Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões”(AMARAL, v. II, 2010, p. 38; BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 153).

⁵⁴ José Joaquim Gomes CANOTILHO aborda a necessidade de modernização do Estado e de sua administração, questionando alguns dogmas que ainda prevalecem no pensamento de teóricos do Direito Público, como, por exemplo: 1) a rígida separação entre Estado e sociedade; 2) visão do exercício da função administrativa como execução neutra de normas; 3) relevância dada a “invisíveis interesses da administração” indiferentes aos direitos e interesses dos particulares; e 4) preocupação de “input” no financiamento de serviços e organismos do Estado aliada à inexistência de controle de resultados (2001, p. 714/715). Para o autor a experiência da inadequação do modelo burocrático vigente para dar resposta às exigências de modernização da Administração Pública leva à discussão sobre **quais tarefas devem ser desempenhadas** pelo Estado, bem como sobre os **meios de melhor executá-las**. No que se refere à primeira indagação, confira-se a ponderação de agudeza ímpar de CANOTILHO, tendo por mote a organização do ensino superior público de Portugal e a articulação desta rede com a de ensino privado: “a liberdade de conformação do legislador na individualização e escolha de tarefas estaduais está hoje sujeita a críticas tendencialmente pertinentes. O sistema aberto de tarefas estaduais revela, muitas vezes, uma indiferença inaceitável quanto a três dimensões indissociáveis de qualquer atuação racional: necessidade, suportabilidade financeira e economicidade das medidas” (CANOTILHO, 2001, p. 716)(g.n.).

AMARAL, 2011, p. 908⁵⁵; OTERO, 2013, p. 366⁵⁶) e ora como princípio autônomo da **boa administração** (Mário ALMEIDA, 2012, p. 47 e ss.).

No mais, a doutrina de Portugal, assim como verificado na da Itália, também vacila sobre o *alcance a ser conferido à juridicização do princípio da eficiência/boa administração* naquele país (AMARAL, v. II, 2010, p. 39; Mário ALMEIDA, 2012, p. 71/75; OTERO, 2013, p. 366), sendo que, contudo, os respectivos autores concordam no sentido de haver um avanço na força obrigatória de tal comando em seu sistema normativo (ANDRADE, 2007, p. 383⁵⁷; Mário ALMEIDA, 2012, p. 49 e ss.⁵⁸).

⁵⁵ “O princípio da desburocratização significa que a Administração Pública deve ser organizada e deve funcionar em termos de eficiência e de facilitação da vida aos particulares – eficiência na forma de prosseguir os interesses públicos de carácter geral, e facilitação da vida aos particulares em tudo quanto a Administração tenha de lhes exigir ou haja de lhes prestar. É um princípio difícil de aplicar, mas que consta da Constituição e impõe ao legislador, e à própria administração, que esta permanentemente se renove em suas estruturas e nos seus métodos de funcionamento, para conseguir alcançar tal objetivo”(AMARAL, v. I, 2011, p. 908)(g.n.).

⁵⁶ “O princípio da desburocratização, se, por um lado, envolve uma preocupação de simplificação, eficiência e racionalidade organizativa da Administração Pública, evitando a duplicação de estruturas organizativas e de procedimentos sobrepostos, facilitando o relacionamento dos cidadãos com a máquina administrativa, o certo é que também se mostra passível, por outro lado, de comportar uma componente política, determinando que o centro da decisão nuclear se deve localizar em estruturas dotadas de legitimidade democrática e não num aparelho de burocratas especializados e/ou tecnocratas”(OTERO, 2013, p. 366)(g.n.).

⁵⁷ José Carlos Vieira de ANDRADE, discorrendo sobre o papel da vontade do administrador na interpretação do Direito Administrativo com o fim de desempenhar as tarefas de sua atribuição, o que implica a necessidade de fundamentação expressa quanto ao porquê da escolha adotada (2007, p. 366 e ss.), admite que a “*discricionariedade continua a ser uma zona de indeterminação*”, mas, pelo fato de toda a atuação estatal estar submetida a parâmetros jurídicos (como os princípios, dentre os quais está o da racionalidade), esta “*já não é uma zona de indiferença normativa*”(2007, p. 373/374). Com a palavra o autor: “*Na realidade, sempre se defendeu que a Administração deveria buscar a melhor solução para a realização do interesse público e que essa solução não poderia ser senão uma razoável. Só que essa razoabilidade não constituía, em si, um valor jurídico, mas administrativo, e, menos ainda, um valor justificável. É a transformação de certos padrões de mérito em padrões de juridicidade que caracteriza a evolução recente do direito administrativo e exige que se repensem as questões da validade do ato*”(ANDRADE, 2007, p. 383).

⁵⁸ Para a evolução da força obrigatória do *princípio da boa administração* no Direito português, Mário Aroso de ALMEIDA aponta como fator determinante a disciplina que o tema teve no âmbito da União Europeia - UE (Mário ALMEIDA, 2012, p. 52 e ss.), como será exposto mais à frente no corpo do texto. O doutrinador destaca que, apesar de vários desdobramentos do referido postulado já encontrarem amparo expresso no art. 268 da Constituição de Portugal, o art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da UE traz avanços ao respectivo ordenamento por prever, por exemplo, a garantia de *audiência prévia dos administrados* (Mário ALMEIDA, 2012, p. 54). Confirma-se a redação ao art. 268 da CR portuguesa: “**Direitos e garantias dos administrados.** 1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. 2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas. 3. Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos. 4. É garantido aos administrados tutela jurisdiccional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesam, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas. 5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. 6. Para efeitos dos n.os 1 e 2, a lei fixará um prazo máximo de resposta por parte da

Posição peculiar a respeito, que reflete as dificuldades em se conferir plena efetividade ao princípio em comento, é a defendida por Diogo Freitas do AMARAL (2010):

Tem sido discutida a relevância jurídica deste dever de **boa administração**. Em nossa opinião ele é um dever jurídico, mas é um **dever jurídico imperfeito**, porque **não comporta sanção jurisdicional**. Não é possível ir a tribunal obter a declaração de que determinada solução não era a mais eficiente ou racional do ponto de vista técnico, administrativo ou financeiro, e, portanto, deve ser anulada: os tribunais só podem pronunciar-se sobre a legalidade das decisões administrativas, e não sobre o mérito das decisões. O dever de boa administração é, pois, um dever imperfeito. Mas existe, apesar disso, como dever jurídico. Na verdade, há vários aspectos em que esse dever assume uma certa expressão jurídica: 1) existem recursos gratuitos, que são garantias dos particulares, os quais podem ter por fundamento vícios de mérito do ato administrativo; 2) a violação, por qualquer funcionário público, dos chamados “deveres de zelo” e “aplicação” constitui infração disciplinar, e leva à imposição de sanções disciplinares ao funcionário responsável; 3) no caso de um órgão ou agente administrativo praticar um fato ilícito e culposo de que resultem prejuízos para terceiros, o grau de diligência e de zelo empregados pelo órgão ou agente contribuem para definir a medida de sua culpa e, conseqüentemente, os termos e limites da sua responsabilidade (AMARAL, v. II, 2010, p. 39)(g.n.).

Mário Aroso de ALMEIDA (2012), que compartilha da hesitação presente na reflexão de Diogo Freitas do AMARAL (2010) quanto ao reconhecimento da eficiência como um *dever jurídico perfeito* (Mário ALMEIDA, 2012, p. 72/73⁵⁹), entende que a **boa administração** deve aliar tanto um elemento instrumental/organizacional (juridicidade) como um elemento material (eficiência e eficácia)(Mário ALMEIDA, 2012, p. 66/67).

Administração”. [<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em 12/11/16, às 11:00].

⁵⁹ Todavia, em mais um sinal de como é complexo o processo de incorporação da eficiência como parâmetro de atuação jurídica da Administração, Mário Aroso de ALMEIDA, após negar controle judicial a respeito mesmo à vista de *zona de certeza negativa* de que uma opção feita pela autoridade administrativa não é a melhor para determinado caso concreto (2012, p. 72), ressalva: “(...) *não excluimos, entretanto, que, dependendo das concretas circunstâncias do caso e do respectivo enquadramento normativo, o imperativo jurídico da eficácia e da eficiência – que, como vimos, decorre do dever constitucional que se lhe impõe de prosseguir a eficaz e a eficiente satisfação das necessidades coletivas que a Constituição e a lei colocam a seu cargo, no respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares – possa ser invocado para exigir a adoção em tempo útil de atuações administrativas concretas, designadamente prestações individualizadas, cuja adoção não seja legalmente vinculada quanto à oportunidade, designadamente quando esteja em causa a efetividade de direitos fundamentais dos particulares*” (2012, p. 74).

ESPAÑA

Na Espanha (cujo Estado assume a forma de uma monarquia parlamentar – art. 1, 3 da Carta Política) o *princípio da eficiência* é consagrado na Constituição de 1978⁶⁰, sendo que, antes disso, já vinha expressamente previsto na Lei de Procedimento Administrativo de 1958:

Constituição Espanhola

Ar. 31, 2 - A despesa pública deve fazer uma distribuição equitativa dos recursos públicos, e sua programação e execução observará os critérios de eficiência e economia⁶¹.

Art. 103, 1 – A Administração Pública serve com objetividade os interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à lei e ao Direito⁶²(g.n.).

Lei de Procedimento Administrativo de 1958

Art. 29 – A atuação administrativa se desenvolverá com fundamento nas normas de economia, celeridade e eficácia (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 150).

Em 2013 foi aprovada a Lei nº 19 (de 9 de dezembro) que trata de *Transparência, Acesso à Informação e Bom Governo*, que, no seu Título 2º, art. 26, prevê os **princípios do bom governo**.

⁶⁰ Para Juli Ponce SOLÉ o princípio da boa administração extrai-se dos arts. 9.3 (princípio de interdição da arbitrariedade), 31.2 (princípio de economia e eficiência no gasto público) e 103.1 (princípio de objetividade, coordenação e eficácia) da Constituição espanhola (SOLÉ, 2012, p. 309). Destaco a redação dos dois últimos dispositivos no corpo do texto. A do art. 9.3, por sua vez, é a seguinte: “*A Constitución garante o principio da legalidade, da hierarquia normativa, da publicidade das normas, da irretroatividade das sanções não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, segurança jurídica, responsabilidade e interdição da arbitrariedade dos poderes públicos*” [original pode ser conferido em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&fin=9&tipo=2>, acesso em 14/11/16 às 4:00]. Para um breve histórico sobre a evolução da ideia de boa administração na Espanha, ver José Cuesta REVILLA (2010, p. 45/50). Acerca do tema e de sua relação com a política de reforma administrativa no referido sistema jurídico, ver ainda Jaime Rodríguez-ARANA (2012, p. 16 e ss.).

⁶¹ O art. 31 da Constituição espanhola, inserido no seu Título 1 (que traz a fórmula bastante perspicaz “*Dos Derechos e Deveres Fundamentales*”, a pedagogicamente sinalizar à população que não há direitos sem deveres), prevê, no seu número 2, no original: “*El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*”. [<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=30&fin=38&tipo=2>], acesso em 13/11/16 às 15:15].

⁶² No original: Art. 103, 1 da Constituição Espanhola – “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*” [<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=97&fin=107&tipo=2>], acesso em 13/11/16 às 15:00].

Art. 26 – Princípios de bom governo:

1. As pessoas compreendidas no âmbito de aplicação deste título observarão no exercício de suas funções o disposto na Constituição espanhola e no resto do ordenamento jurídico, e promoverão o respeito aos direitos fundamentais e às liberdades públicas.

2. Além disso, elas adequarão suas atividades ao seguinte:

a) Princípios gerais:

1º. Atuarão com transparência na gestão dos assuntos públicos de acordo com os princípios de eficácia, economia e eficiência e com o objetivo de satisfazer o interesse geral.

2º. Exercerão suas funções com dedicação ao serviço público, abstendo-se de qualquer conduta que seja contrária a estes princípios.

3º. Respeitarão o princípio da imparcialidade, de modo que mantenham um critério independente e alheio a todo interesse particular.

4º. Assegurarão um tratamento igual e sem qualquer distinção no exercício de suas funções.

5º. Atuarão com a diligência devida no cumprimento de suas obrigações e fomentarão a qualidade na prestação dos serviços públicos.

6º. Manterão uma conduta digna e tratarão os cidadãos com atenta correção.

7º. Assumirão a responsabilidade por decisões e ações próprias e dos órgãos que dirigem, sem prejuízo de outras que lhes sejam exigíveis legalmente.

b) Princípios de atuação:

1º. Desempenharão sua atividade com plena dedicação e com pleno respeito à disciplina reguladora das incompatibilidades e conflitos de interesse.

2º. Aguardarão a devida reserva com relação aos fatos ou informações conhecidos em razão ou por ocasião do exercício de suas competências.

3º. Levarão ao conhecimento dos órgãos competentes qualquer atuação irregular de que tenham conhecimento.

4º. Utilizarão os poderes que lhes são conferidos pela normativa vigente com a finalidade exclusiva para a qual esses lhes foram outorgados e evitarão toda a ação que possa por em risco o interesse público e o patrimônio das Administrações.

5º. Não se engajarão em situações, atividades ou interesses incompatíveis com suas funções e se absterão de intervir nos assuntos em que concorra alguma causa que possa comprometer a sua objetividade.

6º. Não aceitarão para si presentes que excedam os usos habituais, sociais ou de cortesia, nem favores ou serviços em condições vantajosas que possam condicionar o exercício de suas funções. Nos casos de presentes de maior relevância institucional será feita sua incorporação ao patrimônio da Administração Pública correspondente.

7º. Desempenharão suas atribuições com transparência.

8º. Farão a gestão, protegerão e conservarão adequadamente os recursos públicos, que não poderão ser utilizados para atividades que não sejam as permitidas pela normativa aplicável.

9º. Não se valerão de sua posição na Administração para obter vantagens pessoais ou materiais.

3. Os princípios estabelecidos nesse artigo informarão a interpretação e a aplicação do regime sancionador disciplinado neste título⁶³(g.n.).

Nada obstante a importante disciplina da boa administração prevista na Lei nº 19/2013, a novel Lei de Procedimento Administrativo espanhola (Lei nº 39/2015 – sobre o Procedimento Administrativo Comum das Administrações Públicas) ainda traz outros avanços em direção a uma atividade administrativa mais eficiente⁶⁴, como é o caso da disciplina do **contato eletrônico** entre a Administração e o cidadão (art. 14), bem como do

⁶³ No original: art. 26 da Lei 19/2013 - “**Principios de buen gobierno**. 1. Las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de este título observarán en el ejercicio de sus funciones lo dispuesto en la Constitución Española y en el resto del ordenamiento jurídico y promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. 2. Asimismo, adecuarán su actividad a los siguientes: a) Principios generales: 1.º Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general. 2.º Ejercerán sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios. 3.º Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular. 4.º Asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones. 5.º Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos. 6.º Mantendrán una conducta digna y tratarán a los ciudadanos con esmerada corrección. 7.º Asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente. b) Principios de actuación: 1.º Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses. 2.º Guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias. 3.º Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento. 4.º Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones. 5.º No se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad. 6.º No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente. 7.º Desempeñarán sus funciones con transparencia. 8.º Gestionarán, protegerán y conservarán adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación. 9.º No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales. 3. Los principios establecidos en este artículo informarán la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en este título”[<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>, acesso em 13/11/16, às 22:00]. Sobre a evolução do texto que acabou sendo aprovado na Lei nº 19/2013, ver Emilio GUICHOT, 2014, p. 337 e ss.

⁶⁴ Da exposição de motivos da Lei nº 39/2015 consta expressamente o objetivo de se alcançar com tal diploma uma maior racionalidade, transparência e eficiência no exercício da função administrativa. Destacamos passagem do referido texto, no original: “El informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas en junio de 2013 parte del convencimiento de que una economía competitiva exige unas Administraciones Públicas eficientes, transparentes y ágiles. En esta misma línea, el Programa nacional de reformas de España para 2014 recoge expresamente la aprobación de nuevas leyes administrativas como una de las medidas a impulsar para racionalizar la actuación de las instituciones y entidades del poder ejecutivo, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad”(g.n.)[<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&p=20151002&tn=1#a1>, acesso em 13/11/16, às 22:30].

dever da realização de **estudos de impacto normativo** antes da aprovação de regulamentos (art. 130, n. 2⁶⁵).

No mesmo contexto de reforma administrativa vocacionada à racionalização do desempenho da função pública foi aprovada a Lei nº 40/2015 sobre o Regime Jurídico do Setor Público espanhol⁶⁶, que, dentre as novidades implantadas, está a obrigação de **avaliação da existência e reavaliação periódica da persistência dos motivos que levaram à criação de entidades públicas** (art. 114, n. 1, “a” e “b”), bem como de sua **sustentabilidade econômico-financeira**.

A Lei nº 40/2015 ainda prevê expressamente **mecanismos de cooperação** (arts. 47; 118; 140 e 141/154), inclusive operacionalizados por meios eletrônicos (arts. 3º, n. 2; 38/46 e 155), entre diferentes autoridades públicas em processos de tomada de decisão para o qual se sobreponham esferas de competência atribuídas a diferentes órgãos estatais (Conferências de Presidentes, Conferências Setoriais e Comissões Bilaterais de Cooperação – arts. 146, 147 e 153), além de, em consonância com o quanto previsto na Lei nº 39/2015, dispor sobre garantias a serem observadas no iter para o **exercício do poder normativo** a cargo do Executivo (como a necessidade de realização de **consulta pública prévia** à elaboração das propostas visadas pelas autoridades governamentais – art. 26⁶⁷).

⁶⁵ A Lei nº 39/2015 prevê, em seu art. 129, *princípios de boa regulação*. Dentre esses, podemos destacar os da *necessidade, eficácia, proporcionalidade, segurança jurídica, transparência e eficiência* (art. 129, n. 1). Confirma-se ainda a redação dos números 6 e 7 do dispositivo em tela: “art. 129. 6. *Em aplicação ao princípio da eficiência, a iniciativa normativa deve evitar cargas administrativas desnecessárias ou acessórias, e racionalizar, em sua aplicação, a gestão dos recursos públicos.* 7. *Quando a iniciativa normativa afete gastos ou ingressos públicos presentes ou futuros, deverão ser quantificadas e valoradas suas repercussões e efeitos, em observância aos princípios da estabilidade orçamentária e sustentabilidade financeira*”(g.n.)[<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&p=20151002&tn=1#a1>, acesso em 13/11/16, às 23:30].

⁶⁶ Destacamos os princípios expressamente previstos na Lei nº 40/2015 sobre o funcionamento da Administração Pública espanhola, que não deixam pairar qualquer dúvida sobre o fio condutor que motivou a aprovação de tal diploma. Art. 3º. “*Princípios gerais: 1. As Administrações Públicas servem com objetividade os interesses gerais e atuam de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à Constituição, à Lei e ao Direito. Deverão respeitar em sua atuação os seguintes princípios: a) serviço efetivo aos cidadãos; b) simplicidade, clareza e proximidade dos cidadãos; c) participação, objetividade e transparência da atuação administrativa; d) racionalidade e agilidade nos procedimentos administrativos e das atividades materiais; e) boa fé, confiança legítima e lealdade institucional; f) responsabilidade pela gestão pública; g) planejamento, direção por objetivos, controle da gestão e avaliação dos resultados das políticas públicas; h) eficácia no cumprimento dos objetivos fixados; i) economia, suficiência e adequação estrita dos meios aos fins institucionais; j) eficiência na distribuição e utilização dos recursos públicos; k) cooperação, colaboração e coordenação entre as Administrações Públicas”(g.n.). Para ver texto no original: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf> [acesso em 13/11/16, às 23:30].*

⁶⁷ Interessante notar que as cautelas estabelecidas no art. 26 da Lei nº 40/2015 para o exercício do poder normativo do Executivo envolvem inclusive os projetos de lei de sua iniciativa que são encaminhados para o Parlamento. O referido dispositivo ainda reforça a necessidade de elaboração de estudos de impacto normativo, já referidos na Lei nº 39/2015. A contextualização prevista para a consulta a ser realizada antes do exercício de tal competência, que nos parece bastante útil para se evitar desvios tanto no processo de criação de atos gerais e abstratos pelo governo, como na da sua futura aplicação pelas autoridades administrativas,

Iniciativa também bastante alvissareira contida na Lei nº 40/2015 é a elaboração de um Plano Anual Normativo⁶⁸, o qual preveja não só as normas que o governo pretende ver aprovadas no exercício seguinte, como que pressuponha uma **avaliação da efetividade das normas** já vigentes no sistema normativo espanhol (art. 25, n. 2, da Lei nº 50/1997⁶⁹), medida que vemos como importante instrumento para a garantia da qualidade do Direito produzido pelo Estado⁷⁰.

Como se vê, a Espanha vivencia relevante momento de alteração no seu ordenamento jurídico em busca de uma maior eficiência da atuação administrativa, respondendo, ao que tudo indica, a críticas que vinham sendo feitas quanto a disfuncionalidades do desempenho de seu aparato estatal (NIETO, 2015, p. 129/133), como a que se refere à irracionalidade no exercício do poder normativo de atribuição do Poder Executivo (ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2008, p. 80 e ss.; ORTIZ, 2012, p. 223 e ss.).

Se regras sobre o bom agir das autoridades (procedimentos) não bastam para uma boa administração (ORTIZ, 2012, p. 36), a observância dessas, contudo, corresponde à condição indispensável para que tal valor possa preponderar no dia a dia da burocracia pública (SOLÉ, 2012, p. 315 e ss.).

A despeito da necessidade de se aguardar para ver os resultados da reforma legislativa sob exame no exercício normal da função administrativa na Espanha, a descrição ora feita não deixa dúvidas de que, sob a perspectiva do controle, o que não faltam no referido país são parâmetros jurídicos para sancionar atuações ineficientes do Poder Público.

deve conter os seguintes elementos: 1) quais os problemas que se pretende resolver com a nova norma; 2) necessidade e oportunidade de sua aprovação; 3) os objetivos da norma; e 4) possíveis soluções alternativas regulatórias ou não regulatórias (art. 26, n. 2).

⁶⁸ Quanto ao ponto (já previsto no art. 132 da Lei nº 39/2015), a Lei nº 40/2015 alterou o art. 25 da Lei nº 50/1997, que disciplina a atuação do Governo espanhol. Para consultar o texto consolidado do diploma em questão: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-25336> [acesso em 13/11/16, às 23:30].

⁶⁹ Dispõe o número 2 do art. 25 da Lei nº 50/1997 (reformado): “*O Plano Anual Normativo identificará, de acordo com os critérios que forem estabelecidos de forma regulamentar, as normas que deverão se submeter a uma avaliação dos resultados de sua aplicação, observando sobretudo o custo que impõe à Administração ou aos destinatários, bem como as cargas administrativas impostas a esses últimos*” [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-25336>, acesso em 13/11/16, às 23:30].

⁷⁰ Sobre o imperativo de nosso país também avançar em tal quesito para que possamos caminhar rumo a uma Administração Pública mais racional, ver nossas considerações no item 3.1.1.5.1 deste estudo, no qual tratamos da *transparência* como pressuposto da governança administrativa.

ALEMANHA

Na Alemanha o princípio da eficiência encontra amparo no art. 114, 2 da Constituição de 1949 (*Grundgesetz* ou Lei Fundamental), que disciplina os parâmetros de controle a ser utilizados pelo Tribunal de Contas (*Bundesrechnungshof*) sobre a atividade administrativa, a saber: a sua **economicidade** (*Wirtschaftlichkeit*) e sua regularidade (*Ordnungsmäßigkeit*) quanto à gestão econômica (*Wirtschaftsführung*) e orçamentária (*Haushaltsführung*).

Eis a redação do dispositivo:

O Tribunal de Contas, cujos membros possuem independência judicial, examinam as contas, bem como a economicidade e a regularidade das gestões orçamentária e econômica. Além do governo, ele deve informar de forma anual e direta o Parlamento e o Conselho federal. De resto as competências do Tribunal de Contas devem ser disciplinadas pela lei ⁷¹.

Eberhard Schmidt - ASSMANN realça que a noção de *economicidade*⁷² contida no referido dispositivo constitucional não corresponde apenas a uma tarefa de controle da fiscalização contábil (*nicht nur einen Kontrollauftrag der Rechnungsprüfung*), mas sobretudo a um critério de ação (*Handlungsmaßstab*) permanente a pautar as atividades do Executivo (ASSMANN, 2006, p. 317).

⁷¹ Art. 114, 2 da Constituição alemã, no original: „(2) Der Bundesrechnungshof, dessen Mitglieder richterliche Unabhängigkeit besitzen, prüft die Rechnung sowie die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung. Er hat außer der Bundesregierung unmittelbar dem Bundestage und dem Bundesrate jährlich zu berichten. Im übrigen werden die Befugnisse des Bundesrechnungshofes durch Bundesgesetz geregelt“ [https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_10/245148, acesso em 14/11/16, às 5:00].

⁷² Günter PÜTTNER notícia que o critério de *economicidade* (*Wirtschaftlichkeit*) também é previsto, ao lado da economia (*Sparsamkeit*), como princípio do Direito Financeiro alemão (*Haushaltrecht*), sendo que ambos os conceitos não se confundem. Enquanto uma ação econômica busca apenas a redução de despesas (*Minimierung des Aufwands*) por parte da Administração, a conduta que atende à economicidade persegue a eficiência no emprego dos meios à disposição do gestor (o que às vezes é contrário ao simples objetivo de gastar menos no curto prazo, já que um produto mais barato pode representar mais despesas futuras com manutenção e renovação)(PÜTTNER, 2000, p. 237). Assim define o autor *economicidade*: “*economicidade é com isso essencialmente o mesmo que a eficiência no emprego dos meios. A economicidade (princípio econômico) exige, portanto, que dentre as possibilidades de ação que se apresentem para a escolha, essa recaia sobre a que represente a relação mais favorável entre custos e benefícios*”. No original: „*Wirtschaftlichkeit ist damit im wesentlichen das Gleiche wie Effizienz des Mitteleinsatzes. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip (ökonomisches Prinzip) fordert deshalb, unter alternativen Handlungsmöglichkeiten diejenige zu wählen, die das günstigste Verhältnis von Aufwand und Ertrag zeitigt*“(PÜTTNER, 2000, p. 237).

Schmidt- ASSMANN, que recusa o suposto antagonismo entre eficiência administrativa (*Verwaltungseffizienz*) e Direito (Recht)(2006, p. 317⁷³), pontua que a realização de tal valor no exercício da função pública ainda atende ao imperativo do **agir administrativo racional**⁷⁴, para o que a **processualização** do iter decisório da administração cumpre importante papel (ASSMANN, 2006, p. 317/318 e 320⁷⁵).

Quanto ao ponto, no mesmo sentido é a lição de Hartmut MAURER (2009), que, sublinhando o caráter auxiliar do *processo* (*Hilfsfunktion des Verfahren*⁷⁶) para que a autoridade cumpra seu dever de adoção de decisões justas e imparciais (*Pflicht zur sachlich richtigen Entscheidung*), defende-o como instrumento não só para a garantia dos direitos fundamentais dos administrados como para aprimoramento da qualidade das escolhas administrativas (MAURER, 2009, p. 484 e 486⁷⁷).

Neste contexto, o Código de Processo Administrativo alemão (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), lei de 1976, prevê dentre os princípios a serem observados no *processo administrativo* (*Verwaltungsverfahren*⁷⁸) daquele país justamente o da sua

⁷³ “Para a Administração a eficiência não é critério variável, e sim um princípio fundado no Direito”. No original: „Für die Verwaltung ist die Effizienz kein variables Kriterium, sondern ein im Recht fundierter Grundsatz“ (ASSMANN, 2006, p. 317).

⁷⁴ No que se refere à exigência de racionalidade no agir estatal, Ernst FORSTHOFF, por exemplo, lembra que tal valor é intrínseco à formação do Estado de Direito burguês, já que a economia capitalista demanda previsibilidade na atuação da organização política (FORSTHOFF, 1973, p. 33). Ao tratar do âmbito decisório discricionário da Administração (*Ermessensbereich der Verwaltung*), o autor, que considera superestimada a capacidade de a lei vincular a ação administrativa (*Überschätzung der Determination des Verwaltungshandelns durch das Gesetz* – 1973, p. 34), afirma que diversos princípios gerais impõem-se à atuação do Estado intervencionista (como as formulas do “dar a cada um o que é seu”, do interesse público, Justiça e etc.) cabendo, pois, à autoridade a realização de suas avaliações de forma racional e respeitosa aos referidos valores (FORSTHOFF, 1973, 71).

⁷⁵ “Aqui tem o processo administrativo um significado particular. O Direito processual deve ser formado de modo a servir como meio promotor da eficiência”. No original: „Hier kommt dem Verwaltungsverfahren besondere Bedeutung zu. Das Verfahrensrecht muss so ausgeformt werden, dass es über effizienzfördernde Mittel verfügt“ (ASSMANN, 2006, p. 320).

⁷⁶ Hartmut MAURER, ponderando que as melhores garantias procedimentais de nada servirão caso a decisão de mérito a ser adotada pela autoridade ao fim de um dado iter for errada, lembra (assim como o faremos no Capítulo 3 deste estudo ao tratarmos do processo como instrumento da governança administrativa), que o processo tem apenas uma função auxiliar, não sendo um fim em si mesmo (*Das Verfahren hat eben (nur) Hilfsfunktion, keinen Eigenwert*)(MAURER, 2009, p. 486).

⁷⁷ Essa dupla finalidade para o processo administrativo, a saber, do **cumprimento efetivo das tarefas estatais** (*effektiven Erfüllung der Aufgaben der Verwaltung*) e da **proteção jurídica dos cidadãos** (*Rechtsschutz des Bürgers*), ver também Ferdinand O. KOPP (1991, p. 4 e ss.). Sobre benefícios da intervenção de terceiros no processo de tomada de decisão estatal, ver também Günter PÜTTNER, 2000, p. 308 e ss.)

⁷⁸ O Código de Processo Administrativo alemão usa o seguinte conceito para o instituto: “O processo administrativo no sentido dessa lei é a atividade da autoridade vocacionada à produção de efeitos externos, que se destina ao exame dos pressupostos, à preparação e a emissão de um ato administrativo ou a conclusão de um contrato de direito público; envolve a emissão de ato administrativo ou a conclusão de um contrato de direito público”. No original: „Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es

informalidade (*Nichtförmlichkeit*), bem como o dever de sua **condução** de modo simples (*einfach*), **eficaz** (*zweckmäßig*) e rápido (*zügig*)(§10º do CPA⁷⁹).

Vale ainda referir que o tema da **reforma/modernização do Estado** em busca de maior eficiência na sua atuação, o que envolve a crítica em maior ou menor grau ao seu aparato burocrático, também é lembrado pela doutrina tedesca (PÜTTNER, 2000, p. 33⁸⁰ e 273 e ss.; BOGUMIL/JANN, 2009, p. 50 e ss. e 147 e ss.; MAYNTZ, 2009; BUTTERWEGGE, 2014, p. 74 e ss.).

Tais abordagens, algumas das quais tendo por pano de fundo a crise do Estado de Bem-Estar Social (*Krise des Sozial-Wohlfahrtsstaates*)(MAYNTZ, 2009, p. 18 e ss.; HABERMANN, 2013; BUTTERWEGGE, 2014), passam por tópicos como a necessidade de redução do tamanho do Estado (BUTTERWEGGE, 2014, p. 74 e ss.; BOGUMIL/JANN, 2009, p. 48/50), de melhoria da qualidade no serviço público (PÜTTNER, 2000, p. 261 e ss.) e da criação de **novas formas de relacionamento entre Administração e cidadãos** na busca da satisfação de objetivos de interesse geral (nas quais o Poder Público atue mais por meio de contratos ou da indução de comportamentos do que pela via autoritária)(BOGUMIL/JANN, 2009, p. 50 e ss.).

FRANÇA

A França, cujos publicistas tiveram forte influência na construção da nossa Teoria do Direito Administrativo (ALMEIDA, 2015, p. 192 e ss.), também passa a vivenciar questionamentos quanto ao **papel do Direito na busca de uma gestão pública mais eficiente** (CHEVALLIER, 2010, p. 295 e ss.; DUBOS, 2010, p. 36 e ss.; CAILLOSSE, 2010-B, p. 8 e ss.).

schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein“ [http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_9.html], acesso em 15/11/16, às 15:00].

⁷⁹ §10º do Código de Processo Administrativo alemão: “*O processo administrativo não é vinculado a uma forma determinada, desde que não exista prescrição jurídica particular em sentido contrário. Ele é para se conduzir (de modo) simples, eficaz e rápido*”. No original: „*Das Verwaltungsverfahren ist an bestimmte Formen nicht gebunden, soweit keine besonderen Rechtsvorschriften für die Form des Verfahrens bestehen. Es ist einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen*“ [http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_10.html], acesso em 15/11/16, às 15:00].

⁸⁰ Günter PÜTTNER esclarece que as ideias de *reforma* e de *modernização* da Administração Pública (*Verwaltungsreform* e *Verwaltungsmodernisierung*) não são exatamente novas na Alemanha, já que ocorreriam de forma cíclica há mais de um século naquele país, alternando fases de persistência (*Beharrung*) ou estagnação (*Stagnation*)(PÜTTNER, 2000, p. 33).

Embora não se possa dizer que a questão da *reforma do Estado* seja exatamente nova naquele país (DEBBASCH, 1971, p. 354/355⁸¹), tem-se que lá o tema da *performance administrativa* ganhou enorme impulso nos últimos anos, para o que contribuíram fatores como a *crise do Estado Providência* e a *globalização/desenvolvimento do direito comunitário europeu* (CAILLOSSE, 2010-B, p. 10 e ss.; DUBOS, 2010, p. 36; ALMEIDA, 2015, p. 123/125⁸²).

Nesse contexto, Jacques CHEVALLIER, abordando o impacto da intensificação do fluxo global de capitais e pessoas na procura de um sistema jurídico mais favorável aos negócios, noticia que o relatório do Banco Mundial *Doing Business* de 2004 classificou o **sistema jurídico francês como um dos menos “performantes” do mundo** (CHEVALLIER, 2010, p. 295⁸³).

Identificado o risco de se ignorar dificuldades decorrentes do seu quadro normativo para um agir administrativo mais racional e previsível (o que pode redundar em perda de

⁸¹ Charles DEBBASCH, diagnosticando o tema da *reforma da administração* como uma preocupação permanente dos governantes e da opinião pública, alerta para a ilusão de que haja uma fórmula mágica para se extirpar todos os vícios do funcionamento do Estado. “*A reforma administrativa pode melhorar a máquina administrativa, mas seu aperfeiçoamento não permite jamais que se alcance a perfeição. A reforma administrativa busca a adaptação da administração às missões que ela deve cumprir e esse esforço de adaptação deve ser constante*”(DEBBASCH, 1971, p. 354). Em obra mais recente sobre o tema, Éric CRISTI nos dá notícia que, em busca de uma “racionalização progressiva do dispositivo administrativo”, em 1995 foi criado na França o Comitê Interministerial para a Reforma do Estado (CIRE), em 1998 o Comitê Interministerial para a Sociedade da Informação (CISI) e em 2005 o Comitê Interministerial de Planejamento e Competitividades dos Territórios (CIACT, em sucessão ao Comitê Interministerial de Planejamento e Desenvolvimento do Território – CIADT, instituído em 1995)(CRISTI, 2007, p. 493). Em especial no que diz respeito às possibilidades de melhoria no exercício da função pública em decorrência do desenvolvimento de novas tecnologias, o autor destaca a transformação, em 2002, do *Legifrance* (criado em 1998) em serviço público gratuito de difusão ampla do direito pela internet, substituindo atividade que até então era desenvolvida por empresa concessionária mediante remuneração (salvo quanto aos “dados jurídicos essenciais”, que já vinham sendo divulgados de forma graciosa pelo *legifrance.gouv.fr* desde 1998). A iniciativa, prossegue CRISTI, ao permitir o acesso permanente pela internet de versões “consolidadas” de códigos, leis e decretos, contribui para a “*melhoria do acesso, da previsibilidade e da compreensão do direito pelos cidadãos*”(CRISTI, 2007, p. 498/499). Para informações sobre movimentos de reforma da Administração Pública francesa desde o Antigo Regime, ver Frédéric MOLLÉ, 2006, p. 145 e ss.

⁸² Jacques CAILLOSSE aponta como um dos fatores para juridicização da performance no Direito Administrativo francês a doutrina de organizações econômicas internacionais como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, o Fundo Monetário Internacional - FMI e o Banco Mundial, que promovem a avaliação do sistema jurídico de diversos países quanto à respectiva atratividade econômica (CAILLOSSE, 2010-B, p. 10). Olivier DUBOS, por sua vez, identifica no Direito Comunitário europeu uma das principais causas para o Direito Administrativo francês afastar-se de sua tradicional transcendência (no que se refere à realidade) rumo a uma visão mais instrumental do seu papel para satisfação de necessidades coletivas. “*A operação de transmutação do direito administrativo pelos direitos europeus decorre, assim, de uma preocupação bastante grande se não de performance, ao menos de efetividade. Pelos direitos europeus, o direito administrativo deve estar ao mesmo tempo a serviço da ação pública e a serviço dos indivíduos*”(DUBOS, 2010, p. 37).

⁸³ O referido relatório, que relaciona *excesso de regulação à ineficiência econômica e corrupção*, pode ser encontrado em <http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB04-FullReport.pdf> [17/11/16, às 23:00]. Jacques CAILLOSSE também faz menção a importância dos estudos contidos na publicação *Doing Business* como incentivo à reflexão sobre o papel do Direito administrativo na eficácia da ação pública no sistema jurídico francês (CAILLOSSE, 2010-B, p. 10).

oportunidades de criação de empregos e renda), a doutrina⁸⁴, a jurisprudência⁸⁵ e a legislação⁸⁶ francesas passaram a refletir sobre a necessidade de se adaptar o Direito criado e aplicado pelo Estado às exigências da realidade a qual tal conjunto de normas se dirige.

Ao lado dessa perspectiva que podemos chamar de *econômica*, não se pode ignorar que desde os anos 60/70 do século XX reivindicações da sociedade civil levaram a França a promover uma maior **descentralização** do Poder (BRAIBANT, 1978, p. 161; ROSANVALLON, 2008; GUGLIELMI/MARTIN, 2013 ; BOTTINI, 2015), acompanhada da introdução/aperfeiçoamento de técnicas de gestão fundadas prioritariamente no **consenso** (CHAMBAT/FOURNIAU, 2001, p. 15 e ss.; GAUDIN, 2007; RICHER, 2010, p. 47 e ss.; GARBAR, 2010; DEVILLER, 2011, p. 328/329; AUBY, 2011) e abertas à **participação** da população no processo de tomada de decisões estatais (BRAIBANT, 1978; CHAMBAT/FOURNIAU, 2001, p. 19 e ss.; SANCHEZ, 2004; JÉGOUZO, 2006;

⁸⁴ Dentre os autores consultados, destacam-se, a título ilustrativo, as contribuições ao tema feitas por Jacques CHEVALLIER (2003, 2007, 2008 e 2010) e Jacques CAILLOSSE (1999, 2003, 2008, 2010, 2010-B, 2013, 2013-B e 2015).

⁸⁵ Sobre o ponto, Jacques CAILLOSSE (1999, p. 205; 2010-B, p. 9/10) e Jacques CHEVALLIER (2010, p. 296) fazem referência ao precedente « Ville Nouvelle Est » julgado em 28/05/1971, no qual o Conselho de Estado francês usou a **ponderação de custos e benefícios** para analisar a regularidade de uma declaração de utilidade pública tendo por objeto área de grande dimensão para implantação de complexo universitário (« jurisprudence dit du bilan coût/avantage »). Segundo a avaliação de CAILLOSSE: “*O Conselho de Estado constrói então um instrumento de controle praticamente inédito: a legalidade de uma declaração de utilidade pública é apreciada a partir e em função de um pesar permitindo ao juiz mensurar a rentabilidade socioeconômica de um projeto de equipamento (público) ou de política urbana*” (2010-B, p. 9/10). Mais detalhes sobre o julgamento em tela podem ser obtidos no próprio site da corte: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/28-mai-1971-Ville-Nouvelle-Est> [20/11/16, às 10:00].

⁸⁶ Jacques CAILLOSSE nos informa que, sob inspiração da jurisprudência dos custos e benefícios encampada pelo Conselho de Estado francês, textos legais também passaram a prever algumas formas de análise dos efeitos de ações governamentais na realidade, como estudos de impacto ou de avaliação interministerial do resultado de políticas públicas. Como exemplo o autor cita o Decreto de 22 de janeiro de 1990, que versa sobre o exame da eficiência de políticas públicas (CAILLOSSE, 2010-B, p. 10), tema sobre o qual o autor se debruça com mais fôlego em seu *L'État du Droit Administratif* (2015, p. 91 e ss.). Didier Jean - PIERRE, que lembra que a própria criação da Escola Nacional de Administração francesa – ENA em 1945 teve por objetivo justamente a criação de altos quadros no funcionalismo para a “modernização e reforma de velhos hábitos da administração” (PIERRE, 2005, p. 72), indica leis do início dos anos 2000 com o propósito de implantar uma cultura de resultados na gestão pública, como a Lei orgânica de 01 de outubro de 2001 (finanças) e a Lei de 29 de janeiro de 2002 (gestão de recursos humanos, pela qual se generalizou a avaliação de desempenho dos servidores públicos e a ideia de recompensa por mérito de tais agentes) (PIERRE, 2005, p. 74). Consultando o site www.legifrance.gouv.br também é possível conferir o esforço feito pelo governo francês para por em prática estudos de impacto de legislação antes de sua aprovação pelo Parlamento, mecanismo visto como importante para que os novos textos normativos sejam aptos a promover os efeitos na realidade aos quais estes se propõem. A medida, que encontra amparo expresso do no art. 39 da Constituição da República de 1958, é assim incentivada pela circular do Primeiro Ministro de 12 de outubro de 2015: “*a avaliação preliminar de textos regulamentares e o bloqueio da regulamentação definido pela circular de 17 de julho de 2013 contribuem para a melhoria da qualidade do direito, ao controle da inflação normativa e à suavização dos encargos relacionados às obrigações regulamentares*” [http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2015/10/cir_40120.pdf, 20/11/16, às 10:30]. Estudos realizados antes da aprovação de leis podem ser conferidos em <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Etudes-d-impact/Etudes-d-impact-des-lois/Lois-publiees> [20/11/16, às 10:30].

ROBBE, 2007; ROSANVALLON, 2008, p. 328 e ss.; TRUCHET, 2011, p.150/152; DEVILLER, 2011, p. 327/328; DELAUNAY, 2013; GAUDIN, 2013, p. 31 e ss.; DEFARGES, 2015, p. 16/18; THOLEN, 2015; CAILLOSSE, 2015, p. 130/131; BON, 2016).

Neste contexto, pode-se dizer que mudanças verificadas na sociedade francesa nos últimos anos, que vão além das razões de índole estritamente econômica (mas certamente relacionadas com estas), tem levado ao questionamento de vários dogmas que fizeram parte da formação do Direito Administrativo daquele país (CAILLOSSE, 2015, p. 112 e ss.⁸⁷), como o da sua **exorbitância** (BRAIBANT, 1978, p. 164; CAILLOSSE, 1999, p. 197 e ss.; DUBOS, 2010, p. 37 e ss.; CHEVALLIER, 2010, p. 300/301⁸⁸), o da organização monopolística do **serviço público** pelo Estado (CAILLOSSE, 1999, p. 206 e ss.;

⁸⁷ Jacques CAILLOSSE, discorrendo sobre o uso do vocábulo *governança* para tratar de uma realidade que, sob outros nomes, já frequenta (ainda que em parte) há algum tempo a reflexão dos juristas (2015, p. 109), afirma: “Com a governança, é uma parte do nosso universo tal como ele foi fabricado pelos juristas que se revela uma obra de ficção. Tudo nela passa: desde um método de leitura de nosso meio através do prisma do Estado soberanamente instalado no interior de suas fronteiras, até uma rígida divisão entre público e privado que atravessa o conjunto de papéis sociais, passando pela crença quanto à existência de um grande tomador de decisão público, livre, racional, onisciente e produtor exclusivo do sentido da ação pública. Em breve, tudo aquilo que chamamos sob o nome de governo (sem sempre saber que ponto de tal noção juridicamente informada condiciona nossa visão, que ela fixa somente sobre as instituições públicas), a governança vai lhe desconstruir”(CAILLOSSE, 2015, p. 112).

⁸⁸ No que se refere à exorbitância do Direito Administrativo, embora esta tenha sido tradicionalmente tratada como garantia para que os melhores interesses da sociedade prevalecessem sobre os desejos egoísticos que lhes fossem contrários, hoje passa-se a avaliar em que medida esse direito especial atribuído à Administração representa custos e/ou entraves ao desenvolvimento econômico e à eficiência da atuação estatal. Um retrato da concepção que poderíamos chamar de “clássica” para o fenômeno: “Segundo a concepção francesa (do Princípio da Legalidade) insiste-se sobre a particularidade da missão a ser desempenhada pela administração. Essa não pode se satisfazer com regras de direito privado. Ela deve dispor de um direito especial, o direito administrativo, derogatório do direito comum, atribuindo à administração prerrogativas exorbitantes do direito privado. Essa escolha se explica pela lógica constitucional: o mito da soberania nacional levou a que se considerasse as administrações como instituições de uma essência diferente das pessoas privadas. A administração se beneficia de prerrogativas exorbitantes destinadas a lhe permitir a satisfação de sua função de gerir interesses gerais da coletividade, função assumida como incompatível com aquelas assumidas pelas pessoas privadas”(DEBBASCH, 1971, p. 51). Mais à frente, Charles DEBBASCH, ao apontar para a **prerrogativa do agir unilateral** da Administração como a principal forma de esta impor obrigações aos administrados, complementa: “é a técnica da ação administrativa a mais clássica, aquela que manifesta, no nível mais elevado, a desigualdade entre administração e administrados. A administração só utiliza de modo acessório o quadro contratual e os contratos administrativos possuem um regime jurídico específico em comparação com o direito comum” (DEBBASCH, 1971, p. 51). Como exemplo de crítica atual à visão mencionada, destacamos passagem do pensamento de Jacques CAILLOSSE: “A emergência seguida pelos desenvolvimentos de um direito público econômico não pode apagar que o direito administrativo francês nunca teve o rendimento como preocupação central. Essa parece ser a lição das mutações jurídicas em curso: mais a racionalidade econômica informa os modelos de comportamento sociais, mais diminui a parte das regras exorbitantes do direito comum na organização e funcionamento das instituições administrativas”(CAILLOSSE, 1999, p. 197). Segundo Jacques CHEVALLIER, “a consolidação de circuitos de troca com jurisdições administrativas estrangeiras, notadamente europeias, não se passou sem influência sobre o processo de adaptação do direito administrativo nacional. A construção europeia teve sobretudo uma forte incidência: a relação das jurisprudências das cortes de Strasbourg e Luxemburgo foi considerável, ao mesmo tempo contribuindo para a redução dos elementos de exorbitância e para a introdução de noções novas (princípio da proporcionalidade, standard de boa administração, princípio da responsabilidade...)”(CHEVALLIER, 2010, p. 300).

TRUCHET, 2011, p. 334/335; DUBOS, 2010, p. 47/49; CHEVALLIER, 2010, p. 300/301⁸⁹) e o do regime jurídico rígido de indisponibilidade conferido ao **patrimônio imobiliário** estatal (CAILLOSSE, 1999, 201 e ss.; DEVILLER, 2010⁹⁰).

A atividade administrativa, que deixa de ser explicada por um **modelo burocrático piramidal**, no qual o exercício de poder dá-se exclusivamente de forma verticalizada (comando e controle⁹¹), passa a ser entendida como desenvolvida por diversos atores

⁸⁹ No que diz respeito às mudanças atinentes ao instituto do **serviço público** experimentadas pelo sistema francês, além de políticas dirigidas ao bom atendimento dos respectivos usuários (LECA, 1993; GUILLAUME/DUREAU/SILVENT, 2002; CHEVALLIER, 2010, p. 301/302; CAILLOSSE, 2013-B; VAN LANG, 2013), o reconhecimento progressivo da primazia do Direito Comunitário quando em contraste com a lei nacional (DEGOFFE, 2008, p. 98/101) acabou por restringir bastante a possibilidade de o Estado criar atividades prestacionais exclusivas suas, já que tal opção de regulamentação deve passar por um crivo de **proporcionalidade**, harmonizando-se com o direito de **livre iniciativa** e do dever de **tutela da concorrência**. Sobre a evolução da jurisprudência francesa quanto à aceitação da aplicação do postulado da livre concorrência aos serviços públicos, ver Jacques CAILLOSSE, 2008, p. 52 e ss. Quanto à possibilidade de se estabelecer monopólios justificados em tais atividades, confira-se passagem da lição de Didier TRUCHET: “*essa última reserva (previsão de ressalva à livre concorrência quando a medida puder por em risco a atividade desenvolvida até então em regime de exclusividade ou privilégio - conforme item 2 do art. 106 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE) mostra que as derrogações ao direito da concorrência (e à proibição de subsídios estatais) são possíveis. Mas elas não podem ser justificadas de maneira abstrata pela única consideração que uma dada atividade seria qualificada na França como serviço público. Falta demonstrar que elas são necessárias para o cumprimento de uma missão precisa de serviço público e proporcionais àquilo que essa requerer” (TRUCHET, 2011, p. 334/335)(g.n.). O texto do art. 106 do TFUE pode ser consultado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12008E106:FR:HTML> [21/11/16, às 11:30].*

⁹⁰ A crítica quanto ao regime jurídico atribuído aos bens públicos é que sua rigidez impede o adequado aproveitamento econômico do patrimônio que está à disposição da Administração, condição para que o respectivo uso possa satisfazer de modo mais eficiente as carências da coletividade. Nas palavras de Jacques CAILLOSSE: “*A inadaptação da dominialidade pública, seja aquela do Estado, seja das coletividades locais ou dos estabelecimentos públicos, às exigências da vida econômica encontra no crescimento do contencioso uma de suas expressões mais eloquentes. Como envolve uma concepção obsoleta da propriedade pública, inalienável e imprescritível, o regime jurídico dos bens públicos, por dissuadir a iniciativa econômica, obrigam às vezes a atitudes ou montagens frágeis, sempre suscetíveis de provocar litígios. Os motivos de tais litígios – reais ou virtuais – não faltam. Todos contém acusação de rigidez de um direito incompatível com as necessidades normativas das trocas econômicas*” (CAILLOSSE, 1999, p. 201). Jacqueline Morand-DEVILLER, apresentando um pouco da evolução da ideia de domínio público no sistema francês, informa que as exigências de performance na gestão pública levaram à certa flexibilização no seu regime, o que se refletiu na aprovação do Código Geral da Propriedade das Pessoas Públicas, pela ordenança de 21 de abril de 2006 (DEVILLER, 2010, p. 211/214). A autora contudo adverte que o simples movimento de se transferir irrefletidamente bens públicos para a iniciativa privada pode redundar em prejuízos ao erário (dando o exemplo de propriedade que fora privatizada e readquirida quatro anos mais tarde por montante superior ao da sua venda), ou mesmo representar soluções que não seriam as mais rentáveis para a Administração caso houvesse aproveitamento adequado de tais bens (DEVILLER, 2010, p. 216/217).

⁹¹ Esse modelo centralizado e hierarquizado, que é chamado de “napoleônico”, é explicado por Charles DEBBASCH e Frédéric COLIN como uma reação ao período de “anarquia trazido pela descentralização revolucionária” (DEBBASCH/COLIN, 2011, p. 38), e se caracterizava pela grande concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo do país, cuja representação, no âmbito local, se dava em especial na figura do *préfet* (DEBBASCH/COLIN, 2011, p. 38/39). Os autores ressaltam que o referido modelo passa por transformações tanto internas como externas para fazer frente aos desafios que se colocam à gestão pública contemporânea. No que se refere às relações entre servidores, hoje se faz necessária uma concertação constante entre superiores hierárquicos e seus subordinados, para o que a “sindicalização da função pública” foi fator relevante. Já quanto à interação entre servidores e particulares, as mudanças se desenvolveriam num duplo plano: “*Não se trata mais somente de comandar e impor, mas de explicar e convencer. Não basta conhecer seu público, é necessário fazer-se conhecido por parte dele. A administração deve informar o*

coordenados em torno de objetivos comuns, que se relacionam entre si não pela hierarquia mas por interações cooperativas em boa medida horizontalizadas (obediência à lógica da rede⁹²), o que se dá principalmente por manifestações diversas da expedição de ato unilateral pela autoridade, com recurso cada vez maior a instrumentos jurídicos tradicionais do direito privado (CAILLOSSE, 1999, p. 198 e ss.).

Há autores que veem nessa movimentação do Direito Administrativo francês uma progressiva **subjetivação de seus termos**, em oposição a uma visão objetivista e institucional até então prevalecente na sua disciplina pelo Estado (DUBOS, 2010, p. 46 e ss.).

UNIÃO EUROPÉIA

A *boa administração* também mereceu atenção da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁹³ de 1999 que, em seu art. 41, estabelece:

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respetivas 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 dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

público sobre aquilo que ela deve fazer, sobre as decisões que ela tomou ou que ela tem em conta”(DEBBASCH/COLIN, 2011, p. 46).

⁹² Acerca da organização da função administrativa em rede (*en réseaux*), em especial no que se refere ao planeamento e execução de políticas públicas, o que envolve não só a coordenação entre diferentes autoridades para cumprimento de tarefa de competência comum, como uma forma diferente de se conceber a própria formação do Direito, ver Charles Albert-MORAND, 1999, p. 205 e ss. Segundo o autor: “*a estruturação (das políticas públicas) em rede envolve uma parte importante da organização. O direito pode estabelecer hierarquias flexíveis com princípios advindos de uma ordem jurídica superior ou entre os diferentes interesses consagrados pelos princípios diretores que fazem parte de uma dada ordem jurídica. Essas predominâncias são, no entanto, sempre relativas e não tomam jamais a forma da pirâmide kelseniana*”(MORAND, 1999, p. 206).

⁹³ A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, embora publicada em 1999, só passou a ter força vinculante aos respetivos Estados membros em 2009, quando passou a vigorar o Tratado de Lisboa, conforme <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l33501> [05.07.15, às 23:00]

No contexto do que alguns autores passam a chamar de *Direito Administrativo sem Estado* (CHITI, 2003, p. 48 e ss.), o Direito Europeu, ao disciplinar a atuação das funções administrativas dos Estados nacionais membros da União, conferindo competência para as autoridades de cada país aplicarem diretamente seus princípios, regras e diretivas no exercício das atribuições que lhes cabem⁹⁴, vem exercendo uma influência cada vez maior no desenvolvimento do Direito a ser observado pelas diversas Administrações Públicas existentes no Velho Mundo.

Em um processo para o qual a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia tem sido determinante (CHITI, 2003, p. 50 e ss.; CHEVALIER, 2014, p. 167 e ss.), avança a ideia de **primado do Direito Comunitário** quando em contraposição com o Direito Nacional (DEGOFFE, 2008, p. 98/101⁹⁵), estabelecendo-se postulados gerais a reger o exercício do Poder Executivo em face dos administrados em qualquer ponto do espaço comum europeu (TOURNEPICHE, 2010, p. 264⁹⁶).

Nessa evolução que teve como um dos seus pontos altos a disseminação da necessidade de **procedimentalização do desempenho da função pública** em todas as

⁹⁴ Mario P. CHITI, defendendo a existência de um Direito Administrativo europeu, aponta que tal ordenamento supranacional é regido por dois princípios: 1) em tal sistema são sujeitos também os indivíduos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, e não só os Estados membros; 2) há eficácia direta e aplicabilidade imediata de diversos atos comunitários na vida das pessoas. Considerando tais postulados, o autor sustenta que das normas expedidas pelas autoridades da UE redundam posições jurídicas subjetivas (*situazione giuridiche soggettive*) exigíveis pelos particulares tanto no âmbito nacional como no europeu, o que é resguardado por instrumentos previstos pelo referido ordenamento com tal propósito (CHITI, 2003, p. 49).

⁹⁵ A interação entre direito comunitário e nacional certamente enfrenta nuances próprias em cada Estado membro da União Europeia. No que se refere ao sistema francês, Michel DEGOFFE expõe como foi a evolução do tratamento dado pelo Conselho de Estado a essa concorrência de fontes normativas, sendo que o autor dá notícia que, após o precedente Nicolo (CE de 20 de outubro de 1989), a corte administrativa, alterando seu posicionamento anterior, passou a se ver competente para avaliar a compatibilidade entre lei parlamentar e tratado internacional (sendo que este último, por força do art. 55 da Constituição francesa, tem hierarquia superior ao ato do legislativo nacional)(DEGOFFE, 2008, p. 100/101). Por esse novo cenário, destaca DEGOFFE que “*sob pretexto de um controle de convencionalidade, o Conselho de Estado exerce um controle equivalente ao de constitucionalidade*”(DEGOFFE, 2008, p. 101).

⁹⁶ Mario P. CHITI aborda o papel da *Corte di giustizia* europeia no desenvolvimento do Direito Comunitário, destacando seu papel na dedução de princípios gerais de direito, em parte a partir da experiência constitucional comum dos Estados membros, em parte a partir da reflexão feita sobre o próprio sistema supranacional. Dentre os postulados que segundo o autor tem imediata relevância para o Direito Administrativo estão: princípio da legalidade da ação administrativa, de motivação obrigatória, de transparência e direito de acesso (a documentos), de confiança legítima (*affidamento legittimo*), de imparcialidade e de boa administração (CHITI, 2003, p. 50/51). Tais princípios podem ter inspiração nas ordens jurídicas nacionais ou ser reflexo de uma construção comunitária mais ou menos original. Desse segundo grupo, o autor destaca a evolução do princípio da **certeza do direito** que, extraído da ideia de *Estado de Direito* (*Stato di diritto*), intimamente relacionada com o reconhecimento de outras diretrizes a reger a atuação estatal (como a da confiança legítima), passou a ser prestigiado pela Corte de Justiça, em um processo de importante repercussão nos direitos dos países integrantes do bloco europeu, em especial no que se refere ao estabelecimento de limites para a revogação de atos administrativos (o que passa a ter que observar um prazo razoável para tanto), bem como para a respectiva retroatividade, tudo em homenagem à necessidade de se preservar “*a previsibilidade das situações e relações jurídicas que tocam a esfera do direito comunitário*”(CHITI, 2003, p. 66/68).

esferas de governo (AZOULAI, 2007, p. 493 e ss.; CHEVALIER, 2014, p. 59 e ss., p. 259 e ss.; p. 380 e ss.), com o imprescindível dever de respeito aos ditames da *ampla defesa* e do *contraditório* sempre que uma atuação estatal potencialmente puder redundar em prejuízo a direitos ou interesses dos cidadãos, a ideia de *boa administração*, que em boa medida depende desse **cuidado com o modo** pelo qual a autoridade age para o desempenho de suas tarefas, ganha relevância.

Da mesma forma como se observa na doutrina que trata do tema a partir da perspectiva “local”, os autores que fazem suas investigações tendo por base o Direito europeu discorrem sobre o caráter vago ou fluído do conceito de *boa administração* (AZOULAI, 2007, p. 494/495; BOUSTA, 2010, p. 83 e ss., p. 283/287; CHEVALIER, 2014, p. 39 e ss.), o que, contudo, não obsta sua aplicabilidade como remédio à *má administração* (*cattiva amministrazione*)⁹⁷, que vai além da singela ideia de ação administrativa inválida (CHITI, 2003, p. 65 e ss.; BOUSTA, 2010, p. 119 e ss., p. 440; CHEVALIER, 2014, p. 158 e ss., p. 182/183).

A noção, que teria surgido timidamente na jurisprudência da Corte de Justiça como decorrência de garantias já conhecidas e melhor delimitadas, como a do *direito de defesa* e a do *dever de motivação* a cargo das autoridades no desempenho de suas competências (AZOULAI, 2007, p. 495⁹⁸), cumpre um duplo papel: tanto faz face a uma burocracia

⁹⁷ Emilie CHEVALIER, em lição um tanto vacilante acerca dos efeitos jurídicos que podem ser extraídos quanto ao postulado da boa administração quando considerado independentemente dos demais princípios que comporiam tal noção, afirma: “*O que liga o conjunto de princípios à noção de boa administração é a noção de diligência. Ela é como “o cuidado tomado, com celeridade e eficácia, para a realização de uma tarefa”. Ele (o princípio de boa administração) é desenvolvido na jurisprudência a fim de salientar a obrigação de a autoridade administrativa levar em conta o conjunto de elementos pertinentes para a adoção de uma decisão, a fim de escolher a medida mais apropriada. Essa exigência se traduz também no funcionamento da administração: a eficácia da administração é estritamente vinculada ao cumprimento de suas missões de forma diligente. A diligência pode ser enunciada sob diversas facetas. Sobretudo é uma noção bastante vaga, que pode ser objeto de uma apreciação contextual, concretizada, com a inserção de valores essenciais de uma sociedade em um dado momento*” (CHEVALIER, 2014, p. 297).

⁹⁸ Loïc AZOULAI, discorrendo sobre as raízes jurisprudenciais do *princípio de boa administração* no âmbito da UE, identifica um julgado de 1957 em que houve a referência ao dever de uma “*administração sã*” (« *saine administration* ») como regra não escrita do Direito da então CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, criada como entidade supranacional em 1951, precursora da UE), o que obrigaria as autoridades a examinar as particularidades dos casos submetidos à sua apreciação (CJCE, 10 de dezembro de 1957, *Usine à tubes de la Sarre c. Haute Autorité* – AZOULAI, 2007, p. 496). O mesmo caso é mencionado na lição de Emilie CHEVALIER (2014, p. 267/268). Já Rhita BOUSTA aponta como marco a respeito um precedente um pouco anterior ao referido por AZOULAI e CHEVALIER (CJCE, 11 de fevereiro de 1955, *Industrie Siderurgiche Associate c. Haute Autorité*), no qual se considerou que omissão de pareceres divergentes de órgãos consultivos na motivação da alta autoridade não era contrária às « *règles de bonne administration* », já que tal consulta não era obrigatória pelo Tratado respectivo (BOUSTA, 2010, p. 84).

européia em expansão, como reflete a busca da **legitimação desta perante a população** sujeita à sua atuação (AZOULAI, 2007, p. 495⁹⁹).

Na literatura consultada sobre o tema da boa administração no âmbito do Direito Europeu, encontramos referência a tal princípio como um **desdobramento do princípio da legalidade**, em que o **critério da eficiência** passa ser visto como elemento a ser considerado pelo gestor na **construção do sentido da norma** a reger sua atuação concreta.

Na defesa dessa perspectiva manifesta-se, por exemplo, Mario P. CHITI:

Na verdade estamos em face de um desenvolvimento do princípio de legalidade que não assume caráter nitidamente distinto. O único traço peculiar é a ênfase posta com respeito aos critérios de eficiência e eficácia, e, assim, de qualquer parâmetro de boa administração aí compreendidas regras técnicas e internas. À “boa administração” faz-se, assim, referência, para se assegurar a tempestividade da ação administrativa e a capacidade funcional da Administração (CHITI, 2003, p. 72).

Rhita BOUSTA, por sua vez, ressaltando que a ideia de legalidade vigente no seio do direito comunitário não está associada à visão da lei como expressão da vontade geral (BOUSTA, 2010, p. 415¹⁰⁰), bem como que o **bom uso da lei** seria **dever implícito** decorrente de tal diretriz (BOUSTA, 2010, p. 439/440), sustenta que a Administração Pública, assim como o Legislativo e o Judiciário, tem um papel ativo na elaboração do significado da norma a disciplinar sua atuação (BOUSTA, 2010, p. 415/419).

Nesse contexto, BOUSTA entende a boa administração como uma exigência imposta ao tomador de decisão quanto à *“adaptação equilibrada de meios”* (« *adaptation équilibrée des moyens de l’administration publique* »), o que tem estrita relação com o dever de observar o princípio da proporcionalidade no seu agir, embora não se confunda com esse postulado (BOUSTA, 2010, p. 166).

Na sequência de uma construção teórica bastante elaborada, BOUSTA pontua:

⁹⁹ “As instituições europeias o utilizam (o princípio de boa administração) para mobilizar, em seu benefício, os discursos fundadores da democracia e do Estado de Direito. O princípio é promovido ao patamar de direito da cidadania europeia, elemento central da definição de uma democracia supranacional em vias de construção” (AZOULAI, 2007, p. 495).

¹⁰⁰ Fazendo menção à lição de AZOULAI, Rhita BOUSTA afirma: “a substância de legalidade comunitária não é a vontade geral, mas a representação válida de interesses comuns. Ela se apresenta em primeiro lugar como ‘um conjunto organizado de meios tendo em vista à satisfação dos objetivos do Tratado’. A perspectiva comunitária da legalidade não se resume, pois, a uma relação de subordinação; ela revela a importância da repartição de competências entre órgãos de mesmo nível (...)” (BOUSTA, 2010, p. 415).

A noção de boa administração contribui à intensificação do papel da administração na realização da legalidade. O adjetivo “boa” não designa a interpretação que seria boa de ser adotada por razões políticas ou morais. Ela impõe em contrapartida à administração interpretação adaptada à finalidade enunciada pela norma superior. No respeito de seu sentido, a boa administração participa na realização deste. Ela enquadra, pois, o poder discricionário da administração cuja concretização deve não só ser adaptada à finalidade da lei (no sentido amplo), mas também ser equilibrada ou ainda razoável com relação às diferenças de significação possíveis (BOUSTA, 2010, p. 437).

Do mesmo modo que registrado quanto ao Direito Administrativo francês, há quem constate a **progressiva subjetivação do ordenamento jurídico comunitário** (CHEVALIER, 2014, p. 299/301), o que, em se confirmando, indica uma tendência de o princípio de boa administração, nas suas diversas facetas, poder servir de fundamento para pessoas físicas e jurídicas requerem tutela judicial para garantia de uma atuação estatal eficiente, tanto em nível supranacional como no nacional.

Um último ponto que nos parece digno de nota acerca da contribuição do Direito europeu para a consagração de um dever de boa administração aplicável ao exercício da função pública é o papel que o **direito sem sanção** (direito flexível, *droit souple* ou *soft law*) tem no respectivo sistema jurídico (OTERO, 2007, p. 170 e ss., SARMIENTO, 2008, p. 82 e ss.; p. 908/915¹⁰¹; BOUSTA, 2010, p. 445 e ss.¹⁰²; CHEVALIER, 2014, p. 145 e ss.¹⁰³).

¹⁰¹ Conforme lembra Paulo OTERO, no art. 110, n. 2 do Tratado de Roma (que constitui a UE) estão previstos os *pareceres e recomendações* como instrumentos de atuação das instituições da União Europeia sem efeito vinculante (OTERO, 2007, p. 909). O dispositivo em questão, que trata das competências do Banco Central – BC e do Sistema Europeu de Bancos Centrais – SEBC, hoje está no artigo 132 da versão consolidada do referido tratado, cujo texto pode ser consultado em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C .2016.202.01.0001.01.POR&toc=OJ:C:2016:202:TOC#C_2016202PT.0_1001301 [28/11/16, às 10:30].

¹⁰² Rhita BOUSTA, de modo extremamente pertinente, lembra que o direito não se reduz à força, dependendo em grande medida da sua aceitação pelos destinatários das respectivas normas. Nesse contexto ressalva que, ainda que uma boa parte das normas estatais tenha por traço característico o reforço de sua efetividade pela previsão de sanções para quem descumpri-las, tal dado não seria determinante para que uma norma seja considerada como jurídica. Defende assim um maior uso do *droit souple* como instrumento de boa administração, na medida em que prescrições de tal tipo permitem uma otimização de objetivos e meios necessários para alcança-los, bem como a ponderação razoável dos interesses envolvidos em um processo de tomada de decisão estatal (BOUSTA, 2010, p. 448/450).

¹⁰³ Do que é uma referência constante na doutrina que trata do tema o relevante papel do Mediador da UE para o aprimoramento da boa administração na referida instituição, com o respectivo reflexo nas administrações dos Estados-membros (v.g. CHEVALIER, 2014, p. 155 e ss.; BOUSTA, 2010, p. 445 e ss.). Nas palavras de Emilie CHEVALIER, a atuação do Mediador no combate à má administração corresponde a um “controle que não se reduz à constatação da falha, mas permite também a promoção da realização dos princípios fundamentais no âmbito do funcionamento da administração, entre os quais estão compreendidos os princípios de boa administração, sob o mesmo título do Estado de direito e os direitos do ser humano. O mediador aparece assim como ‘o artesão da boa administração’” (CHEVALIER, 2014, p. 183).

E precisamente no que concerne ao aprimoramento da atuação governamental é importante a menção ao **Livro Branco da União Europeia** sobre governança administrativa, o qual destaca cinco princípios fundamentais a serem observados com tal propósito: *abertura, participação, responsabilidade, eficácia e coerência* (SMITH, 2010, p. 66 e ss.; CHEVALIER, 2014, p. 46¹⁰⁴ e 193/194).

O documento, que assume a forma de uma *Comunicação* da Comissão Europeia (de 25 de julho de 2001), corresponde sobretudo a um **plano de ação** para a reforma das instituições da UE, buscando sua maior aproximação do cidadão e, conseqüentemente, sua maior legitimidade perante a população sujeita a sua esfera de influência.

Na mesma direção de tal iniciativa, pode-se ainda registrar a elaboração de **códigos de boa conduta**¹⁰⁵, que, ao disciplinarem a conduta desejada dos servidores da entidade supranacional, normalmente levam ao aprimoramento do exercício da função pública em benefício da população, fim último de toda atuação estatal.

1.4. GOVERNANÇA

O vocábulo *governança*, que como tantos outros empregados em diversas áreas do conhecimento possui múltiplos significados (BARON, 2003, p. 330; SIMOULIN, 2003, p. 314 e ss.; OLIVEIRA, 2009-B, p. 418; BOUSTA, 2010, p. 225/227; DEFARGES, 2015, p. 71), começou a frequentar reflexões jurídicas com maior intensidade a partir dos anos 90 do século XX (CHEVALLIER, 2003, p. 203; SIMOULIN, 2003, p. 308 e ss.; OLIVEIRA,

¹⁰⁴ Confirma-se a seguinte passagem do comunicado: “Torna-se necessário reformar a governança europeia, a fim de aproximar os cidadãos das instituições europeias. Há cinco princípios cumulativos na base de uma boa governança: 1. **Abertura**: as instituições europeias devem atribuir maior importância à transparência e à comunicação das suas decisões. 2. **Participação**: há que implicar de forma mais sistemática os cidadãos na elaboração e na aplicação das políticas. 3. **Responsabilização**: é necessária uma clarificação do papel de cada interveniente no processo de decisão, devendo depois cada um assumir a responsabilidade das suas atribuições. 4. **Eficácia**: as decisões devem ser tomadas ao nível e no momento adequados, e produzir os efeitos pretendidos. 5. **Coerência**: as políticas praticadas pela União são extremamente diversas e requerem um esforço sustentado de coerência. As propostas do presente Livro Branco não reclamam necessariamente novos tratados. São, antes de mais, uma questão de vontade política, que exige o empenhamento das instituições e dos Estados-Membros”. O texto respectivo pode ser conferido em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A110109> [28/11/16, às 11:00].

¹⁰⁵ Podemos citar pelo menos dois exemplos desse tipo de normativa. Dando sequência ao movimento reformista que levou à edição do Livro Branco da UE, a Comissão Europeia adota em 13 de setembro de 2000 um Código de Boa Conduta para reger a relação entre seu pessoal e o público. O texto respectivo pode ser conferido em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.202.01.0001.01.POR&toc=OJ:C:2016:202:TOC#C_2016202PT.0_1001301 [28/11/16, às 23:00]. Emilie CHEVALIER, criticando a forma que entende um tanto aleatória para a eleição dos princípios respectivos (2014, p. 143/144), também dá notícia da elaboração de um Código Europeu de Boa Administração pelo Mediador da UE, anexo à recomendação relativa à boa administração, adotada pelo Conselho de Ministros em 20 de junho de 2007 (CHEVALIER, 2014, p. 141).

2009/2009-B, p. 417; PEREIRA, 2010, p. 202/203; MIRAGEM, 2013, p. 42; MATOS/DIAS, 2013; DEFARGES, 2015, p. 7; BARNES, 2015, p. 25; LOTTA, 2016, p. 24; LEVY, 2016, p. 50; MEDAUAR, 2017, p. 359), em especial como uma forma de designar uma **gestão pública mais racional** e que se pautasse por uma **maior proximidade com os cidadãos**, fruto da pressão por reformas administrativas enfrentada por boa parte do mundo ocidental em tal período (conforme referido no item 1.3 *supra*).

Como bem ponderado por Jacques CAILLOSSE “não é porque a palavra governança não aparece, por exemplo, nos índices dos manuais de direito público ou naqueles das principais revistas universitárias que o objeto ou os objetos que ela designa seria (seriam) ignorado(s) pelo direito e pelos juristas” (2015, p. 109¹⁰⁶).

Uma raiz comum de diferentes acepções conferidas à ideia de *governança* é a da necessidade de criação de um **novo meio de gerir recursos escassos necessários à vida harmônica em sociedade**, com mais **eficiência** e maior **legitimidade**, o que passa a depender, em grupos humanos mais instruídos e de certo modo livres de carências extremas que comprometam a subsistência de seus membros, do exercício **proporcional e dialogado** da autoridade.

A questão, como magistralmente colocada por Philippe Moreau DEFARGES, é essencialmente a seguinte:

A governança é modelada por toda sorte de experiências. Se a literatura sobre governança prolifera, não há teoria, nem sistema de governança. A noção é fluída, contraditória e evolutiva, girando sempre em torno das mesmas questões: como fazer viver em conjunto, governar os homens livres da pressão brutal da sobrevivência, bastante instruídos e conscientes de seus direitos? Como gerir o planeta e seus recursos, com a humanidade disposta de capacidades de destruição e também de exploração sem precedentes? A governança tem seus laboratórios: as multinacionais, o sistema onusiano (ONU), os regimes internacionais, enfim as construções europeias. E a esses laboratórios não faltam contradições (DEFARGES, 2015, p. 71).

Na trajetória para melhor endereçar essa realidade movediça¹⁰⁷ é possível identificar respostas diversas que, sob a alcunha de *governança*¹⁰⁸, ainda que formuladas

¹⁰⁶ Em sentido próximo é a observação de Catherine BARON (2003, p. 330). Perspectiva um tanto diversa é a defendida por Vincent SIMOULIN, para o qual “*governança* não é apenas um novo rótulo sobre uma garrafa antiga”(« *une nouvelle étiquette sur un bouteille bien ancienne* »), mas sim uma noção nova que reflete uma realidade radicalmente nova (SIMOULIN, 2003, p. 321/322).

¹⁰⁷ Leia-se: uma realidade que, sobretudo em um ambiente econômico globalizado, está sujeita a constantes e rápidas transformações.

em contextos particulares, referem-se a alguns **elementos que são partilhados** pelo pensamento de distintos estudiosos.

Vejamos alguns deles, não sem antes discorrermos sobre exemplos de empregos mais distantes encontrados para o signo analisado.

Alain SUPIOT identifica na língua francesa a utilização do termo *gouvernance* no século XIII para descrever a *arte de governar*, do que passou para o inglês, antes de retornar ao seu país na modernidade para discutir o poder concentrado pelos dirigentes das grandes corporações (doutrina da *Corporate Governance*)(SUPIOT, 2015, p. 45¹⁰⁹).

Anne-Marie TOURNEPICHE diz que o primeiro uso do vocábulo *governança* parece ter sido feito no contexto das ciências econômicas por economistas institucionalistas da Escola de Chicago nos anos 1970, e servia para designar um novo método de tomada de decisão no âmbito das empresas, fundado em uma relação menos hierarquizada entre seus dirigentes e acionistas (TOURNEPICHE, 2010, p. 263).

Vincent SIMOULIN, valendo-se de trabalho de pesquisa em que procurou estabelecer os primeiros usos encontrados para *gouvernance* a partir da base de dados PAIS¹¹⁰, apresenta 1976 como o primeiro ano em que a palavra foi usada, ao que se seguiu seu emprego mais ou menos irregular em diferentes contextos (em especial corporativo, de gestão urbana/de territórios e globalização), até que, nos anos 1990, o vocábulo passa a frequentar com mais assiduidade os estudos relativos às relações internacionais (SIMOULIN, 2003, p. 312/313).

Renate MAYNTZ, por sua vez, identifica no pós Segunda Guerra Mundial o início do desenvolvimento da Teoria da Governança (*Steuerungstheorie*), que, na sua visão, teria passado por três fases: a primeira com foco no planejamento estatal (a partir do final dos anos 60), a segunda com preocupação em análises empíricas e no papel do Direito (anos 70), e a terceira centrada na implementação de políticas e na discussão da importância da reação do respectivo destinatário como fator do sucesso da iniciativa governamental (MAYNTZ, 2009, p. 15/18).

No que se refere aos elementos comuns apontados pela doutrina para essa nova forma de gerir a coisa pública, está um **processo de tomada de decisão cooperativo entre**

¹⁰⁸ “A ‘governança’ se transformou, a partir dos anos 1990, na palavra chave, palavra fétiche, supostamente capaz de condensar e resumir em si todo o conjunto de transformações que afetam o exercício do poder nas sociedades contemporâneas”(CHEVALLIER, 2003, p. 203).

¹⁰⁹ Guy HERMET também aponta para o século XIII como o período em que houve os primeiros usos do termo *governança*, só que então como sinônimo de *governo* (2005, p. 24).

¹¹⁰ PAIS – Public Affairs Information Service – que desde 1972 cataloga obras, revistas e relatórios governamentais e publicações oficiais nos domínios de políticas públicas, políticas sociais e ciências sociais (SIMOULIN, 2003, p. 310).

atores públicos e privados, no qual o Estado continua tendo uma atuação central, mas não exclusiva (GAUDIN, 1998, p. 57/60; MERRIEN, 1998, p. 62 e ss.; STOKER, 1998, CHEVALLIER, 2003, p. 206 e ss.; SIMOULIN, 2003, p. 314 e ss.; BARON, 2003, p. 333 e ss.; MAYNTZ, 2009, p. 13 e ss.¹¹¹; TOURNEPICHE, 2010, p. 265 e ss.; MOKLE, 2014, p. 109; M'RAD, 2015, p. 24 e ss.; DEFARGES, 2015, p. 30 e ss.; BARNES, 2015, p. 27 e ss.; MEDAUAR, 2017, p. 359/361).

Essa ideia implica o desenvolvimento de instrumentos de formação de escolhas que partam dos cidadãos para as autoridades (de baixo para cima), busca de soluções coletivas para problemas compartilhados e cuja capacidade de superação extrapole as forças do Estado-nacional e a criação de redes de trabalho que permitam a interação horizontal (ou o quanto possível horizontal) entre esses diferentes agentes (SIMOULIN, 2003, p. 314 e ss.; MAYNTZ, 2009, p. 13 e ss.; OLIVEIRA, 2014-B, p. 417 e ss.; BARNES, 2015, p. 27).

Tal modelo de condução dos afazeres públicos tem como instrumento indispensável a **negociação** entre os seus atores (CAILLOSSE, 2003, p. 127; MAYNTZ, 2009, p. 16 e ss.; OLIVEIRA, 2009-B, p. 419 e ss.; TOURNEPICHE, 2010, p. 267¹¹²; DEFARGES, 2015, p. 53¹¹³; MEDAUAR, 2017, p. 359), o que, para chegar a bom termo quanto à defesa do interesse público, depende do desenho institucional adequado da respectiva arena, na qual a ação de seus intervenientes deve ser procedimentalizada e transparente (TOURNEPICHE, 2010, p. 268/269; MIRAGEM, 2013, p. 44/45; MOKLE, 2014, p. 103 e ss.).

Além do **consenso** construído a partir de concessões mútuas (CHEVALLIER, 2003, p. 207; BARON, 2003, p. 333; OLIVEIRA, 2009-B, p. 419 e ss.), também se aponta a preocupação com a **legitimidade do exercício do poder** como ingrediente central da governança (SIMOULIN, 2003, p. 320; CANOTILHO, 2008, p. 327; MOKLE, 2014, p. 97/98; M'RAD, 2015, p. 63/64), o que passa a ser perseguido com a criação de mecanismos de **participação do cidadão** no iter decisório da autoridade (JOUVE, 2005, p. 327 e ss.; OLIVEIRA, 2009-B, p. 418; MIRAGEM, 2013, p. 43; ARNAUD, 2014, p. 280 e ss.; M'RAD, 2015, p. 65 e ss.).

¹¹¹ “Onde atores estatais participam em redes de trabalho de políticas públicas, eles são um tipo de participante muito especial e privilegiado; eles detêm meios cruciais de intervenção, o que se mantém inclusive nas situações em que a tomada de decisão foi devolvida para instituições de autogoverno sociais”(MAYNTZ, 2009, p. 18).

¹¹² “A multiplicação de atores na tomada de decisão contradiz, assim, a visão clássica de um governo tomando decisões de forma autoritária, sem intermediário, e remete necessariamente a modos de decisão negociados, resultante de compromissos por vezes difíceis”(TOURNEPICHE, 2010, p. 267).

¹¹³ “A governança implica um poder flexível (*pouvoir doux/soft power*), que age pela incitação e persuasão, por oposição ao poder duro (*pouvoir dur/hard power*), imposto pela força”(DEFARGES, 2015, p. 53).

Para uma maior aceitação da população quanto aos comandos que lhe são dirigidos, o gestor passa a ter atenção especial com a **efetividade** das políticas que pretende implantar (MERRIEN, 1998, p. 61; SIMOULIN, 2003, p. 320; MAYNTZ, 2009, p. 16 e ss.; TOURNEPICHE, 2010, p. 270/272; MOKLE, 2014, p. 97/98), bem como o cuidado de não impor restrições às liberdades individuais que extrapolem o estritamente necessário para a satisfação de pautas coletivas.

Espera-se do gestor público uma postura **responsiva e responsável** para com as pretensões que lhe são formuladas (CANOTILHO, 2008, p. 327/334¹¹⁴; MOKLE, 2014, p. 97 e ss.), o que, ao lado do **agir proporcional** (CANOTILHO, 2008, p. 327/334; MOKLE, 2014, p. 97), inclusive no que se refere à eleição dos domínios em que sua intervenção se faça indispensável à tutela de interesses gerais (CHEVALLIER, 2003, p. 211; MOKLE, 2014, p. 107), passam a caracterizar um novel padrão de administração, em tese mais apto a enfrentar os grandes desafios que se colocam nas sociedades contemporâneas.

¹¹⁴ J. J. Gomes CANOTILHO, que se refere à *boa governança* como a condução responsável dos assuntos do Estado (2008, p. 327), usa *responsividade* com o seguinte sentido: “*sintonia profunda da atuação dos poderes públicos com as aspirações dos cidadãos*”(2008, p. 334).

2. DA FALSA DICOTOMIA ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA

2.1. DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO À LEI

Ao tecermos algumas considerações sobre os fins do Estado e do Direito no item 1.2 *supra*, deixamos em aberto uma indagação, formulada de duas maneiras:

A previsão da eficiência em *Lei* é condição suficiente para levar os gestores a perseguirem resultados na realidade compatíveis com esforço dispendido para alcançá-los? Ou então: a alteração legislativa basta para que estes excluam das alternativas presentes em seu processo de tomada de decisão aquelas que, apesar de aparentemente encontrarem lastro na lei escrita, ofendem-lhe o espírito, sua razão de ser?

Por trás desse questionamento está a complexa relação entre ação administrativa e ato geral e abstrato aprovado pelo Parlamento, cuja má compreensão, a nosso ver, é causa de ineficiência no exercício da função pública.

Assim, antes de discorrermos sobre os pressupostos e instrumentos do modelo de governança para a Administração proposto neste estudo, investigaremos em que medida uma visão mistificada da aptidão de a lei parlamentar predeterminar toda a atuação estatal redundava em um agir executivo muitas vezes indiferente a seus efeitos na realidade.

2.1.1. DA LEI COMO MITO – ORIGEM E IMPORTÂNCIA DA IDEIA DE LEGALIDADE ESTRITA

A Revolução Francesa tencionou, com o firme propósito de defesa dos direitos inalienáveis do Homem¹¹⁵, atribuir à *Lei* o papel de mola propulsora de todo o sistema jurídico, corolário lógico do postulado da separação de poderes, requisito indispensável para que se reconhecesse uma Constituição na vida de um povo¹¹⁶.

¹¹⁵ Eis a redação do art. 2º da Declaração de 1789, que não deixa qualquer dúvida a respeito: “*A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*”. No original: « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression* ».

¹¹⁶ A respeito, confira-se a redação do art. 16 da Declaração de Direitos de 1789: “*Toda a sociedade na qual a garantia de Direitos não seja assegurada, nem a separação de Poderes determinada, não possui Constituição*”. No original: « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la*

O movimento revolucionário, em franca oposição ao Antigo Regime, buscou conferir ao Parlamento (com exclusividade) o poder de editar as regras indispensáveis ao convívio humano.

A *Lei* votada pelos representantes do povo deveria ser o único instrumento apto a constranger a liberdade dos indivíduos¹¹⁷, visto ser, nessa qualidade, expressão da vontade geral¹¹⁸.

Os mandatários da nação, tida como soberana¹¹⁹, seriam escolhidos entre os mais capazes de uma comunidade¹²⁰ e exerceriam o mister de produzir a *Lei* inspirados em um esforço sobre humano.

Os juízes, até então representantes da nobreza, eram vistos com desconfiança (VEDEL, 1973, p. 71 e ss.; DEVILLER, 2011, p. 16). Sua atuação deveria se limitar a pronunciar as palavras da *Lei* nos casos sujeitos à sua apreciação¹²¹.

séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » (<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>, 18/01/16, às 23:00).

¹¹⁷ Art. 4 da Declaração de Direitos de 1789: “*A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica o outro: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites além daqueles que asseguram aos outros Membros da Sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela Lei*”. No original: « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* » (<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>, 18/01/16, às 23:00).

¹¹⁸ Art. 6 da Declaração de Direitos de 1789: “*A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os Cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, para sua elaboração. Ela deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune. Todos os Cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as honrarias, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade, e sem outra distinção que aquela de suas virtudes e talentos*”. No original: « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». (<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>, 18/01/16, às 23:00).

¹¹⁹ Art. 3 da Declaração de Direitos de 1789: “*O princípio de toda a Soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo, pode exercer autoridade que não emane expressamente desta*”. No original: « *Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* » (<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>, 18/01/16, às 23:00).

¹²⁰ A lei deveria ser o produto da vontade iluminada/esclarecida (*volonté éclairée*) do legislador (ROUVILLOIS, 2012, p. 33), fruto, pois, da razão humana (KERCHOVE, 1981, p. 74).

¹²¹ Além da célebre defesa do papel do juiz como mera “boca da lei” (*bouche de la loi*) encontrada na obra de MONTESQUIEU (1748/1995, p. 337), ilustra essa preocupação do movimento revolucionário com a submissão do Poder Judiciário ao Legislativo a vedação legal estabelecida no século XVIII para que magistrados, na obscuridade da lei, valessem-se da interpretação para decidir os casos sujeitos à sua apreciação. Georges VEDEL noticia que essa disciplina era prevista na Lei 16-24 de outubro de 1790, que determinava a consulta do Parlamento para esclarecer a dúvida do julgador. Tal regime teria sido pouco utilizado e logo extinto com a previsão contida no art. 4º do Código Civil de 1804 (VEDEL, 1973, p. 75). Sobre o insucesso dessa tentativa de se limitar a liberdade do julgador na construção de um sentido cogente a partir do texto legal, ver o comentário de Chaïm PERELMAN: “*Sabe-se que o référé législatif revelou-se rapidamente a pior solução do problema das lacunas, pois tal solução cria uma nova confusão dos poderes, em proveito, desta vez, do poder legislativo, mas tem ainda mais inconvenientes, pois obriga, todas as vezes,*

Para julgar a Administração, atividade tida como coadjuvante do próprio gerir a coisa pública¹²², foi criado um órgão independente, organicamente atrelado ao próprio Executivo: o Conselho de Estado¹²³.

Nada obstante sua relevância ímpar na conformação do que passou a ser chamado de Estado moderno, não se pode esquecer que a Revolução Francesa foi um movimento encampado preponderantemente pela burguesia daquele país¹²⁴, fração da população que naqueles tempos experimentava enorme incremento de seu poder econômico sem o correspondente reflexo na sua representação política.

Nesse contexto, nos primeiros momentos da organização política pós Antigo Regime, em que o direito de voto ainda não era reconhecido a todos os integrantes da sociedade, a própria produção legislativa que se seguiu, sob o influxo do ideal de racionalização do exercício do Poder, espelhou a ideologia relativamente única que inspirava os então mandatários na nação.

a legislar com efeito retroativo, devendo a regra adotada dirimir também a lide já submetida à apreciação da justiça. Destarte, os conflitos não são julgados por seu juiz natural, e basta que os juízes sejam um tanto timoratos – pois quando eles não interpretam a lei? – para que o poder legislativo fique irremediavelmente atulhado de um número tão grande de recursos que o andamento da justiça ficará lento a ponto de ver-se entravado”(2000, p. 649/650).

¹²² “No espírito dos Revolucionários, julgar a administração é também administrar, é imiscuir-se nas funções de autoridade reservadas aos representantes da Nação” (DEVILLER, 2011, p. 16).

¹²³ Sobre a criação e importância de tal órgão no sistema jurídico francês, ver o estudo de Caroline Dal Poz EZEQUIEL (2016, p. 304 e ss.). A autora, após informar a criação de tal corte por Napoleão Bonaparte em 1800, prossegue: “(...) o Conseil d’État sequer possuía função jurisdicional quando foi criado: tratava-se de órgão meramente consultivo, que redigia leis e aconselhava o Poder Executivo, auxiliando-o inclusive a tomar decisões a respeito dos litígios que eram submetidos à Administração. Apenas em 1872, por meio da lei de 24 de maio, o Conseil recebeu o poder de julgar a chamada justice déléguée – e a partir de então a função jurisdicional de tal órgão desenvolveu-se de maneira extraordinária, exercendo sobre os atos da Administração Pública um controle cada vez mais rigoroso” (EZEQUIEL, 2016, p. 306).

¹²⁴ O caráter liberal/burguês da Revolução Francesa é apontado pela doutrina como fator fundamental para a concepção de Estado não interventor idealizada na época. Dois autores nacionais que em edições recentes trataram do tema de forma um pouco mais detida são Paulo BONAVIDES (2013) e Luis Manuel Fonseca PIRES (2012). Na França, o clássico Georges BURDEAU discorre como os diferentes modelos de Estado procuram se estabelecer como árbitros da luta política travada entre os distintos estratos da população (BURDEAU, 1970, p. 114 e ss.). No que se refere ao modelo liberal, o autor precisamente pontua que este, em oposição ao marxista, não reconhece a existência de classes sociais antagônicas, legitimando-se pela suposta mobilidade dos mais pobres na estrutura da comunidade, segundo seu próprio esforço e liberdade que lhes é conferida pelo sistema jurídico. Contudo, observa BURDEAU: “se o Estado liberal oferece a todos uma chance de promoção, ele não fornece os meios para a promover” (« ...si il offre à tous la chance d’une promotion, il ne procure pas les moyens d’en profiter ») (BURDEAU, 1970, p. 119). Aliás, é pertinente lembrar que a Declaração de Direitos de 1789 declarou como *sagrado* o *direito de propriedade*, mais um dado a revelar a influência preponderante do pensamento burguês na conformação do tipo de Estado que então surgia. Sobre o ponto, confira-se o art. 17 do referido diploma: “Sendo a propriedade direito inviolável e sagrado, ninguém pode dela ser privado, a não ser que a necessidade pública legalmente constatada assim o exija, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”. No original: « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’une juste et préalable indemnité » (<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>, 19/01/16, às 23:30).

A *Lei*, assim, era vista como um produto de uma nova sociedade que voltava as costas para o passado do absolutismo real, em que o Direito, cuja legitimidade repousava na vontade de um Ser Superior (e hereditariedade – MESCHERIAKOF, 1990, p. 359), admitia/instrumentalizava toda sorte de arbítrio contra os indivíduos.

Buscou-se substituir, dessa forma, o mito da perfeição e infalibilidade do monarca pelo da perfeição e infalibilidade da *Lei* parlamentar.

E o Estado, que antes se movia conforme um Direito natural de inspiração divina, passa a se submeter aos ditames da *Lei* positiva¹²⁵.

O desconcerto, nessa primeira etapa da tentativa de domesticação do agir da autoridade pela *Lei*, é a constatação de que o direito legislado à época correspondia basicamente ao Código Civil de Napoleão¹²⁶, cujas raízes repousavam, não é demais lembrar, no Código de Justiano, que por sua vez retomava princípios e regras do Direito Romano¹²⁷.

Apesar de nessa primeira fase buscar-se a disciplina da ação estatal pelas mesmas regras válidas para os cidadãos, logo surgiu a discussão sobre a necessidade de se impor à Administração Pública um direito especial, com regras diferenciadas que lhe conferissem meios de adequadamente cumprir suas missões (ESTORNINHO, 2009, p. 29 e ss.).

¹²⁵ Os diferentes significados do Direito para ação estatal nos diversos modelos de Estado (Absoluto, Liberal, Social e Pós Social) são estudados por Maria João ESTORNINHO em seu *A Fuga para o Direito Privado – contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública* (2009). Quanto à transição do Estado Absoluto para o Liberal, que convencionalmente se deu a partir da Revolução Francesa, a autora pontua que “no Estado Absoluto já se admitia que a Administração Pública se sujeitasse ao Direito Privado, embora apenas excepcionalmente, uma vez que a regra geral era então a da sua pura e simples não sujeição ao Direito” (ESTORNINHO, 2009, p. 34).

¹²⁶ “No período subsequente à Revolução Francesa não havia grandes distinções entre o regime jurídico do Estado e o regime jurídico dos particulares. Ambos eram sujeitos às determinações e limites impostos pela lei, o que deflagrou a distinção entre o Estado de Polícia, existente no período anterior à revolução, no qual o Estado não se submetia à lei, e o Estado de Direito, então criado. Em geral particulares e Estado submetiam-se ao mesmo direito e se vinculavam de forma idêntica à lei, eis que em todos os casos havia uma vinculação negativa, segundo a qual todos poderiam fazer tudo aquilo que não fosse proibido por lei” (SCHIRATO, 2012, p. 48). Neste ponto vale o registro para alguma variação terminológica encontrada na doutrina. Em que pese a imprescindibilidade da submissão do Estado à lei para configuração do Estado de Direito, dado que inclusive encontrou feliz síntese no art. 30 da Declaração de Direitos de Massachusets de 1.780 (no ideal da construção de um “governo de leis e não de homens” – ALMEIDA, 2014, p. 227), há quem chame essa primeira fase do Estado moderno francês de *Estado Legal* (MALBERG, 2004, p. 490), um primeiro passo na direção do *Estado de Direito* contemporâneo, cuja razão de ser está na tutela dos direitos do ser humano.

¹²⁷ E o Direito Romano, por sua vez, desenvolveu-se com base nos costumes, na jurisprudência e doutrina (BOBBIO, 2006, p. 30).

Perante tal quadro começa a tomar forma o que hoje conhecemos como *Direito Administrativo*, produto, é importante salientar, não da obra do legislador, mas da jurisdição especializada que foi criada para controle da atividade administrativa¹²⁸.

Em que pese sua origem jurisprudencial, esse fato não foi óbice para que ilustres pensadores do novel campo de estudo defendessem um **regime de agir estatal** que seria, em tese, **completamente vinculado à Lei parlamentar**, em termos distintos da adstrição do particular a tal espécie normativa¹²⁹.

Uma das expressões do fenômeno conhecido como *positivismo jurídico*¹³⁰, entendido este como um movimento intelectual em prol da valorização da *lei escrita* aprovada pelo Parlamento como única fonte do Direito, a ideia de **vinculação positiva da Administração à Lei** ganhou inúmeros adeptos na academia, tendo tido desenvolvimento próprio não só em cada país de matriz jurídica romano-germânica, como em cada autor que cuidou de refletir sobre a proposta¹³¹.

¹²⁸ Jurisdição especializada a cargo do Conselho de Estado que foi resultado, como já referido linhas acima, da visão até então prevalecente acerca do princípio da separação de poderes/desconfiança para com os órgãos judiciários comuns organizados na França no fim do século XVIII.

¹²⁹ Essa forma de vinculação diferenciada da Administração à lei seria inclusive uma das características principais do que se convencionou chamar de regime de Direito Público (marcado pela desigualdade da relação estabelecida entre particular e Estado, bem como pela ausência de liberdade deste na determinação de sua ação - heteronomia), em contraposição a um de Direito Privado (caracterizado pela igualdade entre os atores, cuja conduta seria regida pela autonomia da vontade). Crítica quanto à utilidade de tal classificação, sobretudo em tempos em que se exige do administrador a preferência de um agir dialogado ao unilateral no trato com o cidadão (item 1.3 *supra*), pode ser encontrada em AMARAL, 2006; ALMEIDA, 2014, p. 228/230 e MEDAUAR, 2017, p. 215/216. Manifestando-se expressamente pela unidade do Direito como fenômeno social, DUGUIT, 1901/2003, p. 20; AMARAL, 2006, p. 5; ALMEIDA, 2014, p. 228.

¹³⁰ Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR aponta a Revolução Francesa como importante marco para o que viria ser o *positivismo jurídico* dos séculos XIX e XX. A irrupção social do final do século XVIII, inspirada no racionalismo iluminista, culminou em uma organização do Estado construída sob o cânone da *separação de poderes*, buscando o ideal da apartação entre política e direito, bem como a inauguração de uma ordem jurídica *ab ovo* (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 73 e ss.). Segundo o autor: “No sentido sociológico, positividade é um fenômeno que naquele século (XIX) será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentares como fonte do direito. O antigo regime caracterizara-se pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política se projetava no arbítrio das decisões. A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico da lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 75)(g.n.).

¹³¹ Embora não caiba neste espaço maior desenvolvimento sobre o tema, autores como Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (1994 e 2015) e Norberto BOBBIO (2006) trazem referência a várias escolas que desde fins do século XVIII podem ser chamadas de positivistas (a começar pela histórica de Savigny), bem como ao esforço dos respectivos expoentes para responder as críticas formuladas acerca das insuficiências de tal tipo de doutrina para tratamento de questões como a das lacunas do ordenamento e a do papel dos princípios na aplicação do direito (sobre o que falaremos em seguida, no corpo do texto). No que concerne às divergências entre os distintos autores que adotam tal perspectiva de análise do Direito (como conjunto de normas escritas mais ou menos autônomo com relação à realidade a qual se dirige), basta dizer que para Hans KELSEN, provavelmente o seu maior expoente, dificilmente a ideia de aplicação mecânica da lei pela Administração revela-se compatível com o processo de aplicação do Direito por degraus, em que todo ato de concretização deste é simultaneamente um ato de sua criação (KELSEN, 1934/1999, p. 290 e ss. e p. 388 e

Na França, por exemplo, Raymond Carré de MALBERG, no primeiro quartel do século XX, fazendo alusão à previsão contida no art. 3º da Lei Constitucional de 25 de fevereiro de 1875¹³², diferencia a ideia de Estado de Direito presente na doutrina alemã, da de Estado Legal (*État légal*) que tomou forma em seu país a partir do século XIX (MALBERG, 2004, p. 409 e ss.).

Segundo a disciplina constitucional prevista na ordem de 1875, a única competência genérica prevista para o Presidente da República francesa era a de *observar/cumprir as leis e a de garantir a respectiva execução*, dado que motivou muitos doutrinadores a entenderem que **a atividade da Administração Pública não poderia normalmente se exercer sem prévia existência de lei habilitante** (MALBERG, 2004, p. 490).

Nesse sentido, algumas vozes ainda foram além, e extraíram de fórmulas do direito escrito como a indicada que não só deveria haver lei habilitante para autorizar uma conduta do agente público, como também seria necessário que o referido diploma já dispusesse acerca do comportamento a ser adotado por ele no futuro¹³³.

Em desenvolvimento paralelo ao observado na França, outros países, cada qual com suas peculiaridades, igualmente foram privilegiando essa concepção de **onipotência da lei**

ss.). Corroborando nossa leitura acerca da teoria formulada por tal KELSEN, confira-se comentário de Gustavo BINENBOJM: “(...) essa relação de determinação (entre leis e as sentenças ou atos administrativos), entretanto, nunca é completa O quem o afirma é o próprio Kelsen -, pois a norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções e sob todos os aspectos o ato através do qual é aplicada, seja ele uma lei, um ato administrativo ou uma decisão judicial”(BINENBOJM, 2008, p. 139).

¹³² O art. 3º da Lei constitucional de 25 de fevereiro de 1875, na passagem relevante para o aspecto estudado, assim estabelece: “O presidente da República tem a iniciativa das leis, concorrentemente com os membros das duas câmaras. Ele promulga as leis quando essas foram votadas pelas duas câmaras. Ele as observa e assegura a respectiva execução (...)”. No original: « Le président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux chambres. Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres ; il en surveille et en assure l'exécution (...) »(<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1875-iiiie-republique.5108.html>, 25/01/16, às 20 :00).

¹³³ Raymond Carré de MALBERG, analisando a vinculação da Administração francesa à lei, segundo o quadro constitucional experimentado pelo país em 1875, afirma: “Assim, a Constituição francesa, depois de ter se contentado anteriormente em assinalar ao poder administrativo (*puissance administrative*) a lei como limite, terminou por estabelecer como princípio que a legislação domina completamente a Administração, no sentido em que esta última função não pode, por definição, exercer-se que por execução da lei ou m virtude de um poder legal” (MALBERG, 2004, p. 496). Na sequência: “Em um grande número de casos, a função do administrador consiste em agir em virtude de uma habilitação legislativa.; mas não se pode dizer que nesses casos o administrador execute uma lei; a verdade é que ele exerce os poderes que extraí da lei, usa de um poder legal, o que é um coisa completamente diferente que fazer um ato de execução das leis (*c'est tout autre chose que faire un acte d'exécution des lois*)”(MALBERG, 2004, p. 497). O autor conclui seu raciocínio nessa parte afirmando que a Constituição francesa teve seus motivos para caracterizar a Administração como poder executivo, de modo a demarcar nitidamente que a autoridade só pode fazer atos para os quais está habilitada por lei ou que desenvolvam princípios legais, sem inovação (MALBERG, 2004, p. 497).

na disciplina da Administração Pública, fenômeno que acabou por marcar a evolução do Estado de tipo liberal.

Centrado na lei o ordenamento jurídico liberal, isto até como expressão da relevância política do parlamento a maioria dos modelos governativos do século XIX herdeiros da tradição britânica resultante da Revolução Gloriosa, a força ilimitada, além de traduzir uma decorrência das concepções teóricas defensoras da supremacia do poder legislativo, era ainda o resultado da ausência na Europa de uma efetiva ideia de constitucionalidade ou de força normativa da Constituição.

Perante uma lei que tudo podia fazer, desconhecendo limites materiais de atuação, tanto mais que o caráter estatutário dos próprios textos constitucionais oitocentistas poucos condicionamentos comportavam à disciplina legislativa das matérias sobre as quais um Estado mínimo sentia necessidade de regular, e sem qualquer controle judicial de sua validade jurídica, desenvolveu-se um positivismo legalista que conduziu a uma quase divinização da lei (OTERO, 2007, p. 153¹³⁴).

Na Áustria, a Constituição de 1920 trouxe comando referido pela doutrina como marco do que no Direito Administrativo passaria a ser chamado de **vinculação positiva** da Administração à lei ou então de **legalidade estrita** (SESIN, 1994, p. 3/4; BINENBOJM, 2008, p. 140; ENTERRÍA/FERNÁNDES, 2008, p. 449), ideia largamente difundida entre nós como a que melhor explicaria o princípio da legalidade aplicável ao Estado-gestor, em oposição à legalidade válida para os cidadãos em sua vida privada¹³⁵.

O enunciado “*a Administração do Estado em sua totalidade não pode atuar salvo com base na lei (auf Grund der Gesetze)*” (ENTERRÍA/FERNÁNDES, 2008, p. 449), previsto no art. 18 da Constituição austríaca de 1920, virou, na boca de muitos, o dever de a Administração só agir quando assim for determinado pela *Lei*, e nos termos exatos previstos na letra de tal tipo normativo¹³⁶.

¹³⁴ Paulo OTERO ainda prossegue: “*a difusão, neste preciso contexto, de um entendimento que, radicado no pensamento de Montesquieu, conferia aos juízes o papel de meros operadores de uma aplicação mecânica e lógico-silogística da lei, reforçava ainda mais o valor absoluto da lei, conduzindo mesmo ao reconhecimento da possibilidade de se proibir a própria interpretação e ao formular de um modelo que reconduz a aplicação da lei a uma simples operação silogístico-subsuntiva. No âmbito desta concepção silogístico-subsuntiva da lei se desenvolve um sentido de legalidade administrativa que, subordinando totalmente o poder executivo ao legislativo, nega autonomia à função administrativa na realização do Direito e, ‘recebendo carga de desconfiança e ressentimentos que na época pré-revolucionária se voltava contra o monarca absoluto’, visa edificar um modelo de Administração Pública em que esta se apresenta como uma serva cega e obediente da lei*” (OTERO, 2007, p. 153/154)(g.n.).

¹³⁵ Enquanto o princípio da legalidade aplicável aos cidadãos significaria que estes podem fazer tudo o que não for proibido pela lei, tal princípio, quando aplicável à Administração, corresponderia ao dever de esta só fazer o que estiver expresso na lei.

¹³⁶ Vale à pena o registro de duas passagens das obras de renomados autores nacionais que, ainda que pontualmente, referem-se a tal concepção estrita do princípio da legalidade. Sobre o tema, Celso Antônio

Conforme expresso por Guido ZANOBINI, em sentença que Alexandre dos Santos ARAGÃO defende que não pode ser lida de modo descontextualizado com relação à obra do mestre italiano (2008-B, p. 10/11): *“a lei diz o que a administração pode fazer. Ou seja, enquanto o indivíduo pode fazer tudo o que não lhe seja expressamente vedado, a administração pode fazer apenas aquilo que a lei lhe consentir expressamente”*(ZANOBINI, 1955, p. 206/207).

Essa visão idealizada do papel da lei na ação administrativa, contudo, foi se revelando de aplicabilidade duvidosa.

2.1.1.1. DA INSUFICIÊNCIA DA LEGALIDADE ESTRITA PARA EXPLICAR/CONDICIONAR TODA A AÇÃO ESTATAL¹³⁷

A lei positiva¹³⁸, considerando as limitações humanas quanto à clarividência e onisciência, é necessariamente imperfeita.

O ideal de câmaras legislativas compostas pelos membros mais notáveis de uma sociedade¹³⁹, espaço em que esses líderes debateriam os grandes temas caros à vida em

Bandeira de MELLO afirma *“O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize”* (MELLO, 2013, p.108). Hely Lopes MEIRELLES, por sua vez, não discrepa: *“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é possível fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”* (MEIRELLES, 1990, p. 78).

¹³⁷ Em estudos recentes tivemos a oportunidade de expressar nossa visão sobre a inviabilidade de uma concepção estrita da legalidade pretender explicar o papel da lei parlamentar no desempenho da atividade administrativa. A respeito confira-se, em especial, nosso *Lei e regulamento – apontamentos sobre o caráter inovador inerente a todas as formas de manifestação do poder normativo estatal* (2015-A); *Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos?* (2015-B); e *Vinculação da Administração à Constituição – alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde* (2015-C). Neste espaço sistematizaremos nossas ideias, aprofundando-as, quando necessário, antes de passarmos a tratar especificamente da burocracia estatal e, no próximo capítulo, sobre o processo de tomada de decisão do gestor público.

¹³⁸ O processo de positivação de direitos do Homem pressupôs em boa medida que o que se estava fazendo era uma atividade declaratória, com o objetivo de reforçar deveres que decorrem da vida em sociedade, em quaisquer condições de tempo e lugar (ROUVILLOIS, 2012, p. 12 e ss.).

¹³⁹ *“Para descobrir as melhores regras sociais de que convêm às nações, é necessária uma inteligência superior, que visse todas as paixões dos homens sem experimentá-las, que não tenha qualquer relação com nossa natureza e que a conheça a fundo, cuja felicidade seja independente de nós e que, no entendo, quisesse se ocupar da nossa; e que, enfim, com o passar do tempo, contentando-se com uma glória longínqua, pudesse trabalhar num século e usufruir no outro. Haveria a necessidade de Deuses para ditar leis aos homens”*(ROUSSEAU, 1762/2001, Livro II, Cap. VI, p. 79). Em sentido próximo é a reflexão de MONTESQUIEU (1748/1995, Liv. XIX, Cap. XXI e ss., p. 587 e ss.). Na nota de Bruno BERNARDI sobre a passagem da obra de ROUSSEAU, o estudioso esclarece que a lição provavelmente refere-se à criação das leis fundamentais da sociedade já que esta, depois de constituída, deveria votar por si mesma suas leis (ROUSSEAU, 2001, p. 211/212).

comum, segundo um rito que proporcionaria o exercício de dialética vocacionada à aprovação de uma lei cuja redação seria fruto da Razão, revelou-se um engodo¹⁴⁰.

Pensava-se, quando da construção do mito, que o simples fato de a lei corresponder a um ato geral, que tocaria a todos da coletividade, já bastaria para assegurar sua justiça e proporcionalidade (ROSSEAU, 1762/2001, Livro II, Cap. VI, p. 76 e ss.; ZAGREBELSKY, 2011, p. 29 e ss.).

Afinal de contas, quem, em sã consciência, votaria algo que também pudesse lhe prejudicar?

Apesar da aparente lógica do projeto tal como arquitetado, é notório seu insucesso (ao menos no que se refere à esperada suficiência do Parlamento para, por si, editar leis úteis e respeitantes dos direitos dos cidadãos).

Os motivos para tanto são de diversas ordens.

O Poder Legislativo, não é demais dizer, é um reflexo da sociedade. E essa, diferentemente das vozes ativas na Revolução Francesa, não é homogênea.

Como bem apontado por diversos estudiosos, o início da decepção do Homem (burguês) com a Democracia começa com a instituição do sufrágio universal (KERCHOVE, 1981, p. 77 e ss.).

Com a incorporação das massas ao processo político-partidário, os conflitos entre os diferentes estratos sociais passam para a casa das Leis.

Na sociedade pluriclasse (GIANNINI), o trabalho dos mandatários da nação dificilmente se desenvolve sem ruído, encontrar matérias de consenso é tarefa hercúlea, o populismo é uma tentação quase irresistível para muitos representantes do povo¹⁴¹.

Sob tais condições, a aprovação de textos vagos e/ou ambíguos (KERCHOVE, 1981, p. 79 e ss.), que transfiram para o momento de sua aplicação as disputas acaloradas vivenciadas quando de sua confecção, é fenômeno corriqueiro¹⁴².

¹⁴⁰ Importante registrar que a ideia de codificação das leis, própria do positivismo jurídico, é fruto de uma aspiração de maior racionalidade na disciplina da vida social (BOBBIO, 2006, p. 64 e ss.; SALOMÃO FILHO, 2012, p. 534 e ss.), em contraposição à doutrina do direito natural reinante no período da idade média.

¹⁴¹ Na Democracia multipartidária o dilema comum é como conciliar aspirações de curto prazo com as necessidades de médio e longo prazo.

¹⁴² E esse fenômeno também se verifica no direito internacional, conforme aponta Chaïm PERELMAN: “O recurso a noções confusas (vagas), por vezes indispensáveis em direito interno, se mostra totalmente inevitável em direito internacional público, quando a confusão das noções é uma condição indispensável para realizar o acordo sobre um texto entre Estados que tem ideologias diferentes, se não incompatíveis. (...) As noções confusas permitem, assim, conciliar o acordo sobre as fórmulas com o desacordo sobre a interpretação delas” (2000, p. 676). Sobre as disputas que marcaram os bastidores da aprovação do texto da nossa Constituição de 1988, ver a *Carta da Democracia*, de Júlio Aurélio Vianna LOPES (2008), em especial fls. 83 e ss. As contradições desse processo inevitavelmente se refletiram na redação de diversos

Se tanto não bastasse, a pauta dos legisladores, quando não dominada pelo Poder Executivo, é alvo de cobiça constante por parte de grupos de interesse, que buscam nos Poderes constituídos o reconhecimento de suas aspirações (muitas vezes travestidas de desejos da população em geral).

O Poder Executivo, que deveria exercer o papel de fiel da balança, arbitrando essas diversas forças¹⁴³, não raramente falha nessa missão, cujo bom desempenho seria fundamental para a obtenção de uma lei equilibrada, que atendesse não só a ambições de uma maioria parlamentar circunstancial, como também aos anseios de toda a coletividade (a médio, longo prazo).

O resultado dessa conjugação de fatores é um quadro nada favorável à busca de um texto legal que espelhe os melhores esforços humanos na descoberta da ordem perfeita, das leis imutáveis que, assim como aquelas que regem a natureza, corresponderiam a uma relação necessária entre os habitantes de um território¹⁴⁴.

Mas a (ir)racionalidade do legislador na elaboração da lei seria o único óbice ao entendimento de que a ação administrativa deveria corresponder a uma execução mecânica dos respectivos termos, sem qualquer espaço de liberdade no seu agir?

Ainda que assim não fosse, e que o Poder Legislativo funcionasse como um relógio pontual na sua tarefa precípua de ser o berço dos grandes debates que preocupam a população, imune ao jogo de forças que alimenta a sociedade e o governo, a **positivação da lei é apenas uma etapa da construção do ordenamento jurídico** do Estado de Direito.

O estabelecimento de atos gerais e abstratos pelos representantes do povo dirigidos a disciplinar a ação futura de agentes estatais é um enorme avanço quando comparado ao Estado Absolutista, característico do momento pré-revolucionário.

dispositivos constitucionais, cuja disputa pelo “verdadeiro” significado ficou relegada ao trabalho seja do legislador ordinário seja dos magistrados.

¹⁴³ O papel do Executivo como árbitro de interesses na sociedade pluriclasse é indispensável para o bom funcionamento das atividades estatais. Na disputa incessante entre diversos grupos por uma maior participação na fruição do patrimônio público e/ou na exploração dos recursos naturais do país, cabe ao gestor público podar os respectivos excessos e reconhecer a legitimidade das inúmeras pretensões apenas na medida em que essas, também, sejam coincidentes com as exigências do todo do qual fazem parte (e, portanto, ao menos a médio/longo prazo, de que são igualmente dependentes).

¹⁴⁴ A respeito da importância da lei parlamentar na regulação da vida pública (e privada) das pessoas, Michel van de KERCHOVE discorre com muita propriedade sobre a crise do princípio da legalidade nas sociedades modernas, trazendo ricas considerações acerca da mudança de fundamento experimentado pela lei (de divino para racional), dado que, contudo, não teve o condão de colocar tal fonte normativa como a única do ordenamento jurídico (KERCHOVE, 1981). Para demonstrar a inconsistência do ideal positivista de racionalidade e completude da lei, o autor trata da disciplina de três temas pelo legislador francês (e de sua dimensão preponderantemente política): a pena de morte, a indissolubilidade do casamento e a proibição da vagabundagem. Em especial sobre a relativização hoje experimentada dos ideais de racionalidade, imutabilidade/permanência e generalidade da lei, ver p.72. e ss.

Agora a Administração deve cumprir a *Lei*, expressão da vontade geral, no dia a dia de suas funções.

Encontrará o servidor resposta na *Lei* para todas as dúvidas que surgirem no desempenho do seu mister?

Fatalmente não.

Existe um limite na capacidade de o Homem antever todos os desafios que enfrentará no futuro e, previamente, estabelecer qual será a melhor forma de agir quando estiver em face destes¹⁴⁵.

Se a veracidade de tal assertiva é intuitiva no gênero, também o é na espécie.

Logo, por mais que se pretenda que a função administrativa, como meio de garantia do cidadão, seja serva da lei, sempre haverá hipóteses não imaginadas previamente pelo legislador, que exigirão pronta atuação do servidor com base nas diretrizes constantes em dado ordenamento jurídico.

Além disso, ainda há a demora inerente ao processo legislativo, nem sempre compatível com a velocidade das transformações experimentadas pela vida em sociedade (SILVA, 2015, p. 27¹⁴⁶), as quais são cada vez mais intensas em decorrência da espiral tecnológica, que traz enormes dilemas nas relações interpessoais e na sua interação com a esfera pública¹⁴⁷.

Essa segunda faceta da incompletude da lei para coordenar as condutas individuais de modo a favorecer o bem comum acaba redundando num importante incremento da competência regulamentar a cargo do Executivo, o que traz outros questionamentos quanto ao modo de exercício e alcance legítimo da prerrogativa de o gestor público editar atos

¹⁴⁵ Manifestam-se contra esse ideal de clarividência do legislador, dentre tantos, Almiro do Couto e SILVA (1990, p. 51/53), Domingo J. SESIN (1994, p. 6); Sabino CASSESE (1998-B, p. 431), Paulo OTERO (2007, p. 158 e ss.), Vitor Rhein SCHIRATO (2011-B, p. 509), Carlos Ari SUNDFELD (2012, p. 137/138) e Odete MEDAUAR (2017, p. 167/168).

¹⁴⁶ Sobre o ponto, explica Almiro do Couto e SILVA (2015): “*O Estado dos nossos dias exige decisões prontas, impossíveis muitas vezes de serem tomadas pela via legislativa. Em razão disso, não prescinde o Estado moderno de formas institucionalizadas ou disfarçadas de delegação legislativa. Entre nós, embora a Constituição vigente consagre a delegação legislativa (nos seus arts. 46, IV, e 52 a 54), tem ela ficado em desuso, preferindo-se recurso à delegação atípica ou disfarçada que consiste na atribuição de competência amplíssima a entidades e órgãos da Administração Pública*” (SILVA, 2015, p. 27).

¹⁴⁷ Dentre os desafios que as novas tecnologias trazem para a vida em comum estão as questões dramáticas atinentes à bioética, como a manipulação de embriões. Outros, menos pungentes, mas também polêmicos, advém das novas possibilidades de as pessoas celebrarem contratos fazendo uso da internet, como o aluguel/compartilhamento de bens ou a aquisição de serviços, que acarretam enormes impactos na economia, escapando das formas tradicionais de regulação até então estabelecida pelo Poder Público nos mais diversos âmbitos das relações humanas.

gerais e abstratos, seja para a execução da lei parlamentar, seja na ausência desse tipo normativo¹⁴⁸.

2.2. DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO DIREITO

Em um exercício de abstração, suponhamos que o quanto dito até então acerca da imperfeição intrínseca da lei tenha sido exagerado.

Imaginemos uma lei tecnicamente bem elaborada e bastante abrangente quanto às suas hipóteses de incidência.

Seria factível que seu conteúdo vinculasse “estritamente” o teor de todas as manifestações estatais a que se dirigisse?

O modo de a Administração executar a lei, nas suas mais diversas tarefas, é sempre idêntico?

A resposta também é negativa.

De acordo com a leitura feita a partir da **lei escrita**, o agente estatal pode dela extrair comandos unívocos do que fazer em um caso concreto ou, como ocorre na enorme maioria das situações, encontrar em tal tipo normativo **apenas um parâmetro** para sua atuação, a ser necessariamente **conjugado com outros elementos do ordenamento jurídico**¹⁴⁹ para que seja possível extrair uma conclusão sobre como agir sob dadas circunstâncias.

A doutrina, chamada a sistematizar uma teoria a respeito dessa maneira de adstrição da Administração (leia-se, da conduta de seus servidores) à lei, consagrou a distinção entre atos administrativos discricionários e vinculados¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Desenvolvemos o tema da possibilidade, alcance e modo de exercício do poder regulamentar reconhecido ao Poder Executivo no nosso *Lei e Regulamento* (2015-A).

¹⁴⁹ Esses outros elementos, assim como a lei parlamentar, recebem o nome de *fontes do Direito* (gênero do qual faz parte as fontes do Direito Administrativo), tema bastante controverso na doutrina e com relação ao qual, embora muitas vezes os autores cheguem ao mesmo resultado quanto ao respectivo universo (Constituição, lei, costume, princípios gerais e jurisprudência, com alguma vacilação quanto à doutrina), estes divergem na forma de tratar o assunto, conferindo-lhe, por exemplo, distintas classificações. Sobre a polêmica vale o registro preciso feito por Odete MEDAUAR: “*Existem divergências entre os autores da teoria geral do direito ou introdução ao estudo do direito no tocante a essa matéria, em vários aspectos. Muitos preferem utilizar o termo fontes. Outros optam por formas de expressão. Alguns separam fontes substanciais de fontes formais. Outros de referem a fontes abstratas e fontes concretas. Variável também se mostra a lista dos fatores considerados como fonte ou forma de expressão*” (2014, p. 53/54). Para uma visão sobre as diferentes possibilidades de abordagem da matéria ver *Tratado de Direito Administrativo* coordenado por Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, v. 1, p. 183 e ss. (2014). Dentre as diversas possibilidades de definição a respeito, entendemos útil a cunhada por Norberto BOBBIO: “*fontes do direito são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas*” (1997, p. 45).

¹⁵⁰ A gigantesca adesão da doutrina administrativista à classificação dos atos administrativos em vinculados e discricionários dispensa maior desenvolvimento, já que pode ser encontrada facilmente nos cursos e manuais

Hoje, contudo, é de se questionar a utilidade de tal classificação¹⁵¹, que serviria apenas para destacar pouquíssimas ações estatais do universo do qual estas fazem parte, que seriam aquelas cujos contornos encontram-se inteiramente previstos na lei parlamentar, a depender da constatação de dados objetivos de realidade para a respectiva subsunção (como o clássico exemplo da aposentadoria por idade)¹⁵².

Nesse contexto, entendemos que reflexão a ser feita sobre o papel da lei como pauta da tomada de decisão pela autoridade¹⁵³ é singelo: ou a lei prevê exatamente a opção que esta deve adotar em uma dada situação (o que pode ser chamado, com deferência à visão tradicional existente sobre o tema, de *legalidade estrita*), ou a lei, não elaborada com tal precisão, prevê só alguns dos elementos que devem necessariamente compor a escolha do gestor, que, para se realizar, ainda precisam ser concatenados com outros presentes em um dado sistema jurídico (hipótese em que haveria um dever de *compatibilidade* do ato expedido com as leis parlamentares vigentes em um país)¹⁵⁴.

disponíveis sobre a disciplina nas estantes das livrarias especializadas. Dentre nossos autores que trataram do tema com mais vagar, confira-se, por exemplo, as reflexões de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2007) e Luis Manuel Fonseca PIRES (2009).

¹⁵¹ Embora façamos o questionamento da utilidade da classificação dos atos administrativos em discricionários e vinculados na Administração contemporânea, não é possível olvidar que no início do Século XX Maurice HAURIU já via em todas essas formas de manifestação do poder estatal algum nível de discricionariedade, seja no que se refere à decisão de *se* tomar ou não alguma providência à vista de determinadas circunstâncias, seja sobre *quando* e *onde* fazê-lo, seja quanto à apreciação dos *elementos* da própria escolha a ser feita, seja no que diz respeito ao *procedimento* a ser adotado. “*Bem entendido, se a lei pode intervir para vincular o poder discricionário em um ou outro desses aspectos, seria contrário à própria concepção de poder executivo que ela intervenha para o vincular com relação a todos ao mesmo tempo*”(HAURIU, 1933/2002, p. 443).

¹⁵² Discorrendo sobre um dos sentidos encontrado na doutrina para a ideia de vinculação da Administração à lei (parlamentar), eis a crítica formulada pelo Sabino CASSESE: “*Seria a situação na qual a Administração Pública é, quanto a todos os aspectos, regulada pela lei, que indica pressupostos, fins, conteúdo, motivos e etc. da decisão a ser tomada. Mas essa é só uma hipótese acadêmica, já que a atividade administrativa nunca se apresentou como uma automática tradução de prescrições gerais em prescrições concretas. Ainda que a lei possa predeterminar muitos aspectos da atividade administrativa, a esta permanecem normalmente reservadas âmbitos de escolha, como, por exemplo, o momento e as circunstâncias nas quais proceder (...), a escolha de prover para alguns e não para outros e etc.*” (CASSESE, 1998-B, p. 433).

¹⁵³ Sobre a possibilidade de diversas formas de relação da Administração com a lei, indispensável a referência à lição de Charles EISENMANN (1959). O autor, em ensinamento reiteradamente lembrado pela doutrina (ARAGÃO, 2008-B; SCHIRATO, 2011), identifica variações no emprego de tal princípio, que designariam desde uma noção mínima (de ação administrativa não contrária à lei) até uma máxima (de conformidade da ação administrativa com a lei)(EISENMANN, 1959, p. 54 e ss.).

¹⁵⁴ Esse segundo papel desempenhado pela lei no processo de tomada de decisão da autoridade verifica-se, a nosso ver, quando tal tipo normativo limita-se a atribuir uma competência funcional a um dado servidor, sem nada prever sobre como deve se dar o respectivo exercício. A referida hipótese, longe de ser uma mera elucubração, é apontada por Odete MEDAUAR como uma das variantes da ideia de legalidade aplicada à ação administrativa (diversa da representada pelo modelo de *legalidade estrita* acima mencionado): “*(...) muitas vezes o vínculo de legalidade significa atribuição de competência; como atribuição de poder, sem identificar o modo de exercício e as finalidades a realizar, a lei deixa de nortear minuciosamente a Administração, não a vincula a orientação alguma, o que pode trazer alguma dificuldade ao exercício de controles, por falta de parâmetros de avaliação precisos*” (MEDAUAR, 2017, p. 168).

O quanto ora afirmado coaduna-se com a visão da **Administração** não só **adstrita** ao quanto lhe prescreve a lei parlamentar (que, como vimos, é insuficiente para condicionar toda a ação estatal), como ao **Direito** como um todo (SESIN, 1994, p. 9/11¹⁵⁵; BINENBOJM, 2009, p. 136 e ss.; ESTORNINHO, 2009, p. 175 e ss.; DI PIETRO, 2010, p. 180 e ss.; ARAGÃO, 2008-B, p. 19/20), postulado que, apesar de provavelmente ter sido mesmo sempre inevitável, passou a contar com previsão expressa em ordens constitucionais no pós Segunda Guerra Mundial (MEDAUAR, 2017, p. 172/174), a começar pela Lei Fundamental de Bonn de 1949 (SESIN, 1994, p. 8¹⁵⁶).

O reconhecimento pelo direito escrito de vários países que a *Lei* não bastava para reger a atividade administrativa, dado para o qual certamente contribuíram efeitos trágicos advindos de uma concepção meramente formalista do Direito¹⁵⁷, veio num movimento de progressiva **constitucionalização** do tal ramo do agir público (BINENBOJM, 2009, p. 140 e ss.; ESTORNINHO, 2009, p. 175 e ss.; DI PIETRO, 2010; SCHIRATO, 2011-B, p. 508 e ss.; FREITAS, 2014; MEDAUAR, 2017, p. 172/174), com a explicitação de uma série de **princípios** a serem observados pelos gestores na interpretação da legislação aplicável ao desempenho de suas funções (OTERO, 2007, p. 166 e ss.; ARAGÃO, 2008-B).

O *princípio da legalidade* compreendido com tal configuração também passou a ser chamado de **princípio da juridicidade** ou da *legalidade em sentido amplo* (SESIN, 1994, p. 6 e ss.; ARAGÃO, 2008-B, p. 20; BINENBOJM, 2009, p. 136 e ss.; SCHIRATO, 2011, p. 509 e ss.) e, a nosso ver, não difere substancialmente, quanto à forma de sua aplicação pelo gestor, de tarefa análoga a cargo dos juízes na solução das disputas que são submetidas à sua apreciação.

¹⁵⁵ Esse conjunto de fontes para além da lei parlamentar que, formando o Direito, vinculam a ação administrativa também é denominado por alguns de “bloco de legalidade”. Nesse sentido: “*faz parte dela (nossa realidade administrativa) tudo o que foi chamado, e ainda é denominado por alguns, de ‘bloco de legalidade’, cujos elementos constitutivos são: Constituição, lei do Parlamento, regulamento, jurisprudência, precedentes administrativos e etc.*” (SESIN, 1994, p. 9).

¹⁵⁶ Além do art. 20, item 3, da Constituição Federal Alemã promulgada no pós guerra, a doutrina também costuma fazer referência ao art. 103, item 1 da Constituição espanhola de 1978 como exemplos de Cartas Políticas que consagram expressamente a vinculação da Administração “à lei e ao Direito” (SESIN, 1994, p. 8). Entre nós o entendimento que prevalece é no sentido de esse modelo de constrição da função pública decorrer implicitamente da CR/88, além de ser expresso na Lei de Processo Administrativo Federal (inciso I, parágrafo único, do art. 2º da Lei nº 9.784/99) (ARAGÃO, 2008-B, p. 19/20).

¹⁵⁷ “*É irrefutável a constatação de que os critérios formais de validação do direito acabaram por legitimar as maiores iniquidades do século XX. De fato, quando se pensava ter-se alcançado o mais elevado grau de desenvolvimento da civilização ocidental, a lei, expressão da vontade geral cujo conteúdo independe de maiores questionamentos, foi capaz de legitimar práticas nazi-facistas, que criaram talvez a maior cicatriz da história do século passado. A constatação de que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade fez com que ela perdesse a aura de superioridade moral que havia incorporado com a Revolução Francesa*” (BINENBOJM, 2008, p. 129).

2.2.1. DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PELO JUIZ E PELO ADMINISTRADOR – SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

Interpretar a lei é condição para sua aplicação.

Para que uma pessoa consiga pautar sua conduta pelo quanto previsto na lei, é imprescindível que ela extraia de seus termos um significado de *dever ser* ou *poder ser*.

Embora aparentemente não haja dúvidas de que **tanto o juiz como o administrador** estejam sujeitos a um **mesmo ordenamento jurídico**, não é incomum identificar autores que veem diferença na função de aplicar a lei quando tal missão é confiada a um ou outro (URUGUAI, 1862, p. 29/32; RIBAS, 1866, p. 78 e ss.; MELLO, 1979/2007, p. 49/53; FAGUNDES, 1984/2006, p. 13/17).

Para alguns pensadores, enquanto a atividade jurisdicional teria por fim único a aplicação do ordenamento jurídico (este tido como um fim em si), a do administrador teria nesse conjunto de elementos normativos só um meio a viabilizar o atingimento de propósitos de interesse público¹⁵⁸.

Também há quem defenda que a interpretação da lei pelo magistrado para a solução de um litígio seria imparcial, enquanto a do administrador seria um ofício sempre parcial (MELLO, 1979/2007, p. 51) e intransigente na consecução do bem comum.

A nosso ver nenhuma dessas premissas encontra amparo na realidade.

O ordenamento jurídico é sempre um meio de se propiciar a vida harmônica em sociedade, e nunca algo que possua um valor absoluto que justifique uma interpretação de

¹⁵⁸ Fritz FLEINER, apesar de reconhecer a proximidade das atividades do servidor e do juiz na aplicação do Direito, assim asseverava na primeira metade do século XX: “*Mas para a Justiça – e em nisto está a diferença entre esta e a Administração – seu próprio fim é a aplicação do Direito, ao passo em que, quanto à Administração, a aplicação do direito não é mais que um meio para um fim. A Justiça tem que estabelecer em suas sentenças o que é justo segundo a lei vigente, prescindindo das consequências de que de tanto resulte para o Estado e para as partes interessadas. Pelo contrário, a Administração tem que prover o bem comum, e procurar coisas úteis*” (1933, p. 6). Em sentido próximo é a reflexão entre nós de Antonio Joaquim RIBAS que, no século XIX, após relacionar a Jurisdição com a proteção de interesses privados e a Administração com a de interesses gerais (o que era igualmente apontado pelo Visconde do URUGUAI como traço distintivo entre uma e outra atividade – 1862, p. 32), também ensinava: “*Assim, a administração, tendo por lei suprema o interesse geral, deve modificar os seus atos na razão da influência que sobre este interesse exercem as circunstâncias de tempo e lugar. A justiça, pelo contrário, sobranceira à toda a influência, executa inflexível a lei, qualquer que seja o interesse que vá ferir e, moldando suas decisões nos termos estritos da lei, as promulga e executa, sem atender às consequências que delas possam provir, sem ódio, sem temor e sem piedade*” (RIBAS, 1866, p. 78/79). Mais recentemente, Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO posiciona-se de modo análogo, ao afirmar que o objeto da função jurisdicional seria o próprio direito, sendo que a utilidade pública desta seria uma consequência da preservação da ordem jurídica (1979/2007, p. 51/52).

seus termos que, sob o pretexto de prestigiar a sua própria importância, imponha resultados trágicos à realidade a qual se dirige¹⁵⁹.

Incumbe ao magistrado, quando chamado a decidir um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida, dizer o direito, ou seja, estabelecer qual a interpretação da lei deve prevalecer sob dadas circunstâncias, significado para o qual este se vale não só das peculiaridades do caso concreto submetido à sua apreciação, como também da concatenação do quanto previsto na lei escrita parlamentar com as demais fontes normativas que integram determinado ordenamento.

Se o Estado tem por finalidade a conservação e promoção das condições indispensáveis para o viver coletivo, a função jurisdicional, como competência destacada do Poder único conferido pelos indivíduos àqueles responsáveis pela tutela bem comum, não pode ser exercida de forma dissociada do todo do qual ela faz parte.

Logo, o mister do magistrado no julgamento de uma lide é vocacionado à pacificação social, à prolação de decisões que, ainda que desagradem os diretamente envolvidos, mas sempre considerando adequadamente suas posições, estejam de acordo com um sentimento de justiça compartilhado entre os membros de uma comunidade¹⁶⁰.

*A interpretação draconiana*¹⁶¹, nesse contexto, é a própria negação do Direito¹⁶².

Em outras palavras, tem-se que a lei é o principal meio utilizado pelo juiz para alcançar um resultado no mundo fenomênico, que é o de restaurar a tranquilidade em um ambiente perturbado por uma disputa; lógica, como se vê, em tudo equivalente a do papel

¹⁵⁹ Na feliz síntese de Miguel REALE: “*O Direito é feito para a vida e não a vida para o Direito*” (2002/2016, p. 583).

¹⁶⁰ Exemplo bastante ilustrativo dessa visão da função jurisdicional, que de certo modo rompe com o paradigma até então prevaiente a respeito, é o desenvolvimento de técnicas de *justiça restaurativa* no âmbito do Direito Penal. A ideia, em síntese, é a seguinte: o crime deixa sequelas na vítima e traz consequências graves para a figura do ofensor. O processo penal do qual estes participam como condição para esclarecimento dos fatos e imposição, se o caso, de sanção ao infrator, não é um fim em si mesmo. Logo, buscam-se maneiras de, com as limitações do quadro legal vigente, evitar que o processo acabe trazendo mais danos aos envolvidos que o estritamente necessário para a tutela do interesse público que subjaz à efetividade do sistema punitivo estatal. Neste contexto, em vez da marcha processual se impor incondicionalmente aos seus atores, começam a ganhar espaço em tal âmbito palavras como *arrepentimento*, *reparação de prejuízos*, *conciliação* e *ressocialização*.

¹⁶¹ *Interpretação draconiana* seria a resultante de uma leitura literal de termos legais, em completo desprezo para com suas consequências no mundo real, por mais desastrosas que estas sejam.

¹⁶² Ao enfrentar o problema da eficácia do ordenamento jurídico, Miguel REALE trata da tormentosa questão do desprestígio que certas leis têm em seu meio social, discorrendo sobre a vigência meramente formal de alguns atos normativos, persistentemente desafiada pelos usos e costumes de seus destinatários. Sobre o tema, assevera o professor: “*uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores, iluminados por elementos intrínsecos, como sejam o valor da norma e o valor dos interesses em conflito*” (2014, p. 583/584). Mais à frente: “*O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que tem a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica*” (2014, p. 585).

da lei para o administrador, o qual se vale de tal tipo normativo para, na vida concreta, perseguir o interesse público no desempenho das competências que lhe são conferidas pelo legislador.

Assim, o que há são tarefas distintas a serem cumpridas pelo juiz e pelo administrador, dado que certamente repercute na forma em que cada agente público interpreta os termos das leis vigentes no país.

Na solução de uma disputa travada entre dois particulares ou entre particular e Poder Público, cabe ao Estado-juiz, como terceiro equidistante, construir uma norma a partir da lei parlamentar, em uma leitura harmônica com as demais fontes de juridicidade que compõem o Direito em dado local.

No âmbito da própria Administração, é importante salientar, também há essa função de dizer o Direito quando lhe é encaminhada uma pretensão, como é o caso de questionamentos de autos de infração impostos ao cidadão no exercício do poder de polícia ou então da avaliação de pedidos de benefícios previdenciários por parte dos segurados do respectivo sistema.

Será que em tais situações, pelo simples fato de estarem em jogo os interesses financeiros do erário, é admissível que a conduta do servidor responsável pela tarefa seja enviesada a dar ganho de causa ao Estado, em detrimento de uma análise isenta do pleito que lhe fora apresentado segundo o quadro normativo vigente?

Entendemos que não, aliás como já tivemos a oportunidade de nos manifestar quanto ao manejo do *poder de polícia* em nossa dissertação de mestrado, que foi publicada como livro homônimo (2014).

No desempenho de sua atribuição de emitir atos unilaterais com efeitos cogentes a terceiros, competência especialmente sensível à esfera de liberdade dos administrados, justifica-se a submissão do servidor a um regime jurídico diferenciado daquele aplicado para as demais atividades do Estado ou particulares, com a adstrição do seu processo de tomada de decisão de forma mais precisa ao quanto previsto na lei parlamentar, que, deste modo, serve de anteparo do indivíduo contra o arbítrio do ente público.

A intensidade maior desta vinculação da atividade administrativa aos atos normativos gerais e abstratos emanados do Parlamento, contudo, não elide o dever de o agente estatal devidamente interpretá-los de modo a conferi-lhes concretude em uma decisão individual, que seja adequada aos fatos aos quais se aplica e esteja em sintonia com o sentido de *dever ser* que, em uma dada situação, é construído pela concatenação da lei formal com as demais fontes de Direito.

O mesmo é válido para as competências prestacionais ou de indução de comportamentos a cargo do Estado.

Em todas essas hipóteses, vale dizer, em **havendo dúvidas** para o intérprete quanto à resposta a ser dada em uma determinada situação, este deve-se valer das **regras de hermenêutica** pertinentes, dentre as quais **não** está o *in dubio* pró cofres públicos.

A missão do servidor público na função de dizer o Direito é, a nosso ver, equivalente à do juiz em tal mister, carecendo de legitimidade qualquer prática inspirada em orientações que desnaturem a razão de ser de tal competência que, dessa forma, incidiriam no vício do *desvio de poder*, tradicional na formulação do nosso Direito Administrativo.

Já no que se refere a atividades estatais que não sejam a de dizer o Direito com efeitos para terceiros, mas de sua aplicação para realização da miríade de deveres impostos ao Estado em cumprimento do quadro constitucional e legal vigente, certamente a interpretação da lei pelo servidor é distinta daquela feita pelo juiz.

O motivo para tanto, nada obstante, está exatamente na diferença entre a prática de atos de tal índole e o julgamento feito por magistrados na solução de disputas, e não numa suposta liberdade em diverso grau para agentes da Administração e do Judiciário extraírem da lei qual seria o comportamento devido sob certas circunstâncias¹⁶³.

No processo de tomada de decisão que ocorre na gestão do dia a dia das repartições ou na condução de políticas públicas o servidor deve buscar no ordenamento jurídico, conferindo prioridade à lei interpretada conforme a Constituição como fonte principal de inspiração, qual conduta deve adotar face os fatos que lhe são apresentados.

Esse trabalho de criação da norma pelo administrador deve sempre perseguir o *interesse público*, o qual, contudo, não é definido pela lei em abstrato e *a priori*, mas sim, como um conceito jurídico indeterminado, delineado em concreto pelo intérprete, a partir do devido sopesamento entre todos os direitos e interesses das pessoas afetadas pela escolha a ser feita, única postura legítima segundo um arcabouço constitucional erigido tendo como fio condutor a proteção do Homem nas suas relações com os demais integrantes de uma comunidade (governantes e governados).

¹⁶³ Ressalvando-se, evidentemente, a questão da prerrogativa de controle de constitucionalidade da lei a cargo do Judiciário, função que extrapola a ideia de mera interpretação do texto legal. Nada obstante, no que se refere ao dever de aplicação da lei conforme à Constituição, o que pode ter efeito bastante próximo ao produzido por aquela grave atividade atribuída aos juízes togados, temos que tanto decorre das premissas referidas no corpo do texto (e acompanham doutrina de escol – v.g. ARAGÃO, 2008-B; FREITAS, 2014).

2.3. DA NECESSÁRIA COMPATIBILIDADE ENTRE LEGALIDADE (EM SENTIDO AMPLO) E EFICIÊNCIA

No exercício da função pública, cujo propósito é o de assegurar e promover as condições indispensáveis para vida em comum, a lei é pauta necessária, mas não suficiente, para condicionar o processo de tomada de decisão do gestor.

O postulado de submissão da Administração à lei, que existe, nunca é demais lembrar, como garantia do adequado desenvolvimento da atividade administrativa, cujo fim último é a promoção e tutela da esfera de liberdade dos indivíduos, não basta para circunscrever toda a conduta dos servidores no desempenho das funções que lhe são atribuídas por tal tipo normativo.

A lei corresponde a uma moldura (*Rahmen*) dentro da qual o encarregado de desempenhar um *poder-dever* previsto em um ordenamento faz escolhas, que extrapolam, como já referido, o conteúdo expresso no direito escrito.

As opções realizadas pelo intérprete a partir do texto legal são em parte um ato de conhecimento (*Erkenntnisakt*) e em parte um ato de vontade (*Willensakt*) exercido entre possibilidades admitidas no âmbito do espaço de avaliação (*Ermessensspielraum*) circunscrito pela obra do legislador.

Da lei ao ato individual e concreto emitido pela autoridade há sempre uma indeterminação (*Unbestimmtheit*) maior ou menor a ser colmatada pelo responsável pelo exercício da competência, cuja decisão muitas vezes espelhará apenas uma das múltiplas possibilidades igualmente viáveis diante de determinado quadro normativo (KELSEN, 2000-A, p. 358 e ss.¹⁶⁴).

A tarefa de preenchimento pelo servidor do quadro delineado pela lei parlamentar, como vimos, não é uma ciência exata (PERELMAN, 2000, p. 621 e ss.).

¹⁶⁴ “Esta determinação (do conteúdo da norma inferior pelo quanto previsto na norma superior) nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” (KELSEN, 1999, p. 388; 2000-A, p. 347). Em sentido próximo, é a lição de Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ ao tratar dos ditos *poderes vinculadas* (*potestades regladas*) da Administração que, em oposição aos seus *poderes discricionários*, supostamente seriam exercidos pelos agentes estatais a partir de juízos neutros de subsunção dos fatos à lei. “Opera aqui a Administração de uma maneira que poderia chamar-se de automática – se não fosse o fato de o processo de aplicação da lei, por mais exaurientes que sejam os seus termos, raramente permitir o uso com propriedade desse conceito, ante a necessidade de processos interpretativos que envolvem necessariamente valorações, ainda que nem sempre essas sejam apreciações subjetivas” (ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2008, p. 463)

Ao ser chamado a decidir uma querela ou tomar uma decisão, com base na lei, o agente estatal deverá construir a regra aplicável ao caso a partir de uma operação mental que leve em conta não só as **circunstâncias de fato** que são submetidas à sua apreciação, como o que determina os demais elementos que integram nosso ordenamento jurídico (como os princípios/valores decorrentes da Constituição em vigor).

E isso não apenas em casos de omissão da lei (o que nos levaria a lançar mão das demais fontes do direito como artifício a serviço do dogma da completude do ordenamento), mas também para ajustar seus termos estritos à realidade, de modo que o exercício da função pública possa produzir um resultado útil e teleologicamente adstrito à sua razão de ser (a tutela das pessoas, seus direitos e expectativas).

Se o Estado tem uma finalidade que justifica/legitima a atribuição de poderes de mando de uns perante outros¹⁶⁵, e a lei é limite e instrumento dessa competência vocacionada a restringir a liberdade individual em prol do bem comum, a interpretação de tal tipo normativo pelo seu aplicador não pode se dar em descompasso com o **ideal de ordem justa** que inspira a união dos membros de uma coletividade entorno de um projeto de viver em conjunto.

Perante tal quadro, assumindo como pressuposto que o papel do Direito na regulação do dia a dia do Estado é o de viabilizar a produção de resultados úteis à vida em coletivo, conforme a ética inerente a uma atividade que tem por base a gestão de coisa alheia¹⁶⁶, salta aos olhos o equívoco da propalada dicotomia entre *legalidade* e *eficiência*¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Essa concepção instrumental do Estado que, como abstração, busca conferir legitimidade à relação jurídica existente entre governantes e governados, inclusive auxilia a ver com mais naturalidade a incorporação de mecanismos de participação popular no processo de tomada de decisão do gestor, como será desenvolvido no Capítulo 3 (item 3.1.2.3 *infra*). Sobre a artificialidade daquilo que chamamos de Estado: “*Ele (Estado) não é nem território, nem população, nem corpo de regras obrigatórias. É certo que todos esses elementos sensíveis não lhe são estranhos, mas ele os transcende. Sua existência não pertence à fenomenologia tangível; ela é da ordem do espírito. O Estado é, no sentido pleno do termo, uma ideia. Não havendo outra realidade que a conceitual ele não existe fora do pensamento*” (BURDEAU, 1970, p. 14). Na mesma linha é a reflexão de Léon DUGUIT que, em tom mais incisivo, nega a existência de uma vontade coletiva distinta daquela dos que detêm o poder de comando em uma dada sociedade: “*Dizer que essa vontade daqueles que comandam só se impõe aos indivíduos na medida em que é coletiva, é uma ficção imaginada para justificar o poder dos mais fortes, ficção engenhosa, inventada pelos detentores da força para legitimar essa força, nada mais*” (DUGUIT, 2003, p. 9).

¹⁶⁶ “*A dimensão ética é inseparável da ideia de administração a serviço dos cidadãos e usuários, no sentido em que ela é consubstancial à existência de um Estado dedicado à defesa do interesse geral e à procura do bem comum. Para fazer isso, o Poder Público deve poder se apoiar sobre uma administração dirigida ao mesmo tempo pelo sentido do serviço do Estado e do serviço ao público, respeitante da legalidade e fazendo prova da neutralidade, da objetividade, de probidade e de responsabilidade, valores fundantes do serviço público*” (BARTOLI/KERAMIDAS/LARAT/MAZOUZ, 2011, p. 633).

¹⁶⁷ Pela necessidade de compatibilidade dos princípios da legalidade e da eficiência no exercício da função administrativa, conforme já referido no Capítulo 1 *supra*, ver GABARDO, 2002, p. 97; MODESTO, 2000, p.

Se a organização política não é um fim em si mesmo, o Direito que rege a atuação dos governantes é (ou deveria ser) pensado não só para impedir que o exercício da autoridade viole direitos individuais, como para dotar os mandatários da nação de instrumentos aptos ao **bom desempenho da função pública**.

Logo, a lei, como principal fonte do Direito Administrativo, não pode ser criada (e interpretada) em descompasso com o papel que lhe é reservado pelo ordenamento: impedir abuso no exercício do poder, sinalizando como este deve ser empregado de modo a promover o bem comum.

Nesses termos, afirmar que uma conduta, supostamente fiel à lei parlamentar, é legítima apesar de acarretar trágicos resultados à realidade (como a realização de uma licitação que redunde na compra de material de escritório pela Administração que, embora tenha tido o menor custo, não se presta aos fins a que se destina) não passa de uma patologia, que só se explica por uma visão equivocada do que é o Estado e/ou do que é Direito (este como meio a disciplinar a intervenção daquele na vida dos cidadãos¹⁶⁸).

52; DALLARI, 2003, p. 220; AMARAL, 2006, p. 6; MARQUES NETO, 2009, p. 278/279; MOREIRA, 2010, p. 205; ARAGÃO, 2012 – B, p. 377; CUNHA, 2012, p. 388 e ss.; SANTIN, 2013, p. 82; MARTINS JÚNIOR, 2014, p. 492/493; ISSA, 2015, p. 110; GROTTI, 2015, p. 132; MEDAUAR, 2016, p. 161.

¹⁶⁸ Sobre os riscos da aplicação de um *legalismo* irrefletido para o bom desempenho da função pública, confira-se a seguinte passagem da doutrina de Hector Jorge ESCOLA (1990) que, após discorrer sobre o avanço representado pela regulação da ação pública pela lei, alerta: “*implantando-se a observância estrita de um legalismo formal, que serve para impedir os excessos do poder público, mas que simultaneamente conduz a uma perigosa inação da administração pública em âmbitos que lhe são apresentados, em princípio, como vedados, sob o argumento de que não é possível condicionar nem diminuir a órbita e extensão dos direitos e liberdades individuais*” (ESCOLA, 1990, p. 24). Odete MEDAUAR, analisando a formação da organização administrativa burocrática do século XIX, destaca: “*do excessivo formalismo resultou a Administração ‘por documentos’: o que não é documento não existe; a preocupação com a legalidade (na verdade, legalismo) deixa em segundo plano o aspecto de resultado ou de ‘mérito’*” (MEDAUAR, 2003, p. 125/126). Sobre o tema ver ainda CLÈVE, 2011, p. 47; CASSESE, 1998, p. 31 e ss.; FREITAS, 2009, p. 128 e ss.; BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 180 e ss.; OTERO, 2007, p. 152 e ss.; ZAGREBELSKY, 2011, p. 33 e ss.; GUERRA, 2015, p. 115 e ss.; e SUNDFELD, 2012, p. 137 e ss.

3. GOVERNANÇA NO SETOR PÚBLICO

3.1. GOVERNANÇA NO SETOR PÚBLICO – MÉTODO DE GESTÃO – PREOCUPAÇÃO COM O RESULTADO DA AÇÃO ADMINISTRATIVA

Na linha da nossa concepção instrumental do que é o Estado, a ideia de que as regras que disciplinam sua atuação podem ser indiferentes ao resultado prático de sua aplicação pelos gestores do bem comum parece-nos um contrassenso.

Se entendemos o Estado como uma criação do Direito vocacionada à tutela da dignidade do Homem, uma obra da engenharia humana que se justifica pela sua capacidade de coordenar as vontades individuais na criação de condições materiais de subsistência para toda a sociedade, a questão da eficiência da ação administrativa sempre foi (ou deveria ter sido) preocupação dos estudiosos desse ramo da ciência jurídica.

Nada obstante, essa visão não é a que prepondera quando se analisa o funcionamento da máquina pública, atividade para a qual a importância do Direito (que muitos resumem à *lei escrita*¹⁶⁹) normalmente aparece adstrita à organização de estruturas e ao estabelecimento de critérios prévios à atuação estatal, mas sem qualquer relação com o resultado a ser atingido pela autoridade.

Como se o resultado da decisão adotada pelo gestor no fiel cumprimento da lei fosse uma fatalidade, fruto de uma subsunção mecânica que este fez do texto normativo aprovado pelo Parlamento, muitos pensam que os efeitos gerados pelo movimento da burocracia são infensos ao “mundo jurídico”, e, portanto, ao controle.

Na nossa proposta de abordagem, que, diga-se, não tem originalidade quanto ao ponto de partida¹⁷⁰, o Direito (que não equivale à lei escrita) rege a Administração tanto sob seu prisma estático como dinâmico, tendo no resultado adequado atingido pela sua interpretação a sua única forma de manifestação legítima perante a sociedade.

¹⁶⁹ Em nosso sistema jurídico, vale repetir, a lei escrita parlamentar é, em sua interpretação conforme a Constituição, a principal fonte de normatividade para a Administração, mas não única.

¹⁷⁰ Que o Direito não se esgota na lei escrita, bem como que sua efetividade acaba repercutindo na sua validade já eram temas tratados por Hans KELSEN (1934/1999, p. 235 e ss. e 246 e ss., ; 1934/2000-A, p. 215 e ss., p. 228 e ss.). No que se refere especificamente à preocupação do Direito não só como estrutura, mas como função (ou seja, instrumento adequado para satisfazer determinadas finalidades caras ao viver em coletivo), ver Norberto BOBBIO (1977/2007, p. 71/100).

3.1.1. GOVERNANÇA – PRESSUPOSTOS

Não sendo o Direito (nem o Estado) um fim em si mesmo, as decisões tomadas pelos gestores públicos com base nas fontes que inspiram nosso ordenamento devem redundar em benefícios ou restrições às liberdades individuais que sejam úteis ao bem estar coletivo, respeitando-se, assim, a razão de ser da organização política, a saber: o ser humano.

Tomando por base tal postulado, e à vista do notório descompasso entre a atividade do Poder Público tal como idealizada e como efetivamente concretizada entre nós, propomos um método de agir estatal que se pautem em cinco pressupostos e quatro instrumentos.

Os pressupostos: 1) vedação de comportamentos contraditórios; 2) vinculação da Administração a suas próprias regras e precedentes; 3) dever de agir proporcional; 4) atuação harmônica entre órgãos públicos de qualquer esfera de poder; 5) dever de prestar contas.

Os instrumentos: 1) processo; 2) consenso; 3) participação popular; e 4) controle.

A esse método de agir chamamos de governança administrativa.

Começemos por seus pressupostos.

3.1.1.1. DO RESPEITO AO CIDADÃO E DA VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS

A atividade administrativa em nosso país desenvolve-se com muita frequência de forma autorreferenciada¹⁷¹, indiferente às expectativas do particular com relação ao seu desempenho.

Como se os gestores, por estarem em posição de comando, tudo soubessem e fossem os únicos capazes de identificar o interesse público a ser perseguido nas mais variadas situações, livres das paixões que acometem o homem e a mulher comuns, muitas escolhas que afetam a vida de milhares de pessoas são tomadas a portas fechadas, sem qualquer preocupação com o seu impacto na esfera de liberdade dos cidadãos¹⁷².

¹⁷¹ Sobre o tema, indispensável a leitura de “*A superação do ato administrativo autista*” de Floriano Azevedo MARQUES NETO (2011).

¹⁷² Jesus Gonzalez PEREZ, autor largamente citado nas reflexões doutrinárias sobre o papel da boa fé na relação entre Estado e indivíduo, dá notícia de que o dia a dia das repartições públicas espanholas é bastante próximo da rotina burocrática que se verifica em nosso país, usando a figura da “janelinha” (*ventanilla*) dos

Logo, o primeiro pressuposto de um modo de agir eficiente da Administração Pública é que o **indivíduo** destinatário de seus serviços, e que com seu trabalho paga os impostos que sustentam o funcionamento do aparato estatal, seja definitivamente posto no **centro de gravidade da atuação das autoridades** constituídas.

Para além da mera retórica (que já existe), aqueles que transitoriamente agem em nome dessa ideia que é o Estado devem fazê-lo de forma legítima, sempre perseguindo o fim último que justifica o dever de obediência dos governados perante os governantes: a manutenção e a promoção da harmonia na convivência humana.

O **exercício do poder** por alguns em face de toda a população tem sua **utilidade para vida coletiva** e nesses estritos termos deve ser admitido em uma sociedade civilizada.

Caso efetivamente esse fosse o norte da ação estatal em nosso país, dificilmente haveria servidores públicos exigindo do particular o inusitado, como quando, por ausência de autorização legal expressa, impede-se que veículo apreendido por falta de inspeção veicular possa sair do local em que armazenado para, justamente, poder se submeter a tal avaliação e ter sua situação regularizada pelo respectivo proprietário¹⁷³.

Se o foco do exercício da função administrativa estivesse na proteção dos direitos/interesses do seu destinatário, provavelmente não se toleraria defesas exclusivamente processuais e que por vezes tangenciam a má fé por parte da Advocacia Pública, como quando esta pede a extinção de mandado de segurança por decadência (ou seja, por passados mais de 120 dias do ato que o cidadão reputa abusivo), enquanto por tal via o que se discute é precisamente a demora excessiva da autoridade em apreciar pedido

guichês de atendimento ao público para ilustrar o muro que se constrói entre servidor e cidadão quando este último dirige-se à autoridade para formular alguma pretensão (1989, p. 66 e ss.). Destacamos passagem: “a realidade administrativa apresenta-se a nós como dois mundos distintos, nitidamente diferenciados e rigidamente separados: as Administrações públicas e os administrados, os que detêm o poder e os que o sofrem, os que mandam e os que obedecem. Dois mundos entre os quais existe uma barreira material de separação: la ventanilla” (PEREZ, 1989, p. 66).

¹⁷³ “INSPEÇÃO VEICULAR. São Paulo. Lei municipal nº 11.733/95 e 14.717/08. Veículo apreendido em outro Estado. Dispensa excepcional da inspeção e liberação do licenciamento. A decisão agravada não afastou a legalidade da inspeção veicular; permitiu, tão somente, o licenciamento do veículo do impetrante ante a **inusitada situação**: a Polícia Rodoviária Federal só libera o veículo, apreendido em Tocantins, mediante a regularização do licenciamento; e o licenciamento só é regularizado mediante a aprovação do veículo na inspeção veicular realizada em São Paulo, que não pode ser realizada pela apreensão do veículo. Situação excepcional que justifica a solução excepcional. Inviabilidade de cancelamento do licenciamento, depois de concedido. - Agravo a que se nega seguimento. Aplicação do art. 557 do CPC. Agravo interno desprovido” (TJSP – Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Des. Rel. Torres de Carvalho – Agravo de Regimento nº 0428486-81.2010.8.26.0000 - data do julgamento: 02/06/2011)(g.n.)[<https://esaj.tjsp.jus.br/>, acesso 31/12/16, às 19:00].

administrativo que lhe fora formulado (8 meses para revisão de pena disciplinar¹⁷⁴ ou mais de 2 anos para apreciação de pedido de aposentadoria, por exemplo¹⁷⁵).

Segundo a ótica ora defendida, em havendo um texto normativo de interpretação controvertida em uma dada repartição, o dever de coerência e de respeito ao administrado imporiam que houvesse a uniformização de entendimento pertinente, a qual deveria valer tanto contra como a favor das aspirações exclusivamente pecuniárias do Fisco¹⁷⁶.

Não nos parece, segundo as bases expostas neste estudo, que seja prerrogativa da Administração agir de modo temerário ou criar incidentes infundados, seja na esfera administrativa, seja na judicial.

Se no que diz respeito aos particulares de há muito sanciona-se a figura do abuso de direito¹⁷⁷, qual seria a razão em se aceitar esse tipo de comportamento de uma organização que existe justamente para propiciar a convivência humana?

¹⁷⁴ “Mandado de Segurança. Pretensão à apreciação de pedido de revisão de ato administrativo. Demissão a bem do serviço público. Demora injustificada e excessiva na apreciação do pedido. Omissão injustificada. Inteligência do art. 33 da Lei estadual nº 10.177/98. Segurança concedida para ordenar a apreciação do pedido administrativo em respeito ao princípio do tempo razoável do processo, ex vi dos arts. 5º, LXXIII da Constituição Federal e 33 da Lei estadual nº 10.177/98. Segurança deferida” (TJSP – Órgão Especial – Des. Rel. Amorim Cantuária – Apelação nº 2090259-51.2016.8.26.0000 - data do julgamento - 30/11/2016) [<https://esaj.tjsp.jus.br/>, acesso 31/12/16, às 19:30].

¹⁷⁵ “APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Obtenção de certidão de liquidação de tempo de serviço, para fins de aposentadoria – Decadência – Inocorrência – Ato omissivo estatal – Hipótese que não enseja a fluência do prazo decadencial – Precedentes dos Tribunais Superiores e desta Corte – Extinção afastada – Impossibilidade, contudo, de julgamento da lide, na forma do art. 515, §3º, do CPC – Sentença anulada, para regular prosseguimento do processo – Apelação a que se dá provimento” (TJSP - 6ª Câmara de Direito Público – Desa. Rel. Maria Olívia Alves – Apelação nº 1023033-18.2015.8.26.0053 - Data do julgamento: 01/02/2016).

¹⁷⁶ O exemplo dado (infelizmente) não é mera elucubração. No que diz respeito à possibilidade de incidência de prescrição intercorrente (aquela que atinge uma cobrança quando o processo respectivo fica paralisado após determinado lapso de tempo), a Fazenda do Município de São Paulo costuma pedir o reconhecimento do instituto quando tanto lhe favorece, mas se recusa a fazê-lo quando este opera em detrimento dos seus créditos.

¹⁷⁷ Por abuso de direito entende-se a prática de expedientes meramente emulativos por parte de seus titulares, ou seja, a causação de prejuízos a terceiros que não lhes traga qualquer utilidade. Desde Roma há notícia de proibição de tal tipo de comportamento, ideia que permanece nos sistemas jurídicos de tal inspiração até os dias de hoje. Confira-se sobre o tema a lição de Thomas MARKY, ao tratar das limitações ao direito de propriedade: “Cumpre-nos mencionar, ainda, a proibição dos atos emulativos, que, modernamente, é considerada como limitação da amplitude do exercício da propriedade. A teoria foi elaborada na Idade Média, com base nos textos da Codificação de Justiniano. São considerados atos emulativos aqueles que o proprietário pratica não para sua utilidade, mas para prejudicar o vizinho” (1995, p. 67). A rejeição do abuso de direito nas relações privadas pode ser tida como um desdobramento do primado de boa fé que deve reger tais vínculos, ideia que, acreditamos, também se aplica ao Direito Público (OTERO, 2013, p. 374/375), apesar de o tema ter tido desenvolvimento relativamente tardio em tal seara. Uma análise profunda sobre a origem do emprego da *boa fé* nos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica pode ser conferida na obra de Menezes CORDEIRO (1997), que descreve as vicissitudes encontradas nas fontes que tratam da matéria. Os reflexos do imperativo da boa fé nas relações entre Administração e administrado, em especial naquelas de natureza tributária, podem ser vistos no estudo de Flávio RUBINSTEIN, *A Boa-fé Objetiva no Direito Financeiro e Tributário* (2010).

A conduta administrativa deve ser pautada por um fio de racionalidade, uma linha de coerência própria de quem, por **gerir aquilo que não lhe pertence, deve prestar contas** do que faz.

Tanto no âmbito dos afazeres privados como no dos públicos temos homens e mulheres que diariamente travam vínculos entre si, na cooperação indispensável para a vida próspera em comum.

Embora haja algumas distinções sensíveis em cada tipo de relação¹⁷⁸, imaginamos que em nenhuma delas haja espaço para um agir desleal entre aqueles que estão em posições contrapostas, segundo determinado quadro normativo em vigor.

Neste contexto a *boa fé*¹⁷⁹, tida como a qualidade de uma ação humana que leva em conta o comportamento socialmente esperado de um terceiro com o qual nos relacionamos, merece tutela não apenas nos negócios privados, como também nos públicos, estes afetos à conservação da cidade (JÈZE, 1930, p. 680; LARENZ, 1976, p. 108; GORDILLO, 2003, T. I, p. X-24; BOUSTA, 2010, p. 249/252; OTERO, 2013, p. 374/375).

Instituto tradicional que experimentou largo desenvolvimento no direito civil em sistemas jurídicos de matriz romano-germânica¹⁸⁰, a *boa fé* como estado de espírito e como um agir conforme expectativas passou a ser paulatinamente incorporada à reflexão sobre a deontologia do exercício da função pública¹⁸¹, sobretudo a partir do impulso conferido ao

¹⁷⁸ Enquanto as ditas relações de *direito privado* são preponderantemente marcadas pelas ideias de liberdade e igualdade, as de *direito público* o são pelas de competência e soberania (CORDEIRO, 1997, p. 374). Essa dicotomia, contudo, vem sendo cada vez mais questionada por uma observação atenta da realidade que, em um Estado Social, com o agigantamento do papel da organização política na vida dos indivíduos, leva tanto à busca da concessão de uma maior liberdade ao gestor público na escolha de meios para atingimento dos fins que lhe são impostos pela ordem constitucional, como a de uma maior vinculação da livre iniciativa das pessoas à satisfação de pautas de interesse geral, fundamentais para o bem estar coletivo.

¹⁷⁹ Pesquisando a origem romana da ideia de boa fé, assim a define Flávio RUBINSTEIN: “(...) parece correto reconhecer que a “*bona fides*” configurava verdadeiro princípio de boa fé objetiva no direito romano, exigindo das partes comportamento conforme padrões de retidão esperados do *bonus paterfamilias*, e atuando como cânone interpretativo dos negócios jurídicos” (2010, p. 30).

¹⁸⁰ Menezes CORDEIRO, após alertar sobre as dificuldades em se conceituar precisamente o que seria a *boa fé*, discorre sobre como a ideia teria evoluído no Direito Romano: “A natureza juscultural da *boa fé* implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos. Os jurisperitos romanos tentaram descobrir, num mar de decisões empíricas, encontradas na busca de um equilíbrio, capaz de suscitar consenso, manifestações de regularidade que, permitindo tratar o igual, por igual, e o diferente, de modo diferente, de acordo com a medida da variação, tornassem previsíveis a saída para litígios futuros” (1997, p. 18). Sobre as dificuldades de maior desenvolvimento doutrinário da *boa fé* no século XIX em razão da influência das escolas de Exegese e Pandectística, inspiradas em uma visão quase mística da lei e na ordem jurídica como um sistema normativo fechado, no qual o juiz teria um papel limitado de criação do Direito em razão do dogma da separação de poderes, ver *O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português*, de Clóvis do Couto e SILVA (1980, em especial p. 44 e ss.).

¹⁸¹ Essa demora em se desenvolver o tema da *boa fé* no Direito Público é atribuída por alguns autores à preocupação de parte da doutrina com a afirmação deste como um ramo autônomo do Direito, o que passava pela defesa de princípios próprios a vigorar na disciplina do funcionamento da Administração e da sua relação com o cidadão, que seriam distintos daqueles presentes nos vínculos travados só entre particulares (LOPES, 2011, p. 213 e ss.; FORSTHOFF, 1969, p. 269 e ss.).

tema pela jurisprudência (CORDEIRO, 1997, p. 384 e ss.¹⁸²; FORSTHOFF, 1969, p. 272 e ss. / 1973, p. 169 e ss.).

Na apreciação de litígios envolvendo Estado e indivíduo, os magistrados, no seu mister de aplicar a lei, encontraram na *boa fé* vetor interpretativo apto a evitar soluções injustas (FORSTHOFF, 1969, p. 273 / 1973, p. 171), assim como rotineiramente já o faziam ao apreciar conflitos privados regidos pelo Código Civil.

A *boa fé*, princípio costumeiro hierarquicamente equivalente à lei como fonte do Direito (FORSTHOFF, 1969, p. 273 / 1973, p. 171), passa a ser instrumento de contenção do arbítrio estatal, compelindo a organização política a manter as promessas feitas aos privados.

Mas o que realmente significa a *boa fé* equivaler à *Lei* como fonte de Direito, com mesma aplicação nas relações que se estabelecem entre indivíduos, estejam esses em posição de igualdade, ou de desigualdade (como na condição de governantes e governados)¹⁸³?

Segundo nossa concepção do fenômeno jurídico, a construção do sentido de *dever* (ou *poder*) ser pelo servidor público no processo de tomada de decisão raramente dá-se por singelos juízos subsuntivos, imunes a valorações de caráter pessoal tendo por objeto

¹⁸² Menezes CORDEIRO aponta dois julgados do Reichsgericht (nome da Suprema Corte alemã até 1945) que discutiram efeitos jurídicos do postulado da *boa fé* nas relações entre cidadão e Estado no início do século XX, ambos tratando da existência ou não do dever de a Administração, nos seus pagamentos, proceder à atualização monetária dos seus débitos, em momento econômico marcado por alta inflação. Na interpretação do § 242 do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil tedesco), um julgado recusou a existência desse dever (de 11 de dezembro de 1925) e o outro a reconheceu (de 2 de fevereiro de 1926), embora ambos tenham decidido pela aplicabilidade do dispositivo nos vínculos mantidos entre Poder Público e indivíduo (CORDEIRO, 1997, p. 384/385). Confira-se a redação do comando legal sob exame: § 242 Prestação segundo a *boa fé* – “o devedor está obrigado, no cumprimento de sua prestação, a agir com *boa fé*, levando a prática costumeira em consideração”. No original: *Leistung nach Treu und Glaube – „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“* [http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html, 06/04/16, às 9:00]. Nota: apesar de se traduzir „*Treu und Glauben*“ como *boa fé*, a expressão vem dos vocábulos *Treue* e *Glaube*, que podem ser traduzidos como lealdade/fidelidade e confiança/crença/fé, respectivamente. Karl LARENZ, professor da Universidade de Munique, assim definiu a *boa fé* em obra de referência a quem se dedica aos estudos de Direito Privado: “O princípio da *boa fé* significa que cada um deve se manter fiel à palavra dada e não deve decepcionar ou abusar da confiança, que forma a base indispensável de todas as relações humanas; em resumo: cada um deve se comportar como se espera espontaneamente de pessoas consideradas honestas, com as quais se realizam transações comerciais, contratos, ou se estabelecem algum outro vínculo jurídico especial”. No original: „Der Grundsatz von „Treu und Glauben“ besagt, dass jeder in „Treue“ zu seinem gegebenen Worte stehen und das Vertrauen, das die unerlässliche Grundlage aller menschlichen Beziehungen bildet, nicht enttäuschen oder missbrauchen, kurz sich so verhalten soll, wie das unter redlich denkenden Verkehrsteilnehmern, Vertragspartnern oder Teilnehmern einer sonstigen rechtlichen Sonderverbindung billigerweise erwartet werden kann“ (LARENZ, 1976, p. 106).

¹⁸³ Massimo Severo GIANNINI, após destacar a origem jurisprudencial na aplicação da *buona fede* no Direito Administrativo italiano, pontua que o conceito é o mesmo aplicável às relações públicas e privadas, sem conotação particular em qualquer uma destas (GIANNINI, 1993, p. 35).

circunstâncias fáticas ou disputa entre bens jurídicos de igual relevância para uma dada comunidade¹⁸⁴.

O entendimento do agente estatal no nosso sistema tem por fonte primeira a *Lei* (em sentido formal), mas o seu texto aprovado pelo Parlamento pouquíssimas vezes oferece ao seu intérprete resposta unívoca para os mais distintos desafios que este enfrentará no exercício da competência que lhe é atribuída pelo ordenamento¹⁸⁵.

Na tarefa de exegese que precede a escolha a cargo da autoridade, a *Lei* é apenas uma das fontes de normatividade, a qual deverá ser necessariamente concatenada com as outras (como o princípio geral de boa fé) para que se afira qual o comportamento mais adequado a ser adotado pelo gestor do bem comum.

Embora tenhamos dito que há uma prevalência do quanto textualmente previsto na *lei formal* para tal mister, o iter para sua aplicação pressupõe a criação de um sentido que vá além da sua *letra fria*, passo imprescindível para eleição de uma conduta pública aderente à finalidade que justifica a própria existência do Estado, conforme os princípios expressos e implícitos da Constituição.

Neste contexto, tem plena incidência na relação estabelecida entre Administração e indivíduos os ditames da boa fé que, sob um prisma subjetivo, exige do agente estatal o sincero desejo de perseguir a satisfação do interesse geral no exercício da competência que lhe é conferida pela lei e, sob uma perspectiva objetiva, obriga que a postura do servidor seja coerente com a linha de atuação do órgão do qual este faça parte¹⁸⁶.

O desvio anímico da autoridade no que diz respeito ao exercício do dever-poder segundo o propósito expresso ou implícito da respectiva regra de competência é sancionado desde os primeiros desenvolvimentos do Direito Administrativo pelo instituto do *desvio de poder*.

¹⁸⁴ Além das referências bibliográficas que já fizemos no capítulo anterior sobre a insuficiência da lei parlamentar para condicionar toda a ação do Executivo, no mesmo sentido é o pensamento de Alexandre Santos de ARAGÃO (2008, p. 21), segundo o qual apenas as circunstâncias de um caso concreto poderão determinar se há ou não uma única solução a ser adotada pela autoridade, independentemente de a competência habilitante para sua atuação ser discricionária ou vinculada (segundo a classificação tradicionalmente usada pela doutrina, e sobre a qual já fizemos nossa crítica justamente por sua pouca utilidade prática).

¹⁸⁵ “Desde que há o Estado de direito burguês, isso quer dizer desde a metade do século XIX, a administração é uma atividade do Estado regida pelo direito. A administração consiste em grande parte, mas não sem exceção, à execução de leis e de outras regras de direito” (FORSTHOFF, 1969, p. 37/38).

¹⁸⁶ Essa mesma concepção de exercício da função administrativa é encontrada em doutrinadores do sistema da *Common Law*. A título de exemplo, vale a referência à lição de Willian WADE e Christopher FORSYTH (2014), que, discorrendo sobre a necessária limitação da atuação discricionária da Administração por princípios, afirmam que as Cortes britânicas assentaram entendimento segundo o qual “*poderes estatutários devem ser exercidos de forma razoável e de boa fé (good faith), para (alcançar) somente propósitos próprios, e de acordo com a letra e o espírito do ato habilitante*” (WADE/FORSYTH, 2014, p. 286).

Já no que concerne à quebra de expectativas legítimas do cidadão quanto ao modo de agir esperado do Estado, a tutela do indivíduo ocorre como consequência da **vedação de conduta contraditória** (*Verbot widersprüchlichen Verhaltens*), do *venire contra factum proprium*, mandamento já bastante desenvolvido no Direito Civil¹⁸⁷, e que vem ocupando espaço cada vez maior na reflexão dos pensadores do Direito Público (DUARTE, 1996, p. 330 e ss.; WOLF/BACHOFF/STOBER, 2006, p. 345 e ss.; FREITAS, 2009, p. 94 e ss.; SARLET, 2010, p. 89 e ss.¹⁸⁸).

Partindo do pressuposto de unidade do fenômeno jurídico¹⁸⁹, guardadas as peculiaridades das relações privadas (regidas pela autonomia e igualdade), acreditamos que os desdobramentos defendidos para a aplicação da *boa fé* em tal seara também são extensíveis, *mutatis mutandis*, aos vínculos mantidos entre Administração e cidadão (marcados pela heteronomia e desigualdade)¹⁹⁰.

Logo, a **boa fé** que deve pautar as interações entre Estado e indivíduo deve desempenhar um papel importante na **interpretação das obrigações** impostas a cada qual

¹⁸⁷ Na doutrina nacional Clovis do Couto e SILVA afirma que o primeiro a tratar do tema da *boa fé* sob a perspectiva objetiva entre nós foi Emilio Betti em 1958 (1980, p. 43). Embora não previsto expressamente no Código Civil de 1916, o art. 131, item 1 do Código Comercial de 1850 estabelecia a *boa fé* como critério para interpretação de cláusulas contratuais duvidosas, a prevalecer sobre o rigor da estrita significação de suas palavras. Com o Código Civil de 2002 a matéria ganhou imenso impulso a partir das respectivas diretrizes teóricas (como a eticidade e a socialidade), consubstanciadas em cláusulas gerais de direito positivo, como o seu art. 422, que estabelece: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Sobre o tema sob uma ótica do “Direito Privado” (observada a relatividade dessa classificação, como já expusemos no capítulo anterior), ver *A Boa Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale)*, de Judith Martins-COSTA (2002).

¹⁸⁸ Apesar de a preocupação com a coerência da ação administrativa vir ganhando importância nos últimos anos, certamente ela não é nova (vide PALASI, 1968, p. 548 e ss.), e vem tratada pelos manuais de doutrina sob diferentes motes, em especial: *boa fé* (v.g. PALASI, 1968, p. 548 e ss.; AMARAL, 2010, p. 133 e ss.; ARAGÃO, 2012, p. 69/70; FIGUEIREDO, 2006, p. 53 e ss.; OTERO, 2013, p. 374/375), *moralidade* (v.g. MELLO, 2013, p. 122/123) e *segurança jurídica/confiança legítima* (v.g. JUSTEN FILHO, 2010, p. 1272 e ss.; DEVILLER, 2011, p. 375/378; MEDAUAR, 2014, p. 152/153; CARVALHO FILHO, 2011, p. 32/35; CASSESE, 2009, P. 17/18). Entre nós, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO enquadra o ponto sob a feliz alcunha de *princípio da coerência administrativa* (2009, p. 119/120). Na Itália, alguns aspectos do que chamamos de *vedação de comportamento contraditório* são estudados por parte da academia como *principi di ragionevolezza* (ou princípio de racionalidade)(CASSESE, 2009, p. 16/17; CHIEPPA/GIOVAGNOLI, 2011, p. 9).

¹⁸⁹ Conforme expusemos no capítulo anterior, entendemos que a diferença entre Direito Público e Privado atende mais a razões didáticas, em parte inspiradas pela necessidade de afirmação de um ramo de estudo que desenvolveu-se tardiamente, do que ontológicas.

¹⁹⁰ Entendendo pela aplicação do princípio da *boa fé* às relações estabelecidas entre Administração e administrado, destacamos passagem da obra de Héctor A. MAIRAL: “o fato de a Administração perseguir o bem comum não a exime de freios morais: o fim não justifica os meios”. Mais à frente: “pouco avançaria o direito se paralelamente ao progresso do direito privado ao incorporar parâmetros cada vez mais elevados de comportamentos, verificar-se uma contínua expansão do direito público alheio a tais pautas”(MAIRAL, 1994, p. 52).

seja pela lei (em sentido material¹⁹¹) seja pelo contrato¹⁹², bem como justificar a origem e a extinção de deveres para ambos os polos da relação, na medida em que tanto for compatível com o princípio da legalidade, que impõe, como se sabe, maiores restrições à atuação do Poder Público do que ao particular.

Como exposto no capítulo anterior, o mito da perfeição e suficiência da lei para completo enquadramento da função administrativa é desmentido por uma observação razoavelmente atenta de atividades mezinhas atribuídas ao Estado, nas quais o servidor encontra no ato parlamentar apenas uma das fontes (ainda que principal) para extrair o comportamento que lhe é obrigatório ou possível em uma dada situação.

Sempre que a lei falhar no ideal de completa subordinação da função executiva à parlamentar, para superação das lacunas e/ou adequada solução dos casos concretos a partir do sopesamento de suas particularidades deve o gestor público não só fazer suas opções com a intenção de correção¹⁹³, como levar em conta o que é legitimamente esperado da atuação da autoridade sob certas circunstâncias.

Se chamada a se pronunciar sobre um pleito a Administração ofereceu resposta em um sentido, no futuro esta não pode simplesmente ignorar sua postura anterior, agindo, pois, de modo contraditório.

Ao verificar que a posição assumida previamente não mais atende ao interesse público, é ônus da autoridade esclarecer o porquê da mudança de interpretação, zelando para que dessa alteração não redundem prejuízos àqueles que se fiaram no modo pelo qual o Poder Público já tinha se manifestado quanto à determinada matéria.

O mesmo raciocínio é válido para condutas reiteradas da autoridade.

¹⁹¹ Aqui nos referimos à “lei” como ato geral e abstrato emitido pelo Estado por qualquer de seus órgãos, ou seja, tanto à lei parlamentar e como ao regulamento (este promulgado por agente público no exercício de função executiva).

¹⁹² Gaston JÈZE, ao tratar da execução dos contratos administrativos na primeira metade do século XX, inicia sua exposição pontuando o que não deveria despertar maiores questionamentos sob a ótica de um regime jurídico pelo qual a Administração pautasse sua conduta por um agir racional, que buscasse sobretudo a tutela do cidadão: “o princípio geral que domina a teoria de execução dos contratos da administração, é o mesmo que domina o Direito moderno: é o respeito à palavra dada (*c’est le respect de la parole donnée*). As partes contratantes são obrigadas a cumprir suas obrigações de boa fé (*bonne foi*), segundo as condições por elas estipuladas. Esse princípio essencial não comporta desenvolvimentos especiais. Ele é simplesmente capital” (JÈZE, 1930, p. 680). Acreditamos que esse pensamento clássico, recuperado por Fernando Dias Menezes de ALMEIDA (2012, p. 145), tem incidência que certamente extrapola o âmbito das relações contratuais mantidas pela Administração, e, caso efetivamente fosse praticado no dia a dia das nossas repartições, teria um potencial para aprimoramento da função pública infinitamente superior ao proveniente de qualquer texto legislativo dirigido à imposição de uma postura administrativa deferente à figura do ser humano.

¹⁹³ Ou seja, com o desejo sincero de, através de sua atuação, atingir as finalidades que lhe são determinadas pelas regras do ordenamento jurídico que lhe conferem competência para agir.

Da ação ou omissão dos agentes estatais ao longo do tempo surgem em maior ou menor medida deveres decorrentes das expectativas despertadas nos destinatários do exercício da função pública.

No âmbito das relações privadas confere-se o nome de *surrectio* e *suppressio* a tal aparecimento e extinção de obrigações (CORDEIRO, 1997, p. 797 e ss.), fenômeno que certamente é potencializado em um ambiente caracterizado pela liberdade de ação, mas que não pode ser desprezado nos vínculos existentes entre Estado e indivíduo¹⁹⁴.

Nesse sentido, quando a não aplicação de determinado texto normativo por largos espaços de tempo gerar confiança nas pessoas quanto à regularidade de conduta que vem sendo explicitamente realizada a olhos vistos dos agentes estatais, cabe a estes, *quando e se* resolverem voltar a aplicar tais disposições, o **ônus de justificar o porquê da alteração de comportamento**, inclusive sob o prisma do **dever de proporcionalidade** já que, se a legislação que vinha sendo ignorada por todos fosse efetivamente útil ao bem estar coletivo, provavelmente não teria ficado guardada em uma gaveta por anos a fio para acordar de repente, tolhendo os desavisados.

De qualquer modo, caso devidamente motivado o renascer de regras que não vigiam no mundo real apesar de formalmente não revogadas pelo Estado¹⁹⁵, sempre deve

¹⁹⁴ No que se refere ao Direito Administrativo, Paulo OTERO manifesta-se expressamente quanto à aplicação da *suppressio* e da *surrectio*, âmbito em que, segundo o autor, não haveria justificativa para que não se prestigiassem efeitos que decorreriam da *proteção da boa fé* aliada ao *decorso do tempo*, os quais, diga-se, já fundamentam importantes precedentes dos nossos Tribunais (OTERO, 2007, p. 919 e ss.). Destacamos passagem: “A *suppressio*, enquanto manifestação da conjugação do decurso do tempo com a boa fé, traduzindo em direito civil a ‘neutralização’ ou a ‘supressão’ de posições jurídicas por feito de seu não exercício prolongado, isto em termos de gerar confiança de que, na sequência da constância e coerência dessa inatividade, pode também em Direito Administrativo assumir relevância”(OTERO, 2007, p. 921). Mais à frente: “No desenvolvimento da ‘*suppressio*’, verifica-se que o particular poderá se beneficiar diretamente com o não exercício de uma competência administrativa, especialmente quanto esta envolveria a prática de atos ablativos, adquirindo, uma vez mais por efeito da conjugação entre o decurso do tempo e a tutela da confiança, um direito subjetivo que se constitui ‘*ex novo*’: a ‘*suppressio*’ terá então originado um fenômeno reflexo de ‘*surrectio*’”. OTERO ainda esclarece que nas situações em que o efeito de tolerar o comportamento irregular não se imponha em razão do princípio da irrenunciabilidade e da inalienabilidade de competência, a proteção da confiança do particular na postura até então adotada pelo Poder Público poderia se dar pela via indenizatória (OTERO, 2007, p. 921).

¹⁹⁵ Na nossa tradição jurídica é difícil ver doutrinadores reconhecendo que a não aplicação de determinada lei por anos a fio possa levar a sua revogação, como se a incerteza decorrente dessa supressão de validade de modo tácito fosse mais perniciosa que a surpresa causada pela aplicação de um dispositivo, em geral limitador de liberdades individuais, após décadas de inércia por parte das autoridades. Não sendo pertinente esse espaço para maior aprofundamento desta ideia, trazemos ao menos uma provocação sobre o tema, encontrada na obra de Hans J. WOLF, Otto BACHOFF e Rolf STÖBER (2006), por ocasião da abordagem do costume como fonte do Direito. Apesar de os autores ressaltarem que o costume não pode prevalecer em assuntos sobre os quais haja reserva de lei ou então para justificar práticas ilícitas em descompasso com princípios jurídicos, estes afirmam: “Porque decorre de uma fonte de direito originária, o direito consuetudinário está para o direito escrito **numa relação de ordem auxiliar**. Por isso o direito consuetudinário pode formar-se não apenas a par do direito escrito para **preenchimento e a integração de lacunas** (*praeter legem*), mas também contra o direito escrito (*contra legem*), a chamada **derrogação** (BVerfGE 9, 213, 221), no caso de existir uma convicção jurídica coletiva de que a norma deixou de vigorar

haver o respeito a eventuais efeitos gerados no período anterior, no qual havia tolerância para com atitudes ora repreendidas, estabelecendo-se, quando as circunstâncias assim o exigirem, regras de transição em favor dos prejudicados.

Na linha do que ora é defendido, vale trazer à colação exemplos de condutas vedadas à Administração que David DUARTE (1996) aponta como desdobramentos do Princípio de Justiça a reger a atuação estatal, que conteria em si a vedação do *venire contra factum proprium*:

O domínio da proteção da confiança que o princípio da justiça incorpora é aplicável a várias situações. E assim, por exemplo, para além das regras de materialização no regime da irrevogabilidade dos atos constitutivos de direitos, nas zonas de abertura normativa em casos de “*venire contra factum proprium*”, onde o decisor, cometendo uma “irregularidade procedimental”, vem a aproveitar-se dela para configuração de um determinado conteúdo decisório, ou em casos de autovinculação verificáveis na relação entre qualquer ato procedimental e a decisão ou entre decisões. E também, exemplificativamente, nos casos de não renovação de autorizações temporárias quando havia sido objetivamente criada a convicção de sua renovação ou, noutra exemplo, quando a Administração tolera durante vinte anos uma construção não autorizada, decidindo-se depois pela sua demolição (DUARTE, 1996, p. 331).

Finalmente, ainda no que se refere à atribuição de deveres para além do texto escrito de leis, regulamentos e contratos, a **boa fé impõe ao Estado uma postura colaborativa com o particular** na realização de direitos que lhe são conferidos pelo ordenamento (MARRARA, 2012, p. 176/177¹⁹⁶), o que ultrapassa o ônus informativo a cargo das repartições públicas e de certa forma caminha para uma completa reconfiguração da Administração como a conhecemos.

Em vez de um aparato burocrático que se satisfaz com a realização de tarefas que observem as regras pré-estabelecidas pela legislação, independentemente do juízo de valor sobre seus efeitos práticos na realidade, a *boa fé* que se espera do exercício da função administrativa desperta uma reflexão maior sobre a necessidade de a **organização política** finalmente se assumir como um **espaço de realização de justiça**.

(*BVerwG, NJW, 1969, 1291, ver ainda BVerwG, DWBl. 1979, 116, bwVGH, DÖV, 1978, 696*)” (2006, p. 349).

¹⁹⁶ “A cooperação para exercício de direitos gera para a autoridade pública o dever de informar os cidadãos sobre os requisitos, condições e procedimentos para o devido gozo de direitos individuais, coletivos e difusos, mesmo quando tal autoridade não esteja expressamente obrigada a se manifestar (...). O fundamento para tanto é óbvio: se o Estado existe pelo o povo e para o povo, não podem as autoridades públicas quedar inertes frente às dificuldades de um cidadão para compreender a ordem jurídica e, com base em seus mandamentos, exercer seus direitos” (MARRARA, 2012, p. 176).

Antes de desenvolvermos essa ideia, que até o momento seria um desdobramento de um princípio geral do direito não escrito na nossa Constituição, propomos um questionamento prévio: a *boa fé* seria mesmo um princípio “apenas” implícito da nossa Carta Política¹⁹⁷?

3.1.1.1.1. DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Apesar da dificuldade em se definir com precisão o conteúdo do princípio da moralidade no desempenho da função pública (MEDAUAR, 2014, p. 144/145; ARAGÃO, 2012, p. 71; DI PIETRO, 2007-B, p. 68¹⁹⁸), tem-se que tal questão já preocupava os primeiros teóricos do Direito Administrativo, como revela a pesquisa sobre a origem da *Teoria do Desvio de Poder* (HAURIOU, 1933/2002, p. 442 e ss.; GIACOMUZZI, 2013, p. 43 e ss.), pedra angular desta seara do conhecimento¹⁹⁹.

Se a lei disciplina a organização de cargos e a respectiva competência com o propósito de viabilizar a persecução de pautas públicas pelos governantes, o emprego de tais meios para alcançar fins diversos daqueles previstos expressa ou implicitamente nas regras pertinentes deve ser sancionado pelo Direito.

Neste contexto, embora uma leitura corrente do princípio da moralidade remeta à ideia de probidade²⁰⁰ no trato da coisa pública, no sentido de que deve haver rigor para que

¹⁹⁷ Nossa investigação no ponto tende a satisfazer os intérpretes mais apegados à força do direito escrito estatal. De qualquer modo, na linha do raciocínio que desenvolvemos nesse estudo, entendemos Direito que rege as relações humanas vai além da letra da lei. Segundo essa perspectiva, a *boa fé*, como princípio geral do Direito, teria plena vigência entre nós ainda que apenas implícita como fundamento do nosso ordenamento jurídico (PEREZ, 1989, p. 56 e ss.). Nada obstante, vale registrar que a Lei nº 9.784/99 oportunamente não deixou dúvidas quanto à aplicação do postulado no âmbito do processo administrativo federal, conforme se verifica do parágrafo único do seu art. 2º - “*Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*”.

¹⁹⁸ “*Nem todos os autores aceitam a existência desse princípio (da moralidade administrativa); alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade*” (DI PIETRO, 2007-B, p. 68).

¹⁹⁹ A *Teoria do Desvio de Poder*, vale dizer, tem íntima relação com a *Teoria dos Motivos Determinantes* (HAURIOU, 1933/2002, p. 443 e ss.; JÈZE, 1926/2011, p. 219 e ss.), à qual faremos referência ao tratarmos da necessidade de motivação das decisões estatais (redundem elas em atos administrativos ou não).

²⁰⁰ “*A probidade, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do princípio da moralidade administrativa. Na linguagem comum, probidade equivale a honestidade, honradez, integridade de caráter, retidão. A improbidade administrativa tem sentido forte de conduta que lese o erário, que importe em enriquecimento ilícito ou proveito econômico próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função, emprego público* (MEDAUAR, 2014, p. 145). Uma reflexão crítica sobre a tutela da moralidade-probidade na Administração Pública pode ser encontrada em FREITAS, 2009-B. Considerando o combate à corrupção como um dos grandes desafios da Administração Pública contemporânea, ver BUENO/BRELÀZ/SALINAS, 2016, p. 12/13. Acerca do papel do servidor na prevenção da malversação de recursos públicos, em especial levando em conta um paradigma de ação administrativa mais negociada do que unilateral, conferir José Jair MARQUES JUNIOR (2016), Rafael Hamze ISSA (2016), Bruno Grego SANTOS (2016) e José Antônio APPARECIDO JÚNIOR (2016).

não haja apropriação privada do que pertence a todos, tal postulado exige mais do que isso (VANDELLI, 2009, p. 29²⁰¹).

O exercício moral de uma competência estatal só existe quando o gestor empregue seus melhores esforços para alcançar a finalidade precípua da atividade de sua responsabilidade²⁰², que, mesmo no que diz respeito àquelas de natureza estritamente tributária-financeira, nunca pode se traduzir na busca inescrupulosa de receitas para o erário, em desconsideração com valores que norteiam nossa ordem constitucional, fundada, como sabemos, na dignidade do ser humano.

Perante tal quadro, como o tradicional óbice ao *desvio de poder* já impunha ao servidor público o dever de **observância ao espírito da lei** (mais do que ao seu texto²⁰³), da própria ideia de moralidade que levou à consagração do instituto já é possível extrair entre nós um comando inequívoco que determina a boa fé nas relações mantidas entre Estado (através de seus agentes) e cidadão.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de MELLO (2013), ao discorrer sobre o princípio da moralidade:

Segundo os cânones da lealdade e da boa fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (2013, p. 122/123).

3.1.1.1.2. DO ESTADO COMO ESPAÇO DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA

Como já tivemos a oportunidade de desenvolver no capítulo anterior deste estudo, o **Estado é o Direito em ação.**

²⁰¹ “A má administração (*cattiva amministrazione*) evidencia-se, assim, na máxima patologia decorrente de fatos (*singulares*) de corrupção e de malversação (*que sejam relevantes sob o prisma do Direito Penal*); mas não se exaure nesses, já que envolve toda uma série de fenômenos que vão desde o retardo na execução de tarefas até formas de tratar as pessoas sem o devido respeito e a necessária gentileza, passando pela pouca atenção dada às demandas dos cidadãos e à falta de observância aos horários de trabalho” (VANDELLI, 2009, p. 29). Ainda voltaremos ao tema no Capítulo 4 desta tese, ao falarmos dos desafios da Administração Pública contemporânea.

²⁰² E a finalidade das mais diversas tarefas da Administração, desempenhadas com diferentes graus de autonomia inerentes a cada função, é sempre o interesse público, como já apontava Maurice HAURIUO no início do século XX (1933/2002, p. 354/355).

²⁰³ Pertinente, no ponto, destaque ao magistério de Hely Lopes MEIRELLES (1990): “Cumprir fielmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atende-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientadas pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais” (p. 79).

Logo tem-se que o dever de coerência da ação administrativa, do qual decorre a vedação do agir estatal contraditório, é inerente ao Estado de Direito, a uma organização política que esteja fundada na sua real razão de ser: a proteção do indivíduo (SPINELLI, 2010, p. 140; CUNHA, 2012, p. 383; Mário ALMEIDA, 2012, p. 68).

A atividade estatal não é a de cumprir textos legais irrefletidamente, mas sim a de perseguir a realização de pautas públicas conforme o quadro normativo vigente, que é composto por diversas fontes, ainda que com preponderância da lei parlamentar, interpretada a partir dos valores albergados em nossa Constituição.

O Estado, através de todos os seus órgãos²⁰⁴, deve sempre agir na concretização do projeto que lhe foi desenhado pela Carta Política, aplicando para si ou para outrem o mesmo Direito que inspira as decisões tomadas pelo Poder Judiciário na solução das lides que são submetidas à sua apreciação.

Por razões que vão além dos propósitos deste estudo²⁰⁵, é notório que nosso país ainda não experimentou um amadurecimento político e institucional bastante para que as atividades desenvolvidas pela Administração de fato tenham por norte exclusivo o bem estar da população.

Ainda que as críticas ao modelo burocrático sejam mais ou menos recorrentes em diversos países, é difícil imaginar que em sociedades com alto de Índice de Desenvolvimento Humano - IDH haja serviços públicos essenciais tão aquém das necessidades das pessoas mais carentes como sói acontecer em nosso território.

Como analisaremos melhor ao tratarmos do abismo não raro existente entre a atuação de órgãos executivos e de controle (em especial do Judiciário), a um observador menos acostumado com nossas idiosincrasias poderia parecer que **o Direito que vale para a Administração não é o mesmo que é o aplicado pelos juízes.**

No direito à saúde, por exemplo, a leitura feita pelo magistrado do art. 196 da CR²⁰⁶ normalmente é no sentido de que incumbe ao Poder Público oferecer tratamento eficiente para a recuperação da sanidade física e mental de um paciente.

²⁰⁴ Órgãos que, como já destacamos anteriormente, são titularizados por pessoas de carne e osso, com os vícios e virtudes comuns a todos os homens e mulheres que vivem em uma comunidade (PEREZ, 1989, p. 36).

²⁰⁵ Sobre as razões de nosso subdesenvolvimento alguns autores destacam, por exemplo, o tipo de colonização que marcou a América Latina, cujos traços principais ainda persistem em muitos países da região. Sobre o tema ver BONILHA, 2015.

²⁰⁶ Art. 196 da CR – “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Para o gestor, por sua vez, o comando constitucional implica no mais das vezes apenas o dever de que seja disponibilizada a todos uma política hospitalar e ambulatorial razoavelmente abrangente, independentemente de esta assegurar os cuidados indispensáveis à sobrevivência de determinados enfermos²⁰⁷.

A tensão resultante dessas visões conflitantes sobre o significado do serviço público, que passa por uma realidade e uma retórica sobre temas como *reserva do possível* e *mínimo existencial*, revela uma Administração renitente²⁰⁸, disposta a ir às últimas consequências em seu inconformismo com a concessão ao cidadão de um bem que lhe é reconhecido como devido pelo Judiciário²⁰⁹.

Embora o exemplo dado refira-se a uma política pública específica (saúde), esse descompasso entre a perseguição pelos governantes de interesses eminente/exclusivamente econômicos e a promoção do bem estar geral imposta à organização política pela ordem constitucional vigente pode ser observado em diversas outras áreas em que se dá a intervenção estatal²¹⁰.

Em agindo dessa forma, que em alguns casos pode configurar autêntico *desvio de poder*²¹¹, o Estado renuncia a sua razão de ser, minando a confiança que o cidadão deveria ter nas instituições desenhadas para tutela da vida harmônica em comum, elemento extremamente corrosivo do tecido social e que, no limite, pode acabar redundando em rupturas da ordem política vigente²¹².

²⁰⁷ Sobre o tema do direito à saúde, maiores informações sobre a leitura que fazemos da judicialização de tal política pública pode ser vista no nosso *Vinculação da Administração à Constituição – alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde* (CUNHA FILHO, 2015-C).

²⁰⁸ Nesta tese, em que discorreremos sobre a governança administrativa, daremos mais atenção à deontologia do agir do Executivo, embora não desconhecamos críticas relevantes que são feitas ao Judiciário na intervenção feita diuturnamente sobre políticas públicas. De qualquer modo, voltaremos à questão no final deste capítulo, ao tratarmos do papel do controle para uma atuação estatal eficiente.

²⁰⁹ Órgão que, pela distribuição de funções característica do Estado moderno, é responsável por dar a última palavra sobre a interpretação do Direito e, conseqüentemente, acerca do alcance das normas que impõem deveres prestacionais à organização política em nosso país.

²¹⁰ Pastas como Educação, Assistência, Fazenda e Recursos Humanos são pródigas em exemplos de incongruências entre o propósito que deve inspirar a ação do Poder Público e o exclusivamente fiscalista que sói preponderar na análise dos pleitos formulados pelo indivíduo em face do Estado. Voltaremos ao tema no Capítulo 4 desta tese.

²¹¹ Apenas no exercício da sua função fiscal-fazendária caberia ao gestor perseguir interesse eminentemente econômico, sem, contudo, cometer excessos, o que resvalaria em abuso de poder ou mesmo em violação do princípio do não confisco (art. 150, IV da CR).

²¹² Exemplos de rupturas da ordem política-social vigente pela indiferença dos governantes com relação às necessidades e aspirações dos governados não faltam na história da humanidade, e seus resultados, embora imprevisíveis, muitas vezes são acompanhados da morte de milhares de pessoas vinculadas ou não aos ilícitos cometidos pelo regime anterior. A respeito basta lembrar a época do terror instaurada após a Revolução Francesa. Sobre a necessidade de reação adequada da Administração frente às demandas feitas por movimentos populares em busca de concretização de direitos sociais como condição para estabilidade do

A **Administração como espaço de realização de justiça** (DUARTE, 1996, p. 102; MOREIRA NETO, 2006, p. 348/349; MEDAUAR, 2008, p. 71/72; AMARAL, 2010, p. 116 e ss.; Mário ALMEIDA, 2012, p. 68 e ss.; OTERO, 2013, p. 346/347) pressupõe o agir do Poder Público adstrito às finalidades que justificam o dever de obediência que recai sobre os membros da coletividade, mas não se esgota neste.

Para ser legítimo, o processo de aplicação do Direito pela autoridade administrativa, como instrumento para a satisfação de pautas de interesse geral, também pressupõe coerência (ou consistência²¹³) não só com relação aos elementos de fato analisados, como no que diz respeito à observância das regras e manifestações anteriores do próprio órgão responsável pela tomada de decisão.

3.1.1.2. DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO A SUAS PRÓPRIAS REGRAS E PRECEDENTES

No mesmo sentido da vedação de comportamentos contraditórios por parte daqueles que exercem poder em nome do Estado²¹⁴, é a ideia de que a atuação da Administração, seja via edição de atos gerais e abstratos (atos normativos), seja de atos individuais e concretos (precedentes²¹⁵), a vincula, em princípio, quanto a decisões futuras (v.g. OTERO, 2007, p. 908 e ss.; ARAGÃO, 2012, p. 66 e ss.; CARVALHO, 2015²¹⁶).

regime democrático, fenômeno global que, como sabemos, também tem reflexos em nosso país, ver MOREIRA NETO, 2016, p. 203 e ss.

²¹³ Para usar a tradução do inglês *consistency* empregado por Alfred C. AMAN JR e Willian T. MAYTON para designar aquele que seria o primeiro valor em um sistema jurídico (*legal system*), sendo relacionado com a justiça redistributiva, que se faz tratando da mesma forma casos semelhantes. A ideia também tem relação com a previsibilidade (*foreseeability*) (AMAN/ MAYTON, 2011, p. 307).

²¹⁴ Ao discorrer sobre o papel da *soft law* na pauta da ação administrativa, Paulo OTERO afirma: “No contexto dessa atividade informativa desenvolvida pela Administração Pública, a natureza não vinculativa de tais atos refere-se aos respectivos destinatários, podendo dizer-se, no entanto, que os mesmos assumem um grau mínimo de vinculatividade para o respectivo autor: há aqui a exteriorização de uma declaração que ganha natureza autovinculativa para quem a emite, incluindo a possibilidade de o respectivo conteúdo gerar responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, além de, por proibição de “*venire contra factum proprium*”, aquele que agiu em conformidade com tal declaração não poder ser objeto de qualquer censura ou sancionamento administrativo” (OTERO, 2007, p. 913).

²¹⁵ Embora encontre-se na literatura certa variação quanto ao que pode ser considerado como *precedente* para fins de vinculação da Administração no que concerne à sua ação futura, entendemos que o vocábulo pode ser utilmente empregado para designar qualquer ato individual e concreto praticado no exercício de função administrativa. Individual, vale dizer, como o que alcança um indivíduo ou grupo determinado, em oposição ao geral, cujos destinatários são incertos. Concreto como o que fora praticado em precisas circunstâncias de tempo e lugar, em contraposição ao abstrato, que descreve uma ação tipo tendente a ocorrer no porvir. Embora reconheça efeitos vinculativos para o *costume*, as *praxes*, *práticas*, *usos administrativos* e *precedentes*, Paulo OTERO, por exemplo, estuda essas manifestações em separado (2007, p. 782 e ss.), definindo *precedente* como a “*prática habitual de resolução de casos semelhantes ou na interpretação e aplicação de normas*” (2007, p. 785). Para nós, contudo, a decisão de um único caso pela autoridade já basta para que esta, no futuro, em condições análogas, aprecie a situação nos mesmos moldes em que feito

Como já referido anteriormente, o Estado é uma criação do Direito, sendo toda sua ação uma realização desse Direito, e não uma obra do acaso, uma má fortuna que tolhe os desavisados.

Ao aplicar esse Direito (que não se resume à lei escrita parlamentar), o servidor tem a missão de dizê-lo (seja para si, seja para terceiros), extraindo do ordenamento (e da realidade) os elementos que precise a fim de identificar qual a conduta permitida, obrigatória ou proibida em dada situação.

Dizer o Direito, vale destacar, não equivale a dizer qualquer coisa.

Essa tarefa de buscar no sistema jurídico parâmetros para emissão válida de atos individuais e concretos ou gerais e abstratos corresponde a um esforço hermenêutico com um objetivo bem definido: “descobrir” qual padrão de conduta é compatível com dado quadro normativo.

Da mesma forma que esse “descobrir”, que passa por um processo de criação a cargo do intérprete a partir das fontes do Direito reconhecidas em um sistema de normas, não é algo aleatório²¹⁷, seu produto também não pode ser visto como um ato de vontade

anteriormente ou justifique o porquê não o faz. Considerando não haver necessidade de reiteração de decisões para configuração do *precedente administrativo*, ver CARVALHO, 2015, p. 157/158. Em sentido contrário, ver ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2008, p. 78 e ss.

²¹⁶ Importante registrar que, partindo da premissa de que qualquer atuação da Administração implica o dever de esta, no porvir, ser coerente com suas manifestações anteriores (ou então justificar o porquê da mudança de entendimento), não vemos maior utilidade na distinção feita por parte da doutrina entre a teoria dos precedentes e a dos atos próprios (que prega a vedação do *venire contra factum proprium*). Em sentido diverso do nosso é a reflexão de Ticiano Alves e SILVA e Liege Cunha ARAÚJO (2015), para os quais “a proibição de comportamento contraditório tem sua aplicação reservada a uma mesma relação jurídica, protegendo o administrado que confiou legitimamente no ato da Administração, que, por sua vez, depois atua de forma incompatível com sua postura anterior, traindo a confiança do administrado. A teoria dos precedentes administrativos, por outro lado, opera em relações jurídicas diferentes. O administrador que invoca o precedente não integrou necessariamente a relação da qual se originou o precedente invocado” (SILVA/ARAÚJO, 2015, p. 126). Entendendo pela pouca utilidade da distinção feita pelas teorias em questão, ver ARAGÃO, 2008, p. 554/555.

²¹⁷ Vide a existência de regras de hermenêutica. Discorrendo sobre os desafios do gestor público para identificar qual o fundamento normativo da respectiva atividade, o que envolve as questões da pluralidade e concorrência de fontes, da relativa indeterminação dos preceitos jurídicos e da necessidade de superação de antinomias, ver Paulo OTERO (2007, p. 699 e ss.). O autor, após afirmar como mito ultrapassado a ideia da Administração Pública como serva da lei, continua: “Em vez de uma Administração Pública que aplica cegamente a normatividade proveniente de fontes heterovinculativas, limitada a formular meros juízos de subsunção, observa-se que os órgãos administrativos são chamados a determinar a norma aplicável no âmbito de uma pluralidade concorrente de fontes, tendo de extrair o respectivo sentido interpretativo da norma escolhida e, em caso de lacuna, indeterminação de conteúdo ou conflito normativo, eles são ainda encarregues, respectivamente, de integrar a lacuna, concretizar o conceito indeterminado, solucionar a antinomia ou harmonizar princípios concorrentes” (OTERO, 2007, p. 700/701). No que diz respeito à passagem destacada, observamos apenas que terminologicamente optamos por usar o vocábulo “norma” para designar o resultado do processo de interpretação e não determinada fonte do Direito em particular.

tirânico, que não guarde dever de coerência seja com o iter que o precedeu, seja com as necessidades da própria realidade a qual se dirige²¹⁸.

E se assim o é, se nesse processo de criação normativa pelo Estado há um desejo sincero de se fazer escolhas que sejam as mais acertadas o possível, em conformidade com o Direito vigente, causa surpresa já ter havido quem defendesse a ideia de a Administração não ter o dever de se vincular aos seus próprios atos²¹⁹.

3.1.1.2.1. DO DEVER DE VINCULAÇÃO A ATOS NORMATIVOS

Inserida no que pode se chamar de poder normativo da Administração, a competência de o Executivo expedir atos gerais e abstratos (que chamamos de normativos) busca, em geral, que se estabeleçam critérios para atuação futura dos órgãos estatais quando do cumprimento de textos legais não suficientemente detalhados para sua execução sem intermediação de regulamento²²⁰.

Como uma mesma pessoa pode ser competente tanto para essa regulamentação como para a oportuna edição de atos individuais e concretos no respetivo cumprimento, houve quem questionasse se tal agente estaria ele mesmo vinculado ao ato geral e abstrato que elaborou e que, portanto, também teria poder para alterar.

Não sem um bom esforço doutrinário a discussão acabou sendo superada, reconhecendo-se a diferença entre as competências distintas para a prática dos dois tipos de ato, apesar de estas, ocasionalmente, estarem à disposição de um mesmo indivíduo²²¹.

²¹⁸ Recusamos, portanto, perspectivas de construção de atos jurídicos que se satisfaçam com a mera descrição de aparatos vocacionados a dar qualquer decisão a quem procure a atuação estatal, independente de estas refletirem um real empenho por parte do intérprete em oferecer a melhor solução possível para o caso que lhe é apresentado.

²¹⁹ Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO (2007 – reedição de obra publicada em 1979), após fazer uma análise relativamente detida sobre o costume como fonte do Direito Administrativo, concluindo sobre seu papel limitado à vista da importância da lei e da jurisprudência em tal âmbito, trata dos precedentes e praxe da Administração, distinguindo um e outro. Na visão do autor, contudo, tanto a praxe (rotina interna) como o precedente (jurisprudência administrativa no julgamento de casos individuais) “*não obrigam a Administração Pública, e sequer podem ser confundidos com o costume. Servem, entretanto, para se apreciar as diretrizes governamentais e sua conformidade com o direito*” (MELLO, 1979/2007, p. 393).

²²⁰ No nosso sistema jurídico boa parte da doutrina só aceita com tranquilidade a competência de a Administração expedir regulamentos para desdobramento de textos legais previamente aprovados pelo Parlamento, sendo que estes, supostamente, não teriam a aptidão de “inovar” no que diz respeito ao anteriormente disciplinado pelo Legislador. Dados os estreitos limites da discussão ora feita, não cabe tecermos maiores considerações acerca do tema. De qualquer modo, uma perspectiva crítica dessa visão tradicional dos fundamentos, efeitos e alcance do poder normativo do Executivo pode ser encontrada em nosso *Lei e regulamento: apontamentos sobre o caráter inovador inerente a todas as formas de manifestação do poder normativo estatal* (2015-A).

²²¹ Sobre a superação da questão entre nós, ver a reflexão *Lei e regulamento* de Vitor Nunes LEAL in *Problemas de direito público* (1960), valendo destacar a peculiaridade do quadro normativo com base em que

A autoridade administrativa deve cumprir não só o Direito que emana do legislador, que é superior a ela, como também o Direito criado por ela mesma, suas próprias normas e estatuto autônomo. Ainda quando em um determinado caso, uma norma de regulamento ou estatuto seja de aplicação inoportuna, estes continuam em vigor até que a autoridade retifique o regramento ou estatuto com caráter geral e de acordo com os requisitos previstos em lei. Não existe nenhum princípio jurídico que permita à autoridade administrativa conferir isenções com respeito à observância dos preceitos jurídicos ditados por ela (FLEINER, 1933, p. 114).

Note-se que para um observador estranho à deontologia própria do Direito a solução que prevaleceu pode soar pouco prática.

Se um mesmo indivíduo pode redigir outro regulamento, por que este, para agir em desconformidade com a disciplina vigente em âmbito administrativo para a prática de um ato, deve primeiro modificá-la como condição de validade de sua conduta futura?

Porque esse é justamente um dos desdobramentos da vinculação da Administração ao Direito, pelo qual o atuar das autoridades está sujeito não só às normas editadas pelo Parlamento como àquelas redigidas pelo Executivo²²².

O exercício legítimo da autoridade exige **forma**, observância a regras prévias que determinem “*o como*” e “*em que medida*” pode o servidor comprimir a esfera de liberdade própria dos particulares.

Se um dado regulamento que apresente resposta a essas indagações é tido pela alta burocracia como inadequado ou simplesmente contrário ao interesse público, exige o Estado de Direito que primeiro mude-se o ato normativo para, só depois, ser viável um outro comportamento por parte do servidor.

3.1.1.2.2. DO DEVER DE VINCULAÇÃO A PRECEDENTES

Algo também bastante peculiar da nossa tradição positivista é a celeuma sobre a Administração estar ou não vinculada a sua atuação anterior.

o doutrinador fez suas considerações (a CR/1937), segundo o qual havia matérias sobre as quais o Executivo podia legislar e regulamentar.

²²² Não é outra solução a dada por Maurice HAURIUO no início do século XX para a questão: “(...) a regulamentação (do Executivo) uma vez estabelecida, objetiva-se, passa a fazer parte do bloco de legalidade e assume rapidamente o caráter de um limite exterior às decisões que possam ser tomadas pelos administradores” (HAURIUO, 1933/2002, p. 360).

Como não há entre nós uma regra clara que, em lei nacional, estabeleça que os agentes estatais têm o dever de ser coerentes com sua atuação anterior, respeitando o quanto decidido em casos análogos em favor (ou em detrimento) dos cidadãos, abordar o assunto no nosso sistema é como adentrar num mundo misterioso, fora do alcance daqueles para os quais só a lei escrita é fonte de obrigações para o Estado²²³.

De acordo com a nossa compreensão do fenômeno jurídico, contudo, tal questão tem resposta bastante singela.

Na sua tarefa de dizer o Direito, para si ou para terceiros, o servidor não está a jogar dados ou a tirar a sorte por qualquer outro meio.

O agente estatal busca, com esmero, a melhor interpretação possível do Direito aplicável à situação posta, num sentimento de busca de correção (OTERO, 2007, p. 699 e ss.).

Logo, o resultado dessa operação mental, que tem repercussão na realidade²²⁴, sinaliza para a sociedade qual é a análise feita pelo Estado de determinado tipo de pretensão.

²²³ Embora segundo a linha de raciocínio que estamos expondo a posição ora criticada pareça um tanto descabida, a leitura que muitos dos nossos intérpretes fazem do *Positivismo* jurídico justifica cautela na defesa do nosso ponto de vista. Assim como outros exemplos já suscitados no corpo do texto, o fato é que temos adeptos quase incondicionais da estrita vinculação da Administração à lei parlamentar. Assim, ou o dever para o agente estatal está previsto em tal tipo normativo, ou há um impedimento de agir-se de outro modo, o que curiosamente resultaria em uma espécie de reserva de irracionalidade a favor do servidor. Antes de enfrentarmos devidamente a questão, acreditamos ser relevante apontar que a fé pátria na força das palavras da *Lei* para, por si só, modificar a realidade, levou o legislador a alterar recentemente o título da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (que já era normalmente aplicada pelos operadores do Direito nas diversas situações em que se fazia necessária sua incidência para além das relações disciplinadas pela lei civilista) e, agora, trouxe *revolucionária* transformação de toda nossa sistemática processual, já que graças ao novo CPC os juízes estarão vinculados aos precedentes judiciais (como se antes houvesse, na ausência de um dever expresso em sentido contrário, uma total liberdade para cada magistrado decidir de qualquer forma os milhares de processos que tramitam perante sua vara, sem qualquer consideração para com os pronunciamentos anteriores das Cortes de Justiça sobre uma mesma matéria de fato e/ou de direito). A alteração da LICC (Decreto – lei nº 4.657/42) foi feita pela Lei nº 12.376/2010 (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm - 01/01/2017, às 12:00). No que concerne à mudança na nossa legislação processual, ver arts. 926 e 927 do CPC/2015. Destacamos a redação dos referidos dispositivos: art. 926, *caput*, do CPC - “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (...)*”. Já o art. 927 - *Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados*” [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 01/01/2017, às 12:30].

²²⁴ Imaginemos neste ponto o exercício pelo servidor de uma competência para emissão de um ato administrativo, ou seja, uma declaração unilateral feita em nome do Estado com efeitos cogentes na esfera jurídica de terceiros.

Nesses termos, não bastasse o **dever de coerência** interna (MOREIRA NETO, 2011, p. 119/120²²⁵; CARVALHO, 2015, p. 138/140), que defendemos ser inerente ao exercício da função pública em um Estado de Direito²²⁶, há a questão da **isonomia**, mais um supraprincípio do nosso ordenamento, que, possuindo previsão expressa nos arts. 5º²²⁷ e 37²²⁸ da Constituição da República²²⁹, não desperta maiores polêmicas quanto à sua aplicabilidade ao desempenho das competências estatais.

A situação incômoda experimentada por muitos estudiosos ao se depararem com o sentimento de *injustiça* decorrente da existência de decisões contraditórias de uma mesma repartição pública na apreciação de pleitos análogos justificou mais uma incursão doutrinária no universo transcendental da Teoria Geral do Direito, ramo do conhecimento muitas vezes desprezado pelos *práticos* que ocupam papel de crescente destaque nos quadros de todo o funcionalismo (de qualquer dos poderes constituídos, diga-se).

Em um esforço dogmático para se afirmar o que é vivo em nossos espíritos (apesar de um tanto nebuloso caso nos detenhamos à *letra fria da lei*), em artigo recente houve referência em prestigiada revista francesa à força do precedente administrativo (*le précédent administratif*), o que decorreria de uma limitação imposta pelo princípio da igualdade ao exercício de competência discricionária a cargo da Administração.

Embora vejamos com reserva a utilidade atribuída pelo autor à ideia de *discricionarietà* para descrever um âmbito de atuação do servidor não integralmente disciplinado pela *Lei*²³⁰, Sébastien HOURSON (2013) nos apresenta uma série de decisões

²²⁵ Dever de coerência que pode ser interpretado como decorrência lógica do dever de boa fé a que nos referimos anteriormente. Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, por exemplo, tal princípio do agir estatal, que inclusive impõe uma atuação harmônica do Estado por qualquer de suas esferas de governo, decorreria dos princípios da *segurança jurídica* e da *boa fé* (2011, p. 120).

²²⁶ Um sistema jurídico que, na ausência de determinação legal expressa em sentido contrário, admitisse ao servidor público ser contraditório com sua conduta anterior talvez pudesse ser chamado de *Estado do Não Direito*, ou da *Desordem*, mas não Estado de Direito com a significação que sustentamos neste estudo.

²²⁷ Art. 5º, *caput*, da CR: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)*”.

²²⁸ Art. 37, *caput*, da CR: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*”.

²²⁹ No que diz respeito à necessidade de a Administração observar o princípio da isonomia ainda quando em exercício de competência *discricionária*, ver a seguinte passagem da lição de Fritz FLEINER: “*A autoridade deverá observar também o princípio da igualdade perante a lei quando atue em exercício de poder discricionário. Em caso de igualdade de circunstâncias de fato e de direito, não se pode tratar um cidadão ou uma classe de cidadãos de maneira distinta que os demais*” (FLEINER, 1933, p. 114/115).

²³⁰ A respeito ver nossa crítica constante do Capítulo 2.

das Cortes francesas no controle de atividade estatal que, sob o pretexto do agir discricionário, deu tratamento diverso a cidadãos em situações em tudo equivalentes²³¹.

Após nos informar acerca do alcance conferido pela jurisprudência de seu país ao princípio da igualdade como pauta de atuação do Estado para além dos estritos limites da *Lei*, o autor cuidadosamente explica o porquê, a seu ver, a ideia de *precedente*, tão cara ao sistema normativo anglo-saxão, seria útil também em um ordenamento de tipo *civil law* (HOURSON, 2013, p. 750 e ss.).

Nesse caminho, Sébastien HOURSON propõe a seguinte formulação quanto aos efeitos a serem conferidos ao *precedente* administrativo também em seu país:

Quando existe uma decisão individual previamente tomada por uma autoridade no exercício do seu poder discricionário com relação a qual um terceiro, em situação análoga a do beneficiário inicial, deseje obter o mesmo benefício, essa mesma autoridade está obrigada a satisfazer tal demanda, salvo a existência de motivo de interesse geral que justifique a tomada de outra decisão (HOURSON, 2013, p. 753).

Como se observa da abordagem feita pelo doutrinador, este entende que a atuação prévia da Administração impõe-lhe o dever de, no porvir, conduzir-se de forma congruente com sua postura anterior, exceto se as peculiaridades do caso analisado determinarem solução diversa.

A exceção enunciada, convenhamos, não traz qualquer novidade ao quadro delineado, já que, em havendo um contexto fático significativamente distinto daquele em que o precedente foi proferido, também decorre do princípio da isonomia o tratamento desigual aos desiguais²³².

Insistamos um pouco quanto ao ponto.

Se a Constituição estabelece que são todos iguais perante a lei (art. 5º, “*caput*”), acreditamos que uma hipótese que negue o direito de uma pessoa, na aplicação de tal ato normativo, à sua incidência de forma neutra e equidistante entre os respectivos destinatários viola frontalmente a Carta Política.

²³¹ Confira-se passagem ilustrativa a respeito, em que o mestre de conferências junto à Universidade Paris-Descartes comenta jugado proferido pelo Conselho de Estado (CE de 18 de novembro de 2011, *Garde des Sceaux*): “Assim, quando a Administração decide, sem para tanto ser obrigada, manter um benefício pecuniário recebido por um funcionário enquanto afastado em licença médica, ‘é devido, em respeito ao princípio da igualdade, que o mesmo seja observado sem qualquer discriminação para todos os funcionários que se encontrem em situação análoga’” (HOURSON, 2013, p. 747).

²³² Ideia que, longe de ser original, tem suas bases no pensamento de ARISTÓTELES (século IV a.C. – 2000, p. 116 e ss. – Livro III, número 1280a e ss.).

Se todos são iguais perante a lei, no desenvolvimento da função administrativa, que se dá (em boa medida) no cumprimento dos atos gerais e abstratos aprovados pelo Parlamento, não pode haver distinção injustificada no tratamento conferido a cidadãos que ostentem posições análogas.

Em que pese o dever de coerência e o princípio da igualdade já serem razões bastantes para explicar o porquê da adstrição da Administração aos pronunciamentos anteriormente feitos em seu nome, não se pode olvidar do imperativo da **segurança jurídica** como mais um valor a ser resguardado pelo controle, em especial quando tal órgão impõe ao gestor a necessidade de este levar em conta sua conduta prévia no despacho de casos futuros.

Quanto ao ponto, é importante destacar que a manutenção de um ambiente jurídico previsível a todos os membros da sociedade já era tarefa tida como essencial no Estado de tipo liberal, em oposição ao Estado de Polícia, no qual a soberania do príncipe era o fundamento do poder e este, por ser a fonte da regra de direito, a ela não se sujeitava (RIVERO, 1978, p. 145/147²³³).

Recentemente a questão da sindicabilidade da discricionariedade administrativa em razão do princípio da segurança jurídica recebeu atenção dos nossos Tribunais (e doutrina), sendo que a construção teórica que veio ao socorro do sentimento de justiça da comunidade de juristas denota alguma sofisticação, possivelmente estimulada pela ausência de texto constitucional expresso que albergue o referido princípio²³⁴.

Foi neste contexto que atuações do Estado incompatíveis com a expectativa despertada nos destinatários de seus atos gerais e abstratos ou individuais e concretos passaram a ser rechaçadas pela jurisprudência pátria nas mais diversas situações, para além

²³³ “Os motivos (da submissão da Administração ao Direito) são próprios dos Estados liberais. A liberdade que esses desejam assegurar aos seus nacionais supõe a previsibilidade dos efeitos da decisão tomada: não há escolha livre quando as consequências do ato pretendido permanecem desconhecidas. Mas a arbitrariedade administrativa exclui a previsibilidade. Ela mantém na vida social um motivo de insegurança imputável ao Estado enquanto que este se dá por missão a garantia da segurança entre os particulares, sem a qual a liberdade não floresce. O Estado liberal se colocaria em contradição consigo mesmo se ele mantivesse na insegurança inerente ao arbitrário aqueles que se relacionam com ele” (RIVERO, 1978, p. 146/147). A questão da previsibilidade das regras (*berechenbaren Regeln*) como característica do Estado moderno, na condição de elemento saudado pelo sistema de produção capitalista, também é apontada por Max WEBER: “A característica da cultura moderna, em especial sua infraestrutura técnico-econômica, exige justamente a previsibilidade das consequências (da ação burocrática)” (1922/2009, p. 26).

²³⁴ Isso apesar de a palavra “segurança” constar como direito inscrito no art. 5º *caput* da Constituição, mas cuja interpretação mais corrente relacionar o vocábulo à integridade física dos indivíduos. Confira-se a redação do dispositivo: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)*”.

da garantia do *direito adquirido*, do *ato jurídico perfeito* e da *coisa julgada*, bens jurídicos tradicionalmente objeto de salvaguarda pelo nosso direito escrito²³⁵.

Resgatando-se raciocínio desenvolvido na Corte Constitucional alemã para a tutela da *confiança legítima* (*Vertrauensschutz*), nosso Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer como decorrência lógica do Estado de Direito o comprometimento da organização política com a preservação de posições jurídicas assumidas pelos cidadãos na justa esperança seja quanto à manutenção de determinado quadro normativo com base no qual estes realizaram escolhas, seja na coerência dos agentes públicos no que diz respeito à sua própria conduta anterior²³⁶.

Como se pode ver, também sob tal prisma revela-se a obrigação de a Administração, em sua atuação teleologicamente adstrita à proteção do ser humano, à promoção das condições para a vida coletiva em harmonia, não ser contraditória com posturas anteriormente adotadas, o que envolve, a toda evidência, o ônus de esta pautar-se pelos seus precedentes, salvo a existência de motivo de interesse público que determine solução diversa (PIRES, 2013, p. 141²³⁷).

Sendo importante registrar que, nesse caso, a alteração de posicionamento da autoridade por razões de interesse público, embora possível, em princípio deve ter efeitos apenas para o futuro, em especial quando implicar a superação de entendimento observado em várias decisões anteriores proferidas pelo mesmo órgão público (CARVALHO, 2015, p. 140, 157 e ss.²³⁸).

²³⁵ Art. 5º, XXXVI da CR – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Note-se que, para além da redação textual do comando constitucional, o entendimento que prevalece é que a limitação sob exame não vincula só o Poder Legislativo, mas todos os poderes constituídos.

²³⁶ Dentre nossos autores que trataram o tema com mais vagar, inclusive com referência a julgados da Suprema Corte sobre a matéria, imprescindível a consulta à obra de Almiro do Couto e SILVA que, em seu *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*, traz três reflexões a respeito (2015).

²³⁷ Art. 50 da Lei 9.784/99 estabelece – “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...) VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”. Quanto ao papel da motivação para justificar o interesse público na adoção de determinada medida, tomando por consideração precedentes já emitidos por um órgão público, confira-se passagem da reflexão de Luis Manuel Fonseca PIRES (2013): “Em vez de equivocadamente proclamar-se a morte do interesse público, entendo que a sua compreensão por este peso da pós modernidade, diante de sua definição rarefeita em relação ao que foi no passado, exige o intensificar o dever de motivar. Por intermédio da fundamentação séria – clara, coerente, circunstanciada com os fatos, comprometida com os precedentes administrativos (para reafirmá-los em continuidade ou para superá-los, mas desde que se assuma o ônus de esclarecer sua superação) – o interesse público renova-se, explicita-se, confere oportunidade à realização da dignidade humana” (2013, p. 141).

²³⁸ Vale destacar que tal solução é inclusive expressamente adotada na Lei 9.784/99, conforme se observa do teor do inciso XIII do art. 2º - “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...), XIII - interpretação da norma

Sob tais circunstâncias, se a Administração optar por conferir efeito retroativo à nova orientação, sobretudo se essa for mais restritiva à esfera de liberdade dos indivíduos, tal fato pode legitimar pleito de indenização em favor de particular que, confiando em manifestações anteriores da mesma repartição, tenha tido prejuízo em razão dessa justa confiança.

3.1.1.3. DA VEDAÇÃO DO AGIR INSUFICIENTE OU EXCESSIVO – DO DEVER DE PROPORCIONALIDADE

Outro pressuposto de um modo de agir estatal que se pautar não só pela eficiência como pelo respeito ao indivíduo é a proporcionalidade²³⁹.

Ressalvada certa divergência que há na doutrina sobre a definição da proporcionalidade como um princípio ou como um método para ponderação entre princípios²⁴⁰, parece-nos que no Direito Administrativo a ideia tem um significado bastante concreto para a atuação estatal: restrições impostas à liberdade individual devem ter por justificativa sua utilidade para o bem estar coletivo.

Esse limite ao poder extroverso da organização política, que vincula todo o Estado no exercício de suas competências para editar atos gerais e abstratos ou individuais e concretos (BARAK, 2012, p. 379 e ss.; CANOTILHO, 2003, p. 272; SARLET, 2010, p. 90), é inerente à disciplina do funcionamento de uma República que tenha como razão de ser a tutela do ser humano, e não a atuação autorreferente da autoridade como fim em si mesma²⁴¹.

administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

²³⁹ Embora o dever de *proporcionalidade* não conste da Constituição de 1988 como princípio expresso a reger a função administrativa, este decorre da ideia de Estado de Direito e, vale ressaltar, não foi esquecido pela Lei 9.784/99, que o prevê no seu art. 2º *caput*. Nossa concepção acerca do papel de tal postulado na disciplina do exercício da competência ordenadora a cargo da Administração já foi delineada no nosso *Poder de Polícia* (2014, p. 46 e ss.). Em sendo a sua observância importante não só para que se evite constrangimento injustificado da esfera de liberdade dos particulares, como para que a ação estatal seja eficiente em todas as suas facetas (das quais destacam-se, ao lado da autoritária, a prestacional e a de fomento), passamos a destacar o atuar proporcional como pressuposto da governança administrativa.

²⁴⁰ Ilustrando a divergência sobre o significado da palavra *proporcionalidade* no nosso ordenamento, confira-se passagem do pensamento de Eros Roberto GRAU, que recusa-lhe o caráter de princípio, entendendo-a como pauta, critério de interpretação: “*O que pretendo singelamente afirmar (...) é que a proporcionalidade não passa de um novo nome dado à equidade. Sua rejeição pelo direito moderno, porque incompatível com a calculabilidade e a segurança jurídica, era plenamente adequada à teoria da subsunção. Hoje, porém, sabemos que a interpretação é constitutiva - não meramente declaratória - que a norma é produzida pelo intérprete e que interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular (...)*” (GRAU, 2014, p. 277).

²⁴¹ Para José Manuel Sérvulo CORREIA a tutela da proporcionalidade na ação estatal derivaria da ideia de Estado de Direito. Confira-se trecho da lição do doutrinador: “*o princípio da proporcionalidade, deduzido*

Se nossa ordem constitucional não alberga uma visão do desempenho da função pública dissociada de seu caráter instrumental para a realização de propósitos de interesse geral, carece de juridicidade qualquer medida adotada em nome do Estado que, comprimindo direitos e expectativas do cidadão²⁴², não possua justificativa racional para sua imposição.

Perante tal quadro, regulamentos e atos administrativos devem ser adequados para alcançar os objetivos a que se propõem, acarretar apenas as restrições individuais indispensáveis para tanto, bem como refletir um emprego econômico dos escassos recursos públicos disponibilizados para a realização de determinada tarefa²⁴³.

Manifestações do exercício do poder que escapem a tais balizas devem ser tidas por arbitrárias e são, portanto, sindicáveis pelos órgãos de controle pertinentes.

Nada obstante a concepção do princípio da *proporcionalidade* como reserva de utilidade ter tido (ao que tudo indica) sua origem na reflexão sobre a contenção do uso da força pelo Estado (MAYER, 1924, p. 205 e ss.²⁴⁴; CORREIA, 2003, p. 668; FREITAS, 2009, p. 64 e ss.), este também passou a ser empregado como uma diretriz a reprimir a ação insuficiente da organização política no desempenho de missão redistributiva/prestacional (CANOTILHO, 2003, p. 272²⁴⁵, CORREIA, 2003, p. 668 e ss.).

Destacamos a respeito passagem da doutrina de Sérvulo CORREIA:

O âmbito clássico da aplicação do princípio da proporcionalidade foi o da atuação autoritária do Estado nas áreas da liberdade e da propriedade (...). Mas a doutrina contemporânea já não discute que o princípio da

pela jurisprudência do princípio do Estado de Direito na sua vertente material e, portanto, em última análise, da ideia de Justiça, conduz a uma revisão judicial de aspectos que não podem deixar de configurar-se como de oportunidade da decisão (tomada pela Administração Pública)"(CORREIA, 2003, p. 116). No sentido de que o referido princípio não é novo, já que desde sempre teria sido aplicado pelo Tribunal Administrativo Superior da Prússia no controle quanto à necessidade e eventuais excessos decorrentes do manejo do poder de polícia, ver FORSTHOFF, 1973, p. 70/71.

²⁴² Ou, valendo-se dos recursos que são de todos, conferindo vantagens para certa classe de cidadãos em detrimento dos demais.

²⁴³ Quanto aos vetores a serem observados como condição para que uma dada ação estatal seja proporcional seguimos, no essencial, os critérios de necessidade (*Notwendigkeit/Erforderlichkeit*), aptidão (*Geeignetheit*) e proporcionalidade em estrito senso, bastante recorrentes na doutrina (ÁVILA, 2013, p. 187 e ss.; FREITAS, 2009, p. 63 e ss.; SILVA, 2011, p. 169 e ss.; BONAVIDES, 2009, p. 396 e ss.; MAURER, 2009, p. 250/251).

²⁴⁴ Otto MAYER, que retira o dever de proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) na ação administrativa do direito natural (1924, p. 223), assevera: "*O poder estatal pode empregar a coação apenas para a manutenção do estado de segurança, e não, por outro lado, para a disseminação da virtude entre seus cidadãos*". No original: „*Die Staatsgewalt darf Zwang nur anwenden, „zur Erhaltung des Sicherheitszustandes“, nicht dagegen zur „Mehrunng der Vollkommenheit ihrer Bürger*“(MAYER, 1924, p. 205).

²⁴⁵ "*Também é admissível o recurso ao princípio (da proporcionalidade) no âmbito dos direitos a prestações. É, por exemplo, o que se passa quando se trata de saber se uma subvenção é apropriada e se os fins visados através da sua atribuição não poderiam ser alcançados através de subvenções mais reduzidas*"(CANOTILHO, 2003, p. 272).

proporcionalidade como princípio jurídico da justa medida (*Rechtsprinzip des rechten Masse*) se aplica hoje a todos os setores da atividade administrativa (...)(CORREIA, 2003, p. 668).

Acerca da vedação de tutela insuficiente de bens jurídicos (*Untermassverbot*²⁴⁶) caros à sociedade, há autores que também tratam da matéria sob a ótica da garantia do *mínimo existencial* (SARLET, 2010) ou então como *dever* relativamente autônomo da ideia de proporcionalidade (ASSMANN, 2006, p. 64 e ss.).

De qualquer modo, não há dúvidas de que o princípio da proporcionalidade, seja sob a perspectiva da vedação do excesso, seja sob a da proibição da insuficiência, representa um relevante papel para a busca de um agir estatal eficiente, sobretudo em um cenário marcado pela erosão da ideia de lei parlamentar como bastante para condicionar toda a ação estatal²⁴⁷.

3.1.1.4. DA NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE ÓRGÃOS PÚBLICOS COM ATRIBUIÇÕES COMPLEMENTARES/CONCORRENTES E DE HARMONIA NA RESPECTIVA ATUAÇÃO

O dever de lealdade autônoma (cuja origem encontra-se na noção de *Bundestreue* ou fidelidade federal, própria do direito germânico) não se refere, pois, ao correto cumprimento e respeito ao sistema constitucional de distribuição de competências. Este vai além, condicionando a forma pela qual cada ente faz uso legítimo de suas competências, obrigando cada qual a manter uma postura amistosa e cooperativa – e finalmente solidária – com os demais entes e com o todo; o que, evidentemente, impõe limites à sua atuação discricionária (PASTOR, 2000, p. 140).

A passagem destacada da doutrina de Juan Alfonso Santamaría PASTOR, embora feita no contexto da organização administrativa do Estado espanhol²⁴⁸, expressa diretriz que se aplica com perfeição ao nosso sistema.

²⁴⁶ Em contraposição ao *Übermassverbot*, que corresponde à proibição do excesso.

²⁴⁷ Mário Aroso de ALMEIDA (2015), após defender o princípio da proporcionalidade como instrumento com maior potencial para permitir o controle de uma ação administrativa que encontra pouca vinculação texto escrito da lei parlamentar (2015, p. 53/55), afirma: “o juízo sobre a eficiência administrativa deverá, sobretudo, relevar como elemento auxiliar da fiscalização jurisdicional da observância de princípios como o da proporcionalidade, na medida em que o reconhecimento da vinculação da Administração Pública por este princípio teve o efeito de fazer transitar parcialmente do plano do mérito das decisões administrativas para o plano da sua legalidade em sentido amplo as considerações envolvidas na escolha discricionária dos meios adequados e necessários à prossecução do interesse público”(ALMEIDA, 2015, p. 61/62).

²⁴⁸ Apesar de a Constituição espanhola de 1978 não ter estabelecido textualmente um Estado federal, na prática o país funciona como uma espécie de Federação de comunidades autônomas (PASTOR, 2000, p. 505 e ss.). No que diz respeito à necessidade de todas essas esferas de governo cooperarem entre si, há a seguinte previsão na Carta política: art. 103, 1. “A Administração Pública serve com objetividade os interesses gerais

Como em toda organização política marcada por um governo central que atua concomitantemente com outras esferas de governo em âmbito regional e/ou local, cada qual com distintos graus de autonomia, **há a necessidade de coordenação contínua entre as ações de todos esses entes**, medida indispensável para que o **Estado como um todo** possa adequadamente realizar sua missão de **garantir condições para uma vida digna e harmônica aos seus cidadãos**²⁴⁹.

Note-se que, partindo das premissas delineadas nos Capítulos 1 e 2 deste estudo, ainda que não houvesse em nossa Constituição qualquer determinação²⁵⁰ ou mesmo autorização para que União, Estados e Municípios celebrassem avenças para execução de atividades de interesse comum, imaginamos que tanto decorre da própria natureza das coisas.

O Estado, repita-se, é uma criação humana teleologicamente adstrita à proteção e promoção do ser humano.

Essa organização política fundada na diferenciação social entre governantes e governados possui entre nós distintas esferas de exercício de poder, cuja existência, acreditamos, justifica-se pela ideia de *boa administração*, ou seja na descentralização de competências como estratégia para incrementar a eficiência no exercício da autoridade, aproximando os centros decisórios dos destinatários da ação pública.

Nada obstante a lógica²⁵¹, ao que se soma autorização expressa da Constituição da República (art. 241²⁵²), diálogos institucionais entre os membros da nossa Federação para

e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à lei e ao Direito”[<http://www.boe.es/>, 17/04/16, às 01:30].

²⁴⁹ A necessidade de ação coordenada entre diferentes autoridades públicas e entre estas os cidadãos potencialmente afetados por determinado processo de tomada de decisão também é apontada como desdobramento necessário do princípio da boa administração no âmbito da União Europeia. Confirma-se, a respeito, passagem da reflexão de Loïc AZOULAI (2007): “*a nova ‘governança administrativa’ necessita do aprimoramento na coordenação entre diferentes autoridades públicas competentes na União e entre estas e os atores privados envolvidos. Seu modelo é a rede, que evoca a aplicação de dispositivos de cooperação nos quais diferentes parcerias são empregadas para a resolução de problemas comuns*”(AZOULAI, 2007, p. 513). Sobre o tema ver ainda Emilie CHEVALIER, 2014, p. 425 e ss.

²⁵⁰ Em havendo lei complementar que crie uma região metropolitana, a adesão de Municípios a tal forma de gestão comum de políticas públicas torna-se obrigatória. Confirma-se a respeito a redação do art. 25 § 3º da CR – “*Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum*”. Disciplinando tal comando, estabelece o art. 3º da Lei n. 13.089/2015 (Estatuto da Metrôpole): art. 3º - “*Os Estados, mediante lei complementar, poderão instituir regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, constituídas por agrupamento de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum*”. Parágrafo único – “*Estado e Municípios inclusos em região metropolitana ou em aglomeração urbana formalizada e delimitada na forma do caput deste artigo deverão promover a governança interfederativa, sem prejuízo de outras determinações desta Lei*”.

²⁵¹ Afinal de contas, será que precisaríamos de autorização constitucional para que diferentes governantes, cujas competências se cruzam para alcançar determinado resultado na realidade, pudessem reunir-se para

consecução de pautas de interesse geral ainda são raros em muitos serviços especialmente sensíveis para a cidadania, como é o caso daqueles desenvolvidos na tutela do meio ambiente e da saúde.

No exercício de ambas as competências o que se vê na prática é uma não rara descoordenação entre os distintos governos, falta de planejamento a curto e médio prazos, descontinuidade de políticas públicas após mudança de gestão e indiferença com a qualidade da tarefa executada em prol da população.

Como será exposto a seguir, os inúmeros questionamentos judiciais feitos de tais políticas recebem do jurídico de cada uma das Administrações envolvidas, salvo raras exceções, o mesmo tipo de resposta: ou não há qualquer irregularidade na atividade prestada ou a responsabilidade por eventual dano reclamado não é sua, mas de outra esfera governamental.

Se a ocorrência de tal fato entre autoridades lotadas em diferentes níveis de poder já é um contrassenso, a falta de comunicação e de vontade de agir em conjunto (para resolver um dado problema) entre servidores lotados em uma mesma pessoa jurídica de direito público interno, mas com cargos em pastas separadas, é um fenômeno que põe à prova a própria legitimidade do Estado nacional²⁵³.

Fruto da inapetência e/ou da falta de compromisso público por parte de diversos gestores²⁵⁴, a existência de servidores de um mesmo ente que buscam se eximir de responsabilidade pela má realização de uma tarefa sob o pretexto de que esta seria de atribuição de seu colega que dá expediente na sala ao lado é um acinte ao particular que assiste a essas hesitações, em detrimento do dever estatal de desenvolver suas atividades de

somar recursos e dividir tarefas para o bom desempenho de suas funções? No sentido da desnecessidade de lei para a Administração, em geral, fazer acordos, ver item 3.1.2.2, *infra*.

²⁵² Art. 241 da CR – “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos” (redação dada pela EC n. 19/98).

²⁵³ Legitimidade no sentido de uma crença da população na utilidade (para além da indispensabilidade) do governo para a garantia das condições de vida digna dos habitantes de um território, de acordo com os valores compartilhados entre os membros de uma comunidade. Crítica à atuação desconexa entre órgãos integrantes de uma mesma pessoa jurídica de direito público pode ser encontrada no texto *Teoria das Autolimitações Administrativas: Atos Próprios, Confiança Legítima e Contradição entre Órgãos Administrativos*, de Alexandre Santos do ARAGÃO (2008, em especial p. 555 e ss.)

²⁵⁴ Gestores, neste caso, entendidos como o primeiro escalão dos governos, ou seja, chefe do Executivo e seus auxiliares diretos (ministros e secretários). Note-se que tais autoridades, no exercício das competências que lhes são conferidas pela Constituição e pelas leis, teriam plena condição de exigir de seus subordinados uma atuação coerente e honesta no cumprimento das funções que lhes incumbe, reconhecendo os direitos dos cidadãos quando preenchidos os requisitos previstos para tanto.

forma orientada à consolidação da organização política como um espaço de realização (e não de violação) de direitos individuais e coletivos²⁵⁵.

Vejam as duas áreas em que a falta de coordenação entre agentes estatais tem, a nosso ver, importantes reflexos na (in)eficiência da ação administrativa.

No âmbito da realização de políticas públicas de saúde²⁵⁶, os exemplos de descoordenação entre os diferentes entes da Federação e entre distintas pastas de um mesmo governo é gritante, redundando em evidente prejuízo ao cidadão, que deveria ser a preocupação primeira dos encarregados da administração da coisa pública.

Não bastasse a indiferença da Administração para com posições já consolidadas pelo controle quanto à ilicitude da indisponibilidade de certos tratamentos na rede do SUS²⁵⁷, a defesa apresentada pelas respectivas procuradorias neste tipo de lide revela que o Poder Público entende que tais serviços estão devidamente organizados nos moldes em que determinado pela Constituição e pelas leis, sendo que qualquer pleito que extrapole o quanto previsto nas listas aprovadas pelas autoridades competentes para o cuidado da saúde das pessoas invadiria a autonomia conferida aos entes federados para formular a referida política pública.

Neste contexto, **defesas meramente formais** sustentam que medicamentos de alto custo, segundo a divisão interna do SUS, deveriam ser fornecidos pelo Estado ou pela União, sendo que outros, pela sua natureza (ex. fraudas), deveriam ser entregues por postos de saúde municipais²⁵⁸.

Logo, apesar de haver entendimento uniforme no sentido de que o indivíduo pode buscar o atendimento de seu direito à saúde previsto no art. 196 da CR solidariamente em face de qualquer uma das esferas de governo que compõem o SUS²⁵⁹, as respectivas

²⁵⁵ “Essa obediência (voluntária dos homens e mulheres ao poder), como a história demonstra de sobejo, assenta-se em um juízo de legitimidade, ou seja, de adequação da relação de poder com o sentimento ético coletivo. Quando a consciência da irremediável injustiça do sistema de poder instalado torna-se majoritária na sociedade, essa organização de poder já está com os dias contados” (COMPARATO, 2009, p. 19).

²⁵⁶ A Constituição estabelece como competência de todas esferas de governo a execução de políticas públicas de saúde. Confira-se a respeito o teor do inciso II do art. 23 da CR: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

²⁵⁷ Sobre o comportamento renitente da Administração no que diz respeito à observância das decisões proferidas pelos órgãos controle de legitimidade da ação estatal haverá maior desenvolvimento ainda nesse Capítulo da tese, em item próprio (item 3.1.2.4).

²⁵⁸ Crítica sobre a forma de atuação protocolar da Advocacia Pública em muitas demandas discutindo a concretização de direitos dos cidadãos pode ser conferida em Paula Fernanda Vasconcelos Navarro MURDA (2015, p. 130 e ss., p. 262 e ss.).

²⁵⁹ Nesse caso ousaríamos dizer unânime. Enfrentando a questão, confira-se, por exemplo: “APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA / MANDADO DE SEGURANÇA - Fornecimento gratuito de procedimento cirúrgico. Paciente portador de hérnia epigástrica. Pedido de liminar deferido. Segurança concedida. Cabimento da ação à vista do bem jurídico tutelado, a vida. Razões da apelação que se apresentam

Fazendas insistem em resistir aos pleitos individuais que lhes são formulados com base na partilha interna de tarefas estabelecida para os integrantes do sistema.

Ou seja, em vez de os distintos governos buscarem coordenar seus esforços para a realização dos direitos dos pacientes, em observância à competência comum que lhes é atribuída pela Carta Política²⁶⁰, cobrando reembolso entre si quando obrigados a prestar serviço específico que iria para além de sua alçada, muitas Administrações preferem apenas *dizer não* a quem bate às suas portas.

Outras vezes a **falta de diálogo e desarranjo dão-se no âmbito de uma mesma Administração**, para desespero dos contribuintes que confiam na burocracia estatal como única saída para um quadro de patologia grave que lhes acomete.

Ilustrando o ponto há inúmeras hipóteses em que a autoridade, movida pela inércia ou convicta no seu propósito de negar a prestação devida ao cidadão, **rejeita receita médica** subscrita por profissional que faz parte **do próprio SUS**²⁶¹ ou então deixa de apreciar o transporte gratuito necessário ao deslocamento casa-hospital de um paciente com problemas de deambulação sob o pretexto de a matéria ser afeta à pasta dos transportes e não da saúde²⁶².

manifestamente dissonantes, não guardando pertinência com a análise dos autos, menos ainda com a decisão combatida - Recurso voluntário não conhecido e negado provimento à remessa necessária”(TJSP – 8ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Antonio Celso Faria – Apelação nº 1015635-62.2014.8.26.0309 – data do julgamento 30/03/2016). Nas palavras do relator, Desembargador Antonio Celso Faria, ao afastar a pretensão do Município de Jundiá – SP em não se responsabilizar pelo tratamento médico prescrito à paciente: “*A Jurisprudência de nossos tribunais já se firmou no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde. Aliás, essa questão já restou pacificada nesta Corte com a edição da Súmula n.37, que prevê: ‘A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno’*”(p. 5 do acórdão)[<https://esaj.tjsp.jus.br/>, acesso em 31/12/16, às 19:00].

²⁶⁰ Vide inciso II do art. 23 da CR (já referido).

²⁶¹ “**DUPLA APELAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO - Ação de Obrigação de Fazer – Fornecimento de medicamento – Sentença de procedência pronunciada em primeiro grau. – Saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – Direito à saúde – Art. 196 da Constituição Federal – Prescrição médica suficiente para comprovar a necessidade do medicamento em questão – Tratamento em hospital credenciado pelo SUS que não disponibiliza o medicamento prescrito por médico – Sentença mantida – Recursos voluntários e reexame necessário improvidos**”(TJSP – 3ª Câmara de Direito Público - Des. Rel. Maurício Fiorito - Comarca: São Bernardo do Campo – Apelação nº 1015300-20.2015.8.26.0564 - data do julgamento: 22/11/2016)(g.n.) [<https://esaj.tjsp.jus.br/>, acesso em 01/01/17, às 15:00].

²⁶² “**ASSISTÊNCIA À SAÚDE. Flora Rica. Disponibilização de transporte para tratamento ambulatorial. – 1. Fornecimento. A necessidade do serviço a ser prestado pelo Município, que está intimamente ligado à assistência à saúde, bem como os eventuais descumprimentos pela Municipalidade foi comprovado e a relevância dos fundamentos do pedido tem assento no art. 18, inc. V, da LF nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde, que instituiu o SUS) que atribui ao Município a execução da política de insumos e equipamentos para saúde; o recurso, nesses termos, é de manifesta improcedência e se choca com a jurisprudência assente deste Tribunal e dos Tribunais Superiores, que privilegiam o direito à saúde garantido no art. 196 da Constituição Federal. – 2. Multa cominatória. Doutrina e jurisprudência admitem a sanção por descumprimento da obrigação de fazer contra o Poder Público, mas o valor excede o que a Câmara tem**

O que justifica o uso de tal expediente, cuja chance de êxito quando questionado nos Tribunais tende a zero?

Imaginamos que o que move a Administração em posturas como tais, que se repetem nas mais diversas áreas de atuação estatal, é justamente a visão a curto prazo de economia pecuniária, ao custo da abdicação do papel da organização política como espaço de realização de Justiça.

Assim, embora saiba que judicialmente sua resistência a um pedido do cidadão sob tais circunstâncias não escapará incólume ao crivo dos magistrados, aparentemente a Administração pauta-se por preocupações exclusivamente financeiras, que bem ou mal acabam sendo atendidas caso o seu gasto com lides individuais no Judiciário sejam inferiores ao que o ente público teria que investir para a estruturação adequada da política pública de saúde para todos²⁶³.

Se não for em decorrência da expectativa de uma economia imediata de recursos, o que fundamentaria uma ação administrativa completamente dissociada dos deveres que os órgãos de controle reconhecem como vinculantes à atuação estatal?

Outro exemplo de descoordenação entre entes públicos em missões que, sendo de responsabilidade de mais de uma esfera de governo, deveriam ser por estas desempenhadas em conjunto, é a realização de licenciamento em matéria ambiental e urbanística.

O inciso VI do art. 23 da Constituição²⁶⁴ confere à União, Estados e Municípios a competência material para que todos esses centros de poder desenvolvam atividades a curto, médio e longo prazo tendentes à tutela do meio ambiente.

aplicado. Valor fixado reduzido. – Procedência. Recurso do Município parcialmente provido” (TJSP - 10ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Torres de Carvalho - Comarca - Pacaembu – Apelação nº 0003498-16.2015-8.26.0411 - data do julgamento - 25/07/2016)[<https://esaj.tjsp.jus.br/>, acesso em 01/01/17, às 15:30].

²⁶³ A hipótese que lançamos neste momento tem por propósito a investigação das razões pelas quais a Administração é renitente no cumprimento dos deveres que lhe são reconhecidos pelos órgãos de controle, dos quais destaca-se o Judiciário. Certamente a explicação suscitada reclamaria um estudo empírico para que fosse aferida sua veracidade, valendo ressaltar que a economia que o Estado possa estar tendo com a sistemática recusa na seara administrativa dos tratamentos médicos que de forma uníssona são concedidos aos pacientes nos processos judiciais, além de não ser legítima considerando os próprios fins da organização política, também deverá ser reavaliada à luz dos dispositivos do novo CPC que tendem a deixar o processo bem mais caro para os litigantes sucumbentes, com destaque para o cuidado conferido pelo legislador à fixação de honorários advocatícios nas demandas propostas em face da Fazenda (vide o quanto disposto no §3º do art. 85 do CPC/2015, que prevê sua estipulação com base em percentual da condenação imposta ao Estado, em oposição ao quanto previsto no §4º do art. 20 do CPC/1973, que estabelecia a equidade como critério para o respectivo cálculo)[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 01/01/17, às 15:00].

²⁶⁴ Art. 23 da CR: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

A visão meramente *legalista* da distribuição de tarefas presente na lei e na Constituição acerca do licenciamento ambiental, ou seja, uma leitura que busca resposta apenas no jogo de palavras contido nos textos legislados sem preocupação com seu impacto na realidade, conduz, contudo, a impasses práticos de difícil solução.

Existiria interesse nacional que em certa medida também não seja de interesse regional e local? Por que excluir *a priori* qualquer órgão governamental da participação em determinado processo administrativo de seu interesse, atividade que inclusive caminharia no sentido de reforço à proteção do bem jurídico potencialmente afetado caso aprovada a realização de uma obra tida por poluidora?

Ainda que não houvesse amparo expresso na Constituição e/ou na lei para que União, Estados e Municípios celebrassem ajustes para o cumprimento de encargos que tocam os três níveis de governo, acreditamos que o dever de cooperação entre esses entes decorre da própria visão do Estado como entidade ideal cuja legitimidade está no seu compromisso em garantir o cumprimento de deveres e a satisfação de direitos relativos a todos os membros de uma comunidade.

Em nosso sistema jurídico, entretanto, o **valor** que muitos intérpretes dão à **forma** e à **exegese da letra da lei** como um valor em si, alheio aos seus efeitos no mundo fenomênico, acaba redundando em distorções, quando não em desfechos completamente despropositados.

Vejamus uma hipótese que ilustra bem o problema que toma a nossa atenção: imaginemos o Ministério Público ingressar com uma ação civil pública contra um Município que tenha celebrado convênio com empresa estatal para a realização de licenciamentos ambientais da alçada do governo local. Ainda que tal acordo já exista há décadas e não haja notícia de que as tarefas desenvolvidas sob o amparo da avença sejam mal executadas, haveria *justa causa* para a formulação de pedido em juízo de extinção do acordo?

Por mais incrível que pareça a pergunta, sobretudo considerando o quanto já ponderado sobre nossa visão acerca do Estado e do Direito, houve caso concreto que foi submetido à nossa avaliação sobre o tema, cuja sentença de improcedência fora confirmada pelo E. Tribunal.

Confira-se a ementa:

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. Convênio firmado

pela CETESB e a Municipalidade de São Paulo para licenciamento ambiental de atividades de impacto local. Edição de Lei Complementar nº 140/2011 reconhecendo o “federalismo cooperativo ecológico”, em atenção ao disposto no artigo 23 da Constituição Federal. Lei que não permite atuação exclusiva da Municipalidade, mas cooperação entre os entes federados. Convênio que tão somente descentraliza a atividade de licenciamento, mantendo a atribuição de cada partícipe, em atenção ao disposto na Lei Complementar. Licenciamento ambiental que consiste em ato complexo, sendo razoável a formalização de convênio. Precedentes do STJ e do E. Tribunal de Justiça. Sentença mantida. Aplicação do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso Desprovido (TJSP - 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Des. Rel. Dr. Marcelo Berth - Apelação nº 0036780-91.2011.8.26.0053 – julgada em 12/11/2015).

A nosso ver, o questionamento judicial do convênio sob exame nunca poderia ter ocorrido somente com base na leitura de alguns dispositivos legais, de forma indiferente à avaliação dos resultados produzidos pelo instrumento impugnado na realidade.

Note-se que na hipótese referida temos a atuação de um órgão de controle do Estado (MP) buscando, a partir de uma singela leitura de textos normativos aplicáveis a espécie, que um ente da Federação seja impedido de firmar contrato com unidade descentralizada de outro ente para execução de competência de interesse comum a ambos.

Por que?

Se não houve na ocasião qualquer assertiva no sentido de que os serviços não estariam sendo bem desempenhados pela Cetesb, acredita-se que o móvel do *parquet* foi o desejo de ver prevalecer o texto da lei a qualquer custo, não importando a utilidade do pronunciamento judicial perseguido para a tutela do bem jurídico objeto da demanda (no caso o meio ambiente²⁶⁵).

²⁶⁵ A atenção com os efeitos da aplicação do Direito na realidade, a nosso ver, deveria ser sempre a preocupação primeira de todos os agentes públicos, desempenhando funções executivas ou de controle. O brocardo latino “*fiat justitia, péreat mundus*” (faça-se justiça, pereça o mundo) é o que vem a nossa mente para tentar explicar o objetivo perseguido na investida de um órgão estatal pela supremacia da lei (não chamaríamos de Justiça, nem de Direito) em circunstâncias como a exposta. Carlos MAXIMILIANO, ao imaginar que no início do século XX tal parêmia já há muito estaria “varrida” do Direito Público (passando a ser de difícil acolhida mesmo no Direito Privado), pontua: “*O Direito suscita de modo indireto e diretamente ampara a atividade produtiva, tutela a vida, facilita e assegura o progresso; não embaraça o esforço honesto, o labor benéfico, a evolução geral. Nasce na sociedade e para a sociedade; não pode deixar de ser um fator de desenvolvimento da mesma. Para ele não é indiferente a ruína ou a prosperidade, a saúde ou a moléstia, o bem estar ou a desgraça*” (2011, p. 137). O doutrinador, neste contexto, indica para a superação do provérbio “bárbaro” a ideia do “*summum jus, summa injuria*” (supremo direito, suprema injustiça), fruto da crítica a uma visão do Direito como um conjunto de normas abstratas indiferente às necessidades da vida coletiva, que, como vimos, ainda é de extrema atualidade e importância (MAXIMILIANO, 2011, p. 138/139).

Teria sido necessária a edição da Lei Complementar nº 140/2011, inaugurando o chamado “*federalismo cooperativo ecológico*” para que tal investida pela legalidade (ou seria *legalismo*) não lograsse êxito?

De qualquer modo, a existência desse tipo de indagação entre nós já basta para revelar como precisamos avançar na busca de cooperação entre órgãos públicos titulares de competências concorrentes, o que hoje ainda é incipiente em largas áreas de desenvolvimento da atividade administrativa²⁶⁶.

3.1.1.5. REPÚBLICA – DO DEVER DE PRESTAR CONTAS

Em uma República²⁶⁷, como o administrador gere aquilo que não lhe pertence, o vínculo jurídico que se estabelece entre gestor e população implica o dever de prestar contas²⁶⁸.

A doutrina aponta como momento marcante na positivação dessa obrigação em ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica a Declaração de Direitos de 1.789, a qual prevê em seu art. 15º que “*a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração*”²⁶⁹ (GONÇALVES, 2013, p. 27 e ss.).

De forma que nos parece em tudo análoga ao que se dá no âmbito do Direito Privado com o gestor de negócios²⁷⁰, a autoridade administrativa, à qual é confiada a

²⁶⁶ Esse agir coordenado entre diversas autoridades encarregadas da solução de problemas comuns seria melhor ilustrado pela ideia de rede do que pelo modelo piramidal consagrado nos séculos XIX e XX para explicar a ação administrativa. Sobre o ponto, destacamos passagem da lição de Bruno MIRAGEM (2013): “*Esta noção de Estado em rede implica a interação dos diversos entes integrantes da estrutura política-administrativa do Estado com outros entes, nacionais e internacionais, públicos ou privados, construindo mecanismos de realização de tarefas públicas por intermédio de redes de cooperação entre vários entes, cujo vínculo converge para a realização de interesses abrangidos pelo conceito amplo de interesse público*” (MIRAGEM, 2013, p. 30). Em sentido próximo ver também Gustavo Justino de OLIVEIRA (2014-B, p. 417 e ss.) e Javier BARNES (2015, p. 27 e ss.).

²⁶⁷ República, na doutrina de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2006), significa: “*um regime político em que se define um espaço público, distinto do privado, no qual são identificados e caracterizados certos interesses, também ditos públicos, que transcendem os interesses individuais e coletivos dos membros da sociedade e, por isso, passam a ter sua satisfação submetida a decisões, normativas e concretas, de agentes também públicos*” (MOREIRA NETO, 2006, p. 272).

²⁶⁸ No que diz respeito ao exercício do *poder de polícia*, já desenvolvemos o ponto em nosso livro homônimo (2014, p. 41 e ss.), sendo que nesse espaço trataremos o tema de modo mais abrangente, envolvendo toda a atividade do Poder Público que, para além de sua faceta autoritária, abarca também ações prestacionais e indutivas de comportamentos privados.

²⁶⁹ No original: «*Art. 15. La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration*» [<https://www.legifrance.gouv.fr>, 30/04/16, às 00:30].

²⁷⁰ Rui Cirne LIMA (1982) discorre sobre a proximidade do significado da relação de administração em Direito Público e em Direito Privado, já que em ambos os vínculos tem-se uma atividade realizada finalisticamente em prol de objetivos que estão acima dos interesses do executor da tarefa. Destaca o autor que o mesmo bem pode ser objeto de uma relação de domínio e de uma relação de administração, sendo que

gestão do patrimônio da coletividade, deve portar-se de forma transparente e motivada no exercício de tal mister, respondendo por seus atos frente aos titulares dos bens que estão sob seus cuidados.

3.1.1.5.1. TRANSPARÊNCIA

No âmbito de uma República o gestor público administra aquilo que não lhe pertence; logo, este deve continuamente prestar informações aos administrados sobre os destinos conferidos aos recursos materiais que são postos à sua disposição para tutela do bem comum²⁷¹.

Independente do nome que se dê ao referido princípio (transparência, abertura ou publicidade²⁷²), tem-se que é dever do Estado o fornecimento de dados aos cidadãos sobre o que faz com o patrimônio cuja guarda lhe é confiada para a manutenção e promoção das condições de vida digna em sociedade.

Mais do que uma postura passiva de responder aos questionamentos formulados pelos cidadãos, o *bom governo* exige do administrador uma **postura ativa**²⁷³ em tornar públicas todas as informações que, relevantes para a população, não acarretem prejuízo a

enquanto na primeira predomina o elemento *vontade* na gestão do bem, na segunda prevalece as ideias de *dever* e *finalidade* (LIMA, 1982, p. 51 e ss.).

²⁷¹ Além do conceito de *República* implicar os deveres de informação a cargo do Poder Público, a própria ideia de *Democracia* também é contrária a espaços desarrazoados de segredo no exercício da função administrativa. “*A democracia é idealmente o governo do poder visível, isto é, do governo cujos atos se desenrolam em público e sob o controle da opinião pública* (BOBBIO, 2015, p. 29).

²⁷² Jacques ZILLER (2014), usando de forma indiferente os termos *transparência* (*transparence*), *abertura* (*ouverture*) e *publicidade* (*publicité*) para designar o mesmo postulado, explica as origens de sua incorporação à gestão da União Europeia como pressuposto do dever de boa administração previsto no art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da entidade. Entre nós, Wallace Paiva MARTINS JÚNIOR emprega os termos *publicidade* e *transparência* com significados distintos, sendo aquela “*um primeiro estágio da transparência administrativa, ao permitir o conhecimento e o acesso*”. Mais à frente o doutrinador prossegue: “*para o aperfeiçoamento dos graus de transparência administrativa concorrem a motivação (exigida e valorizada pela publicidade) e a participação popular (mais aberta a um espectro amplo de interesses diretos e indiretos, difusos e coletivos, com influência e responsabilidade no processo decisório)*”(2010, p. 37/38). Já Renata Nadalin Meirelles SCHIRATO não vê razão para se atribuir conotações distintas às palavras *transparência* e *publicidade*, sendo que possivelmente o maior emprego daquele vocábulo pela doutrina nos últimos tempos decorreria de sua utilização preferencial pelo legislador nos diplomas legais mais recentes que tratam da matéria (2013, p. 118/122).

²⁷³ No sentido da insuficiência de um cumprimento meramente formal do princípio de publicidade (ou seja: da singela divulgação de atos pelo Diário Oficial como condição para a respectiva validade) a fim de que a Administração satisfaça o quanto previsto no art. 37, *caput* da CR, ver, dentre outros, MARRARA, 2012-B, p. 282 e ss.; NAQUET, 2010; UNGARO/CARVALHO, 2016, p. 307 e ss.; e BARROS, 2016, p. 97/99. No âmbito da União Europeia, embora tenha havido avanços sensíveis no direito à informação garantido aos cidadãos, Jean –François FLAUSS noticia a dificuldade em se mudar a postura da Administração de simplesmente reativa aos pedidos que lhe são formulados pelos particulares para uma conduta mais proativa em tal seara, em especial quanto a matérias que não envolvam atividades de risco (com relação as quais há o dever de informar de ofício)(FLAUSS, 2011, p. 51 e ss.).

outros interesses públicos igualmente importantes ou então imponham sacrifício desnecessário à vida privada dos indivíduos.

No mais, se é verdade que a ideia de *publicidade* no exercício das tarefas estatais não é nova no Direito Administrativo²⁷⁴, tanto aqui como alhures o desenvolvimento da sociedade ocidental acabou conferindo um alcance cada vez mais amplo ao dever de transparência que impregna o funcionamento dos órgãos do Estado²⁷⁵, instrumento indispensável para que se viabilize o controle da população sobre a gestão da coisa pública.

Contemporaneamente a ideia de *publicidade* passa a englobar não só a iniciativa do Poder Público na **divulgação** das informações presumidamente de interesse geral, como exige uma qualidade dessa atividade que, para ser efetiva, deve ser levada a efeito pela difusão de conteúdo de **forma simples e didática** para a população, fazendo uso de mídias que realmente atinjam um número expressivo de pessoas (DELHOSTE, 2007, 1069/1070; BARROS, 2016, p. 98²⁷⁶).

Dessa forma, além do ônus de tornar públicas informações pertinentes aos afazeres estatais, o *princípio da publicidade* impõe ao gestor a preocupação de que tais dados sejam de fato **acessíveis** aos seus destinatários, o que significa estes serem de fácil compreensão pelos indivíduos não acostumados aos jargões técnicos empregados no dia a dia da burocracia administrativa (SANTINI, 2004, p. 261 e ss.).

²⁷⁴ A professora Odete MEDAUAR informa que estudos sobre o tema costumam citar legislação sueca do Século XVIII, mais especificamente de 1766, na qual restava assegurado ao cidadão livre acesso aos documentos administrativos, sem necessidade de justificativa do seu interesse pessoal em tais dados (2003, p. 237). De qualquer modo, o processo de edição de leis gerais assegurando tal direito só se intensificou no mundo ocidental de meados para o final do Século XX, período antes do qual a publicidade, embora já considerada como fundamental para o exercício legítimo da função executiva, era valorizada apenas como instrumento para viabilizar o controle social sobre a ação dos governantes. A respeito conferir a lição de Maurice HAURIUO datada de 1910 (2010, p. 707/708).

²⁷⁵ A professora Jacqueline Morand-DEVILLER (2011), após registrar o gosto pelo segredo (*goût du secret*) que dominou durante longo tempo o processo de elaboração dos atos administrativos a portas fechadas do seio da Administração, identifica nos anos 70 como o início da superação daquela cultura, com progressiva inserção das ideias de transparência (*transparence*) e concertação (*concertation*) no processo administrativo contencioso (2011, p. 327). “*Impulsionada pela elevação da pressão associativa e pelos progressos da comunicação, a Administração compreendeu o interesse de decisões aceitas mais do que as impostas*” (2011, p. 327).

²⁷⁶ Laura Mendes Amando de BARROS, identificando na doutrina posicionamento no sentido de o *princípio da transparência* ser uma evolução do *princípio da publicidade* para melhor adequá-lo às demandas do século XXI, com muita propriedade afirma: “*A peculiaridade ora agregada (à ideia de publicidade) consiste na necessidade de efetiva comunicação, da criação de condições viabilizadoras da real compreensão dos dados disponibilizados à população. Não se esgota, portanto, e exemplificativamente, na mera afixação do relatório de despesas e receitas públicas nos quadros das respectivas repartições; mais que isso, somente se considerará respeitado com a circulação de ditas informações via Internet, ou outros meios de comunicação de grande penetração e, ainda, com a redação e exposição de pontos de maneira simples, clara e inteligível por aqueles que não detêm conhecimento técnico do assunto*” (BARROS, 2016, p. 98).

A acessibilidade ao teor das manifestações estatais em boa hora passa a tangenciar o problema da **qualidade do direito** (MEDAUAR, 2003, p. 239/240; SANTINI, 2004²⁷⁷, p. 113/116 e 261/270; FIORITO, 2009; NAQUET, 2010, p. 649/650; TRUCHET, 2011, p. 147/148; CANANEA, 2011, p. 31; EVEILLARD, 2013; BONNET, 2013, p. 719/720), tema que nos parece central para um governo eficiente, na linha do que é defendido neste estudo.

Afinal de contas, se um dos objetivos do Estado é que os cidadãos respeitem suas leis (em sentido amplo²⁷⁸), é ônus da organização política periodicamente promover uma consolidação dos textos normativos²⁷⁹, simplificando a respectiva linguagem e adotando campanhas para difundir entre a população os valores tutelados pelas suas regras.

Sob uma outra perspectiva, a nova acepção conferida ao postulado de transparência pode ser resultante da percepção pelo gestor da importância da **comunicação** adequada entre administradores e administrados como condição para que governo e sociedade civil interajam de maneira produtiva na persecução de pautas de interesse geral.

Nesse sentido, o dever de informação a cargo da Administração passa a ser compreendido não apenas como uma obrigação dirigida à proteção de direitos individuais ou à viabilização do controle social da ação estatal (observância do *princípio da legalidade*²⁸⁰), mas como **instrumento** ao alcance das autoridades para melhor desempenho de suas funções através de **diálogo com os particulares** (*princípio da eficiência*), elemento que agrega legitimidade ao exercício do poder em um período de desencantamento de muitos indivíduos com a real capacidade de o Estado realizar o plano de ordem econômica e social previsto na nossa Constituição (MARRARA, 2012, p. 291 e ss.; MALARET, 2004; ASSMANN, 2006, p. 109/110-p. 236/237²⁸¹).

²⁷⁷ Andrea SANTINI, situando esse debate no âmbito da União Europeia, cuja Corte de Justiça já teria julgados proferidos na década de 80 do século XX reconhecendo o dever de clareza como ônus da produção normativa comunitária, assim define o que chama de princípio de **certeza do direito**: “*exigência de que os sujeitos do ordenamento comunitário não sejam submetidos à uma situação de incerteza com respeito à extensão e ao conteúdo dos próprios direitos e deveres, o que se traduz, dentre outros desdobramentos, na afirmação de que normas comunitárias devem apresentar as características de clareza e previsibilidade para os administrados*”(SANTINI, 2004, p. 113/114).

²⁷⁸ Como lei em sentido amplo, vale lembrar, entendemos os atos gerais e abstratos do Estado (e não só do Parlamento) vocacionados à prescrição de condutas individuais, ou seja, à disciplina de como as pessoas devem se portar sob determinadas circunstâncias.

²⁷⁹ Quanto à aplicação dessas ideias no Direito Comunitário, ver Andrea SANTINI, 2004, p. 266/270.

²⁸⁰ Valendo registrar que a transparência sob tal faceta tem vínculo estreito com o dever de imparcialidade inerente ao exercício da função administrativa, já que sem a divulgação de informações suficientes sobre a atuação do Poder Público resta prejudicada a garantia de tratamento isonômico entre os particulares nas relações mantidas com a Administração (CARVALHO, 1999, p. 70/72).

²⁸¹ “*Publicidade também pode ser entendida sob a perspectiva ativa como um “tipo particular de relação social”. Ela pode ser utilizada como fórum de racionalização e, com isso, de aprimoramento qualitativo das decisões administrativas*”. No original: „*Öffentlichkeit lässt sich auch aktiv „als besonderer Typus sozialer*

A transparência no exercício da função pública, dessa forma, é fundamento para viabilizar a **participação** efetiva do cidadão no processo de tomada de decisão estatal (MARRARA, 2012, p. 291; AZOULAI, 2007, p. 514; DELHOSTE, 2007, p. 1065; ORTIZ, 2012, p. 238 e ss.), além de ter relevante papel a desempenhar quando finalmente houver interesse entre as diferentes esferas de governo da nossa Federação no cumprimento de políticas públicas de competência comum (**diálogo intra e intergovernamental**²⁸²).

3.1.1.5.1.1. LEI Nº 12.527/2011 – INSTRUMENTALIDADE E PROPORCIONALIDADE

Tomando por base o caráter instrumental do Estado (e logicamente dos princípios que regem sua atuação)²⁸³, já tivemos oportunidade de apresentar nossa crítica sobre algumas aplicações que entendemos despropositadas da Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação – LAI (CUNHA FILHO, 2014-B, p. 43/44), instrumento de extrema importância não só para a eficiência do controle sobre o exercício da função administrativa, como para a própria legitimidade desta perante os cidadãos²⁸⁴.

*Beziehungen“ verstehen. Sie kann als Forum der Rationalisierung und damit zur Verbesserung der Qualität administrativer Entscheidung genutzt werden“ (ASSMANN, 2006, p. 109). Em tópico próprio trataremos da participação do cidadão como instrumento para o agir estatal eficiente (item 3.1.2.3 *infra*), sendo importante no momento destacar que, apesar da ferramenta ser promissora, deve-se atentar para os riscos decorrentes das falhas e distorções na representatividade do público que intervêm em tais espaços (MARRARA, 2012, p. 295/296; ASSMANN, 2006, p. 110).*

²⁸² Thiago MARRARA em lúcido ensaio denominado “*O Princípio da Publicidade: uma Proposta de Renovação*” (2012) discorre sobre as diferentes facetas do princípio da publicidade/transparência que foram abordadas neste tópico do nosso estudo, classificando-as como *publicidade formal, publicidade educativa, publicidade transparência, publicidade participação e publicidade interna*. No que se refere à *publicidade interna*, o autor entende essa missão da Administração como instrumental à coordenação e direção dos agentes públicos. Em sistemas de atuação conjunta por parte de diversas entidades administrativas (como concorrência, meio ambiente e defesa do consumidor), MARRARA defende que “*a publicidade com função coordenadora é essencial para evitar falhas consistentes tanto em ações repetitivas (por exemplo, fiscalização de um mesmo fato por duas ou mais entidades do mesmo sistema), quanto em ações contraditórias (por exemplo, decisões administrativas com conteúdos diversos ou contraditórios proferidas por entidades do mesmo sistema)*”(MARRARA, 2012, p. 297).

²⁸³ Além da abordagem que fizemos sobre a instrumentalidade do Estado (e do Direito) nos Capítulo 1 e 2 deste estudo, nas palavras de Maurice HAURIUO (2010): “*mas esse equilíbrio autônomo e bem regulado que é o Estado não é um fim em si mesmo; ele não é que um meio de civilização, ele tem sua função a cumprir perante os indivíduos. Se ele não é, em suma, graças aos procedimentos orgânicos, que uma canalização de iniciativas e de adesões individuais, essas devem redundar em uma chuva de bem estar sobre os indivíduos, pois, no fundo, todo (esse aparato) não é que uma organização de ajuda mútua*” (HAURIUO, 1910/2010, p 703).

²⁸⁴ Reflexão extremamente pertinente sobre os efeitos da Lei de Acesso à Informação no aprimoramento de nossa Democracia pode ser encontrada na obra *Democracia Conectada – a internet como ferramenta de engajamento democrático*, de Eduardo MAGRANI (2014, p. 67 e ss.).

Como toda atividade a cargo do Poder Público com potencial de constranger a esfera de liberdade dos indivíduos, o *dever de informar* não pode implicar danos a direitos ou interesses legítimos que não sejam indispensáveis para que este alcance sua finalidade, a saber: a de dar conhecimento aos contribuintes de como está sendo gerida a riqueza acumulada por uma nação.

Neste contexto, imaginamos que boa parte da polêmica sobre a divulgação dos contracheques do nosso funcionalismo que se deu com o advento da LAI poderia ter sido evitada.

No que diz respeito ao salário de um servidor, **qual seria o interesse legítimo do cidadão?** Saber quanto um servidor “X” ganha por mês ou qual é o padrão remuneratório recebido pelas pessoas lotadas em determinado órgão ou entidade? A curiosidade de algumas pessoas em saber o quanto o seu vizinho, por ser funcionário público, ganha mensalmente, é tutelada pelo Direito?

Por outro lado, tendo em conta do **caráter instrumental do princípio da publicidade** (NAQUET, 2010, p. 641; MARRARA, 2012-B, p. 281; MOREIRA NETO, 2009, p. 90), deve a autoridade questionar-se se, para que a LAI produza os efeitos visados quando de sua aprovação pelo Parlamento, a divulgação nominal dos vencimentos dos servidores é medida imprescindível ou então se os respectivos objetivos legais podem ser satisfeitos de forma menos lesiva a direitos e interesses exteriores à Administração.

Considerando que os constrangimentos decorrentes da publicação nome/salário do servidor na internet são bastante evidentes (tal exposição de sua situação patrimonial pode torná-lo alvo de criminosos, sem falar na potencialidade de dissabores em seus vínculos domésticos em razão do valor maior ou menor do seu contracheque), uma medida da Administração que importasse tal tipo de repercussão deveria vir acompanhada de justificativa pormenorizada sobre a inexistência de alternativa que, sendo apta a satisfazer o propósito legal, fosse menos gravosa aos atingidos pela iniciativa²⁸⁵.

Como se sabe, contudo, não foi isso que aconteceu na aplicação da LAI por diversos órgãos públicos, o que levou os prejudicados à propositura de milhares de ações junto às Varas da Fazenda Pública, ao menos no Estado de São Paulo, as quais conduziram

²⁸⁵ Como a divulgação da matrícula ou outro número de identificação do servidor e seu salário, sem a imediata exposição de seu nome, ao menos antes da abertura de qualquer procedimento contra si em decorrência de possível irregularidade quanto a determinado pagamento feito pela Fazenda.

à formação de sólida jurisprudência no Tribunal de Justiça local quanto à inconstitucionalidade da prática²⁸⁶.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, por seu órgão pleno e em votação unânime (com ausência de apenas dois Ministros), entendeu regular tal tipo de exposição²⁸⁷, razão pela qual, ressalvado o comprometimento de algum gestor com a aplicação proporcional da LAI, não gerando mais restrições aos servidores do que as indispensáveis para que tal legislação cumpra seu escopo, as chances de êxito de um questionamento judicial envolvendo a matéria são muito remotas.

3.1.1.5.2. MOTIVAÇÃO

A ideia de República envolve não só a necessidade de o Poder Público informar suas atividades aos indivíduos, como também de dizer o porquê das decisões tomadas em nome de toda a população.

Na condição de gestor do que não lhe pertence, cabe ao administrador dar as razões das escolhas feitas em prol do bem comum, justificando perante a sociedade o emprego dos escassos recursos materiais colocados à sua disposição, bem como o modo de exercício de competências estatais potencialmente ampliativas ou restritivas da esfera de liberdade privada.

²⁸⁶ Vide, por exemplo, Apelação nº 0021376-68.2009.8.26.0053, julgada pela 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo juízo de retratação na sistemática do art. 1040, II do CPC/2015, após consolidação da jurisprudência do STF em sentido contrário, deu-se em 25/07/2016. O caso em questão envolvia aplicação de lei do Município de São Paulo que, antes da LAI, serviu de base para a Prefeitura divulgar nome e salário de servidores na internet pelo link “De Olho nas Contas”. A ementa do acórdão original é a seguinte: “*Divulgação eletrônica de nome, cargo e salário de servidores municipais. Pedido de indenização por danos morais e exclusão de seus dados do “site” do Município. Procedência. Admissibilidade. Ato ilícito. Violação da privacidade e da intimidade. Situação vexatória. Tensão entre valores constitucionais. Invocação do sobre princípio da dignidade da pessoa humana como recurso para eliminação da tensão. Interesse público restrito apenas ao conhecimento dos salários e dos cargos. Desnecessidade de identificação da pessoa. Dano moral caracterizado. Observância dos critérios de atualização da Lei nº 11.960/09, para o cálculo dos juros moratórios e da correção monetária Sentença mantida, com observação. Apelação a que se nega provimento* (TJSP - 6ª Câmara de Direito Público – Desa. Rel. Maria Olívia Alves - Apelação nº 0021376-68.2009.8.26.0053 – data do julgamento 17/06/2015)[<https://esaj.tjsp.jus.br/>, acesso em 01/01/2017, às 22:30].

²⁸⁷ “*Constitucional. Publicação, em sítio eletrônico mantido pelo Município de São Paulo, do nome dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos. Legitimidade. 1. É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. 2. Recurso extraordinário conhecido e provido*”(STF – Tribunal Pleno – Min. Rel. Teori Zavascky – Agravo no Recurso Extraordinário – ARE nº 652777/SP – votação unânime e com repercussão geral - data do julgamento 23/04/2015)[<http://www.stf.jus.br/>, acesso em 01/01/2017, às 22:00].

Embora não expresso no art. 37, *caput*, da Constituição da República²⁸⁸, o dever de motivação decorre da própria ideia de Estado de Direito, estando ainda previsto no nosso direito escrito na Lei de Processo Administrativo federal²⁸⁹, o que se repete nas LPAs de diversos entes da Federação²⁹⁰.

Salvo casos excepcionais em que se admite expressamente a não motivação da decisão adotada pela autoridade, como é a hipótese de demissão de servidor comissionado *ad nutum*, a regra que deveria prevalecer no exercício da função pública é a da **justificação suficiente das opções** feitas perante o povo, ou seja, face o titular dos poderes nos quais o agente estatal está temporariamente investido.

É certo que a dinâmica da atividade administrativa inviabiliza que todo e qualquer ato material realizado pelos servidores públicos no cumprimento das competências que lhes são conferidas pelo ordenamento jurídico sejam, um a um, precedidos de arrazoados exaustivos que lhes certifiquem a legitimidade.

Mesmo os chamados *atos administrativos*, como manifestações unilaterais vocacionadas a produzir efeitos cogentes na esfera jurídica de terceiros, podem ter sua motivação constante em um ato regulamentar (uma portaria, por exemplo), o qual é referido pela autoridade na sua razão de decidir.

De qualquer modo, ainda que as mais diversas contingências enfrentadas pelos agentes estatais impeçam a adoção de um único formato de fundamentação, prévia e individualizada, em cada expediente por estes analisado, é **ônus do gestor o estar apto a explicar coerentemente** a sua conduta, ainda que a formalização dessa justificativa seja feita depois da providência tomada.

Como se pode observar, o *princípio da motivação* tem vínculo estreito com o da *publicidade/transparência* da Administração (SANTINI, 2004, p. 30 e ss.²⁹¹; CANANEIA,

²⁸⁸ Apesar de o art. 37, *caput*, da Constituição só referir como princípios expressos a reger a ação administrativa a *legalidade*, a *impressoalidade*, a *moralidade*, a *publicidade* e a *eficiência*, curiosamente o da *motivação* consta apenas do art. 93 da Carta Política, ao prever, em seu inciso X, que “*as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros*”(redação dada pela EC n. 45/04, mas já constante do texto original do diploma).

²⁸⁹ O art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99 prevê dentre os princípios (não exaustivos) aplicáveis à Administração a motivação.

²⁹⁰ O princípio da motivação dos atos administrativos é expressamente previsto, por exemplo, no art. 4º da Lei nº 10.177/98 do Estado de São Paulo (<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>- 11/05/16, às 23:00) e no art. 2º da Lei nº 14.141/06 do Município de São Paulo (http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=28032006L%20141410000 - 11/05/16, às 23:10).

²⁹¹ A referência ora feita à doutrina de Andrea SANTINI, que trata do Direito Comunitário Europeu, leva em conta que este Direito, se fosse submetido à tradicional classificação aceita pelos juristas, seria um Direito

2011, p. 31/32; VALDIVIA, 2012, p. 158 e ss.)) e, assim como este, encontra dificuldades para ter plena vigência entre nós.

Apesar de o processo rumo à consolidação do Estado do Direito já ter tido importantes avanços em nosso país, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, não são poucos os governantes e membros da burocracia estatal que resistem ao dever de prestar contas do que (não) fazem, seja perante os órgãos de controle, seja perante a população.

Os questionamentos quanto à legitimidade da ação estatal que diuturnamente são levados aos Tribunais revelam que a *luta contra as imunidades do poder*²⁹² ainda está longe de chegar a um bom equilíbrio em nosso sistema²⁹³, sendo que, à medida que os órgãos de fiscalização passam a ser mais severos na exigência de cumprimento de deveres já há muito aplicáveis ao desempenho da função administrativa, novas (e velhas) fórmulas de isenção são empregadas na busca renitente pelo exercício livre da autoridade, conforme o talante de seu detentor de ocasião.

Esse já foi o espaço ocupado pelas ideias de *ato de governo, de mérito do ato administrativo, de discricionariedade*²⁹⁴ e de *supremacia do interesse público*; fórmulas antigas que, apesar de rechaçadas pelos Tribunais, persistem no livro de cabeceira do gestor, somando-se a novos artifícios retóricos como os da *reserva do possível* e do *ativismo* do controlador.

Para que a submissão da Administração à lei e ao Direito seja efetiva em nossa organização social, há a necessidade de controle das manifestações do Estado a partir de tais parâmetros, o qual, por sua vez, só é viabilizado caso haja publicidade e justificação das manifestações dos agentes públicos (FREITAS, 2009, p. 109; VALDIVIA, 2012, p. 157).

essencialmente administrativo (CHITI, 2000, p. 315), do que plenamente compatíveis as ponderações feitas pela referida autora no que concerne ao aspecto ora estudado.

²⁹² Para usarmos a feliz expressão empregada por Eduardo Garcia de ENTERRÍA em seu *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*(1989).

²⁹³ Assumindo aqui que, em não havendo organização política perfeita, sempre haverá alguma margem para disfuncionalidades no seio Administração; as quais, contudo, apesar de não poderem ser completamente eliminadas, devem restringir-se a um papel coadjuvante nas rotinas das repartições públicas, e não principal, como sói acontecer nas mais diversas áreas de atuação de nosso Estado. Voltaremos ao tema no Capítulo 4 deste estudo.

²⁹⁴ *Discricionariedade* entendida aqui não como um âmbito próprio de tomada de decisões entre indiferentes jurídicos, mas como o uso dos vocábulos *conveniência* e *oportunidade* a título de pretexto para elidir o controle, para referir-se a situações de fato que, na visão da autoridade, não precisariam vir a público e/ou ser justificadas perante todos.

Logo, independentemente do rótulo que se busque dar a pretensas zonas de opacidade na gestão administrativa, como seriam os assuntos relativos à *alta política*, não há como se escapar do dever de prestar contas.

Quem exerce cargo público não recebe um cheque em branco para fazer o que lhe apetece.

O mandatário deve ser capaz de justificar racionalmente aos mandantes o porquê das escolhas feitas em nome destes, comprometendo, no mais das vezes, o patrimônio comum formado pelo esforço conjunto de todos os membros da sociedade e que, assim, deve ser empregado em atendimento aos pressupostos e na consecução dos fins que a ordem constitucional impõe ao Estado (arts. 1º²⁹⁵ e 3º²⁹⁶ da CR/88).

Neste contexto, mesmo compras internacionais de equipamentos de alta tecnologia pelo governo ou nomeações para *cargos políticos*, para ficarmos em dois exemplos de competências cujo manejo pelo Executivo frequentemente leva a questionamentos quanto à sua legitimidade, não correspondem a escolhas que se dão fora do campo do Direito²⁹⁷.

A questão que se coloca é saber **qual a intensidade da vinculação do gestor a referenciais objetivos predeterminados pelo direito escrito**, sendo que, quanto aos limites que lhe são impostos pelo direito não escrito, como imperativos de conduta decorrentes dos princípios que regem a atuação governamental, tem-se que estes sempre devem permear o respectivo processo de tomada de decisão.

Dessa forma, embora seja natural que certas escolhas a cargo da Administração passem ao largo de prévia disciplina legal exaustiva, algumas das quais poderiam ser

²⁹⁵ Art. 1º da CR – “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político*”.

²⁹⁶ Art. 3º da CR – “*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*”.

²⁹⁷ No que se refere à nomeação para cargos em comissão ou políticos cuja investidura dependa da satisfação de critérios relativamente subjetivos, como o de *notório saber*, confira-se a lição de Gustavo BINENBOJM (2008), ao discorrer sobre julgamento do STF que invalidou nomeação feita pelo Executivo em razão da ausência evidente de tal requisito na situação examinada (RE 167137-9 - TO): “*cuidava-se, na espécie, de examinar se nomeado para uma corte de contas preenchia o requisito de notório saber, exigido pela Constituição. A exigência de “um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar” representa, na verdade, o critério, por meio do qual a Corte (STF) apartará os candidatos que possam deter notório saber (tanto os que o detêm, como os que talvez não o detenham), daqueles que manifestamente não o detêm*”(BINENBOJM, 2008, p. 225).

classificadas de *políticas*²⁹⁸, tanto não significa que a autoridade possa decidir qualquer coisa²⁹⁹.

Em uma compra que envolva uma complexa equação de custo-benefício³⁰⁰, pode ser que mais de uma opção revele-se válida para o gestor, que, assim, deverá motivar sua decisão lançando mão de critérios mais ou menos subjetivos, valorados de acordo com sua percepção do que é mais importante para a sociedade em um dado momento histórico.

Recusamos, nesse caso, um controle que pressuponha haver uma única resposta certa para o impasse enfrentado pelo agente estatal.

Por outro lado, também rejeitamos que tal profissional possa selecionar proposta que evidentemente seja desvantajosa para a Administração em todos os aspectos.

Situação análoga imaginamos ser a da competência para nomeação da maioria dos cargos em comissão previstos no quadro do funcionalismo, cuja definição é justamente serem de “livre” nomeação e exoneração por parte do Executivo. A nosso ver, o dever de boa administração vai além do manejo adequado pelo gestor de conceitos indeterminados previstos em lei, vinculando-o ainda quando tal tipo normativo não estabeleça qualquer critério objetivo para o ato.

Afora as hipóteses de desvio de poder, que infelizmente vem, em tese, sendo noticiadas no país com alguma frequência³⁰¹, a investidura de uma pessoa sem qualquer

²⁹⁸ O “político”, conforme a linha de raciocínio desenvolvida neste estudo, não é “ajurídico” ou imune ao Direito, alheio ao dever de o governante ser capaz de explicar às pessoas a racionalidade das escolhas feitas em nome delas.

²⁹⁹ “Desse modo, o merecimento continua, em certa medida, de acesso vedado aos controladores, desde que não sirva de biombo para que se esquive os agentes públicos do rigoroso cumprimento de seus deveres constitucionais e legais, pois não se aceita a mítica impermeabilidade da ‘esfera política’, que precisa ser devidamente constitucionalizada” (FREITAS, 2009, p. 107).

³⁰⁰ Como foi recentemente o caso da compra de caças pela força aérea brasileira (<http://politica.estadao.com.br/blogs/joao-bosco/polemica-compra-de-cacas-volta-a-pauta/>, 13/05/16, às 01:00).

³⁰¹ Como acusações de nomeação de ministros ou secretários de governo com a finalidade de se obstar (ou ao menos retardar) o prosseguimento investigação ou processo criminal. Em tais casos, em sendo comprovado o exercício da função para se alcançar fim diverso daquele previsto expressa ou implicitamente na regra de competência respectiva, o que no mais das vezes é feito por prova indiciária/indireta em contraste com ausência de esclarecimento plausível por parte da autoridade nomeante, a resposta dada pelo ordenamento é unívoca: nulidade (art. 2º, “e”, da Lei nº 4.717/65, segundo leitura feita a partir do inciso LXXIII, do art. 5º da CR, que prevê o manejo de ação popular para atos lesivos à moralidade administrativa). Sem adentrar no mérito do caso concreto, com o qual não tivemos contato, para ilustrar o movimento crescente de ações populares questionando nomeações de agentes públicos às voltas com processos judiciais, ver o caso da primeira dama do governador de Minas Gerais, Fernando Pimentel, cuja nomeação para a Secretaria Estadual do Trabalho e Desenvolvimento Social foi obstada pela justiça de primeira instância, decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça local. Carolina Oliveira, segundo reportagem, é investigada por operação da Polícia Federal que tem por objeto apuração de lavagem de dinheiro e irregularidade em campanhas eleitorais [<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/05/justica-mantem-suspensao-de-nomeacao-da-primeira-dama-de-mg.html>, dia 18.05.16, às 10:30].

qualificação para as funções que lhe caberá na Administração corresponde a uma conduta ilegítima.

Logo, em sendo tal ato questionado pelos órgãos de controle e/ou sociedade civil, a autoridade nomeante deverá oferecer justificção minimamente plausível para a aptidão do indicado para a missão que lhe foi atribuída.

Em não o fazendo, como não é dado ao gestor, na condição de ordenador de despesa pública, escolher com base no capricho, desprezando o significado de sua conduta para o regular funcionamento da burocracia estatal, a única solução possível é a exoneração do indivíduo cujo currículo seja completamente dissonante com o que se espera para o ocupante do cargo objeto da nomeação impugnada.

No exercício da função pública, vale lembrar, há antes de tudo um **dever de lealdade e coerência** do administrador para com os administrados, o que exige, na zona de penumbra entre o que é claramente lícito e o que é nitidamente vedado pelo ordenamento, uma justificativa racional do por que proceder de uma certa maneira.

O dever de *motivação* a cargo dos gestores, sob tal perspectiva, vai além de um singelo requisito de validade formal de atos imputáveis ao Estado (ANDRADE, 2007, p. 27 e ss.³⁰²), assumindo o caráter de instrumento indispensável para **assegurar a racionalidade** da ação administrativa (ANDRADE, 2007, p. 73³⁰³), o que pressupõe a **interdição do arbítrio** (VALDIVIA, 2012, p. 153 e ss.; FREITAS, 2009-C, p. 1177/1178).

Nada obstante, é através do oferecimento das razões pelas quais o administrador faz escolhas que implicam ganhos e perdas para diferentes pessoas que este busca a

³⁰² José Carlos Vieira de ANDRADE (2007) ressalta que o fato de o ordenamento jurídico exigir de alguns atos administrativos fundamentação expressa não exclui a necessidade de todos terem as razões que levaram a sua emissão exteriorizáveis, o que corresponderia a uma dimensão material do princípio da motivação (2007, p. 27 e ss.). *“Na realidade, verifica-se que, no fundo, as opiniões ‘substancialistas’ pressupõem ou privilegiam as situações em que não existe uma imposição legal direta de fundamentação, mas sim um dever resultante da própria natureza do ato, considerada à luz de diversas normas ou princípios no quadro de referências próprias da ideia de Estado de Direito”*. Mais à frente o doutrinador português prossegue: *“Com este entendimento (de que nas situações em que a lei exige, existe uma dimensão formal autônoma a ser observada para a produção de certos atos) não se nega nem se enfraquece a ideia de a fundamentação ter uma ineliminável dimensão material, à qual o dever formal serve de instrumento e garantia; ao contrário, é precisamente a partir dessa dimensão material que se justifica a construção de um dever formal autônomo”*(ANDRADE, 2007, p. 26/27).

³⁰³ Vieira de ANDRADE (2007), registrando que o dever de fundamentação das decisões cumpre diferentes funções na ação administrativa, destaca que, a seu ver, a principal seria justamente a de garantir a qualidade das escolhas feitas pela Administração. O autor afirma que essa ideia passa pela superação de uma visão oitocentista do Direito Administrativo como instrumento de contenção do “administrador vilão” no que diz respeito à tutela dos direitos individuais, sendo mais adequada à realidade do Estado de bem estar social, em que a organização política tem por tarefa a realização do interesse público definido pelas leis (ANDRADE, 2007, p. 72/73). Confira-se passagem: *“o objetivo principal de um legislador razoável não pode ser aí senão o de prevenir contra decisões que, por falta de reflexão ou de ponderação, possam ser levianas, desequilibradas ou de outro modo arbitrárias, e, por consequência necessária, alheias ou contrárias ao interesse público”*(ANDRADE, 2007, p. 73).

legitimidade para o exercício do poder (ANDRADE, 2007, p. 27; VALDIVIA, 2007, p. 159), com a adesão voluntária do maior número possível de indivíduos às políticas necessárias ao bem estar de todo o tecido social (ANDRADE, 2007, p. 77).

Na linha do quanto já exposto neste estudo, busca-se com essa dimensão material da *motivação* da decisão administrativa, sobretudo nas situações em que esta não é exigível pelo ordenamento como requisito de validade formal de um ato, que o gestor comprometa-se com higidez da opção feita, sendo capaz de justificá-la racionalmente, em termos análogos do que se exige do juiz quando da prolação de uma sentença (VALDIVIA, 2012, p. 163³⁰⁴), atividade que, como a do administrador, corresponde a uma aplicação do Direito (*Rechtsfindung*).

Através da *motivação* das opções feitas, portanto, passa a Administração a não só cumprir condição formal para a validade dos seus atos, como também a **estabelecer um importante canal de diálogo com a população**, buscando compreensão e apoio desta quanto a eventuais medidas impopulares que tenha que implantar.

Neste contexto, a *fundamentação* das decisões administrativas ganha contornos de ferramenta indispensável para reduzir a resistência da sociedade quanto à condução de políticas públicas, o que revela sua estreita relação com o *princípio da boa administração* (VALDIVIA, 2012, p. 158; SOLÉ, 2012, p. 314/315³⁰⁵).

3.1.1.5.3. ACCOUNTABILITY

“*Accountability*” é um tema bastante utilizado na tradição jurídica anglo-americana (STRAUSS, 1984, p. 599 e ss.; AMAN JR./MAYTON, 2001, p. 102 e ss.; SCHWARTZ, 1991, p.194; PIERCE JR./SHAPIRO/VERKUIL, 1999, p. 224; NEIL/SARGENT/SWAN, 2002; CANE, 2011, p. 13 e ss.; GALLIGAN, 2011, p. 88 e ss.; WADE/FORSYTH, 2014,

³⁰⁴ Diego Zegarra VALDIVIA, entendendo haver uma tendência doutrinária no sentido de acentuar a compreensão do *princípio de motivação* dos atos administrativos sob uma perspectiva material (“*la tendencia es a acentuar el aspecto de fondo, lo que quiere decir que se le da a motivación un carácter substantivo como elemento de acto administrativo*”), defende a reformulação do conceito de motivação, “*de forma que se coloque em primeiro plano sua essencial característica como de discurso justificador de uma decisão, mais próximo à motivação da sentença (judicial), e isso no sentido de que é necessário reconhecer à atividade administrativa em seu conjunto um contínuo contraste entre a necessidade de se garantir o administrado na sua relação com a administração e a não menos importante necessidade de fazer eficiente (rápida, econômica e adequada a seus fins) a própria atividade (administrativa)*”(VALDIVIA, 2007, p. 163).

³⁰⁵ Juli Ponce SOLÉ (2012) traz uma curiosa alegoria comparando a motivação registrada no expediente que precede uma decisão administrativa à caixa preta (*caja negra*) das aeronaves. “*Os dois elementos, motivação e expediente, registram, como no caso das aeronaves, se nos é permitida a comparação, as principais vicissitudes do exercício da função administrativa, as quais devem ficar gravadas em ambos*”(SOLÉ, 2012, p. 315).

p. 24/25; CRAIG, 2010, p. 103 e ss.³⁰⁶; MORAN, 2015) e que tem sido referido pela doutrina dos países de *civil law* com uma frequência crescente (CAMPOS, 1990; GABARDO, 2002, p. 55; MARTÍNEZ, 2005; LACAVA, 2008, p. 394; PINHO/SACRAMENTO, 2009; MOREIRA, 2010, p. 86; MARQUES NETO, 2010, p. 2; CUSTOS, 2010; Mário ALMEIDA, 2012, p. 68; MOCKLE, 2014; GONÇAVES, 2013; BRÈLAZ/AQUINO, 2013; BERNARDES, 2013, p. 121; RANIERI, 2014; SANTOS, 2014, p. 150; ROSANVALLON, 2015, p. 269³⁰⁷). Apesar de difícil tradução para nosso vernáculo (CAMPOS, 1990; SCHIRATO, 2013, p. 128; RANIERI, 2013, p. 312), a principal ideia que subjaz ao referido princípio é a de que o **gestor público deve responder perante à sociedade** pelas decisões que toma a partir dos poderes que, através da Constituição e das leis, são-lhe conferidos pela população³⁰⁸.

Uma autoridade *accountable* nesse sentido seria aquela que, responsável por uma escolha, estaria apta a explicar aos cidadãos o porquê desta em detrimento de outras alternativas possíveis à vista de determinadas circunstâncias³⁰⁹.

Trata-se, sob tal ótica, de uma leitura material (e não apenas formal) do **dever de prestar contas** que a adoção da forma republicana de governo impõe aos gestores do bem comum³¹⁰, e que leva a desdobramentos de outros princípios já consagrados nos sistemas

³⁰⁶ Paul CRAIG remete ao século XIX a preocupação no sistema britânico pela *accountability* no exercício da função administrativa, o que teria tido sua origem no desejo do Parlamento em ter alguém apto a prestar contas/responsável (*a person directly answerable*) no seio da burocracia estatal (CRAIG, 2010, p. 104).

³⁰⁷ No âmbito do Direito Comunitário europeu o termo *accountability* também vem sendo empregado pelos autores ao discorrerem sobre o princípio da boa administração. Confira-se, por exemplo, CHEVALIER, 2014, p. 125 e ss; e SMITH, 2010.

³⁰⁸ D. J. GALLIGAN, ao apontar a base da *accountability* no fenômeno da delegação instrumental de poder da sociedade para o Estado, afirma ser de particular importância nos sistemas democráticos o fato de que “os oficiais para os quais os poderes são outorgados devem ‘responder e estar aptos a justificar’ suas ações perante a comunidade. A suposição implícita é que todos os poderes governamentais, sejam aqueles soberanos do Legislativo, sejam aqueles delegados dos oficiais administrativos, são mantidos em nome da comunidade e, portanto, prestação de contas deve ser feita perante essa”. No original: “officials to whom powers have been delegated must account for their actions to the community. The underlying assumption is that all government powers, whether the sovereign powers of legislatures or the delegated powers of administrative officials, are held on behalf of the community and therefore, account must be made to it” (GALLIGAN, 2011, p. 4). Nessa pequena passagem propomos a tradução da ideia de *accountability* como o *dever de prestar contas* e como ônus de a autoridade *responder por seus atos frente aos cidadãos, além de estar apta a explicá-los publicamente*. Desenvolveremos essa compreensão a seguir no corpo do texto.

³⁰⁹ Pedro GONÇALVES, com notável clareza, assim define a “*accountability*” sob uma perspectiva jurídica: “se trata de uma relação jurídica na qual um agente tem a obrigação de explicar ou justificar a sua conduta a um terceiro. Um dever de prestar contas na esfera pública e a sujeição ao escrutínio público recaem sobre todos os agentes competentes para a tomada de decisões que se traduzam no exercício de um poder político; a prestação de contas estende-se à decisão, às consequências da decisão, bem como à não-decisão, à inação (GONÇALVES, 2013, p. 28). Entre nós, Egon Bockmann MOREIRA apresenta *accountability* como uma síntese entre “*transparência, participação, informação, justificação e prestação de contas aos interessados (com responsabilização das autoridades públicas)*” (MOREIRA, 2010, p. 86).

³¹⁰ Dever que, na nossa tradição jurídica, teve importante consagração no art. 15 da Declaração de Direitos de 1789, como já apontado neste estudo (item 3.1.1.5).

jurídicos de raiz romano-germânica, como o da *publicidade-transparência* e da *motivação*, sobre os quais discorreremos linhas acima.

Ao incorporar a ideia de que a função que exerce tem sua razão de ser na coletividade, o servidor público passa a ter como norte de todas as suas tarefas a *eficiência*, o que pressupõe, em um Estado de Direito, o dever de informar as pessoas a respeito dos elementos fáticos e normativos que pautam sua conduta, independentemente da previsão explícita de um ônus formal de motivação como condição de validade para a expedição de um ato administrativo.

Neste contexto é que, reforçando o quanto já exposto anteriormente acerca do atual alcance do dever de fundamentação no exercício de competência executiva, defendemos a necessidade de o administrador ter condições de explicar racionalmente a adequação de escolhas antes vistas como unicamente “políticas” no que se refere à indisponível busca de satisfação dos interesses gerais que lhe são impostos pelo nosso ordenamento.

A *accountability*, ao exigir do gestor o **compromisso com a perseguição de objetivos coletivos**, também implica desenvolvimento de meios capazes de controlar sua atuação, seja pela promoção tanto de regras claras de imputação (a que servidor é imputável cada ação/omissão estatal)³¹¹, como de responsabilidade (consequência pelo descumprimento de deveres funcionais).

Como já lembramos em mais de uma oportunidade nesse trabalho, o Estado não existe, mas sim pessoas que, na forma do Direito, têm a incumbência de exercer autoridade sobre as demais como condição para viabilizar a vida harmônica em grupo.

Assim, se um cidadão se dirige a uma repartição pública para veicular um pleito de seu interesse, este tem o direito de saber qual é o nome do agente estatal que o recebe (ORTIZ, 2012, p. 242³¹²), bem como, caso este não seja competente para avaliar a matéria, de ser devidamente encaminhado para a pessoa que cuida do assunto (GÉRARD, 2014, p.

³¹¹ Patrick GÉRARD nos dá notícia que no sistema jurídico francês há vedação quanto ao anonimato dos servidores, garantia conferida aos cidadãos pelo art. 4º da Lei DCRA de 12/04/2000 (diploma referente aos direitos dos cidadãos nas suas relações com a Administração)(GÉRARD, 2014, p. 284). Ao fazermos a consulta do dispositivo no site <https://www.legifrance.gouv.fr/> [29/05/16, às 2:00] consta que este foi revogado pela Ordenança nº 2015 – 1341 de 23/10/2015.

³¹² Gaspar Ariño ORTIZ dá notícia de que a Lei de Procedimento Administrativo Comum espanhola prevê expressamente esse direito do cidadão (Lei nº 30/1992)(ORTIZ, 2012, p. 242). Confira-se a redação do artigo respectivo: “**Artículo 35. Derechos de los ciudadanos.** Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: (...) b) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos” [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318> - acesso em 10/10/16, às 10:30].

284), sem o costumeiro conflito negativo de atribuições em completo descaso com a pessoa do contribuinte³¹³(CHEVALIER, 2014, p. 140).

Logo, deve haver regras acessíveis de imputação de tarefas a agentes estatais, além do desenvolvimento de mecanismos para fiscalização da boa execução dos serviços públicos³¹⁴.

A transparência, a motivação, a imputabilidade e o controle no exercício do poder, podendo em certa medida serem considerados como deveres anexos à obrigação de todo administrador público *prestar contas* à população do que faz³¹⁵, de nada ou pouco contribuiriam para uma ação administrativa mais eficiente caso os gestores públicos continuem a desenvolver suas atividades em descompasso com as reais necessidades³¹⁶ dos

³¹³ Infelizmente ainda é comum para todos aqueles que dependem dos serviços públicos fornecidos pelo Estado, como os de saúde e previdência, encaminhamentos sucessivos de estabelecimento para estabelecimento, às vezes mantidos por diferentes esferas de governo, sem que haja uma real preocupação por parte dos servidores para que o cidadão de fato receba o atendimento de que precisa. Nos processos judiciais em que se questiona esse tipo de (não) prestação, não é raro o próprio órgão de representação judicial encarregado da defesa de uma autarquia e da Administração direta responsáveis por uma atividade, por exemplo, venha a juízo reclamar a ilegitimidade passiva de um dos entes, no intento de que o feito seja reproposto para que, só após sanada a irregularidade formal, enfim apresente defesa em nome da demandada “correta”. Por que o órgão da Procuradoria, tendo capacidade de se manifestar em juízo por qualquer das pessoas indicadas pelo autor da ação, não apresenta desde logo a defesa em juízo por parte de quem de direito?

³¹⁴ O que envolve o tema do controle da Administração, sobre o qual ainda discorreremos com mais vagar no final deste capítulo.

³¹⁵ Dever de *prestar contas* que, vale lembrar, decorre do fato de vivermos em uma República, como já fizemos referência linhas acima.

³¹⁶ Preocupação com a realidade que inclusive deveria pautar as escolhas organizacionais estatais no que diz respeito à eleição da forma pela qual serviços públicos (aqui entendidos em um sentido lato, ou seja de atividades desenvolvidas pela organização política em prol da população) serão prestados. Entre nós a questão é abordada com maestria por Gustavo BINENBOJM (2016), tendo por pano de fundo a tormentosa problemática do exercício de poder de polícia por entes privados, tema ao qual dedicamos nossa atenção no mestrado (CUNHA FILHO, 2014). Destacamos passagem bastante lúcida da lição do Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ: “*Há de se reconhecer espaço fértil para que decisões e escolhas sejam tomadas pelos Poderes eleitos. A Constituição é dúctil o suficiente para permitir que diferentes arranjos institucionais sejam pensados e implementados para a consecução de interesses e finalidades públicos. Dito de outra forma: se, por um lado, a Constituição não interdita a delegação do poder de polícia a particulares, nem compeliu o poder público a fazê-lo, por outro ela abriu caminho a que se buscassem arranjos institucionais consentâneos com a realidade, com as necessidades e com o dinamismo de cada época*” (BINENBOJM, 2016, p. 264). Ainda que não aderindo à premissa adotada pelo autor no que diz respeito à regra geral de não interdição do exercício do poder de polícia por particulares, o fato de que a escolha da forma pela qual tal atividade será exercida deve estar atenta ao seu bom funcionamento nos parece irretocável e deveria nortear os gestores públicos na formulação dos desenhos organizacionais a servirem de base a toda atuação estatal. Quanto à relação direta entre a ideia de *accountability* e a de eficiência, passando pela avaliação das alternativas disponíveis para a organização de serviços públicos, ver Paul CRAIG (2010, p. 106 e ss.). A título de exemplo, o professor de St. John’s College – Oxford nos informa que no sistema britânico há uma verificação periódica quanto à adequação do desempenho de funções públicas por entidades não sujeitas ao controle hierárquico direto do chefe do Executivo (as NDPBs – Non Departmental Public Bodies), inclusive no que concerne à persistência da própria razão de ser de determinada tarefa ou então do modelo de prestação que para ela vem sendo utilizado (CRAIG, 2010, p. 106/107).

cidadãos, com o papel do Estado (e do Direito) no estabelecimento de uma ordem social mais justa³¹⁷.

Dessa forma, como pressuposto de um modelo deontológico de governança estatal temos a exigência de o **gestor estar vinculado aos fins que justificam os poderes que lhe são conferidos pela Constituição/leis**, nunca se olvidando do que dele se espera no exercício de cargo eletivo ou burocrático³¹⁸.

Adstrito ao propósito de gerar efeitos no mundo fenomênico compatíveis com o desenho constitucional do nosso Estado, o administrador deve se ver responsável (não só perante o controle, como em face da sociedade³¹⁹) pelo êxito das tarefas que lhe cabem, as quais, por sua vez, precisam ser desempenhadas segundo as regras e princípios constitucionais vigentes.

Em outras palavras, podemos dizer que o *dever de prestar contas/justificar suas escolhas* implica, segundo a melhor doutrina, uma responsabilidade do gestor quanto à boa performance das atividades de sua competência (CANE, 2011, p. 12/13³²⁰).

A introdução de um *dever de prestar contas* com tal alcance em um dado sistema jurídico, desde que devidamente assimilado por políticos e pela burocracia estatal, tende a repercutir de forma bastante sensível no dia a dia da Administração, reavivando na memória dos gestores o que justifica o dever de obediência que é imposto aos cidadãos pelas normas vigentes em determinado ordenamento.

³¹⁷ Nunca sendo demais o alerta de que uma visão meramente formalista do Direito, sem sua necessária relação com a ideia de Justiça, embora bastante cultuada nos primórdios da afirmação do modelo de produção capitalista em boa parte do mundo ocidental, já era apontada por Max WEBER como insuficiente para atender os anseios da grande massa populacional de despossuídos (WEBER, 2009, p. 29 e ss.).

³¹⁸ Sobre tal aspecto, Pierre ROSANVALLON (2015), identificando três perspectivas quanto ao *dever de prestar contas* a cargo do gestor (entrega de registro contábil, justificação de ações passadas e avaliação de políticas), lembra de forma muito pertinente que a Democracia é o “regime que obriga um poder a se explicar”(ROSANVALLON, 2015, p. 269/270).

³¹⁹ Segundo Nina RANIERI, recorrendo ao pensamento de Leonardo MORLINO, “a ‘accountability’, por sua vez, deve ser vertical e horizontal. A vertical se verifica quando os eleitores pedem contas a seus representantes; a horizontal, quando os governantes prestam contas a instituições ou partidos com competências de controle. A ‘accountability’ supõe a supremacia da lei, com as características acima apontadas, assim como alternativas eleitorais genuínas e polarização entre partidos políticos e imprensa livre. Além dessas condições, é essencial que cidadãos ativos, interessados, educados e informados, que tenham internalizado os valores fundamentais da democracia, estejam envolvidos no processo político”(RANIERI, 2014, p. 307).

³²⁰ Peter CANE (2011), após relacionar o Direito Administrativo com quadro institucional e normativo, acrescenta sua vinculação à performance administrativa: “Direito Administrativo envolve a accountability de administradores públicos pela performance de suas funções, pelo exercício de poderes e pela liberação de seus deveres”(CANE, 2011, p. 12/13.) .

3.1.1.5.4. RESPONSABILIDADE

Por *responsividade*, *receptividade* ou *reatividade* no exercício da função administrativa entende-se a capacidade de a Administração estar aberta ao diálogo com os administrados, melhor adequando, quando o caso, os seus propósitos e as suas condutas às aspirações sociais.

Se pela *accountability/dever de prestar contas/justificar escolhas* há um parâmetro de controle da função administrativa segundo o fim que é a razão de ser dos poderes que são conferidos à autoridade, pela *responsividade* o que se exige do gestor é uma atenção permanente sobre os efeitos concretos da prestação de serviços (sentido lato) na realidade, estando aberto às críticas formuladas pelos destinatários da atividade pública e, sempre que possível, buscando agir em conformidade com as expectativas que os cidadãos têm em face do Estado³²¹.

Robert A. DAHL inicia sua reflexão na célebre obra *Poliarquia* (1971) situando a *responsividade*, compreendida como a aptidão de o governo continuamente responder/reagir às preferências dos cidadãos, considerados politicamente iguais, como elemento central de uma Democracia (DAHL, 1971, p. 1 e ss.).

Para que a organização política desincumba-se de tal encargo, DAHL defende que deve ser assegurado a todos os indivíduos a faculdade de formulação de suas preferências, a partir de ação individual ou coletiva, perante os demais concidadãos e o governo, bem como o direito de tê-las devidamente ponderadas de forma isonômica pelos governantes (DAHL, 1971, p. 2).

Lucio R. RENNÓ, após registrar a dificuldade em se traduzir o termo *responsiveness* para o português, compreende o vocábulo como:

(...) a capacidade que pessoas ou instituições têm de reagir com rapidez a circunstâncias ou eventos que os constroem ou desafiam. Aproxima-se bastante da ideia de receptividade, de capacidade de recepcionar e absorver pressões, modificações e demandas (RENNÓ, 2015, p. 895).

³²¹ Um esforço para diferenciação entre significados conferidos aos vocábulos *accountability* e *responsiveness* pode ser encontrado na reflexão de Nina RANIERI: “As palavras ‘responsiveness’ e ‘accountability’ não tem tradução em português. ‘Responsiveness’, na língua inglesa, é utilizada para designar ‘capacidade de responder’, no sentido de ‘atender completamente a uma demanda’. ‘Accountability’, por sua vez, tem sido empregada na doutrina para expressar a contínua preocupação com controles, avaliações, supervisão e responsabilidade institucional no exercício do poder. No núcleo da ‘political accountability’, enfim, estão dois pressupostos básicos e fundamentais: a obrigação dos governantes informarem os cidadãos respeito do que fazem no trato da coisa pública e a capacidade institucional de controlar e punir aqueles que violam seus deveres públicos nessa atividade” (RANIERI, 2014, p. 302).

Usando o termo *receptividade* para designar ideia próxima da ora referida, Xavier MENDOZA e Alfred VERNIS (2008) defendem o dever de a Administração elevar o grau de resposta às demandas individuais que lhe são formuladas, além de promover a “*máxima sinergia possível entre os recursos, conhecimentos e capacidades do setor público e do privado*” (2008, p. 54).

Pierre ROSANVALLON (2015) emprega o vocábulo *reatividade* para qualificar a postura da Administração na relação com os administrados na pós- modernidade. O professor do *Collège de France*, apoiado em rica pesquisa bibliográfica, aponta para o início do século XIX como o primeiro momento em que no seu país já se questionava formas mais eficientes de se governar em uma democracia, o que dependeria de uma aproximação maior entre governantes e governados, fenômeno tendente a devolver o poder soberano a estes, obrigando àqueles a atenderem as expectativas/necessidades materiais e espirituais da população (ROSANVALLON, 2015, p. 269 e ss.).

D. J. GALLIGAN (2011) também discorre sobre a questão do papel limitado das leis e instituições democráticas no enfrentamento dos desafios experimentados pelas sociedades modernas, sendo que, no que diz respeito ao controle do exercício da discricionariedade pela autoridade³²², o doutrinador traz como conceito chave a ideia de *responsive law*, a qual, decorrendo de uma visão instrumental do poder estatal, redundaria na vinculação da autoridade não só aos fins que justificam a sua capacidade de agir na realidade, como à permanente revisão dessas finalidades à luz de uma participação maior dos cidadãos no processo de tomada de decisão pública (GALLIGAN, 2011, p. 99 e ss.³²³).

Como se pode ver desse breve apanhado da compreensão de alguns autores acerca do papel da *receptividade* no desenvolvimento das competências atribuídas ao Estado, ainda que haja alguma variação quanto ao alcance do postulado a depender da lição examinada, há uma expressiva corrente de pensamento defendendo uma releitura das bases

³²² Vale dizer que é justamente a necessidade de controle da discricionariedade inerente ao exercício da função administrativa que serve como ponto de partida para muitos autores anglo-saxões referidos no tópico anterior exporem sua reflexão sobre o significado e alcance da *accountability* no sistema da *Common Law*.

³²³ Destacamos passagem da lição de D. J. GALLIGAN: “*A ideia básica é a de que todos os poderes são conferidos às instituições por propósitos específicos, e todos esses podem ser compreendidos de forma suficientemente objetiva para prover direção (guidance) para o desenho tanto das instituições como dos procedimentos para a tomada de decisão, além de orientarem a determinação de fins substantivos para os quais as decisões devem ser conduzidas*” (GALLIGAN, 2011, p. 100). Um pouco mais à frente o professor complementa que a preocupação constante com tais propósitos enseja um caminho alternativo à tendência natural das instituições quanto à criação de regras de tomada de decisão tidas como fins em si mesmas, dissociadas, pois, de sua razão de ser (GALLIGAN, 2011, p. 100/101).

em que se dá os contatos entre governantes e governados como condição para uma maior legitimidade democrática da organização política, elemento central para que a intervenção daqueles na vida destes potencialize seus efeitos³²⁴.

Tal proposta também vai ao encontro da visão exposta no capítulo anterior deste estudo quanto à artificialidade da divisão entre Estado e sociedade civil, já que, ao fim e ao cabo, o que temos são pessoas que se relacionam sob o signo do Direito, umas em situação (temporária) de mando e outras em situação (temporária) de obediência, sendo que todas deveriam, no âmbito de atribuições que é próprio a cada qual, cooperar para a promoção de condições saudáveis de vida em comum.

Para que tal cooperação renda bons frutos, é fundamental o estabelecimento de canais eficientes de troca de informações e pretensões de parte a parte, o que merecerá nossa atenção a seguir, ao tratarmos da participação popular como instrumento da governança administrativa.

3.1.2. GOVERNANÇA – INSTRUMENTOS

Após termos delineado os pressupostos de uma boa governança administrativa, vamos passar a discorrer sobre algumas das ferramentas para que esse modo de agir estatal, que pretende aliar observância a princípios republicanos com busca de resultados, concretize-se no dia a dia do gestor público.

Para que a ação estatal³²⁵ em um Estado de Direito possa atingir um equilíbrio ótimo entre a necessidade de garantia dos direitos dos particulares e o imperativo de um

³²⁴ O termo *responsividade* também passa a frequentar as reflexões de autores pátrios que, igualmente com alguma variação, empregam-no com a ideia de pregar o dever de a Administração agir buscando a atender as expectativas que a população tem quanto ao exercício da função pública. Confira-se, a respeito, Marcos Augusto PEREZ (2000, p. 222 e ss.), Bruno Grego dos SANTOS (2012, p. 48 e ss.), Floriano Azevedo MARQUES NETO (2010) e Nina RANIERI (2013, p. 312 e ss.; 2014, p. 300 e ss.). Tratando sobre um dos principais desafios da atividade de controle da Administração, que seria o de muitos órgãos encarregados da missão não se verem comprometidos com o bom resultado da tarefa fiscalizada, pontua MARQUES NETO: “Primeiro (problema da autonomização do controle), o déficit de responsividade. O controle se volta hoje mais ao processo e à verificação formal do cumprimento de prescrições legais em detrimento da análise do impacto das medidas adotadas, da efetividade dos resultados. A receptividade ou a frustração das expectativas dos atores sociais em relação à ação administrativa assume importância menor. A defesa da moralidade e do patrimônio público (inegavelmente da maior relevância) basta a ser objetivo bastante e suficiente. Evitar o descalabro passa a ser a única meta a alcançar, ainda que isso leve a total inoperância da Administração” (2010, p. 22 – versão digital).

³²⁵ Sem que se ignore a importância da estrutura para a produção de uma ação estatal eficiente, segundo o corte que estabelecemos para este estudo, após o delineamento de pressupostos para a governança pública, pensamos neste tópico nas ferramentas para o desempenho da função executiva segundo os ditames da boa administração. No que se refere à escolha de elementos organizacionais apropriados para cada tarefa a ser desempenhada pela burocracia (estrutura), vale a referência que fizemos quanto à técnica de reavaliação de modos de prestação de serviços ao tratarmos do significado do princípio da eficiência/boa administração em

adequado emprego dos recursos materiais sempre limitados da organização política, não basta que essa se pautem pela boa fé, proporcionalidade, transparência, motivação, reatividade e dever de prestar contas.

Além do norte dado pelos referidos princípios, é essencial que se valorize o **processo de tomada de decisão** da autoridade, o qual, além de ser um instrumento vocacionado a garantir direitos e interesses potencialmente atingidos por um ato administrativo, também deve ser encarado como um espaço de diálogo público-privado cujo aproveitamento leve a uma ação pública mais eficiente.

A valorização do processo decisório, por sua vez, de pouco ou nada servirá à boa administração caso o gestor não tenha uma compreensão desmistificada do alcance do princípio da legalidade na disciplina da atuação pública (conforme desenvolvido no Capítulo 2, *supra*), e, conseqüentemente, ciência do papel do **consenso** não só na legitimidade da atividade administrativa como na sua eficiência.

Ainda discorreremos sobre a forma pela qual a **participação popular** tende a enriquecer o processo de tomada de decisão estatal, fenômeno que tem um potencial imenso para mudar as rotinas das repartições públicas e as próprias bases em que se dá a relação entre governantes e governados, ainda contaminadas por uma separação idealizada das esferas pública e privada que supostamente demarcaria com precisão diferentes âmbitos do comportamento humano.

Finalmente trataremos do **controle** da atividade administrativa, função cujo bom desempenho é indispensável para que os agentes estatais observem adequadamente nos seus afazeres tanto os pressupostos como os instrumentos do modelo de governança pública proposto.

3.1.2.1. PROCESSO

Processo é caminho, é o iter a ser observado entre a competência para a atuação administrativa (agir em potência, segundo regras previstas de forma geral e abstrata no ordenamento) e a escolha a ser feita pelo gestor (ação ou omissão à vista de determinadas circunstâncias, as quais são devidamente situadas no tempo e espaço).

outros ordenamentos jurídicos (ver item 1.3, *supra*), além da necessidade de uma política adequada para o funcionalismo, tanto no que diz respeito às formas de seleção como na de remuneração de pessoal, passando pela implantação de um regime jurídico que estimule uma conduta pró ativa e responsável por parte dos servidores. Feito o registro, voltemos à reflexão sobre a função.

Apesar da grande polissemia comumente atrelada ao vocábulo *processo* já ter trazido alguma sombra ao seu reconhecimento como instituto do Direito Administrativo³²⁶, hoje a matéria está pacificada ao menos em nosso sistema jurídico, até mesmo pela produção de diversos diplomas legislativos a tratar do tema *processo* no âmbito do desempenho das tarefas a cargo do Poder Executivo³²⁷, dado de incomum apelo aos juristas de formação legalista³²⁸.

A face dinâmica do exercício do Poder, a transformação da potência em ato, é fenômeno comum às atividades de todos os órgãos estatais (MEDAUAR, 2008, p. 44³²⁹; SUNDFELD, 2011, p. 89 e ss.³³⁰), dos quais se destacam os macro órgãos referidos tradicionalmente pela doutrina, a saber: Executivo, Legislativo e Judiciário.

O fato de o desenvolvimento do *processo administrativo* ter merecido atenção tardia dos estudiosos do nosso Direito Administrativo³³¹, em especial quando comparado

³²⁶ Sobre a controvérsia acerca do uso da palavra *processo* para designar o iter da decisão a cargo do gestor público, ver, por todos, a reflexão de Odete MEDAUAR (2008), em seu *A Processualidade no Direito Administrativo*, p. 33/46. Embora a insigne jurista tenha constatado a tendência de se empregar o vocábulo *procedimento* como gênero do qual o *processo* seria uma espécie ao designar uma sucessão encadeada de atos caracterizada pela cooperação de seus sujeitos pelo signo do contraditório, esta propõe a adoção do termo *processo* para referência ao fenômeno da *passagem da potência ao ato* no bojo do exercício da função administrativa (MEDAUAR, 2008, p. 43/46). Neste estudo vamos usar o termo *processo* como indicativo de uma sucessão encadeada de atos tendentes a um resultado final e conclusivo, envolva tal encadeamento uma interação entre seus intervenientes sob o prisma do contraditório ou não.

³²⁷ Vide a Lei Federal de Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99, para ficarmos no exemplo mais marcante sobre o tema em nosso sistema.

³²⁸ Numa simplificação que pode até ser um pouco grosseira, mas que é bastante ilustrativa da visão de muitos estudiosos do Direito em nosso país, podemos dizer algo do tipo: se a lei escrita refere-se à expressão *processo administrativo* (note-se que pelo menos desde o advento da Constituição da República de 1988 o termo já era utilizado de forma expressa em nosso ordenamento – vide incisos LIV e LV do art. 5º da CR), o instituto existe no âmbito do Direito Administrativo. Caso a lei escrita não seja expressa a respeito, não existe *processo administrativo*, sendo que o que se dá entre a potência de ação e a ação do Executivo corresponderia a um mero *procedimento*.

³²⁹ “A resistência ao uso do vocábulo *processo* no campo da Administração Pública, explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito da atividade estatal se refere determinado processo” (MEDAUAR, 2008, p. 44).

³³⁰ “Importante perceber a razão da exigência de que os atos estatais sejam fruto de processo. Os agentes públicos exercitam poderes em nome de finalidade que lhes é estranha; desempenham função. Função é o poder outorgado a alguém para o obrigatório atingimento do bem jurídico disposto na norma. A lei, a sentença e o ato administrativo são unilaterais, sua produção não estando condicionada à concordância dos particulares atingidos. Estas duas características das atividades públicas – constituem função e geram atos unilaterais invasivos da esfera jurídica dos indivíduos – exigem a regulação do processo formativo da vontade que expressam” (SUNDFELD, 2011, p. 92).

³³¹ Os estudos tardios sobre o *processo administrativo* quando comparados aos referentes ao *processo judicial* é fenômeno que se deu também em outros países de tradição romano-germânica. Uma das explicações plausíveis para tanto é que o grande número e variedade de atividades a cargo dos agentes do Executivo impediu um tratamento uniforme quanto ao modo pelo qual estas devem se desdobrar. Confira-se a respeito SANDULLI, 1964, p. 15/16. Sabino CASSESE, por sua vez, reputa a demora no desenvolvimento doutrinário do *processo administrativo*, que só começou a tomar corpo no pós segunda Guerra Mundial, ao perfil do controle judicial da atividade do executivo (que durante muito tempo era voltado só ao resultado

àquele experimentado pelo *processo judicial*, certamente retardou uma melhor compreensão de como a atenção aos atos que precedem à tomada de decisão pela autoridade pode não só **evitar lesão aos direitos** dos particulares como **melhorar a performance** da ação estatal.

Administrar, como já apontado, é tarefa indissociável do Direito, com ênfase à importância da disciplina prevista na lei parlamentar quanto à condução dos afazeres públicos, esta interpretada à luz do texto constitucional vigente.

A forma pela qual o Direito condiciona a atuação dos servidores, contudo, não é sempre a mesma.

O papel do Direito na construção da opção do gestor pode ser basicamente de suas ordens. Ou o dizer o Direito pelo agente público é uma etapa prévia à adoção de uma conduta em nome do Estado (que pode implicar repercussão na esfera jurídica de terceiros). Ou o dizer o Direito é a própria atividade fim de responsabilidade do órgão administrativo.

DIZER O DIREITO PARA SI

A primeira hipótese corresponde àquela em que incumbe ao servidor a execução de uma atividade material em observância à competência que lhe é conferida legalmente (em sentido amplo, ou seja, pela Lei ou pela Constituição). Em sendo tarefa estatal a prestação de serviços públicos ou o exercício de poder de polícia³³², uma série de escolhas devem ser feitas pelo governante tanto para organizar a burocracia necessária para a realização de tais funções, como para alcançar resultados úteis na realidade que, como já dissemos em mais de uma oportunidade, é o que legitima a própria razão de ser da estrutura estatal.

DIZER O DIREITO PARA OUTREM

Na segunda, o que temos é o órgão administrativo dizendo o Direito para um terceiro (seja ente público ou privado), e não como etapa indispensável para sua própria intervenção na esfera jurídica alheia. Exercem tal tipo de atividade as repartições públicas responsáveis pela emissão de pareceres sobre determinados projetos/pleitos ou ainda pela realização de julgamentos administrativos diversos, como os envolvendo processos disciplinares, questionamento de regularidade de lançamentos tributários/lavratura de

final do exercício da competência), bem como à influência do Direito Privado em tal seara (para o qual havia pouca importância dos atos preparatórios em um iter dirigido à manifestação de vontade)(CASSESE, 1989, p. 223).

³³² Para ficarmos nos dois grandes âmbitos de atuação da Administração, ou seja, o de matiz prestacional e o ordenador.

multas de trânsito e a análise de condutas potencialmente ilícitas pelas agências reguladoras.

Apesar de o *dizer o Direito para si* e o *dizer o Direito para terceiro* apresentarem suas peculiaridades³³³, é importante ter em conta que a decisão tomada pelo gestor é uma interpretação de um único ordenamento jurídico que, vale lembrar, é o mesmo aplicado pelo Poder Judiciário quando instado a resolver controvérsias.

Para que ambas as tarefas sejam exercidas de forma legítima, não basta que o resultado alcançado seja considerado lícito.

O iter a ser percorrido pela autoridade deve observar **garantias procedimentais** tendentes a assegurar um desfecho que não só não viole direitos, como que constranja o mínimo possível a esfera de liberdade dos destinatários de determinada ação estatal.

Embora nem sempre o singelo cumprimento de regras processuais seja o suficiente para assegurar uma **decisão governamental** que corresponda a uma **expressão da Justiça** (que dê a cada um o que é seu, seguindo a máxima latina *suum cuique tribuere* – AMARAL, 2010, p. 120), esse atendimento passou a ser visto como instrumento importante de garantia da cidadania contra o arbítrio (MONTEIRO, 2006).

No Estado de Direito contemporâneo, a ideia que ganha dimensão é a de que o **processo administrativo** sirva não só para evitar ações despropositadas, que levem à lesão desnecessária de direitos e interesses dos indivíduos, como que potencialize uma **ação administrativa racional**, que empregue os escassos recursos materiais à disposição do gestor de forma inteligente (BAPTISTA, 2003, p. 245 e ss.; MONTEIRO, 2006, p. 348 e ss.).

Valorizar os passos dados pela autoridade antes da escolha que lhe cabe, exigindo **instrução adequada** do procedimento³³⁴, **ponderação dos diferentes interesses** em disputa³³⁵ e **solução que seja coerente** com as evidências/elementos probatórios

³³³ A principal diferença entre as duas funções nos parece ser justamente o fato de que, enquanto o *dizer o Direito para si* é uma tarefa executiva propriamente dita, ou seja, a de buscar alcançar resultado na realidade compatível com as previsões constantes no ordenamento jurídico, a de *dizer o Direito para terceiro* é uma função de controle daquela primeira, ou seja, é desempenhada de modo a garantir que aquela seja exercida de modo a não violar as regras e princípios vigentes em um dado sistema. Aprofundaremos nossas considerações a respeito ao tratarmos do controle como instrumento da eficiência administrativa.

³³⁴ Procedimento entendido aqui como a documentação das principais etapas do processo, suporte físico ou digital no âmbito do qual é proferida uma decisão.

³³⁵ Ao identificar como uma das finalidades do processo administrativo a realização de Justiça na Administração, Odete MEDAUAR pontua: “o processo administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e a ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses que envolvem uma situação” (MEDAUAR, 2008, p. 72). Em sentido próximo é a lição de Sabino CASSESE, para o qual o processo administrativo tem três funções: dimensão

produzidos (DUARTE, 1996, p. 330 e ss.), corresponde a um poderoso instrumento de governança administrativa.

Seja em uma atividade de execução, seja em uma atividade de controle, o **esclarecimento de fatos**, inclusive sob a perspectiva de outras ciências ou artes, pode-se revelar uma etapa fundamental para a racionalidade da decisão a ser tomada pelo gestor.

Em controvérsias envolvendo a tutela do meio ambiente e o direito à moradia, por exemplo, pouco (de útil) pode ser dito exclusivamente a partir de uma leitura dos textos legais.

Situando a disputa em termos de valores albergados pela nossa Constituição³³⁶, o intérprete encontrará fundamento normativo para decisões mais ou menos a favor da consolidação de ocupações irregulares o que, na falta de exigência de um processo administrativo plural e transparente, abriria grande margem para decisões pouco fundamentadas, guiadas preponderantemente por razões de índole pessoal, conforme a filiação do gestor a esta ou àquela visão de mundo e/ou político-partidária.

Logo, em um cenário em que se discute a viabilidade de pessoas permanecerem em áreas de preservação ambiental, uma boa apreciação da questão pela Administração pressupõe a produção isenta de conhecimento sobre a área objeto do litígio. É preciso identificar a extensão dos loteamentos clandestinos, quantas e quais pessoas fixaram residência na área, há quanto tempo e os prós e contras da promoção de regularização fundiária naquele local.

O acurado delineamento das circunstâncias de fato que reclamam a intervenção do Poder Público passa, necessariamente, pela **oitiva de todos os potenciais atingidos** pela ação estatal projetada e/ou interessados no desfecho do procedimento respectivo. Da parte dos particulares que vivem na área, a autoridade terá condição de obter informações imprescindíveis para aferição da **proporcionalidade** das medidas pensadas para o espaço.

Saliente-se, a respeito, dois aspectos: sob tal perspectiva não só o **direito subjetivo** (de ser ouvido) dos destinatários da intervenção do Poder Público é atendido³³⁷, como a

organizacional do exercício da atividade administrativa, limite à atuação dos governantes e espaço para a composição de interesses (CASSESE, 1989, p. 224/225).

³³⁶ Para ficarmos em dois dispositivos da Constituição da República que, se usados isoladamente pelo gestor, poderiam em tese justificar qualquer decisão administrativa (o que, sem maiores considerações com a situação de fato que lhe é subjacente, é fenômeno que resvala no arbítrio), citemos o art. 6º da CR assegurando como direito social o *direito à moradia* e o art. 225 que estabelece que o meio ambiente, bem de todos, deve ser preservado para as presentes e futuras gerações.

³³⁷ O direito de ser ouvido (*right to be heard*), na qualidade de direito subjetivo, corresponde a um Princípio Geral do Direito em torno do qual importante parte do instituto do **devido processo legal** (*due process of law*) desenvolveu-se no sistema anglo-saxão, em um evoluir que ultrapassou a exigência de garantias procedimentais a favor dos cidadãos até impor o dever de um resultado razoável como contracautela em prol

legitimidade e a **eficiência** do exercício da prerrogativa do agir unilateral próprio da organização política são valores postos em primeiro plano na condução dos afazeres administrativos (BAPTISTA, 2003, p. 243 e ss.).

Se o sucesso de muitas políticas depende em grande medida da colaboração dos particulares quanto à sua implementação, nas situações envolvendo a ordenação do solo a confiança e o apoio das comunidades atingidas é fundamental para que a intervenção pública, além de ser exitosa, evite verdadeiras tragédias³³⁸.

O modelo do governante encastelado em sua torre de marfim ditando de cima para baixo como seus súditos deveriam se comportar, se é que já foi de algum modo eficiente entre nós, revelou no decorrer do século XX suas sérias limitações para, no âmbito do Direito Urbanístico, conduzir à formação de cidades sustentáveis.

Considerando que o exercício da autoridade do Estado em seara tão sensível como a do direito à moradia, quando feito de forma indiferente às necessidades e expectativas dos alcançados pela intervenção³³⁹, vem produzindo resultados muito aquém dos desejados, impõe-se ao gestor o ônus de aprimorar seu processo de tomada de decisão (BUCCI, 2013, p. 103 e ss.), o que passa pelo **envolvimento das pessoas na construção das escolhas** a serem feitas com potencial de impacto no seu dia a dia³⁴⁰.

do indivíduo face o arbítrio no exercício do poder. O pressuposto para o desenvolvimento desta teoria, vale lembrar, é o reconhecimento da inevitabilidade do agir discricionário da autoridade, o que implica a necessidade da imposição de limites à sua atuação como condição de preservação da liberdade individual. Sobre o tema, confira-se, dentre tantos, a reflexão de Peter CANE (2011), que discorre sobre o papel do processo na garantia da justiça tanto da produção normativa das agências (*rulemaking*) como da emissão de ordens concretas (*decision-making/adjudication*), sendo que os pilares do bom desenvolvimento dessas funções estariam na imparcialidade (*the rule against bias*) da autoridade e na observância da oitiva justa (*fair hearing rule*) dos atingidos pelo exercício da competência (CANE, 2011, p. 69 e ss.). Entre nós esse direito subjetivo é expressamente assegurado pelo inciso II do art. 9º da Lei 9.784/99: “São legitimados como interessados no processo administrativo: (...)II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”. Sobre o direito de participação do cidadão em procedimentos envolvendo direitos difusos, ver ANTUNES (1998, p. 125 e ss.), MIRRA (2011) e, no que diz respeito à delicada temática dos recursos hídricos, MELONCINI (2015).

³³⁸ Exemplo de tragédia decorrente do modo tradicionalmente empregado pelos nossos gestores para implantação de políticas públicas de moradia, retirando-se favelas das áreas centrais das cidades com a realocação de pessoas nas periferias, áreas muitas vezes com infraestrutura extremamente precária, ver o relato feito pelo Defensor Público Jairo Salvador de SOUZA sobre desocupação realizada em São José dos Campos – SP, que redundou em confronto entre jovens de comunidades lideradas por grupos criminosos rivais e, conseqüentemente, na morte de muitos deles. Nesse caso, a simples oitiva dos indivíduos alcançados por essa macro engenharia, com o conhecimento da (triste) realidade experimentada por aquele território, poderia ter salvado vidas (literalmente). <https://www.youtube.com/watch?v=HTFDhmy5LzI> [10.06.16, às 1:00].

³³⁹ Ou seja, o modo de agir autista acerca do qual já nos referimos nesse estudo.

³⁴⁰ Sobre a função do processo como espaço de colaboração entre público e privado, confira-se passagem da lição de Odete MEDAUAR: “Mediante colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isto, a ideia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição de interesse público oposto a interesse privado” (MEDAUAR, 2008, p. 72).

Apenas com a oitiva dos atingidos a autoridade poderá saber onde seria melhor construir uma creche, um posto de saúde ou uma área de recreio em uma dada localidade. Teria o gestor o dom da clarividência de saber, sem prévio contato com a população, qual equipamento de esporte ou de lazer atenderá à demanda de uma comunidade?

Importante lembrar que, depois de erguidos prédios ou plantadas árvores, são os habitantes do entorno que farão o uso respectivo, inclusive zelando pelo seu bom asseio e evitando (por meio de suas lideranças civis) a degradação de tais bens, ou até mesmo seu perecimento em decorrência de novos movimentos de ocupação/invasão por terceiros³⁴¹.

A interação entre Poder Público e particulares no caminho para formulação de uma decisão pela autoridade, ou seja, no processo administrativo teleologicamente vocacionado à realização de uma opção, é **espaço de atuação de todos os princípios que regem a Administração Pública**, em especial dos pressupostos da boa governança sobre os quais tratamos linhas acima.

Dessa forma, nesses contatos entre Administração e administrados dirigidos à obtenção de mais informações sobre a realidade para subsidiar a ação estatal em determinada parcela do território, os frutos dessa influência mútua exercida entre servidores e particulares dependerão do nível de **comprometimento** de todos os atores envolvidos com o **bom termo do processo**.

Como é intuitivo, a capacidade de o Poder Público conduzir comportamentos dos indivíduos rumo à satisfação de interesses gerais sem lançar mão do recurso à coação é diretamente proporcional à confiança que a população atingida pelas medidas projetadas deposita nas autoridades.

Isto posto, deveres como *boa fé*, *razoabilidade*, *transparência* e *motivação* devem ser observados pelo gestor não só por força de imposição da ordem jurídica, como em razão de seu papel na construção de políticas mais responsivas, e, portanto, mais legítimas e eficientes no atingimento de metas caras ao bem comum.

Discorrendo sobre o que parece ser extreme de dúvidas, apesar de ainda raro no dia a dia de nossas repartições públicas, uma Administração que não opere com **lealdade** no

³⁴¹ Um dos problemas verificados em processos em que o Estado busca a reintegração na posse de áreas públicas invadidas (supondo que antes este efetivamente exercia domínio físico sobre estas, ou seja, tinha-as à sua disposição para o desempenho de atividades de interesse geral) é a falta de planejamento sobre o que fazer após a remoção de pessoas. Em mais de uma oportunidade já presenciamos situação de reocupação irregular de locais que deveriam se prestar ao uso comum ou especial da Administração, mas que, por falha de eficiência na intervenção da autoridade após a saída das famílias que lá estavam, acabou por redundar só em mais gastos ao erário, sem melhora na qualidade de vida dos habitantes da região. Uma ação pública coordenada com as comunidades alcançadas pelas medidas de regularização, caracterizada pelo diálogo e reatividade, certamente levaria a um melhor desfecho para cenários com tal complexidade.

trato com os cidadãos, não zeze pela **coerência** de sua atuação (evitando comportamentos contraditórios, quando não simplesmente despropositados), não seja **cautelosa na imposição de restrições inúteis** à esfera de liberdade privada, tende a encontrar imensas barreiras para angariar a boa vontade das pessoas no que diz respeito à adesão voluntária a seus projetos.

Logo, não só uma atuação administrativa que não se pautela pela ética na sua interação com os indivíduos carece de amparo constitucional, como enfrenta obstáculos por vezes invencíveis naquela que deveria ser sua função precípua (e na verdade sua própria razão de existir), que, como já reiteradamente apontado neste trabalho, é a conservação e promoção das adequadas condições de vida em comum.

A **publicidade** também desempenha importante função no iter decisório, legitimando-o e contribuindo para otimizar a coordenação necessária entre esferas pública e privada.

A publicidade-transparência, concretizada na disponibilização de dados suficientes sobre as políticas públicas projetadas para uma área, é tanto condição para a participação efetiva das pessoas no processo de tomada de decisão pública (ANTUNES, 1998, p. 128³⁴²), como fator crucial para que essas colaborem para o bom desempenho da intervenção estatal.

Quanto a este aspecto, e tendo por mote a situação complexa envolvendo *direito à moradia X proteção ao meio ambiente* que serve de palco para nosso desenvolvimento sobre a importância do *caminho da decisão* para a governança administrativa, é pertinente ressaltarmos o quanto a **opacidade das políticas de habitação** encampadas por diferentes esferas de governo pode agravar situações delicadas de disputa pela posse da terra em diversas porções do território nacional.

Se o governo pretende que os cidadãos observem as regras de determinada política pública, o primeiro passo para tanto é que estes tenham fácil acesso ao respectivo teor (EVEILLARD, 2013, p. 713³⁴³).

³⁴² “A transparência da atividade administrativa é uma ‘conditio sine qua non’ da participação e um instrumento apreciável não só para os interessados mas também para a Administração Pública, que deste modo ativa uma série de intervenções necessárias à definição dos objetivos públicos. O princípio da publicidade não é, portanto, reservado ao ato administrativo final, para que tende o procedimento, fazendo referência também ao procedimento, às fases em que se articula e ‘in primis’ à da iniciativa procedimental (arts. 55 e 61 do Código de Processo Administrativo português). A publicidade entendida como oportunidade e meio de contato entre Administração Pública e os prováveis interlocutores, instrumental para uns e outra” (ANTUNES, 1998, p. 128/129).

³⁴³ Um desdobramento do postulado de acessibilidade ao Direito sobre o qual já falamos no Capítulo 2 deste estudo, que, diga-se, não é de problema exclusivo do nosso país como aponta Elisenda MALARET (2004) ao tratar do sistema jurídico espanhol. A autora, defendendo que os serviços públicos de informação são

Apesar da relativa obviedade do quanto fora ora afirmado, do notório déficit habitacional experimentado pelo país (MENEZES, 2016, p. 266/267), do dever imposto ao nosso Estado (em todos os seus níveis de atuação) quanto à promoção de políticas de acesso à moradia (art. 6 e 23, IX da CR³⁴⁴), uma pessoa que esteja em situação de vulnerabilidade e que precise de apoio governamental para exercício de seu direito fundamental de ter uma morada não consegue fácil conhecimento quanto aos critérios exigidos seja para se inscrever em um dos programas públicos respectivos, seja para ser por estes contemplada³⁴⁵.

Perante tal quadro, o processo de tomada de decisão envolvendo o *direito à moradia X proteção ao meio ambiente* é marcado por um **ruído nas tratativas entre gestor e cidadão**, em especial pela **falta de confiança** deste no que é proposto por aquele, para o que tem um papel de grande relevo a falta de transparência (e imagina-se comprometimento) do Poder Público nas suas interações com a população.

Para que a política pública de moradia tenha o efeito de induzir comportamentos individuais, sem lançar mão da violência, entendemos ser fundamental que esta seja capaz de transmitir aos seus destinatários uma previsão palpável do momento em que estes serão agraciados, o que passa pela elaboração de listas com critérios objetivos de seleção, bem como de ordem de chegada.

necessários para o exercício de direitos fundamentais, destaca que naquele país há dificuldade para a consolidação de regras jurídicas. “*Um livre acesso às regras de direito devem ser asseguradas pelos poderes públicos, de acordo com tecnologia atual disponível e não através de suportes antigos que requeriam os serviços de um profissional na procura pelo direito em vigor*”(MALARET, 2004, p. 430). Sobre o tema ver ainda *Intelligibilité et Simplification du Droit* de Gweltaz EVEILLARD (2013), que enquadra a inteligibilidade do direito como valor a ser perseguido não só em razão da segurança jurídica como por ser instrumento para promover uma melhor obediência do direito pelos cidadãos (EVEILLARD, 2013, p. 713).

³⁴⁴ Inciso IX do art. 23 da CR – “*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*”.

³⁴⁵ A falta de transparência na política pública de atendimento habitacional promovida pelo Município de São Paulo levou o Ministério Público do Estado a instaurar o ICP – Inquérito Civil Público de nº 14.0279.0000073/2013-3. Com a mesma preocupação a Defensoria Pública paulista instou o Município, por meio de uma *recomendação* (n. 1/2014, subscrita em 12.05), a publicar os critérios de elegibilidade para interessados em participar de seus programas, bem como a lista com as pessoas inscritas em seus cadastros com tal finalidade. Tais iniciativas acabaram surtindo (algum) efeito, tendo a COHAB publicado em seu site a referida lista. Detalhe: em ordem alfabética e sem previsão quanto à expectativa de atendimento dos cadastrados, como pode ser visto em http://servicos.cohab.sp.gov.br/demanda/lista_demanda.aspx [11.06.16, às 1:50]. Nestes termos, fica a dúvida se o cumprimento de um mero dever formal quanto à publicação dos inscritos em programas habitacionais do Município, sem qualquer dado mais concreto sobre “se” e “quando” se dará o respectivo atendimento, observa do dever de publicidade-transparência a cargo dos órgãos públicos e mesmo se tal medida pode de algum modo contribuir para a eficiência da ação da Administração em tal seara, já que difícil imaginar que uma família que necessite urgentemente de tal apoio governamental vá convencer-se, na falta de outras alternativas, a não estabelecer sua moradia em local impróprio.

Como ainda não há tal publicidade, o processo que precede à intervenção pública em uma área objeto de ocupação por moradias irregulares perde muito do seu potencial transformador, desperdiçando-se o enorme (e indispensável) potencial privado para o estabelecimento de formas sustentáveis de relacionamento entre as pessoas no aproveitamento de um dado território.

O *processo da tomada de decisão* ainda corresponde a importante espaço de **interação entre diferentes órgãos públicos**, de diversas esferas de governo, com competência para, em tese, disciplinar uma mesma atividade (MEDAUAR, 2008, p. 73).

Na linha do que já expusemos em tópico anterior deste estudo ao tratarmos dos pressupostos da boa governança administrativa (item 3.1.1.4), nosso sistema federativo complexo, com ao menos três esferas governamentais com competências por vezes entrelaçadas para enfrentamento de uma mesma matéria, gera uma série de desafios práticos que, sem uma preocupação autêntica de todas as autoridades envolvidas quanto ao adequado desempenho conjunto dessas funções, dificilmente conseguem ser prontamente superados em prol do bem comum.

No âmbito do direito à moradia essa questão é de especial relevo.

Não é raro vermos diversos órgãos públicos digladiando entre si a partir de posições antagônicas expressas em processo judicial tendo por objeto uma mesma ocupação de fato, como se houvesse a esperança de que uma solução mágica a respeito pudesse advir de alguém sentado em uma mesa, longe dos acontecimentos, e para cujo conhecimento técnico sobre a área depende necessariamente da intervenção de profissionais especializados.

Em tais situações a contribuição do Poder Judiciário para uma boa solução está mais na **condição de árbitro** entre esses diversos atores, do que na qualidade de detentor da prerrogativa de dizer definitivamente o Direito que deve reger determinada relação.

Assim, em uma ocupação de área de Manancial, por exemplo, muitas vezes tem-se o Ministério Público promovendo ação civil pública para simples desocupação da área, com pedidos subsidiários que, por sua generalidade, poderiam ser resumidos à ideia de restauração da legalidade.

No polo passivo desta ação tem-se as famílias assentadas no local, às vezes há décadas, representadas pela Defensoria Pública. Município e Estado também respondem à demanda. Município no seu interesse quanto à ordenação do solo/responsabilidade pelo loteamento irregular e o Estado na proteção do meio ambiente.

A questão de para onde vão as pessoas que eventualmente serão desalojadas, apesar de não somenos importância, ainda é tratada na base do improvisado.

Como se a Administração pudesse ser indiferente ao destino desses indivíduos (que, diga-se mais uma vez, são a própria razão de ser da organização política), sempre há a dúvida se o Município, em uma dada situação, assumirá espontaneamente seu dever assistencial quanto ao atendimento dos que serão afetados pela intervenção pública.

Em hipóteses como a descrita, que sabidamente são complexas, envolvendo, além da cultura de falta de diálogo entre administrações e entre estas e os cidadãos, o impasse da existência ou não de disponibilidade orçamentária para tratamento adequado dos vulneráveis, a saída para conflito pode passar pela coordenação entre as iniciativas municipal e estadual com programas habitacionais promovidos pela União³⁴⁶.

Perante um quadro que mobiliza tantos recursos materiais e humanos, o pior que se poderia esperar para o desenlace da controvérsia é que todos esses atores mantenham entre si a tradicional intransigência em suas posturas, cada qual na **defesa (retórica) do interesse público**, como se no caso este pudesse ser resguardado com a singela proteção do meio ambiente, relegando a questão humana com este intrinsecamente relacionada a outros fóruns de atendimento.

Aliás, em hipóteses como a delineada tem-se claramente a disputa entre **diversos interesses públicos**, todos albergados pela nossa ordem constitucional, dentre os quais destacam-se, além do *direito à moradia* e ao *meio ambiente equilibrado*, a *saúde pública*, o *planejamento urbano* e *bom emprego de recursos do erário*.

Como não é possível dizer, de forma abstrata e *a priori*, qual dos interesses tutelados pelos diferentes órgãos e sociedade civil é mais importante que os demais, cabe justamente à Administração fortalecer seu processo de tomada de decisão de modo a possibilitar o respectivo sopesamento, na busca de uma solução para o conflito que prestigie na maior medida possível todos os envolvidos.

E se o Poder Judiciário vem atuando cada vez mais para garantir esse **espaço de diálogo entre os diversos atores** responsáveis por apontar uma saída para o drama socioambiental, nada impede que a própria Administração se desse conta da sua capacidade para, independentemente da intervenção dos magistrados, buscar tratativas com

³⁴⁶ Acerca do papel da União na promoção de políticas públicas de moradia, ver a reflexão de Rafael Lessa Vieira de Sá MENEZES sobre o programa Minha Casa, Minha Vida (2016), na qual um dos pontos criticados da iniciativa do governo federal é justamente a pouca abertura para a participação popular observada na sua formulação (MENEZES, 2016, p. 278 e ss.).

órgãos públicos e privados no intento de realizar a Justiça para as pessoas diretamente afetadas e/ou interessadas nas medidas estatais projetadas para um determinado local³⁴⁷.

Além de não haver obstáculos de ordem jurídica para as referidas interfaces (o que seria mesmo um contrassenso), o ideal de governança pública na verdade exige essa nova postura dos agentes estatais responsáveis, em rede, por encontrar a melhor resposta possível para situações que se desenvolvem à margem da legalidade, mas que, seja por restrições irrealistas previstas no direito escrito, seja por inércia das autoridades na pronta atuação para evitar sua violação, acabaram se perdurando no tempo e, assim, passam a reclamar proteção do Direito.

O processo de tomada de decisão, neste contexto, como método de trabalho análogo ao processo judicial (FRANCO, 2008, p. 61³⁴⁸), serve de palco para as interações necessárias à aferição da matéria de fato, inclusive no que diz respeito à produção de conhecimento técnico que se revele imprescindível para uma adequada intervenção pública sobre a ordenação do solo, bem como à coordenação das diferentes iniciativas públicas e privadas que potencialmente podem ser aproveitadas para solucionar (ou ao menos equacionar) impasse que toca a mais de uma esfera de governo.

A observância do cânone do **devido processo legal** também no agir de ofício do Estado para a tutela do(s) interesse(s) públicos (função administrativa), além de cumprir comando constitucional expresso (art. 5º, LIV e LV da CR³⁴⁹), tende a aproximar o conteúdo da decisão da autoridade executiva daquele a compor o de uma sentença judicial a ser proferida em um caso análogo³⁵⁰.

³⁴⁷ Sobre o procedimento administrativo (lembrando que estamos usando os vocábulos *processo* e *procedimento* como sinônimos neste estudo) como espaço de cooperação para a *descoberta da decisão*, em especial em situações caracterizadas pela disputa entre múltiplos interesses, ver DUARTE, 1996, p. 93 e ss.

³⁴⁸ “*Processo é método de trabalho. O processo judicial é um dos métodos existentes (o método institucional) para a solução de controvérsias, ao passo que o processo, em geral, é o modo normal de agir do Estado, capaz de infundir ao ato racionalidade, imparcialidade, equilíbrio, evitando que o agente o transforme em expressão de sua personalidade*”(FRANCO, 2008, p.61).

³⁴⁹ Art. 5º da CR: “*LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

³⁵⁰ A ideia de aproximação entre os processos judicial e administrativo no que diz respeito à aptidão de cada um desses ritos conduzir à produção de decisões justas é especialmente importante para o nosso sistema jurídico, em que muitas vezes a esfera de decisão administrativa é simplesmente ignorada pelo particular que, tomado pelo descrédito de obter extrajudicialmente a satisfação de sua pretensão, formula pedido diretamente ao Poder Judiciário que, nessas condições, deixa de ser instância de controle da atividade executiva estatal para se transformar em uma espécie de balcão de atendimento de repartição pública. Perante tal quadro, para que gestor e juiz possam desempenhar adequadamente suas atribuições constitucionais, entendemos ser imprescindível a valorização do iter a ser percorrido antes da decisão a cargo do servidor. Desenvolveremos mais essa crítica a seguir, no corpo do texto.

Um iter decisório que observe os ditames da *igualdade* entre os intervenientes, da *ampla defesa* e do *contraditório*, da *imparcialidade* e *persuasão racional* por parte do encarregado da escolha, considerando que o Direito aplicado pela Administração e pelo Judiciário é (ou ao menos deveria ser) o mesmo, provavelmente ensejará uma decisão administrativa proporcional, que ofereça aos seus destinatários razões suficientes do agir público, dado fundamental para sua legitimidade perante a coletividade.

As divergências de conteúdo entre uma e outra decisão, para ser mais preciso, seriam basicamente aquelas que se verificam entre os próprios órgãos judiciais que, no exercício da prudência que é inerente à atividade de julgar (que não é exclusiva dos juízes), não se resume à aplicação de fórmulas matemáticas, oscilando em maior ou menor grau conforme valoração subjetiva de fatos e de direito a cargo de cada julgador.

Nesse passo, apesar de alguns autores afirmarem que uma das diferenças entre os exercícios das competências judicial e administrativa estaria na suposta “parcialidade” das autoridades executivas na busca da satisfação do *interesse público*, uma adequada compreensão deste como um conceito jurídico indeterminado cuja concretude, sob determinadas circunstâncias, depende de sua construção dialógica no âmbito de um processo plural, com a participação de todos os interessados em uma dada medida (DUARTE, 1996, p. 96 e ss.), já retira, a nosso ver, tal qualidade (se é que algum dia esta legitimamente existiu³⁵¹).

Não cabe à organização política, nos termos já expostos neste estudo, perseguir pautas que sejam de interesse exclusivo dos governantes, em descompasso com as reais necessidades e aspirações das pessoas afetadas pela ação estatal, e muito menos que impliquem a violação de direitos individuais e coletivos.

Ao valorizar e publicizar o caminho de suas escolhas, os agentes públicos demonstram o exercício regular da discricionariedade que permeia largos campos das atividades de sua responsabilidade, o que provavelmente terá por efeito reflexo o **incremento da deferência do controle** (inclusive judicial) com relação às suas opções.

³⁵¹ Fernão Borba FRANCO, ao discorrer sobre o instituto da exceção (defesa) no processo administrativo, traz comentário bastante pertinente sobre tal aspecto. Partindo da ideia de que tanto em processos de iniciativa do particular como da autoridade a participação dos interessados em contraditório é uma das bases para a prolação de decisão legítima, o autor afirma que quando o indivíduo apresenta um pleito ao Estado “o *interesse da Administração existe não em se contrapor, gratuitamente, à pretensão do particular, mas em promover atividades que aprofundem a cognição, aperfeiçoando a decisão final*” (FRANCO, 2008, p. 60).

Dos pressupostos do *devido processo administrativo* que são fundamentais para a **concretização do exercício da função pública como expressão da Justiça**³⁵², destacaremos, antes de encerrarmos esse tópico, a garantia de *imparcialidade da autoridade* e da submissão do *processo decisório à persuasão racional* do seu julgador.

No que concerne à *participação do cidadão* no processo de tomada de decisão estatal, bem como à efetividade dessa intervenção através do *contraditório* e da *ampla defesa*, trataremos esses temas em seguida (item 3.1.2.3 *infra*), após tecermos considerações sobre o papel do *consenso* no desempenho da função pública (3.1.2.2 *infra*).

IMPARCIALIDADE DA AUTORIDADE

Em investigação que fizemos anteriormente a respeito do fenômeno do exercício do poder de polícia por entes privados, um dos principais pontos que foram objeto de nossa preocupação foi justamente o da aptidão de o desenvolvimento dessa missão por particulares se dar sob um “regime de direito público” (CUNHA FILHO, 2014, p. 45; p. 189 e ss.).

Naquela ocasião, tendo em conta sobretudo o risco de *desvio de poder* caso se permitisse que particulares se valessem da prerrogativa do agir unilateral da Administração com finalidade lucrativa, propusemos uma série de condicionantes para que tal delegação fosse legítima, dentre as quais estaria justamente o do quadro regulatório favorável à isenção/imparcialidade do agente na realização de tarefas de fiscalização e punição de ilícitos (CUNHA FILHO, 2014, p. 205 e ss.).

Hoje, com a ressalva que fizemos no Capítulo 2 da presente tese quanto às fronteiras por vezes porosas entre o que a doutrina normalmente chama de *direito público* e *direito privado*, continuamos seguros de que a função ordenadora do Estado deve ser realizada de modo imparcial, na busca da realização do interesse comum.

Mas não só esta.

Entendemos que **todo o processo de tomada de decisão estatal** deve se pautar pela **independência** do seu responsável, de modo que este possa efetivamente perseguir a

³⁵² A realização de Justiça, como reiteradamente pontuamos nesse estudo, não é (ou não deveria ser vista como) monopólio da atividade jurisdicional a cargo dos magistrados togados, mas sim do Estado como um todo. Discorrendo sobre a relevância do *caminho da decisão* para que se alcance a realização de Justiça na Administração, confira-se, por exemplo, David DUARTE (1996): “É claro que, como já se referiu, se reconhece ao procedimento administrativo uma plurifuncionalidade onde se combinam funções de tipo garantístico com funções relacionadas com o procedimento como instrumento de prossecução do interesse público. E, no quadro daquela leitura garantística do procedimento, vem à colação a identidade do procedimento administrativo como meio de assegurar uma atividade conducente a resultados materialmente justos e conformes com parâmetros jurídicos globalmente aplicáveis” (DUARTE, 1996, p. 102). Em sentido próximo, ver Odete MEDAUAR (2008, p. 71/72).

concretização da competência que lhe é atribuída por lei da melhor maneira possível, sem sofrer pressões estranhas por parte de terceiros ou mesmo superiores hierárquicos.

Não se pretende, com tal assertiva, negar o dever de obediência hierárquica a que estão submetidos, em regra, os servidores públicos.

Apesar de haver vínculo de hierarquia entre dois servidores, o que não se pode admitir é que a **tarefa fim** desempenhada por um destes, que é disciplinada por lei e, logicamente, deveria ter por inspiração o ideal do seu adequado cumprimento, seja desviada do seu propósito por endereçamentos políticos e/ou de outra ordem estranha à boa prestação do serviço público.

A **autonomia funcional** para que, segundo as regras prescritas para o desenvolvimento de uma tarefa, o agente faça uma avaliação imparcial das circunstâncias que lhe são colocadas, buscando objetivamente a ótima satisfação do interesse geral (aliada a menor compreensão possível das esferas de liberdade individuais atingidas por determinada medida) é uma condição não só para a **legitimidade** do exercício do poder, como para a **eficiência** no funcionamento do órgão estatal.

Imparcialidade do julgador, nesses termos, mais do que garantia do administrado face à eventual interesse pessoal do servidor no deslinde de um dado procedimento³⁵³, significa que o pleito que lhe é apresentado será avaliado objetivamente, segundo a disciplina jurídica vigente para determinada matéria, sem que vontades ou aspirações diversas (como aquelas de índole estritamente fiscal) possam conspurcar o resultado da tarefa de sua atribuição.

Em sua conexão lógica com o dever de *boa fé* a cargo da Administração (DUARTE, 1996, p. 330/336), a imparcialidade impõe ao gestor público o sopesamento apenas dos interesses republicanos subjacentes à decisão que este deve tomar, sempre tendo como norte a finalidade da competência que lhe é conferida pela legislação³⁵⁴.

³⁵³ Havendo interesse pessoal do julgador no desenlace de um procedimento, o remédio previsto são os institutos da suspeição e impedimento, já bastante tradicionais na evolução do processo judicial, e aplicáveis no âmbito decisório da Administração (DUARTE, 1996, p. 300 e ss.).

³⁵⁴ Também vislumbrando no dever de imparcialidade a cargo do servidor as duas vertentes ora referidas, ou seja, sob um prisma negativo, a sua não determinação por motivos outros que não o fiel desejo de cumprir os ditames legais, sob uma perspectiva positiva, a sua obrigação de ponderar todos os interesses relevantes envolvidos em um processo de tomada de decisão, ver a reflexão de Maria Teresa de Melo RIBEIRO, em sua obra *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública* (1996, em especial p. 155 e ss.). Destacamos passagem em que a autora, reconhecendo o duplo conteúdo (negativo e positivo) ao princípio da imparcialidade, afirma: “(a imparcialidade tem conteúdo) negativo, quando afasta do exercício da função administrativa todos os interesses estranhos ao interesse público, e, mais precisamente, ao interesse público específico fixado na lei e para cuja prossecução o poder é atribuído à Administração; positivo, quando impõe a ponderação dos diversos interesses juridicamente protegidos e presentes no caso a conformar. A vertente negativa do princípio da imparcialidade, origem histórica da necessidade de afirmação do princípio

Para ilustrarmos a importância da garantia de um regime de *autonomia funcional* no exercício da atividade fim dos servidores públicos para a boa realização das missões que lhes são confiadas, propomos uma reflexão sobre o desempenho do nosso Executivo em três setores: segurança pública, polícia de trânsito e previdência.

Dentre as funções a serem desempenhadas por um delegado de polícia, a principal corresponde a de presidir **inquéritos policiais - IPs**, procedimentos dirigidos à apuração da materialidade e autoria de infrações penais.

Nessa atividade a autoridade deverá realizar diversas diligências, como ouvir testemunhas, providenciar exames técnicos e apreender documentos/coisas, representando à autoridade judiciária para tal fim quando necessário.

Todas as informações colhidas, devidamente documentadas em autos (físicos ou digitais), deverão ser ponderadas no relatório que encerra o referido procedimento, de maneira que se justifique o porquê da conclusão do servidor pela imputação ou não de determinado crime a um certo sujeito.

A decisão da autoridade, em tal hipótese, será mais ou menos consistente a depender da qualidade dos dados colhidos na investigação, bem como da efetiva intervenção da defesa do suspeito no decorrer dos atos praticados, para o que inovação legislativa recente inclusive reforçou prerrogativas que já decorriam do enquadramento do inquérito policial como processo administrativo, nos termos que ora o fazemos³⁵⁵.

Garantida a possibilidade de **contraditório no curso da apuração dos fatos pela polícia**, o panorama probatório que servirá de base para o desfecho a ser dado ao inquérito pelo delegado, a depender da seriedade em que conduzido os respectivos trabalhos, poderá

no âmbito da Administração Pública, constitui, certamente, com todos os seus corolários, a faceta mais importante do princípio da imparcialidade administrativa. Por força das proibições que derivam diretamente da vertente negativa, protegem-se valores como a isenção, a independência e a neutralidade da Administração e respectivos funcionários públicos; numa palavra, garante-se a prossecução exclusiva do interesse público pela Administração Pública. E nessa medida, garante-se o exercício desinteressado e objetivo da função administrativa. Mas, para que o interesse público seja prosseguido de modo verdadeiramente imparcial não basta que a Administração atue exclusivamente de acordo com critério objetivos, necessário se torna que a totalidade dos interesses afetados pelo agir administrativo seja tomada em consideração pela Administração (...)"(RIBEIRO, 1996, p. 155/156).

³⁵⁵ Nos referimos ao quanto disposto na Lei nº 13.245/16 que, alterando o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), assegurou, na linha do que já vinha sendo reconhecido pela jurisprudência, a participação do advogado na prática dos atos levados a cabo no curso do inquérito policial, inclusive apresentando razões e quesitos para aprimorá-los. Confirma-se a respeito a redação do inciso XXI do art. 7º do Estatuto da Ordem, com sua nova redação: "*São direitos do advogado: XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos*".

ser bastante próximo daquele a ser produzido judicialmente, caso seja formulada denúncia em face do suspeito do cometimento de um delito.

Sujeitar o cidadão a um processo penal com base em peças informativas frágeis, colhidas sem critério e produzidas unilateralmente (quando a defesa está disposta a intervir já nesta etapa de realização de Justiça), pode levar a constrangimento desnecessário à esfera de liberdade privada, quando não a danos irreparáveis ao indivíduo (de ordem material e moral).

Assim, observada a instrumentalidade do IP, cuja duração deve ser o quanto possível curta e cuja instrução não precisa ser exauriente, caso o investigado constitua defesa técnica que esteja disposta a participar ativamente da elucidação dos fatos, sem, evidentemente, criar incidentes infundados ou perturbar o bom andamento de diligências que devam, nesse estágio, permanecer em sigilo, tal intervenção pode vir ao encontro do interesse público na descoberta da autoria de um crime.

Por fim, a isenção da autoridade responsável pelo IP também corresponde a uma peça chave para a consistência da conclusão sustentada pelo Estado para essa etapa da persecução penal.

Em especial quanto a esse aspecto, o desenvolvimento da atividade policial em nosso sistema ainda desperta preocupação.

De tempos em tempos vem à lume a divulgação de casos rumorosos em que delegados de polícia são destituídos da presidência de IPs aparentemente sem qualquer formalidade, seja pelo andamento das investigações não caminhar de acordo com os interesses da alta Administração e/ou por “pressão popular” decorrente de cobertura exaustiva de um dado enredo por parte de importantes meios de comunicação de massa que, apesar de notórios erros do passado, regularmente não hesitam em proferir seus julgamentos sumários de pessoas e coisas, exigindo providências imediatas a cargo de servidores e políticos como resposta à “opinião pública” da qual se sentem porta-vozes exclusivos³⁵⁶.

³⁵⁶ Caso recente em que houve troca de delegado na condução de inquérito pode ser visto em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/apos-criticas-investigacao-de-estupro-mudara-de-delegacia-no-rio.html> [23/06/16, à 01:00]. Independentemente da correção ou não da atuação do delegado que antes era responsável pelas investigações, seu eventual afastamento da presidência do IP não pode resultar de pressão da mídia pela punição imediata de culpados, mas sim de decisão devidamente motivada, precedida de processo administrativo regular, com oportunidade de o servidor recusado para a função dar suas razões para as condutas censuradas por seus superiores hierárquicos, eventualmente produzindo provas de seu interesse. Embora todas as informações que tivemos do caso tenham sido aquelas divulgadas pela mídia, o que nos impede de fazer um juízo mais assertivo a respeito, até pela rapidez com a qual se deu a substituição da autoridade (que estava se manifestando cética quanto à existência do crime tal como originalmente divulgado pelos meios de comunicação), há sérios indícios de que a medida em tela não foi

Não nos parece aceitável no nosso atual estágio civilizatório continuarmos a aceitar que função tão sensível à tutela dos direitos humanos como a investigação criminal continue a ser desenvolvida sem mecanismos claros de distribuição de IPs entre as diferentes autoridades policiais, com possibilidade de destituição das respectivas chefias com o simples balançar da cabeça de um superior hierárquico, como se ainda estivéssemos vivendo em um Estado despótico (e não de Direito).

A realidade experimentada no âmbito da **polícia de trânsito** apresenta o mesmo problema.

No nosso estudo *Poder de Polícia* tivemos a oportunidade de registrar nossa crítica sobre um episódio bastante ilustrativo da falta de credibilidade em boa parte devido à **deficiência organizativa** dos órgãos estaduais responsáveis pelo julgamento dos recursos tirados de autos de infração de trânsito no Estado de São Paulo³⁵⁷.

Na linha dos pressupostos ora defendidos para o *devido processo legal administrativo*, é fundamental que se assegure à autoridade responsável pela tomada de decisão um mínimo de autonomia funcional no que se refere à realização de sua atividade fim.

Em outras palavras, e sob o mote da atividade estatal ora examinada, se um agente tem por função o controle de legalidade/legitimidade da imposição de multas aos condutores de veículos flagrados no cometimento de infrações de trânsito, não se pode esperar outra postura por parte desse funcionário que não uma atuação segundo seu **livre convencimento racional**.

Admitir que qualquer outra “força” possa intervir nessa tarefa, ainda que supostamente para garantir o *interesse público*, a nosso ver, é amesquinhar o procedimento como instrumento do bom agir estatal, podendo, no limite, transformar o iter decisório da autoridade em um verdadeiro embuste, em uma formalidade destituída de sentido já que

precedida das formalidades que o Direito impunha. Resultado: a nova profissional que passou a conduzir o IP, um dia após assumir o encargo, já afirmou que o estupro coletivo investigado estava provado (<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1776352-o-estupro-esta-provado-diz-delegada-sobre-caso-no-rio-e-policia-prende-um.shtml> - 23/06/16, à 01:00), pediu a prisão temporária de seis suspeitos (informação dada em 30/05/16), sendo que a notícia divulgada menos de 15 dias depois já dava conta de que pelo menos duas das seis pessoas presas teriam tido pedido de liberdade formulado pela mesma autoridade (jornal do dia 16/06/16 - <http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2016-06-13/delegada-pedira-revogacao-da-prisao-de-dois-suspeitos-de-estupro-coletivo.html> - 23/06/16, à 01:00).

³⁵⁷ O exemplo de situação insólita a que nos referimos foi a demissão pelo governador José Serra dos 12 diretores do CETRAN em 2008, o que teria ocorrido supostamente por estes terem se posicionado pela anulação de multas de rodízio lavradas na cidade quando estas se referissem a vias sem a sinalização respectiva (notícia do dia 16/01/08 - <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,serra-demite-12-de-conselho-que-anulou-multa-de-rodizio,110484>) [26/06/16 às 2:00]. Para nosso comentário sobre o assunto, ver CUNHA FILHO, 2014, p. 191 (nota de rodapé n. 207).

seu resultado, indiferente às informações e provas produzidas em seu bojo, deveria sempre atender às *razões de Estado*³⁵⁸.

Para que haja um **quadro jurídico favorável ao exercício independente** seja da competência de fiscalizar a observância do CTB pelos particulares, seja do julgamento de recursos tirados das respectivas decisões que lhes apliquem sanções, o servidor que desempenhe qualquer dessas tarefas deve ter a garantia de que não sofrerá retaliação em decorrência do teor de suas manifestações.

Não havendo uma fórmula única para que se assegure a *blindagem* do exercício da função pública frente a aspirações outras que não a do correto desejo de bem desempenhá-la, cabe ao Estado, em especial a partir do Poder Legislativo, pensar na forma mais adequada para, respeitadas as peculiaridades de cada competência governamental, promover uma cultura de aplicação isenta da lei (e do Direito) no âmbito das mais diversas repartições da nossa burocracia.

Um elemento que já apontamos em nosso *Poder de Polícia* é a reserva do manejo das atividades de fiscalização e sancionamento a cargo do Estado a **servidores concursados**, que, pelo regime constitucional que lhes é conferido, não podem ser demitidos sem motivação pelos seus superiores hierárquicos caso o livre desenvolvimento de suas atribuições desagrade qualquer pauta de mérito que lhes seja “sugerida” pela chefia que os nomeou (CUNHA FILHO, 2014, p. 189/190).

Além da estabilidade no serviço público advinda da contratação do servidor por meio de método de seleção isonômico e transparente³⁵⁹, deve-se pensar em mecanismos capazes de propiciar a distribuição dos expedientes a serem apreciados em conformidade com **regras abstratas e prévias de competência** e que, após iniciado o procedimento, não haja, sem justa causa, mudança da autoridade responsável para julgá-lo.

Note-se que para que tanto ocorra, mais do que a criação de novas leis, é necessária a observância das já existentes, como o art. 15 da Lei nº 9.784/99, que, explicitando aquilo que já nos parece implícito em qualquer disciplina sobre a organização de atividades administrativas, afirma o caráter excepcional da avocação de competência originalmente prevista para um servidor pelo seu superior hierárquico, condicionando tal ato, como não

³⁵⁸ Expressão hoje um pouco em desuso mas que corresponde justamente ao arbítrio/à vontade caprichosa do governante de plantão, ou seja, justamente ao que, com a evolução da concepção de Estado de Direito, há alguns séculos vem se buscando eliminar no âmbito do exercício das funções públicas.

³⁵⁹ Como o servidor concursado que ainda não cumpriu seu estágio probatório não pode ser demitido *ad nutum* pelo seu superior, mas sim apenas após observado devido processo legal em que lhe seja garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório, entendemos que este agente já tem, em princípio, alguma estabilidade capaz de favorecer sua independência funcional.

poderia deixar de ser, à existência de motivação idônea e suficiente para a medida de exceção³⁶⁰.

No âmbito da **previdência social** temos outro exemplo de como a garantia de independência funcional dos encarregados da avaliação administrativa de benefícios teria um potencial enorme de incrementar a eficiência no desempenho de sua atividade fim, a saber: concessão de benefícios a quem preencha os requisitos legais para tanto e sua denegação para aqueles que não o façam³⁶¹.

Por razões que aparentemente extrapolam textos legais/regulamentares expressos³⁶², é raro que os servidores públicos que atuam em tal seara instruem os pedidos de benefício que lhes são formulados com prova oral, a qual, quando necessária para demonstração de fatos, acaba tendo que ser feita em juízo³⁶³.

³⁶⁰ Art. 15 da Lei nº 9.784/99 – “Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior”. Bruno Grego dos SANTOS (2015), ao refutar a tese de que o emprego de transações extrajudiciais para a solução de conflitos entre Administração e particular ofenderia o princípio da impessoalidade que deve reger o exercício da função pública, sustenta que a observância de tal postulado exigiria justamente a realização dos referidos acordos para o reconhecimento de direitos dos cidadãos. Impessoalidade, para o autor, exigiria dos agentes estatais uma postura de imparcialidade na apreciação dos pleitos que lhe são formulados, uma atuação como terceiros desinteressados no desfecho dos procedimentos administrativos respectivos (SANTOS, 2015, p. 187 e ss.). Destacamos passagem: “Nesse sentido, a presente tese se posiciona pela existência de uma impessoalidade relacional a vincular a Administração Pública, de modo que, ao decidir administrativamente pleitos de cidadãos em face de si, o Estado seja obrigado a julgar a relação entre si e o interessado como se terceiro fosse. Trata-se, portanto, de uma aceção de impessoalidade da Administração em relação a si mesma, que entendemos diferenciada em relação aos demais sentidos de impessoalidade contemplados pela literatura por exigir um distanciamento da Administração em relação a si para julgar os processos administrativos em que seja parte de modo pessoal, como no exemplo dos pleitos indenizatórios”(SANTOS, 2015, p. 206).

³⁶¹ Nas palavras de Bruno TAKAHASHI, que admite conciliação no âmbito da Administração Pública independentemente de autorização legal expressa que confira ao servidor tal faculdade (desde que não haja vedação em lei para tanto – 2016, p. 63), “a distinção entre interesse público primário e secundário, muitas vezes tida por estanque, não se sustenta, mesmo porque inexistente um interesse público de economizar pelo não pagamento de benefícios que seriam devidos”(TAKAHASHI, 2016, p. 66).

³⁶² A realização de prova oral no bojo dos processos administrativos envolvendo benefícios previdenciários é expressamente disciplinada pelo Decreto federal nº 3.048/99 que, em seu art. 142, prevê: “A justificação administrativa constitui recurso utilizado para suprir a falta ou insuficiência de documento ou produzir prova de fato ou circunstância de interesse dos beneficiários, perante a previdência social. § 1º Não será admitida a justificação administrativa quando o fato a comprovar exigir registro público de casamento, de idade ou de óbito, ou de qualquer ato jurídico para o qual a lei prescreva forma especial.(...)”.

³⁶³ Apesar de o art. 143 do Decreto federal nº 3.048/99 apresentar restrição ao uso de prova exclusivamente oral para determinados pleitos (limite que, aliás, é de legitimidade duvidosa), nos nossos quase dois anos de jurisdição envolvendo tal tipo de ação em cidades do interior de São Paulo (anos de 2008 e 2009 nas cidades de Mauá e Casa Branca), nos quais semanalmente tivemos que decidir casos envolvendo aposentadoria rural por tempo de serviço, nunca tivemos contato com tal tipo de providência por parte da Administração, a qual, mesmo à vista de início de prova material, não a complementava com a tomada de depoimentos para aferir se os postulantes faziam ou não jus ao benefício perseguido. Confira-se, a respeito, a redação do disposto referido: “Art. 143. A justificação administrativa ou judicial, no caso de prova exigida pelo art. 62, dependência econômica, identidade e de relação de parentesco, somente produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal. § 1º No caso de prova exigida pelo art. 62 (aposentadoria por tempo de contribuição) é dispensado o início de prova material quando houver ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito”.

Por que?

Como se somente o juiz togado tivesse imparcialidade bastante para colher tal tipo de prova, transforma-se o Judiciário em balcão de atendimento da autarquia previdenciária³⁶⁴, em vez de instância de controle de tarefa que deveria ser realizada por profissionais daquela entidade, o que acaba por desvirtuar o funcionamento de ambas as esferas de atuação estatal.

Se há repartição pública cuja missão é apreciar os pleitos de benefício que lhe são formulados, seria um contrassenso que tal competência fosse desprezada, o que implicaria o desperdício injustificado de recursos materiais e humanos para o exercício de função sem utilidade prática.

Na linha do que expusemos acerca da imprescindível **valorização do processo administrativo** como instrumento para prolação de **decisões isentas e fundamentadas**, que sejam, em uma palavra, eficientes quanto ao cumprimento da finalidade que legitima a organização de um dado serviço público, acreditamos que a adequada processualização do rito a ser seguido pelas autoridades do INSS seja um imperativo rumo a uma Administração pautada pelo respeito ao indivíduo e leal aos objetivos inerentes a sua constituição.

Para tanto, o funcionamento da autarquia previdenciária deve ocorrer de forma objetiva e imparcial, devendo o responsável pela apreciação dos pedidos dos segurados ter autonomia para concedê-los ou indeferi-los exclusivamente com base nas provas amealhadas no PA respectivo, de modo suficientemente motivado, segundo os ditames da persuasão racional.

³⁶⁴ Para esse fenômeno certamente contribuiu a posição jurisprudencial no sentido de que não haver necessidade de prévio pedido administrativo de benefício perante o INSS antes de o interessado lançar mão de ação judicial com o mesmo fim (v.g. STJ - 1ª Turma - AgRg no AResp. nº 119.366 - Min. Rel. Benedito Gonçalves – vu - data do julgamento 18/04/13). Tal postura, que reduzia o processo extrajudicial de atribuição da autarquia previdenciária ao nível da insignificância, acabava por fazer do juiz o órgão a definir, pela primeira vez, se determinada pessoa tinha ou não direito a vantagens asseguradas pela Lei nº 8.213/91. Em boa hora, portanto, veio a decisão do STF ao resolver questão de repercussão geral suscitada junto àquela Corte sobre o tema, da qual destacamos parte da ementa: “*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5o, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado (...)*”(STF – Plenário – RE nº 631.240 – MG - Min. Rel. Luís Roberto Barroso – por maioria - data do julgamento 10/11/2014)

Nessa hipótese, como já nos referimos anteriormente, não vemos o porquê, caso devidamente assumida a processualidade em tal espaço de atuação administrativa, o julgamento a cargo do servidor ser muito diferente daquele a cargo do juiz togado em havendo judicialização da matéria em sede de controle (art. 5º, XXXV da CR).

Um último aspecto importante a ressaltar no que diz respeito ao estabelecimento de um regime jurídico que favoreça a **atuação impessoal por parte do servidor**, é que este **não corra o risco de responder diretamente perante terceiros, com seu patrimônio próprio**, por qualquer dano que cause no estrito cumprimento dos deveres que lhe são atribuídos por lei.

Retrato de mais uma das disfunções do nosso sistema jurídico, em que se criam uma infinidade de obrigações meio aos servidores, submetendo-os a um cipoal de órgãos de controle, e pretende-se, paradoxalmente, que estes ajam de forma proativa e preocupada com o bom resultado de sua atividade na realidade, é a controvérsia que persiste na jurisprudência quanto à possibilidade de qualquer afetado pela ação estatal eleger o agente público que supostamente causou-lhe prejuízo como corréu em uma ação indenizatória proposta contra o Estado.

Como já tivemos oportunidade de nos manifestar sobre o tema com mais vagar alhures³⁶⁵, é preciso se ter consciência de que, para o **servidor** agir de forma imparcial e desinteressada no cumprimento da lei, este **não pode ter medo de vir a ser alvo de processo judicial por interpretações razoáveis**³⁶⁶ que confira à disciplina normativa que rege suas tarefas, devendo responder por danos causados a terceiros exclusivamente perante à Administração pela via da ação de regresso, exegese que nos parece a melhor do que prevê a parte final do §6º do art. 37 da CR³⁶⁷.

³⁶⁵ A respeito confira-se o nosso *Responsabilidade Pessoal do Servidor por Dano Causado a Terceiro no Exercício da Função Administrativa* (CUNHA FILHO, 2014- C).

³⁶⁶ Nesse sentido, vale dizer, caminha o projeto de alteração à Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro, iniciativa apoiada por doutrinadores como Carlos Ari SUNDFELD e Floriano Azevedo MARQUES NETO, que, preocupados com os efeitos nocivos à função pública decorrentes do acovardamento de servidores quanto à tomada de decisão em situações complexas (efeito perverso de um controle com viés eminentemente punitivo, que por vezes não dialoga com a atividade administrativa executória), propõem a introdução de um dispositivo com o seguinte teor no nosso ordenamento: “*art. 27 – O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro; §1º - Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais; §2º - O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa*”(SUNDFELD/MARQUES NETO, 2013, p. 279 e 284).

³⁶⁷ § 6º do art. 37 da CR – “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”. No nosso estudo anterior

Para sustentar nossa posição apontamos duas razões principais:

1) quando o servidor atua no exercício de seu cargo, pela teoria do órgão, ele é o próprio Estado interagindo com outros atores públicos ou privados. Logo, suas decisões, tanto acertos como erros, são imputáveis ao Estado, ao qual cabe, no caso de prejuízo suportado por falta de seu agente, voltar-se contra este ao vislumbrar dolo ou culpa na respectiva conduta;

2) só o fato de alguém ser chamado a responder um processo judicial por responsabilidade civil já lhe acarreta custos e transtornos, razão pela qual, até para que se evitem retaliações por parte de titulares de grandes interesses atingidos por uma atuação independente de agentes públicos, o mais adequado para preservação das funções muitas vezes sensíveis que estes exercem (como na área criminal ou de improbidade administrativa) é que a própria pessoa jurídica em que estes estejam lotados faça um juízo prévio acerca do seu dolo/culpa para o advento do dano cuja indenização é perseguida por terceiro.

Sobre o ponto, vale registrar que em nossa experiência profissional já tivemos a oportunidade de nos deparar com diversos processos promovidos contra servidores, cujas defesas, escritas ou orais (quando tomado o respectivo depoimento pessoal em audiência de instrução e julgamento), relataram desânimo e frustração por parte de tais profissionais quanto ao desempenho de suas atividades por estarem sendo responsabilizados em razão de condutas absolutamente normais e mesmo esperadas de sua atuação a serviço da coletividade³⁶⁸.

Na linha do que já expusemos em outras passagens deste estudo, o Estado, sendo uma criação jurídica, age por meio de seres humanos. Se a estes não for assegurado um

(CUNHA FILHO, 2014-C), sensíveis aos argumentos de importante doutrina quanto à conveniência de se aceitar que caiba ao lesado a escolha se vai processar só a Administração ou a Administração e o servidor (em especial no que se refere a um histórico de negligência por parte de muitos gestores quanto à responsabilização de seus agentes em sede de regresso), aceitamos duas exceções que justificariam a formação do litisconsórcio passivo defendido por tal corrente de pensamento: ação dolosa ou caracterizada por culpa grave, em qualquer dos casos com prova pré-constituída a respeito (2014-C, p. 108/109). Hoje, mais convencidos de que a deficiência no controle interno não pode justificar seu abandono e substituição por outra via supostamente mais célere, ainda não recuamos da posição assumida naquela ocasião, mas a vemos como ainda mais excepcional.

³⁶⁸ Como é o caso de policiais sendo cobrados pela Fazenda por acidentes ocorridos em perseguição de bandidos. Ainda que o pronunciamento judicial seja favorável aos servidores, estes sempre têm gastos com a contratação de advogados, dado que inclusive pode explicar sua revelia em vários feitos do tipo. Quanto a tal aspecto, reproduzo trecho do nosso estudo já referido: “*em ações de regresso propostas pelo Estado contra seus agentes, é comum presenciar policiais ou bombeiros que se envolveram em acidentes na direção de viaturas oficiais, consternados com a perspectiva de serem condenados a ressarcimento de valores que não raramente superam sua remuneração anual, afirmarem que cada vez menos colegas em suas corporações se dispõem a dirigir caminhões ou a perseguir suspeitos da prática de crimes*”(CUNHA FILHO, 2014-C, p. 107).

estatuto que lhes permita desenvolver suas tarefas com independência e imparcialidade, contrariando os interesses que eventualmente tenham que ser combatidos para fins de promoção de pautas de interesse geral, é difícil acreditar que o exercício da função pública que cabe a tais agentes vá ocorrer de modo eficiente.

3.1.2.2. CONSENSUALIDADE

Ao lado do processo como instrumento para a governança administrativa, cresce nos últimos anos a preocupação com o **papel do consenso na construção da decisão estatal**, entendido este não como uma superação da competência de a AP emitir atos unilaterais cogentes para terceiros, mas como um aperfeiçoamento desta, que passa a ser manejada somente após diálogo com os potenciais destinatários de uma dada medida, atendendo-se, o quanto possível, às suas expectativas quanto ao exercício da autoridade pública.

Fenômeno coerente com uma visão instrumental do Estado como garantia do indivíduo e das condições necessárias ao seu desenvolvimento em sociedade (MACHETE, 2004, p. 86; JUSTEN FILHO, 2008, p. 66), por *ação consensual* entende-se tanto o exercício de poder de forma processualizada, como a diretriz para que a Administração, ao se deparar com uma disputa que surja no seu iter decisório, privilegie um desfecho concertado entre os interesses em oposição, sempre que tal medida esteja de acordo com o interesse público que lhe cabe tutelar³⁶⁹.

Verifica-se a respeito uma transição na concepção do que corresponde ao agir estatal adequado em um regime democrático de governo³⁷⁰.

³⁶⁹ Embora tenhamos adotado esses dois sentidos para a ideia de consenso no desempenho da atividade administrativa, é importante ressaltar que o vocábulo, como tantos outros empregados pelos estudiosos do Direito, comporta mais acepções. Patrícia BAPTISTA (2003), por exemplo, entende por Administração consensual “aquela que vai pautar sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o direito administrativo clássico. A ideia de consensualidade engloba, ainda, a de conjugação de esforços, de elaboração em comum, na realização de tarefas públicas, sentido que mais se aproxima do de concerto” (BAPTISTA, 2003, p. 272). Em compreensão próxima, assim a define Gustavo Justino de OLIVEIRA (2009): “modo de atuação dos órgãos e entidades administrativas a partir de bases e procedimentos que privilegiem o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva unilateral da Administração Pública” (OLIVEIRA, 2009, p. 775).

³⁷⁰ Transição de concepção quanto ao bom agir estatal que reflete não só a valorização indivíduo como centro da ordem jurídica, como os novos desafios enfrentados pelo poder político. A respeito, vale a referência aos grandes projetos de infraestrutura/ordenação do território encampados pelo governo francês a partir dos anos 70, que contribuíram para o debate sobre a necessidade de abertura do respectivo processo de tomada de decisão a toda uma gama de atores (públicos e privados) potencialmente afetados por medidas com impactos em largas porções do território daquele país (como a implantação do trem de alta velocidade no Mediterrâneo – TGV, autoestradas e aeroportos)(GAUDIN, 2007, p. 51 e ss.; CHAMBAT/FOURNIAU, 2001, p. 13 e ss.).

Se antes a garantia do indivíduo contra a arbitrariedade dos detentores do Poder estava na emissão de um ato administrativo válido³⁷¹, a evolução experimentada pelo Direito Público passou a exigir do agente estatal o cumprimento de determinadas etapas prévias à emanção de um ato de vontade final, iter visto não só como uma forma de **aprimorar o conteúdo** da decisão a ser tomada, como de **potencializar sua eficácia** perante a população (SCHIRATO, 2010, p. 44) .

Para que tais propósitos sejam alcançados, em um contexto de progressiva valorização da pessoa como razão de ser da organização política, perde força o ideal tecnocrático de mera legitimidade pelo saber técnico como única forma de ação pública, cético quanto à possibilidade de os destinatários de uma medida colaborarem para sua melhor construção, e adepto da unilateralidade como meio por excelência de se buscar a satisfação de interesses caros à coletividade.

Pelo menos desde os anos 70 do século XX a aprovação de Códigos de Processo Administrativo em diversas democracias ocidentais conferiu **impulso ao contrato como instrumento** a disciplinar a relação entre Estado e indivíduos, a fomentar a **satisfação de pautas públicas** de modo mais eficiente, ou seja, com menor emprego de recursos aliado a um resultado mais expressivo na realidade³⁷².

Para além do direito ao *devido processo legal* como condição para uma atuação administrativa que implique restrição à liberdade ou ao patrimônio do cidadão³⁷³, os

Representativo do fenômeno foi a edição em 1976 de uma circular pelo governo Jacques Chirac sobre as consultas públicas (*enquêtes publiques*), a qual previa para o instrumento tanto a função de informação à população como de informação à Administração (sobre as necessidades dos cidadãos). Nas palavras de Pierre CHAMBAT e Jean M. FOURNIAU (2001): “*A consulta, pois, devia ser compreendida como uma informação de mão dupla. Trata-se de recolher as sugestões e críticas sobre os projetos, de avaliar as reações do público antes de realizar uma escolha ou de modificar um projeto*”(CHAMBAT/FOURNIAU, 2001, p. 15).

³⁷¹ Ato administrativo válido entendido como aquele que, observando as regras de competência, objeto e forma previstas em lei, perseguisse a finalidade pública que justificou a atribuição de um dever-poder a um agente estatal.

³⁷² Juliana Bonacorsi de PALMA (2015) trata da evolução experimentada pelos sistemas italiano e espanhol quanto à adoção de módulos convencionais como alternativa à decisão unilateral da Administração (PALMA, 2015, p. 100/111). A autora pontua, ao discorrer sobre o sistema italiano, que a introdução da permissivo expresse para a autoridade pública contratar na Lei 241/90 (CPA italiano) decorreu em grande parte de influência alemã, cujo Código de Processo Administrativo, de 1976, previa em seu § 54 a medida (PALMA, 2015, p. 101). Patrícia BAPTISTA também identifica nos anos 1970 o momento de rediscussão das formas de colaboração dos particulares com a Administração, pauta que se tornou obrigatória com o recuo do então modelo de Estado Providência prevalecente na Europa ocidental, tido como incapaz de atender satisfatoriamente a todas as tarefas que foram absorvidas pela organização política (BAPTISTA, 2003, p. 264). Antes disso, vale a referência feita pela doutrina às leis de processo administrativo de 1946 dos Estados Unidos e de 1952 da Espanha (MOREIRA NETO, 2006, p. 68/69).

³⁷³ A garantia do *devido processo legal* sob o prisma da tutela de direitos individuais, vale lembrar, já vem tradicionalmente sendo aceita entre os povos ocidentais como resultado da progressiva afirmação de direitos da pessoa em face dos detentores do Poder, com destaque para a previsão contida a respeito na Carta Magna de 1215 (COMPARATO, 2003, p. 80).

estatutos processuais tiveram relevante papel para a transformação do agir administrativo ao consagrarem a **prerrogativa de qualquer interessado** (e não só de titulares de direitos individuais) **intervir** em assuntos que de alguma forma possam repercutir em seu cotidiano.

Apesar de tal faculdade já poder ser extraída, em última instância, da ideia de *direito de petição*³⁷⁴, nos países de tradição jurídica romano-germânica, em que ainda hoje há enorme receptividade para a concepção idealizada da submissão plena da ação estatal a comandos parlamentares, os avanços obtidos em nível de processo administrativo acabaram sendo fundamentais para a abertura do iter decisório à participação dos governados.

Contudo, de acordo com parte da doutrina que estuda esses sistemas, só o fato de se permitir ao indivíduo falar no processo não significa que o gestor possa, sem autorização legal expressa, de alguma forma transigir com aquilo que lhe é proposto pelo particular³⁷⁵.

Como se uma cláusula genérica do tipo “*a Administração pode firmar acordos com o cidadão*” conferisse ao destinatário do exercício da função pública³⁷⁶ mais garantias

³⁷⁴ *Direito de petição* entendido como o direito de o governado dirigir-se ao governante para levar à apreciação deste assunto de seu interesse. Entre nós o instituto já encontrava previsão no inciso XXX do art. 179 da Constituição imperial de 1824. Para um maior desenvolvimento acerca do nosso entendimento sobre a relação entre direito de petição e a participação do cidadão no exercício da atividade administrativa, ver *Audiência Pública e Urbanismo – A Audiência Pública como instrumento de participação popular na formação e controle de políticas públicas voltadas à ordenação da cidade* (CUNHA FILHO, 2014-B, em especial p. 44 e ss.).

³⁷⁵ Pode-se dizer que a resistência em se aceitar um agir estatal por módulos convencionais de alguma forma remonta à própria dificuldade que teve boa parte da doutrina do Direito Administrativo em aceitar a ideia de contrato administrativo, que para alguns era inconcebível em razão da posição de superioridade do Estado nas relações mantidas com particulares e da indisponibilidade dos interesses perseguidos pela organização política. Destacamos a respeito passagem da lição de Fernando Dias Menezes de ALMEIDA (2012): “*A posição pela negação da possibilidade da existência de uma relação contratual a reger a colaboração entre particulares e a Administração no desempenho das funções estatais fundamentava-se sobretudo numa visão do Estado que ressaltava seu aspecto de superioridade – atributo da soberania estatal – em relação aos indivíduos. São corolários desta superioridade, de um lado, a ausência de isonomia entre eventuais vontades pública e privada contratantes; de outro a impossibilidade de o Estado propriamente negociar seus interesses soberanos*”(ALMEIDA, 2012, p. 151). Na tentativa de compreender a oposição existente ao diálogo público-privado como meio eficiente de desempenho de funções estatais, também há a já referida desconfiança com potencial do particular, supostamente movido apenas por interesses egoísticos, contribuir para o bem comum. Confira-se excerto bastante ilustrativo sobre o ponto: “*Tradicionalmente, o direito administrativo sempre desconfiou dos interesses privados. A construção dessa disciplina jurídica operou-se impregnada pela crença na pureza absoluta do interesse público legalizado que lhe competia proteger e, por isso mesmo, tinha como objetivo impedir qualquer possível contaminação desse interesse superior pelos interesses privados colhidos na sociedade, naturalmente subordinados. Não raro, por isso, eram tais interesses qualificados indiscriminadamente de forma pejorativa, como interesses corporativos ou categorizados*” (BAPTISTA, 2003, p. 262).

³⁷⁶ *Destinatário da função pública* aqui entendido como não só o diretamente afetado por determinada medida estatal como os cidadãos em geral que, na linha do já expusemos nesta tese, tem direito a uma boa gestão das contribuições que periodicamente são chamados a fazer para os cofres públicos.

do que a sua compreensão como faculdade inerente à arte de gerir a coisa comum³⁷⁷, muitos pensadores aguardaram (como ainda entre nós aguardam) a aprovação pelo Legislador de fórmula do jaez para que se admita ao gestor um cumprimento dos deveres que lhe cabe de olhos abertos, ou seja, evitando que a leitura literal de fragmentos de lei o conduza para posturas que retoricamente são intransigentes na tutela do interesse público, mas que na prática são desastrosas para a satisfação de tal fim.

Em que pese os melhores propósitos daqueles que veem risco demasiado em se admitir a transação entre Estado e cidadão como meio legítimo, quando não preferencial, para o atingimento de finalidades de interesse geral³⁷⁸, o próprio perfil intervencionista do modelo de *Estado providência*³⁷⁹ exige uma atuação pública que se valha de outros instrumentos que não exclusivamente os de força para mobilizar os particulares em torno de políticas importantes para toda a coletividade (MORAND, 1988, p. 465/466³⁸⁰).

A magnitude das tarefas que foram assumidas por esse tipo de organização política, como o combate à pobreza, a redução das desigualdades sociais e a preservação do meio ambiente, está muito além da capacidade de ação do setor público, dependendo, pois, do envolvimento de toda a sociedade em torno de tais pautas, sem o que os resultados das iniciativas estatais tendem a ser bastante insatisfatórios³⁸¹.

³⁷⁷ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2006) entende existir um *princípio do consenso* como implícito da consolidação de um Estado Democrático de Direito, que poderia ser definido como “o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado” (MOREIRA NETO, 2006, p. 62). Para a visão do autor sobre o desenvolvimento das ideias de *consenso e participação* como fontes de legitimação da ação administrativa contemporânea, em um movimento que se intensificou após a Segunda Guerra Mundial, ver MOREIRA NETO, 2016, p. 159 e ss..

³⁷⁸ Dentre os riscos que se apontam para os acordos realizados extrajudicialmente entre Administração e particular estaria a possibilidade de desvios de conduta com potencial risco ao erário (SANTOS, 2015, p. 267/269; ARAGÃO, 2007, p. 8 e ss.). “*Não se deseja, obviamente, que os acordos sejam fruto de conluio da Administração com o administrado, em uma utilização irregular dos acordos administrativos com fins escusos e alheios às motivações indicadas. Um mero simulacro*” (PALMA, 2011, p. 257). Além disso, em não havendo regulação à respeito, aponta-se a insegurança jurídica quanto à possibilidade de se exigir seu cumprimento forçado em face da Administração (PASTOR, 2000, v. II, p. 109).

³⁷⁹ O Estado Providência, vale lembrar, tem por propósito a transformação de uma dada de realidade (MORAND, 1988, p. 452/453), de acordo com um projeto constitucional, o que implica, além das clássicas obrigações de abstenção quanto à esfera de liberdade individual, a necessidade de promoção de atividades prestacionais e de fomento, dirigidas em especial para a população de baixa renda.

³⁸⁰ Segundo Charles-Albert MORAND (1988), “*os programas do Estado providência põem em prática um série de meios jurídicos e não jurídicos para o atingimento de certos resultados. O Estado não age hoje somente tendo como parâmetro a norma jurídica, mas ele utiliza também informação, recursos financeiros, organização, persuasão, ação direta sobre a realidade para a condução, seja para o bem seja para o mal, dos administrados para uma determinada direção. Os « programmes finalisés » inserem-se num quadro de concepções globais nas quais o direito em um lugar, mas não mais a exclusividade. Em certos setores o direito não desempenha mais que um papel marginal e seu papel é mesmo em algumas situações avaliado como contra produtivo quando comparado a outros instrumentos mais flexíveis*” (MORAND, 1988, p. 465/466).

³⁸¹ Quanto ao emprego de formas mais flexíveis (e por vezes mais eficientes) na busca de adesão de comportamentos individuais às diretrizes preconizadas pelo Poder Público, em especial no que se refere à adoção de técnicas de fomento e de sanção positiva, ver, por exemplo, nossa reflexão conjunta com Camila

Governar em tais searas, mais do que dar ordens, significa somar esforços, induzir condutas desejadas, convencer os destinatários de uma medida restritiva quanto à sua importância para o bem comum, vencendo resistências individuais ou coletivas que surjam em face de determinada estratégia adotada pelo Poder Público³⁸².

Ou seja, o sucesso quanto ao atingimento de finalidades públicas, que em geral só em parte são definidas *a priori* pelo legislador³⁸³, depende de que se reconheça ao gestor uma ampla liberdade de ação, conforme os ditames da juridicidade, de modo a muni-lo de meios adequados para fazer boas escolhas ante o imprevisto, em um quadro que prestigie a busca da eficiência no exercício das prerrogativas a cargo do Poder Público (SCHIRATO, 2011, p. 138/139).

Reforçando raciocínio que já tivemos a oportunidade de desenvolver sobre o tema (CUNHA FILHO, 2015-B), inspirados em importante doutrina (ALMEIDA, 2012, p. 302³⁸⁴; ARAGÃO, 2007, p. 13³⁸⁵; REISDORFER, 2014, p. 103/104³⁸⁶), acreditamos que

Rocha Cunha VIANNA denominada *Pactos Regulatórios: a regulação positiva, o direito administrativo e a busca de resultados* (2015).

³⁸² Loïc AZOULAI (2007), tecendo considerações sobre o Direito Comunitário Europeu, nos informa que também em tal âmbito uma das perspectivas de se pensar o *princípio da boa administração* é a gerencial, que preconiza justamente a ação estatal por meios mais flexíveis que a tradicional imperatividade, fundada na troca de informações, na negociação e cooperação (AZOULAI, 2007, p. 513).

³⁸³ Já que nas múltiplas tarefas tidas como de responsabilidade da Administração não raramente há uma importante margem para que o gestor público complemente os significados cogentes extraídos dos atos normativos emanados do Parlamento, seja pelo exercício do poder regulamentar, seja pela aplicação da lei no caso concreto conferindo concretude a conceitos jurídicos indeterminados, estes previstos justamente para que seja possível a adaptação dos comandos legais a uma realidade em contínua transformação. Sobre tal ponto, ver a reflexão de Charles-Albert MORAND denominada *Le droit de l'état providence – prolégomènes à une étude de la révolution juridique post-moderne* (1988, em especial p. 461 e ss.).

³⁸⁴ Fernando Dias Menezes de ALMEIDA em seu *Contrato Administrativo* (2012) pondera que, quando há lei que preveja a possibilidade de substituição de decisão unilateral por acordo, não há qualquer dúvida quanto à viabilidade da medida. “*mas, mesmo ante a ausência de expressa previsão, é sustentável a possibilidade de celebração desses acordos no Direito brasileiro. Isso porque está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão. Numa situação assim, sempre restará, em potência, o poder unilateral, que, circunstancialmente, não é exercido. Por outras palavras, está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção da Administração impor a si própria condicionamentos de sua ação, importando obrigação para com o destinatário da decisão*” (ALMEIDA, 2012, p. 302).

³⁸⁵ Alexandre Santos de ARAGÃO (2007), enfatizando que a lei não é a única fonte do Direito Administrativo, defende que: “*(...) não parece adequado que esta faculdade negocial jus-genética (de todos os sujeitos de direito estabelecerem vínculos entre si por meio de acordo de vontades) deixe de existir ‘tout-court’ quando uma das partes for o Estado. Em primeiro lugar, como o acordo pressupõe a adesão voluntária do privado, não há invasão da esfera jurídica individual, que pressuporia lei; e em segundo lugar, em sendo assim, não há razão para se retirar do Estado o acordo de vontades como instrumento que, a par da lei, também se presta à realização de interesses públicos (...). O acordo de vontades como criador de regras jurídico-administrativas faz do sujeito ordinário parte ativa na definição e realização do interesse público, cria em primeiro plano verdadeiras relações jurídicas – inclusive de longa duração – com base naquelas regras*” (ARAGÃO, 2007, p. 13).

³⁸⁶ Guilherme F. Dias REISDORFER (2014), também compreendendo como implícita a possibilidade de firmar acordos na competência para tratar de uma dada matéria de forma unilateral, pondera: “*Se não existe uma autorização geral explícita para que a Administração atue de forma concertada, também não há, salvo em casos expressos, vedação à adoção desse modo de atuação. Com efeito, não existe determinação geral*

seja prescindível, em princípio, autorização legal genérica ou específica para que agentes públicos formalizem avenças com os privados, desde que se observe, como não poderia deixar de ser, o ônus da motivação adequada e de compatibilidade dos termos do ajuste com a disciplina legal e regulamentar vigente sobre dada matéria³⁸⁷.

Partindo do pressuposto do **dever de racionalidade no desempenho da função pública**, não nos parece que a submissão da Administração ao quanto previsto na lei parlamentar possa levar à tomada de decisões indiferentes aos seus efeitos práticos, que tenham uma justificação de índole exclusivamente formal³⁸⁸.

Conforme já salientado em outras passagens deste estudo e repisado por diversos autores, a ideia de condicionamento de toda e qualquer atividade da Administração a uma fórmula legal prévia, se é que um dia foi aplicada com utilidade para explicar/disciplinar o exercício das competências a cargo do Executivo (GIANNINI, 1993, v. I, p. 88), hoje não encontra mais, nem mesmo em tese, espaço nas discussões do Direito Administrativo.

Se o *imperativo de racionalidade no exercício do poder* pode parecer para alguns pensadores mais deferentes ao papel do direito escrito na disciplina do Estado como algo muito etéreo, já que não consagrado como princípio constitucional expresso a reger a função executiva, a **constitucionalização da disciplina da Administração Pública** exige que todas leis e regulamentos que lhe são aplicáveis sejam lidos a partir de valores contidos na Carta Política, dentre os quais está o da **eficiência**.

para que o exercício de funções administrativas seja unilateral e infenso ao diálogo com os seus destinatários. O que se extrai do sistema é que a Administração deve atuar de forma unilateral (respeitado, em qualquer caso, o devido processo administrativo), quando a lei assim estabelece, ou quando for inviável obter o consentimento formal do sujeito interessado ou afetado pelo exercício das competências administrativas”(REISDORFER, 2014, p. 103/104).

³⁸⁷ Em sentido contrário, ver, por exemplo, Diogenes GASPARINI (2008, p. 18/19). Entendendo haver necessidade de autorização (ao menos geral, ainda que regulamentar) para a realização de acordos pela Administração, confira-se CARNAES (2016, p. 28/31). No direito estrangeiro, Sabino CASSESE (2009) manifesta-se pela necessidade de “previsão normativa” para que seja possível a substituição de ato administrativo por acordo, o que, aliás, existe no sistema italiano (art. 11 da Lei 241/1990, com a alteração que lhe foi feita em 2005). Para os acordos procedimentais (integrativos ou preliminares), não haveria tal necessidade (CASSESE, 2009, p. 271).

³⁸⁸ Neste ponto dialogamos com preocupação de Floriano Azevedo MARQUES NETO (2011) que, identificando a prática de *atos administrativos autistas* no dia a dia da Administração Pública, propõe, dentre as diretrizes necessárias à mudança de tal paradigma, a ideia de consensualidade como mecanismo a potencializar a eficiência da ação pública. Eis a definição que o professor dá a tal tipo de ato: “*sua principal característica: um brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico; sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são destinatários e razão de ser da prática destes atos*”(MARQUES NETO, 2011, p. 96). Em sentido próximo, afirma Paulo OTERO (2013), ao tratar dos vários níveis de vinculação da Administração à juridicidade, que “*A Administração Pública não possui a faculdade de mal administrar, nem lhe é admissível uma postura de indiferença sobre o modo como prossegue o interesse público: a lei, conferindo ao decisor administrativo discricionariedade, pressupõe que ‘o administrador seja um bom administrador’*”(OTERO, 2013, p. 78).

Dessa forma, não bastasse a dinâmica da realidade inviabilizar, por si só, uma tentativa de o Parlamento esgotar em lei as formas pelas quais o gestor possa adequadamente agir no porvir, a concepção prevalecente quanto à **vinculação do Estado à lei, à Constituição e ao Direito** corresponderia a fundamento suficiente para que o servidor, no caso concreto, buscasse, para cumprir a finalidade da competência que lhe é atribuída, o instrumento mais apto a proporcionar um melhor resultado na realidade³⁸⁹.

A leitura da lei não pode conduzir seu intérprete ao abismo.

Imprescindível lembrar que cabe à organização política perseguir, com o manejo dos recursos materiais e humanos que estão à sua disposição, efeitos concretos que favoreçam as pessoas submetidas a sua esfera de influência, que lhes garantam direitos, que valorizem os laços de interdependência que estas mantem entre si, na cooperação necessária para a boa vida em comum.

Sempre tendo em mira tal norte é que o servidor deve exercer o plexo de deveres-poderes que a lei lhe confere.

Nesses termos, para ficarmos em um exemplo bastante mezinho, mas que assombra por sua reiteração no dia a dia forense, tem-se milhares de ações de regresso que as procuradorias promovem em face de servidores e terceiros para ressarcimento de gastos por vezes módicos.

Propomos um caso típico para nossa reflexão:

Carro conduzido por policial militar que, quando em perseguição a um suspeito da prática de crime que não teria observado à ordem de parada, envolve-se em acidente com terceiro. Administração Pública ingressa com ação contra policial e terceiro pretendendo reembolso dos valores despendidos com o conserto do automóvel. Prova oral não conclusiva sobre o responsável pela batida, da qual resultou, como dano ao erário, um parachoque e pintura danificados. Terceiro, beneficiário da assistência judiciária gratuita, propõe-se a pagar seus próprios danos e

³⁸⁹ E dessa forma concordamos com a crítica feita por Vitor Rhein SCHIRATO (2011) quanto à visão da tipicidade, pelo menos na atualidade, como atributo do ato administrativo. *“Para que se possa dar vazão à quantidade de atribuições que são impostas à administração pública, é imperioso que se lhe confira, em contrapartida, uma maior liberdade de atuação que, inclusive, contemple mecanismos de ação bilateral consensual escorados em institutos do direito privado. Ademais, para que o princípio da eficiência possa ser efetivamente concretizado, é necessário que haja liberdade de ação, o que é completamente antagônico à vinculação estrita a tipos de atos criados previamente em lei”*(SCHIRATO, 2011, p. 138/139). Em sentido diverso, observando inconsistências em uma atuação administrativa por vezes demasiadamente apegada ao formalismo, mas entendendo que a flexibilização devida deveria ser veiculada por lei (em homenagem ao princípio da legalidade), ver Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2011, p. 299/303). A professora alerta para a necessidade de se ter cuidado ao se transpor ao nosso sistema jurídico institutos usados no direito estrangeiro, pontuando que *“o direito administrativo brasileiro não é de elaboração pretoriana; a Administração Pública, se quiser criar figuras contratuais novas, tem que procurar seu fundamento no direito positivo”*(DI PIETRO, 2011, p. 299).

ainda uma indenização equivalente a 1/3 do quanto lhe é exigido pelo Estado. Sob tais circunstâncias, cabe ao procurador do Estado uma de duas alternativas: 1) aceitar a proposta e encerrar o processo; 2) recusar a proposta e esperar a sentença que, se for favorável ao requerente, é de execução bastante incerta em razão da hipossuficiência do terceiro.

Diante de uma situação tipo como a exposta, cuja repetição na rotina do exercício da jurisdição em Varas de Fazenda Pública inclusive foi determinante para a escolha do tema ora desenvolvido como tese, qual seria a melhor solução sob o prisma do Direito?

A competência do servidor encarregado de decidir se propõe ou não ação judicial com tais características seria de necessariamente mover o Judiciário com a finalidade de perseguir o pagamento contra particular de solvência incerta, custe o que custar? Ou sua missão seria a de avaliar o melhor meio de recuperar o patrimônio lesado ou, diante da remota possibilidade de indenização integral, buscar a minoração do dano, a partir do meio menos oneroso para tanto?

Antes de sugerirmos resposta à indagação feita que seja coerente com os pressupostos da ação administrativa defendidos neste estudo, vale acrescentar mais alguns dados ao nosso problema.

O manejo da via judicial envolve o emprego de tempo, recursos materiais e humanos não só da Administração como do Judiciário que, é bom lembrar, também é Estado, custeado em grande medida com verbas orçamentárias que saem dos tributos pagos por todos os cidadãos.

Assim, embora aparentemente a alternativa justifique-se em razão da isenção quanto ao pagamento de custas iniciais pela Fazenda, uma visão mais ampla do funcionamento da estrutura burocrática estatal certamente **inibiria o gestor** responsável quanto à **prática de atividades que impliquem mais custos do que resultados úteis** para a coletividade.

Trata-se, pois, do já conhecido (e ainda pouco aplicado) imperativo da **proporcionalidade** como pressuposto do exercício do poder público (BARTOLI/KERAMIDAS/LARAT/MAZOUZ, 2011, p. 634/635; SCOCA, 2008, p. 180/181).

Acreditamos que, caso houvesse preocupação com o desempenho econômico do aparato estatal de maneira global, buscando-se sua sustentabilidade a médio e longo prazo, dificilmente veríamos a AP empregar meios que, dirigidos a garantir a integridade do patrimônio coletivo, na realidade redundassem em seu desfalque.

Na situação tipo descrita, importante salientar, não só se gasta mais recursos públicos com o processo judicial do que aqueles que poderão ingressar nos cofres do erário na hipótese de êxito da postulação³⁹⁰, como há prejuízo para todo o serviço de responsabilidade do Estado.

Não bastasse a inevitável mobilização de servidores do Executivo e do Judiciário para atividade financeiramente ruínoza, tem-se que os policiais envolvidos, seja na condição de réus, seja na de testemunhas, também perderão pelo menos um dia de trabalho nas ruas para ficar à disposição do Tribunal, o que poderá se estender por tempo maior em havendo redesignação do ato por ausência de alguma das partes ou pessoa que deva ser ouvida para esclarecimento dos fatos.

Perante tal quadro, o servidor com atribuição de zelar pelo ressarcimento do prejuízo causado ao ente público teria liberdade para não propor a ação judicial ou então, ao propô-la, aceitar seu desfecho de forma consensual, recebendo valor nominalmente inferior ao quanto requerido em juízo a título de condenação?

Considerando que a **finalidade** a ser perseguida pelo agente estatal é a **integridade do patrimônio** formado pela contribuição de todos os cidadãos, e não a representação meramente protocolar dos interesses secundários da AP³⁹¹, entendemos que este não só pode como deve, de forma fundamentada, eleger a alternativa mais eficiente para alcançar o fim que é a razão de ser dos poderes que lhe são conferidos por lei³⁹².

³⁹⁰ Embora o custo com a tramitação de cada tipo de processo judicial varie de acordo com a Justiça na qual tramite, bem como das condições específicas experimentadas pelas diversas unidades da atuação de tal instituição, em 2011 o CNJ divulgou pesquisa segundo a qual o custo médio de um processo de execução fiscal (no qual normalmente não há audiência nem perícia) é de R\$ 4.300,00 (<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/56622-processo-de-execucao-fiscal-custa-em-media-r-43-mil> - 13.07.16, às 10:00).

³⁹¹ Como *representação protocolar* da Administração em juízo entende-se uma defesa apenas formal da posição de tal ente em um processo judicial, desconsiderando tanto as reais chances de a Fazenda sagrar-se vencedora em tal empreitada, como a situação dos particulares que buscam fazer valer seus direitos perante a organização política. Quanto à diferença entre interesse público primário (bem comum) e secundário (econômico-financeiro da pessoa jurídica) passíveis de tutela pelo ente público, ver Renato ALESSI (1958, p. 179/183), que sustenta a legitimidade da busca deste último apenas quando coincidente com o primeiro (*“interessi secondari che se fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l’interesse collettivo primario”* – ALESSI, 1958, p.180)

³⁹² Adilson Abreu DALLARI (2005) manifesta-se pela viabilidade de a Administração por fim consensual a litígios que tramitam no Judiciário, após fazer referência ao §6º do art. 5º da Lei 7.347/85 (competência para órgãos públicos firmarem termos de ajustamento de conduta), sobre o qual falaremos um pouco mais à frente. *“Se é possível celebrar um acordo para evitar a propositura de uma ação judicial, com muito maior razão, numa perspectiva de ordem lógica, também deve ser possível a celebração de um ajuste para dar fim a uma contenda judicial, dado que, nesta segunda hipótese, sempre haverá a presença vigilante do juiz da causa”* (DALLARI, 2005, p. 112). O autor prossegue: *“o que se sustenta é que não se pode mais aceitar uma submissão absoluta à letra da lei, em detrimento da realização dos fins a que ela se destina. Cumpre-se a lei quando se atinge o resultado por ela almejado”*(DALLARI, 2005, p. 112).

Para a solução de um conflito específico travado com o Estado, apesar da nossa cultura avessa ao uso de métodos alternativos (ao Judicial) de resolução de controvérsias, fundada em uma **concepção peculiar de indisponibilidade do interesse público**³⁹³, acreditamos que, sobretudo em cenários incertos quanto ao bom desfecho para o erário no julgamento de uma causa caso esta seja submetida aos Tribunais (SOUZA, 2012, p. 153 e ss.; 2014, p. 496/497), a Administração deveria privilegiar a via negocial (à unilateral de eficácia duvidosa) como meio de atingir seus propósitos³⁹⁴.

Além dessa diretriz atender aos ditames de uma gestão racional, que preze pela avaliação de custos/benefícios das medidas que são utilizadas para o desenvolvimento de suas atividades, entendemos que a mudança preconizada na postura da Administração na sua relação com os particulares também refletiria uma necessária **reavaliação do que seja o interesse geral** a legitimar o exercício do poder pelos governantes em face dos governados.

A organização política existe em razão dos indivíduos e se justifica na medida em que consegue racionalmente disciplinar os esforços individuais na direção do bem coletivo.

Logo, em um Estado Democrático de Direito, o que razoavelmente se espera dos agentes públicos (que tomam decisões obrigando o que chamamos de Estado) é uma conduta leal para com os particulares, que ajam com independência e imparcialidade no exercício de suas atribuições, dentre as quais está justamente a de definir, em determinado caso concreto, qual iniciativa está de acordo com as aspirações coletivas, acarretando o mínimo de restrição possível à esfera de liberdade dos cidadãos.

³⁹³ Visão peculiar na medida em que, apesar de retoricamente afirmar tal indisponibilidade, na prática concorre para justificar posturas administrativas intransigentes e descomprometidas com a efetiva realização do interesse público na realidade, o que pressupõe a racionalidade no exercício do poder estatal, diretriz que não é observada se a medida eleita pelo gestor para perseguir determinado fim não passa pelo crivo de uma avaliação fundada no binômio custo-benefício.

³⁹⁴ Quanto à compatibilidade do emprego da figura do acordo pela Administração com a ideia de *indisponibilidade do interesse público*, ver passagem da reflexão de Fernando Dias Menezes de ALMEIDA (2012): “*A propósito – diferentemente do que muitas vezes se constata ser de senso comum entre agentes da Administração – a celebração de acordos em nada afeta o princípio da indisponibilidade do interesse público. Chegar-se a uma decisão mediante acordo não significa renunciar o exercício de competências ou omitir o desempenho dos poderes – que simultaneamente são deveres, dado seu sentido funcional. Significa tão somente a adoção de determinado procedimento de decisão. O atentado ao interesse público há de se verificar pelo conteúdo da decisão, seja ela decorrente do exercício de poder unilateral da Administração, seja decorrente de acordo*” (ALMEIDA, 2012, p. 302). No que concerne à preferência a ser dada à solução consensual nas disputas entre Estado e indivíduo, Bruno Grego dos SANTOS (2015), após fazer referência ao prejuízo que uma excessiva judicialização das relações mantidas entre Administração e particulares implica para a legitimidade do regime democrático, pontua: “*os métodos consensuais de solução de conflitos devem ser a primeira opção a ser considerada para a composição do litígio, recorrendo-se à intervenção judicial tão somente na absoluta impossibilidade de solução consensual*” (SANTOS, 2015, p. 79).

O interesse público, assim, é dialogicamente construído a partir da intervenção dos possíveis afetados por determinada medida, e não ditado exclusivamente por um servidor (supostamente) infenso às influências do mundo sobre o qual repercutirá sua decisão³⁹⁵.

Ao assumir seu papel como **espaço de realização de Justiça**, o Estado (como um todo, e não só através do seu ramo Judiciário) passaria finalmente a perseguir a **pacificação social** como pauta inerente ao seu agir, objetivo que não se coaduna com a recusa sistemática de pretensões singelas dos administrados³⁹⁶, escorada exclusivamente em um discurso de tutela irrenunciável de disponibilidades financeiras do erário³⁹⁷.

Nesse sentido, considerando ser de interesse público, por exemplo, o pagamento de uma indenização quando esta for efetivamente devida ao particular³⁹⁸, bem como a concessão de pensão quando o segurado do regime de previdência estatal tenha preenchido os requisitos para tanto, deve-se adotar cautelas para que a adoção de meios consensuais para solução de disputas pela Administração não se transforme em mais um mecanismo

³⁹⁵ Ao discorrem sobre as razões para o crescente recurso ao debate público como etapa prévia à tomada de decisões importantes para a comunidade no sistema jurídico-político francês, Pierre CHAMBAT e Jean-Michel FOURNIAU (2001), identificando a importância assumida para o fenômeno desde os anos 90 do século XX, de forma bastante pertinente pontuam: *“o contencioso perante a jurisdição administrativa não opõe mais o interesse geral, do qual seria portador o ator público apoiado em sua capacidade técnica, aos interesses privados, mas sim interesses públicos diversos, pois os atores exteriores (ao setor público) invocam todos um interesse ou uma utilidade mais ou menos público(a) segundo seus próprios pontos de vista”*(CHAMBAT/FOURNIAU, 2001, p. 11).

³⁹⁶ Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA (2010), ao tratar da possibilidade de celebração de acordo entre Administração e particular no curso de processo judicial, afirmam: *“Mesmo que o processo já esteja na fase de execução, é possível que a Administração resolva a pendência por meio consensual, dispensando a expedição de precatório pelo Judiciário. Não é a existência de litígio, ou mesmo a existência de débito já em face de execução judicial, que impede a Administração de adotar uma postura conciliatória. A Administração, nestes casos, não se encontra permanentemente obrigada a uma atitude de conflito ou resistência em relação ao demandante”* (SUNDFELD/CÂMARA, 2010, p. 2/3).

³⁹⁷ Discurso que, na prática, muitas vezes se reflete em posições que tangenciam a má fé por parte da Administração na gestão de suas relações com os indivíduos. Alice Gonzalez BORGES (2007) aponta, com bastante agudeza, algumas condutas que caracterizam o atuar da entidade que deveria se pautar, antes de tudo, pelo respeito ao que justifica sua existência (o ser humano): pagamento de obrigações contratuais com sistemático atraso; não pagar débitos contraídos por gestões anteriores; obrigar o particular a recorrer ao Judiciário para obter a satisfação de direito já reconhecido por órgão técnico estatal; suspender imotivadamente a execução de contratos; e, quando em juízo, lançar mão de expedientes processuais dirigidos a perpetuar lides ao infinito com o exclusivo propósito de retardar pagamentos devidos (BORGES, 2007, p. 6/7).

³⁹⁸ Sobre o dever de a Administração indenizar o particular quando reconhecida administrativamente sua responsabilidade pelo ilícito, confira-se passagem do estudo de Bruno Grego dos SANTOS sobre *Transações Extrajudiciais na Administração Pública* (2015), feitas após o autor discorrer sobre o significado da vinculação da Administração à juridicidade e, em especial, sobre o dever de esta pautar sua conduta visando à concretização de propósitos previstos na Constituição (em vez inspirada exclusivamente em formalismos desprovidos de sentido): *“Adotando tal caso como provocação, resta claro que sustentar a impossibilidade de a Administração indenizar o particular lesionado manejando a transação extrajudicial pela simples falta de lei que a autorize é a epítome da negativa à realização de uma garantia fundamental, constituindo uma distorção inaceitável do princípio da legalidade que só pode ter origem no absoluto desconhecimento das raízes desse princípio do direito administrativo”* (SANTOS, 2015, p. 182).

para desvio de recursos públicos (MARQUES JUNIOR, 2016, p. 205 e ss.; ISSA, 2016, p. 248 e ss.; SANTOS, 2016, p. 280 e ss.; APPARECIDO JUNIOR, 2016, p. 376 e ss.).

Para isso, necessária a reflexão sobre **o que pode ser objeto de acordo**, bem como sobre **quais os requisitos** para este ser realizado.

Antes, contudo, levando em conta que afirmamos linhas acima que *em princípio* não há necessidade de lei expressa que outorgue poder à autoridade competente para dispor por consenso aquilo que lhe é facultado pela via do ato unilateral, analisemos se efetivamente não há no nosso sistema disposição legal que preveja tal faculdade e, em não havendo esta, quando haveria necessidade de lei ou regulamento (ato geral e abstrato) disciplinando o desfecho consensual de disputa travada com a Administração.

Embora não haja permissão geral para a celebração de acordos com o Poder Público no âmbito da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal), há doutrina que encontra na Lei nº 7.347/85 fundamento para tanto, mais especificamente no §6º do seu art. 5º, dispositivo que disciplina a celebração de termos de ajustamento de conduta – TAC por órgãos públicos competentes para a propositura de ação civil pública - ACP³⁹⁹.

Confira-se a respectiva redação:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
(...)

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Logo, como a **ACP** é medida judicial prevista para a defesa de **qualquer interesse difuso ou coletivo** a cargo de entidades federadas (inciso IV do art. 1º), a conclusão que se extrai é que existe autorização legal para União, Estados, Município e Distrito Federal

³⁹⁹ Defendendo que o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/85 autoriza expressamente a celebração de acordos pela Administração Pública, ver Adilson DALLARI (2005, p.111/112). Luciane Moessa de SOUZA (2014), após discorrer sobre os fundamentos que encontra na Constituição para a adoção de métodos consensuais para resolução dos conflitos estabelecidos entre Estado e particular (acesso à Justiça, eficiência e princípio democrático), também refere-se ao §6º, do art. 5º da Lei nº 7.347/85 como a primeira grande inovação no nosso direito positivo sobre o tema (SOUZA, 2014, p. 488/489). Acerca do princípio democrático, afirma a autora: “o princípio democrático, fundamento de nossa ordem constitucional (art. 1º), que decorre de o Estado não ser um fim em si mesmo e reclama portanto que, quando o poder público se veja envolvido em conflitos com particulares, ele se disponha, em primeiro lugar, a dialogar com estes para encontrar uma solução adequada para o problema” (SOUZA, 2014, p. 488).

valerem-se dos TACs para a tutela extrajudicial da ampla gama de bens protegidos pela Lei 7.347/85, o que significa dizer instaurar procedimento para apurar lesão a tais interesses, e, desde que o acordo seja a melhor forma de preservá-los, firmá-lo com os responsáveis por sua violação.

Se há previsão legal de acordos com tal amplitude para o desempenho da atividade administrativa⁴⁰⁰, sem que haja a necessidade de Estado ou particular recorrerem ao Judiciário para verem encerrada uma disputa por meio de concessões recíprocas, forçoso reconhecer que, mesmo para aqueles que defendem a imprescindibilidade de fundamento expresso em lei para a transação extrajudicial, esta existe em nosso sistema⁴⁰¹.

Havendo tal permissivo geral para os acordos administrativos⁴⁰², ainda que topicamente deslocado de textos normativos que regem o processo de tomada de decisão

⁴⁰⁰ Direitos difusos e coletivos, conforme a definição lhes é dada pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), são: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. A Administração, vale dizer, ao preferir a via concertada à unilateral para alcançar determinado resultado na realidade está exercendo a competência que lhe é conferida pelo ordenamento para tutelar o *interesse público* de forma mais eficiente, interesse este que é *transindividual, indivisível* e atinente a *toda coletividade*.

⁴⁰¹ Outra “lei geral” que autoriza a transação extrajudicial na Administração, só em âmbito federal, é a Lei nº 9.469/97 (como lembrado por SOUZA, 2014, p. 492), que fora precedida pela Lei nº 8.197/91 (PALMA, 2015, p. 195). A Lei nº 9.469/97 regulamenta o quanto previsto na Lei Complementar nº 73/93 (PALMA, 2015, 196), que disciplina a carreira da Advocacia Geral da União. O art. 4º, VI da LC nº 73/93 prevê: “Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: (...)VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente”. Como o AGU, que representa a União judicial e extrajudicialmente (art. 1º LC nº 73/93), pode transigir, isso significa que o próprio ente federado, por força de expressa autorização legal, pode fazê-lo. Corroborando a tese de que a resistência da Administração quanto à celebração de acordos é mais cultural do que de falta de amparo legal, até o Código de Processo Civil de 2015 veio repisar o que tantos diplomas já estabeleciam: “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”. Finalmente, na eventualidade de não se encontrar texto escrito de lei que autorize a solução consensual de disputas entre Poder Público e indivíduo, vale registro da posição sustentada por Bruno Grego dos SANTOS (2015, p. 215/216) e Carlos Ari SUNDNFELD / Jacintho Arruda CÂMARA (2010, p. 4/5) no sentido de o art. 841 do Código Civil não ser óbice para tanto. Apesar de o dispositivo prever que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”, tal *caráter privado* diria respeito à natureza do bem a ser negociado e não à qualidade das partes a encetarem o acordo.

⁴⁰² Juliana Bonacorsi de PALMA (2015) afirma que o §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 é o que mais se aproxima de um permissivo genérico em nosso sistema para que a Administração persiga suas finalidades através de técnicas consensuais, embora o dispositivo fique muito aquém do que é previsto com o mesmo propósito pelas leis de processo administrativo espanhol, italiana e alemã (PALMA, 2015, p. 271/272). A autora, nada obstante, aponta para o Decreto nº 52.201/2007 do Estado de São Paulo como regra genérica a embasar a atividade concertada da Administração em tal ente federado (PALMA, 2015, p. 272). Ao se entender, contudo, que um regulamento sirva de permissivo para que a Administração possa celebrar acordos, a nosso ver essa faculdade já existia, mas fora apenas disciplinada quanto ao seu exercício pelo ato infralegal. Desenvolveremos mais o ponto a seguir, no corpo do texto.

da Administração em nosso país, a resposta às questões sobre **o que pode ser objeto de transação e em que termos esta pode ser feita** vai depender de leis ou regulamentos específicos que tratem da matéria nas mais diversas searas do agir público.

Quanto ao bem jurídico suscetível de negociação entre Estado e particular, dois são os pressupostos: 1) o **dinheiro**, em si, **não é indisponível**, embora todo o dispêndio público/renúncia fiscal deva ser justificável perante o titular de tais recursos financeiros, que é a população como um todo; 2) a competência no bojo da qual pode ocorrer o concerto entre vontades pública(s) e privada(s) não pode ser qualificada como passível do uso de tal técnica de forma abstrata e geral, sem que haja consideração precisa do **caso concreto** submetido à apreciação da autoridade.

Como já referido anteriormente nesse estudo, disponibilidades financeiras do erário, sendo passíveis de comprometimento via contrato, podem ser objeto de acordo dirigido à solução de uma disputa entre Estado e cidadão⁴⁰³.

O que é **indisponível** é a persecução do interesse público (primário) pela Administração, que o gestor adote a **medida mais econômica possível** para a satisfação de necessidades sociais, que sua postura, face às contingências do dia a dia imprevisível da repartição em que está lotado, seja **racional**.

Em um determinado caso, constatado pelo tomador de decisão que os meios empregados para o atingimento de um resultado caro à coletividade na verdade implicam mais perdas do que ganhos ao órgão estatal, a única solução possível, ao invés da

⁴⁰³ *“De um modo geral, é possível afirmar que os interesses estatais (direitos) que podem ser objeto de contratos também são passíveis, em caso de conflitos, de solução amigável. Deveras, quando firma um contrato qualquer, a Administração está assumindo um determinado ônus, com a perspectiva de receber a contrapartida estipulada. Nesse caso, algum direito de caráter patrimonial daquela entidade está sendo negociado; por isso há de ser considerado, para efeito de aplicação da transação, um direito disponível da entidade estatal, ou seja, um direito negociável”*(SUNDFELD/CÂMARA, 2010, p. 5). Luciane Moessa de SOUZA (2014), na mesma linha, ao ponderar que interesses meramente patrimoniais da Administração (interesses secundários) podem ser transacionados, põe em dúvida o ideal de estrita vinculação da Administração à lei para a solução de problemas complexos envolvendo a disputa entre diversos interesses públicos e privados, o que, aliás, é bastante comum no âmbito do processo decisório das autoridades estatais. Dada a inexistência de resposta legal prévia a tais conflitos, a negociação entre os diversos atores ganha espaço como meio de se alcançar uma decisão administrativa de melhor qualidade, proporcional, com maior potencial de ser cumprida voluntariamente pelas partes e, em fim, eficiente. *“Pense-se na presença de recursos minerais estratégicos e valiosos em terras indígenas ou territórios quilombolas. Ora, a Constituição Federal assegura, a um só tempo, o reconhecimento de territórios a tais comunidades e o interesse público na exploração de nossos recursos minerais. Pense-se ainda na coincidência geográfica parcial (e tais exemplos não são exercícios de imaginação, mas sim extraídos de minha atuação como conciliadora na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia Geral da União em 2010 e 2011) entre territórios de populações remanescentes de quilombos e os limites de unidades de conservação, cuja proteção também é um mandamento constitucional. O potencial de conflitos é imenso e o recurso à legalidade pura e simples não fornece nenhuma solução. É preciso encontrar maneiras criativas de compatibilizar tais direitos fundamentais e as políticas públicas que devem garanti-los. Para esse fim, a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso é apenas o ponto de partida da negociação, a moldura que lhe traça os limites”*(SOUZA, 2014, p. 492/493).

costumeira resignação com o disparate, é reavaliar os mecanismos a serem manejados pela Administração com tal propósito.

Logo, partindo-se de uma visão realista do **papel (limitado) da lei parlamentar** na disciplina da função pública, preconizando sua **interpretação teleológica** e concatenada com as demais fontes do Direito (com destaque para os valores albergados na Constituição da República, como o da **eficiência** – art. 37, *caput*, da CR), o gestor, na tarefa de desvendar qual conduta lhe é facultada, vedada ou imposta pelo ordenamento jurídico, deve sempre ter por norte a utilidade de sua atividade para o bem comum.

Nesse contexto, de uma leitura do Direito comprometida com seus efeitos na realidade econômica e social⁴⁰⁴, é que entendemos que cabe ao servidor sopesar os custos e benefícios de sua atuação, aferindo, sob dadas condições, qual forma de agir é a mais apta para a satisfação dos objetivos que lhe cabe perseguir⁴⁰⁵.

Atento ao mundo que o cerca, e ciente do potencial moderado de a ação unilateral do Estado, por si, empolgar a adesão voluntária dos cidadãos em torno de importantes políticas públicas desenhadas para o porvir, incumbe ao agente competente escolher entre o modo imperativo e o consensual de exercício do poder.

Na linha do que já fora exposto, e que será aprofundado no próximo tópico desta tese, a atuação consensual, como agir do ente público processualizado, suscetível à influência dos particulares, já é, em muitas searas, imposição da nossa ordem constitucional e legal ao administrador⁴⁰⁶.

Quanto à conclusão negociada de etapas do iter decisório ou da própria medida a ser adotada pela Administração, há uma importante margem de *discricionariedade*⁴⁰⁷ inerente à competência a cargo do gestor, que deverá, à vista das especificidades de cada situação, avaliar se é a ação concertada ou a imperativa a que atende melhor ao interesse público.

⁴⁰⁴ E não indiferente com os resultados que possam advir da interpretação dos textos normativos, como se estes tivessem valor em si, desconectados das necessidades e anseios sociais que são a razão de ser da própria ordem jurídica.

⁴⁰⁵ Jacques CAILLOSSE, ao registrar uma das possíveis acepções para eficácia na ação administrativa, pontua: “*a questão da eficácia não pode receber nenhuma resposta satisfatória se ela se coloca de forma indiferente ao modelo genérico que se transformou a ponderação custos/benefícios na tomada de decisão da administração pública*” (CAILLOSSE, 2013, p. 33).

⁴⁰⁶ O administrador tem o ônus argumentativo de dialogar com as intervenções dos demais atores públicos e privados que podem ser afetados pela decisão de sua responsabilidade, fundamentando o porquê de a sua opção ter adotado algumas premissas e não outras.

⁴⁰⁷ Para utilizarmos conceito prestigiado na tradição do Direito Administrativo, embora de utilidade prática pouco expressiva para os partidários da ideia de diversos níveis de vinculação da Administração à juridicidade (BINENBOJM, 2008, p. 39 e ss.; VEDEL, 1973, p. 317 e ss.)

A imperativa e unilateral no geral é mais rápida e, talvez, mais efetiva a depender do número de seus destinatários.

Já a consensual demora mais, tem mais custos, mas tende a ser mais equilibrada/proporcional, já que construída dialogicamente com a participação dos diversos atores potencialmente alcançados por uma dada intervenção.

Dependendo da quantidade de pessoas a se submeterem aos efeitos de uma escolha estatal, se não houver entre estas um mínimo de boa vontade no cumprimento dos respectivos termos, isto pode tornar extremamente traumática sua implantação, quando não a inviabilizar por completo.

Esse é o campo em que o consenso, construído na arena do processo (SCHIRATO/PALMA, 2011, p. 6), tem um relevantíssimo papel a desempenhar⁴⁰⁸.

Se na negociação com os possíveis prejudicados por uma determinada medida, contrapartidas financeiras (como isenções fiscais ou benefícios assistenciais) são oferecidas pelo Poder Público como condição à colaboração daqueles para o atingimento de um propósito de interesse geral, não vemos como uma opção de tal índole, desde que devidamente justificada, possa ser tida como ilegítima por violação do dogma da indisponibilidade de valores do erário.

Apesar de algumas construções teóricas parecerem ser infalíveis, como a ideia de eficácia imediata do ato administrativo, a realidade teima em desafiar os livros, e uma ordem de desocupação de um prédio público tomado por algumas dezenas de famílias, “com reforço policial, se necessário”, pode simplesmente não encontrar ambiente para ser cumprida, ao menos sem que se aceite o emprego puro e simples da violência como única condição de eficácia do ordenamento jurídico.

Além da legitimidade duvidosa, sobretudo na atual quadra de nossa democracia, do exercício de poder com base exclusivamente na força⁴⁰⁹, tem-se que este modo de conduzir

⁴⁰⁸ “Resultado da inserção da eficiência como um dos escopos da atuação administrativa, o processo administrativo deve ser visualizado como a arena propícia aos acordos entre Administração Pública e administrados ou entre administrados mediados pela Administração Pública, pois em seus trâmites o administrador público pondera, a partir das especificidades da situação fática, acerca da viabilidade racional-legal de celebração de acordos substitutivos do ato administrativo unilateral”(SCHIRATO/PALMA, 2011, p.6).

⁴⁰⁹ Ao exercício do poder com base na força, tão característico a um modelo de organização política cuja ameaça de emprego da violência é, se não a única, a principal condição de eficácia do Direito, contrapõe-se um modo de agir estatal pautado na persuasão racional dos destinatários dos respectivos comandos, o que depende da sua aderência ao sentimento de Justiça compartilhado pelos membros de uma comunidade. Vale notar que o pensamento do aparato burocrático, fundado em um modelo de dominação legal-racional, como, antes de tudo, um meio de poder (*Machtmittel*) à disposição de quem o controla a fim de que seja possível a tal tipo de ação social sobrepor-se a outros tipos de ação social (organizadas ou não), está referido em WEBER, 1922/2009, p. 34 e ss.; em visão, diga-se, coerente com a defendida por Hans KELSEN para o

os afazeres públicos, à luz dos desafios enfrentados pela Administração contemporânea, é nitidamente ineficaz, já que carecedor de aptidão para mover, sem convencimento, um sem número de vontades individuais.

Pelo fato de a **prerrogativa do agir unilateral não** conferir ao Estado, ao menos nos dias que correm, **garantia de resultado satisfatório** a uma boa parte de suas ações, é que não se pode excluir, a *priori* e de maneira genérica, quais competências públicas são “ímmunes” à consensualidade, sob pena de se prestigiar o prevailecimento da forma sobre a substância, de um ideal acadêmico sobre as reais necessidades das pessoas sujeitas a um regramento comum.

Assim, passando agora para o nosso segundo pressuposto para que possamos identificar quais matérias são suscetíveis solução negociada pelo Estado⁴¹⁰, após assentado que recursos financeiros não são um fim em si mesmo, mas instrumento à disposição da Administração para persecução de pautas públicas, é indispensável que se observem as peculiaridades do **caso concreto** a reclamar intervenção do gestor, o que implica a análise de **como a legislação** (em sentido amplo) **disciplina o manejo do consenso** nos diversos âmbitos de ação estatal.

Recusando, dessa forma, aproximações simplistas que já tiveram seus momentos de glória no Direito Administrativo, como a famosa máxima segundo a qual “*não cabe transação sobre funções soberanas*”⁴¹¹, cabe ao agente público, de acordo com a situação submetida à sua avaliação, optar entre o ato unilateral e o contrato na seleção do instrumento mais apto a assegurar uma decisão eficiente.

Considerando que o processo decisório conduzido por uma autoridade não ocorre dissociado de circunstâncias de tempo e lugar, tendo necessariamente por objeto um problema real, a merecer análise mais ou menos detida a depender de sua complexidade,

Direito como uma ordem coativa (*Zwangordnung* – 1934/2000, p. 34 e ss.). Quando se prega hoje o incremento do consenso como instrumento da função administrativa, o que se defende, em última instância, é justamente um modelo de Estado que, nas suas interações com a sociedade, busque sua legitimidade no espírito (e não no medo) do ser humano.

⁴¹⁰ Isso porque, dada a ordem constitucional vigente, *consenso* em termos de participação do cidadão no exercício da função pública hoje é regra, e comando incontornável no caso de ação da autoridade que redunde constrangimento à esfera de liberdade e propriedade do indivíduo (inciso LIV do art. 5º da CR).

⁴¹¹ Luciano Parejo ALFONSO, discorrendo sobre o teor do art. 88 da Lei espanhola sobre regime e processo administrativo, que veda acordo em matérias “insuscetíveis de transação”, pontua: “*o sentido dessa regra de forma alguma pode ser vinculado ao velho dogma da insuscetibilidade de negociação tendo por objeto a potestade administrativa, sob pena de se incorrer no absurdo da contradição total com o resto da regulação da qual esta faz parte, o que teria por resultado sua absoluta inutilidade. A própria introdução da figura da terminação convencional supõe a admissão da negociação tendo por objeto as potestades administrativas: a definição, no caso concreto, do interesse público. Além do que, segundo nossa compreensão, em nosso Direito não só nunca existiu uma proibição absoluta de transação no âmbito do público jurídico-administrativo, como existiram e existem (cada vez em maior número) hipóteses em que a referida transação é expressamente autorizada*” (ALFONSO, 2003, p. 30).

acreditamos ser vã a tentativa de se estabelecer, com base em classificações doutrinárias⁴¹², quais seriam os campos da ação administrativa em que seja vedado ao Estado superar uma pendência com indivíduos por meio de concessões recíprocas.

De qualquer modo, o ponto de partida para a escolha a ser feita pelo servidor sempre é a lei, que pode prever diferentes regimes para o exercício de poder de maneira consensual pela Administração.

No nosso ordenamento temos exemplos desde dispositivos bastante genéricos quanto à atribuição de prerrogativa de negociar para o gestor⁴¹³, até tentativas de óbices absolutos a tais práticas⁴¹⁴, as quais, contudo, com o tempo também passam a se render à tendência de formação de um Direito preocupado com seus efeitos no mundo fenomênico, que prestigie mais o consenso do que a força como fator de eficácia⁴¹⁵.

⁴¹² Vale lembrar a respeito que, como estamos tratando da possibilidade, como estratégia para se alcançar um dado resultado na realidade com mais eficiência, da substituição da emissão de um ato administrativo unilateral por um acordo, o que se tem em mente é justamente a negociação do modo de exercício do poder de polícia pela organização política, ou seja, da prerrogativa (bastante ampla) de o Estado estabelecer e exigir a observância de regras comprimindo a esfera de liberdade dos cidadãos em prol do bem estar coletivo.

⁴¹³ Um dos mais citados dispositivos legais nesse sentido é o art. 10º do Decreto-lei 3.365/41, que prevê expressamente a desapropriação amigável nos seguintes termos: “*A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará*”. Segundo a visão crítica que estamos propondo neste estudo quanto à suposta indispensabilidade de lei para que a Administração transacione, vamos imaginar que não houvesse texto legal escrito com tal redação entre nós. Isso significaria que a Administração, para incorporar um bem ao seu patrimônio, deveria inexoravelmente valer-se da desapropriação, não podendo lançar mão do instituto da compra e venda com a referida finalidade? Ou então que, após iniciado processo de desapropriação, a AP necessariamente deveria manter-se intransigente até o seu fim, recusando propostas de acordo formuladas pelos desapropriados? Isso mesmo se tais propostas implicassem ganhos evidentes para o Estado, como a desocupação imediata do terreno para fins de implantação de equipamento público, sem falar em mitigação dos ônus devidos pela sucumbência em demanda proposta no seu exclusivo interesse?

⁴¹⁴ A respeito, confira-se o art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92): “*Art. 17 - A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”. Tal dispositivo foi alvo de uma malfadada tentativa de revogação por meio da Medida Provisória nº 703/2015, a qual não foi aprovada pelo Congresso Nacional. Além disso, se a doutrina já vinha questionando os limites da referida inviabilidade de transação quando possível assegurar o interesse público (em especial o ressarcimento do erário) com mais eficiência pela via consensual (TAKAHASHI, 2013), hoje, com a ampliação do manejo de institutos de negociação no Direito Penal pátrio, é mesmo de se perguntar se uma leitura sistemática do nosso ordenamento não autorizaria o acordo também no âmbito da LIA, até porque muitas vezes um mesmo fato poderá ensejar a instauração de persecução penal e por improbidade, sendo que apenas naquela (cujas consequências são mais severas ao acusado, diga-se) seria possível por fim à apuração pela transação. Ainda voltaremos ao assunto no corpo do texto.

⁴¹⁵ A lista de dispositivos específicos que tratam da transação entre Administração e particular entre nós é extensa e não para de crescer. Os comandos mais citados a tal respeito são, além do §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/85 já referido, o art. 79-A da Lei nº 9.605/98 (crimes e infrações administrativas ambientais, alterado pela M.P. nº 2163-41/2001), os arts. 85 e 86 da Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11, que revogou a Lei nº 8.884/94, que já previa a celebração de compromisso de cessação de conduta para fins de suspensão de processo administrativo sancionador – art. 53) e o art. 11 da lei que rege a Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385/76, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.457/97). Outros diplomas que disciplinam o exercício da atuação consensual da Administração em âmbitos mais estreitos: Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03, art. 74, X), Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96, art. 46) e Consolidação das

A respeito, importante ressaltar que até em áreas como o Direito Penal, tradicionalmente refratária entre nós à ideia de exercício negociado do poder, a introdução de mecanismos a autorizar a técnica veio num crescente até a recente aprovação do instituto de delação premiada.

Após a promulgação da lei estruturando, na Justiça estadual, a competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95), o instituto da *transação penal*⁴¹⁶ e da *suspensão condicional do processo*⁴¹⁷ passaram a fazer parte do dia a dia forense no que diz respeito às chamadas *infrações de menor potencial ofensivo*⁴¹⁸.

Mais recentemente, como uma resposta do Congresso Nacional à pressão da população para um aprimoramento no combate à corrupção no nosso país, a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) previu a *delação premiada*⁴¹⁹ que, apesar

Leis do Trabalho – CLT (arts. 627-A e 876). No âmbito do combate à corrupção, a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção Empresarial) previu em seu art. 16 a realização de acordos de leniência com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações instauradas no bojo do processo administrativo que disciplina. A medida também foi estendida para a apuração de infrações cometidas nos contratos celebrados pela AP nos termos da Lei nº 8.666/93, podendo, nesse caso, levar à isenção ou atenuação das penas previstas nos arts. 86/88 da Lei de Licitações (art. 17 da Lei nº 12.846/13). Na seara das agências reguladoras, por sua vez, o quadro é extremamente rico (PALMA, 2015; SOUZA, 2014). A título ilustrativo, confira-se: ANEEL, art. 3, V da Lei nº 9.427/96; ANATEL, art. 19, XVII da Lei nº 9.472/96; ANP, art. 20 da Lei nº 9.478/97; ANS, art. 4º, XXXIX da Lei nº 9.961/2000.

⁴¹⁶ Art. 76 da Lei nº 9.099/95: “*Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos”.*

⁴¹⁷ Art. 89 da Lei nº 9.099/95: “*Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.*

⁴¹⁸ Art. 61 da Lei nº 9.099/95: “*Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.*

⁴¹⁹ Art. 4º da Lei 12.850/2013: “*O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em*

das preocupações legítimas quanto ao seu correto manejo pelas autoridades, inegavelmente vem propiciando o desbaratamento de quadrilhas extremamente bem estruturadas e especializadas no assalto aos cofres públicos⁴²⁰.

A autorização legal para que a Administração, por meio de seus agentes, negocie com possíveis infratores para obtenção de informações que levem à recuperação de bens desviados do patrimônio público, bem com à identificação de coautores e partícipes de tais infrações, certamente entra em tensão com ideias de *indisponibilidade* e *indivisibilidade*⁴²¹ da ação penal, consagradas em uma leitura corrente feita do nosso Código de Processo Penal da década de 1940.

Será que o interesse público na adequada aplicação da lei penal é menos indisponível que aquele defendido pelo Estado nas suas demais relações com a sociedade civil? Ou será que na atuação estatal como um todo (administrativa, penal tributária⁴²² e

conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.(...)".

⁴²⁰ Ao sopesar os prós e contras da introdução do instituto da colaboração/delação premiada em nosso sistema jurídico, após relativizar seu valor probatório (uma vez que a informação obtida de tal modo advém de pessoa interessada no processo, que pretende benefício prejudicando terceiros), Guilherme de Souza NUCCI (2015) afirma: *"parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração dos conhecedores do esquema, dispondo-se a denunciar coautores e partícipes"*(NUCCI, 2015, p. 54).

⁴²¹ Nos crimes de ação pública incondicionada a doutrina extrai do art. 24 do CPP o *princípio da obrigatoriedade da ação penal*, segundo o qual, à vista da notícia quanto à ocorrência de crime deste tipo, não caberia ao Ministério Público qualquer juízo discricionário quanto à adequação ou não da propositura de denúncia para tutelar o bem jurídico resguardado pela norma violada. O art. 24 do CPP prevê: *"Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo"*. Da obrigatoriedade juristas derivam as ideias de *indisponibilidade* da ação penal (além do dever de propor denúncia o órgão acusador não poderia desistir da ação, embora deva, quando o caso, pedir a absolvição do réu), bem como de *indivisibilidade*, segundo a qual, havendo mais de um acusado pela prática do ilícito, todos devem ser relacionados como réus na medida judicial respectiva (OLIVEIRA, 2005, p. 99 e ss.). Não sendo esse espaço pertinente para aprofundar as críticas a tal concepção do processo penal (que, na linha das ponderações que fazemos nesse estudo, é muitas vezes visto como um fim em si mesmo, indiferente aos seus efeitos na realidade), vale o registro da perplexidade que se chega assumindo como indiscutíveis tais premissas: há registro de séria dúvida sobre se o Ministério Público, mesmo convencido de que o autor de um fato típico agiu em legítima defesa, deveria ou não propor a ação penal para que tal fato venha a ser reconhecido pelo juiz (ver, a respeito, discussão feita por Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, 2005, p. 99/101).

⁴²² Em Direito Tributário também é discutida entre nós a introdução da transação como mecanismo apto a incrementar a eficiência na atividade de cobrança de tributos da população para fins de custeio do aparato estatal e de viabilização de suas tarefas de índole redistributiva. A matéria é objeto do projeto de lei nº 5.082/09

(http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=56F3CADBF34C634DD13D30919410C56D.proposicoesWeb2?codteor=648733&filename=PL+5082/2009, 23/07/16, às 14:00). Sobre a instrumentalidade inerente às regras aplicáveis em tal âmbito de atuação da Administração, destacamos passagem da reflexão de Tiago SEVERINI (2009): *"Assim, mister reconhecer que também as normas tributárias, embora destinadas imediatamente ao atendimento das necessidades financeiras do poder público, atrelam-se indissociavelmente à atuação estatal orientada ao interesse da coletividade, de modo*

etc.) o que se persegue, com prerrogativas como a da ação unilateral ou da imposição de sanções, são resultados úteis ao bom desempenho de suas tarefas⁴²³?

A nosso ver, difícil sustentar que haja campo de ação pública mais sensível aos direitos individuais que o Direito Penal, no qual o que está em xeque é justamente a liberdade física das pessoas. Se em tal seara, em que se discute, a grosso modo, se alguém deve ir para a cadeia em razão do cometimento de crimes⁴²⁴, a negociação entre Estado e particular não só é admitida como vem revelando bons frutos, como se justificar uma negativa genérica de tais práticas em outras esferas do agir a cargo dos servidores públicos⁴²⁵?

Perante tal quadro mais geral de exercício consensual do poder outorgado pela população aos governantes, preocupado sobretudo com o alcançar, preservar ou reparar bens jurídicos caros à coletividade, é que devemos fazer a leitura dos dispositivos legais (ou regulamentares) que disciplinam a transação entre AP e indivíduo, sem se descuidar, como já apontado, para o correto exercício da função administrativa (seja na emissão de atos, seja na celebração de acordos).

É certo que, ao se flexibilizar a atuação da Administração no que se refere ao reconhecimento de sua ampla capacidade de formular acordos com os particulares como instrumento para melhor satisfazer o interesse público, emergem **riscos** como **insegurança**

que, uma vez despidas do fim relativo ao alcance do bem comum, esvazia—se o conteúdo do seu interesse exacional”(SEVERINI, 2009, p. 252).

⁴²³ Que, direta ou indiretamente, deveriam ter por fim o reforço dos laços de solidariedade mantidos entre os indivíduos, para usarmos ideia cara às reflexões de Léon DUGUIT (2007, original de 1923, p. 7 e ss.).

⁴²⁴ Os crimes, vale lembrar, são os atos mais graves praticados pelos indivíduos contra a ordem social e justificam, por isso, a imposição da sanção mais severa prevista em nosso ordenamento para quem os comete, a saber: a sua segregação do meio em que vive como garantia da preservação da sociedade. Tal fato inclusive explica o que se convencionou chamar de fragmentariedade do Direito Penal, que, nas palavras de Francisco de Assis TOLEDO (2002): “*dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns, os mais graves — são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal*”(TOLEDO, 2002, p. 14/15).

⁴²⁵ Outro exemplo de ação concertada entre Estado e indivíduo que tangencia o Direito Penal é busca de meios alternativos para o tratamento da grave questão dos dependentes químicos (saúde pública), âmbito no qual a singela proibição do tráfico de drogas com cominação de penas severas aos respectivos infratores não vem se mostrando como suficiente para inibir tal prática. Se a organização política fosse de fato onipotente, e bastasse a aprovação unilateral de leis para que se alcançasse os efeitos pretendidos na realidade, provavelmente não haveria necessidade de se dialogar com a sociedade civil para o desenvolvimento de mecanismos mais eficientes para reduzir o consumo de entorpecentes entre as pessoas, inclusive no que diz respeito à implantação de políticas de redução de danos que, segundo uma leitura literal do Código Penal, talvez não fosse nem mesmo admitida. Jean- Pierre GAUDIN (2013), destacando o importante papel da interação entre governo, associações de prevenção ao uso de drogas e profissionais da saúde na discussão da política pública mais adequada para enfrentamento do problema (2013, p. 93/94), afirma: “*À vontade de se proibir (o uso de drogas) foi progressivamente se crescendo, em países como Holanda, Alemanha ou Suíça, a ambição de se agir de modo preventivo. E isso, ao se propor substituição de drogas ao uso de outros produtos (entorpecentes menos nocivos), bem como a distribuição de seringas descartáveis para evitar contaminação (dos usuários por doenças infectocontagiosas). Mas ao se juntar tais medidas preventivas com a de proibição não passa a haver uma certa tolerância com o uso de drogas, ao menos de uma forma indireta?*”(GAUDIN, 2013, p. 93).

jurídica⁴²⁶ e a prática de **negociatas** dirigidas ao exclusivo atendimento de aspirações privadas.

Para contrabalançar essas ameaças⁴²⁷, é conveniente que se estabeleça, se não por lei, ao menos por regulamento, as balizas a serem seguidas pelos agentes estatais no exercício do poder de forma consensual. Além disso, deve-se valorizar, conforme já apontamos, o **processo decisório** que precede à celebração do acordo (SANTOS, 2015, p. 268; ISSA, 2016, p. 249), exigindo-se **coerência** do Executivo quanto aos **precedentes** já estabelecidos.

De acordo com as premissas que defendemos neste trabalho, vedações legais ou regulamentares genéricas ao emprego de acordo como forma de decidir devem ser lidas de forma sistemática com demais diplomas que autorizam tal prática, inclusive em setores potencialmente mais caros à dignidade das pessoas, como o é o do Direito Penal.

Quando determinado dispositivo de lei afirma que não cabe transação no desempenho de uma dada competência, como é o caso do §1º do art. 17 da LIA, o que se extrai é a existência de uma pré-avaliação feita pelo legislador de matérias sobre as quais a medida não atenderia ao interesse público.

O iter de concretização da lei pelo administrador, contudo, envolve mais que um mero juízo subsuntivo a partir de um só texto de lei. O intérprete, ao buscar os limites de sua atuação em um caso concreto, deve fazer o cotejo sistemático do direito positivo que rege uma situação, construindo uma resposta que não só não viole o espírito das regras a que está sujeito como esteja comprometida com a produção de um resultado útil na realidade.

Dessa forma, em havendo uma **regra de não transação**, a nosso ver esta **não impede** o gestor de, à vista de certas circunstâncias não previstas pelo legislador quando da prolação de um dado texto normativo, fundamentadamente **justificar a exceção**,

⁴²⁶ Jean-Pierre GAUDIN (2007) destaca que, embora privilegiada nos dias que correm, a adoção de técnicas contratuais como instrumento de governo enfraquece o campo de aplicação da regra geral, o que enseja questionamentos à luz de ideias como *interesse público, igualdade perante a lei e papel redistributivo do Estado* (GAUDIN, 2007, p. 70).

⁴²⁷ Importante registrar que não é só o exercício consensual do poder pela Administração que implica riscos ao bom desempenho da função pública. A compreensão desta como uma aplicação irrefletida de textos legais, independentemente de seus resultados no mundo fenomênico, na linha do que vem sendo exposto neste estudo, também corresponde a um perigo considerável não só à má gestão de recursos públicos, como à violação de direitos individuais e coletivos.

esclarecendo pormenorizadamente o porquê, no contexto analisado, a solução acordada melhor atende ao interesse público⁴²⁸.

Assim, quando, fora a previsão descontextualizada de um artigo de lei, não se encontre qualquer outra razão plausível a sustentar a necessidade de um agir unilateral do agente, entendemos que este deva se valer da conclusão negociada, sempre que essa seja capaz de, com menor tempo e custos, atingir as mesmas finalidades a serem perseguidas pela via imperativa⁴²⁹.

As demais condicionantes ao exercício da consensualidade pela Administração previstas em atos gerais e abstratos devem ser interpretadas, segundo nosso entendimento, com a mesma visão global e teleológica do exercício das competências atribuídas por lei aos agentes estatais, remetendo-se os casos omissos (ou em que haja necessidade de criação de uma exceção por reserva de racionalidade) à autoridade hierarquicamente superior de cada secretaria ou ministério.

O que não se pode admitir, de acordo com os pressupostos desenvolvidos neste estudo, é que o gestor, sob pretexto de ausência de autorização expressa conferida pelo ordenamento, adote medida desastrosa para o interesse público, sob qualquer ângulo que se analise a realidade que serve de cenário para sua decisão⁴³⁰.

Em se tratando de agente subordinado, este, em vez de simplesmente recusar uma transação por “falta de lei autorizativa”, deverá, caso entenda que a via negocial é a que, num determinado contexto, melhor permita o atingimento de pautas caras à coletividade, provocar seu superior hierárquico, relatando os fatos e sugerindo a medida.

Na hipótese de a chefia da repartição singelamente ignorar o alerta que lhe é feito pelo servidor sujeito a seu comando, é ela quem deverá prestar esclarecimentos aos órgãos de controle respectivos, dentre os quais está o Tribunal de Contas, ao qual cabe, por força

⁴²⁸ Ou seria crível imaginar que o parlamentar, ao votar uma lei, teria o propósito de manietar a Administração quanto à adoção de uma conduta que incontestavelmente é a que melhor traz a satisfação de pautas de interesse geral?

⁴²⁹ A nossa proposta, vale reforçar, segundo as regras tradicionais de exegese, teria por base a interpretação sistemática dos diplomas que regem a ação unilateral do Estado em diversas áreas, admitindo-se, na falta de exceção expressa à previsão do agir imperativo em determinada lei, a superação da referida lacuna pela técnica da analogia, em especial a partir de textos que admitem a negociação da função estatal na seara penal, que, como já dissemos, é aquela em que o recurso à transação é potencialmente mais lesivo aos direitos dos cidadãos e aos interesses da própria organização política.

⁴³⁰ Voltamos ao nosso exemplo da ação de regresso promovida pelo Estado em face de policial militar e terceiro para reparação de danos em patamar módico, prejuízos estes ocasionados em acidente decorrente de perseguição realizada pela força pública contra meliante que se evadiu. Ao vislumbrar que, mesmo em caso de êxito da demanda, a solvência do particular processado será incerta, não deveria o procurador responsável pela análise do caso aceitar proposta de acordo ou oficialiar seu superior a respeito? Ou deveria, sob a retórica de defesa do interesse público, lançar mão do processo judicial, ainda que a medida vá implicar mais custos do que benefícios ao erário?

de expressa previsão constitucional, zelar pela *eficiência, eficácia e economicidade* da ação administrativa⁴³¹.

Em outras palavras, embora a inexistência de ato geral e abstrato que preveja a forma pela qual deverá haver a solução de disputas entre Estado e indivíduo por meio do acordo prejudique a incorporação da técnica com eficiência no dia a dia de um dado órgão público⁴³², o **gestor** encontra-se **vinculado** antes de tudo ao **cumprimento das finalidades que justificam a criação do plexo de deveres-poderes que lhe foram outorgados**, motivo pelo qual, autorizado por lei a dirimir uma controvérsia por ato unilateral, este tem a prerrogativa de fazê-lo por acordo, logicamente que discriminando o porquê de a referida solução atender melhor ao interesse público que a alternativa impositiva tradicional.

A *forma* pela qual deve se dar as negociações entre Administração e indivíduo e, em especial, a avaliação a cargo do gestor sobre a conveniência e oportunidade da celebração de avença com o particular, deve seguir os ditames do *processo administrativo* (SANTOS, 2015, p. 268; ISSA, 2016, p. 249), garantida a publicidade e impessoalidade no iter decisório, em ambiente que potencialize a escolha da opção mais apropriada para resguardo dos bens custodiados pela organização política.

A institucionalização de câmaras de conciliação no âmbito do Executivo, por exemplo⁴³³, representa um importante avanço no aprimoramento do agir consensual do

⁴³¹ Apesar de termos reservado tópico próprio dessa tese para tratar do papel dos órgãos de controle na concretização de uma ação administrativa eficiente (item 3.1.2.4), vale por ora registrar que cabe tanto ao controle interno como ao externo zelarem por tal finalidade. Quanto ao interno, confira-se a redação do inciso II do art. 74 da CR: “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...) II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”. Quanto ao controle em geral, em especial o realizado pelos Tribunais de Contas, o art. 70 da CR: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”. Sobre o tema, ver a dissertação de mestrado de Bruno Mitsuo NAGATA, *Fiscalização Financeira quanto à Legitimidade* (2012).

⁴³² Já que a parametrização por lei ou regulamento de *como* e *sob que condições* o servidor pode transigir com o particular é a forma mais adequada de se garantir isonomia no tratamento de casos análogos, além de segurança ao agente que atua em nome da Administração, que, dessa forma, pode agir sem receio de futuramente ser chamado a responder, com seu patrimônio pessoal, pelos atos praticados em prol de coletividade.

⁴³³ Em âmbito federal, confira-se o que prevê a respeito a Lei nº 9.469/97, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 13.140/2015: “Art. 1 - O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. § 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações; § 3º Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1º, que deverão ter como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-Geral da União ou, no caso das empresas públicas, um assistente jurídico ou ocupante de função equivalente. § 4º Quando o litígio

Poder Público, deslocando para um colegiado as decisões a serem tomadas pela via negociada, elemento que vai ao encontro de uma maior transparência e equilíbrio nas atividades a serem desempenhadas por tal órgão.

Uma certa desconcentração do poder no exercício da referida competência acaba sendo bem vinda, aumentando a publicidade dos atos e fortalecendo a posição dos servidores na delicada atribuição de autorizar gasto público, o que recomenda o envolvimento de mais de uma pessoa nas decisões tomadas até para que se dissipem dúvidas quanto à isenção no procedimento adotado.

Também como meio de se assegurar o desempenho republicano da função pública pela via não imperativa, na linha do que já desenvolvemos ao discorrer sobre a **coerência da ação administrativa** como **pressuposto da governança pública**, os **precedentes** formados em tais câmaras devem ser considerados nas decisões futuras, sempre tendo em mente que, de modo em tudo análogo ao que se passa nos processos judiciais, *cada caso é um caso*⁴³⁴, e alguma margem de liberdade de apreciação sempre deve ser garantida ao responsável pelo dizer o Direito aplicável à espécie, como ferramenta para fazê-lo de forma individualizada e atenta às peculiaridades das pretensões que lhe são apresentadas.

A autovinculação da Administração aos seus precedentes, entendida como o ônus argumentativo de justificar a sua não aplicação em determinada hipótese, vale lembrar, resguarda os deveres de *boa-fé* e *racionalidade* a inspirar a atuação dos gestores públicos, preservando a *isonomia* dos administrados nas suas relações com o Estado.

Finalmente, cabe enfrentarmos outros dois questionamentos normalmente feitos à possibilidade de os governantes lançarem mão de acordos na seara administrativa: 1) violação ao regime de precatórios previsto no art. 100 da CR; 2) desconformidade com as previsões contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput. § 5º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive os casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários dos respectivos advogados”(g.n.). Vale, sobre o diploma, ressaltar que o seu §2º, que previa a sua não aplicação em causas que verssem sobre o patrimônio imobiliário da União, fora revogado pela Lei nº 12.348/2010.

⁴³⁴ Em que pesem as iniciativas dirigidas à massificação das decisões judiciais como resposta à (justa) aspiração por um Judiciário mais célere, segundo nossa compreensão *Direito não é matemática*, e a prudência na tarefa de se avaliar as peculiaridades dos casos submetidos à avaliação do julgador (seja administrativo, seja judicial), sobretudo quando estes envolvam matéria fática, é indispensável para a adequada realização de tal mister.

No que se refere à alegação de que pagamentos feitos consensualmente pela Administração feririam a ordem de quitação de débitos reconhecidos em sentenças judiciais com trânsito em julgado prevista no art. 100 da CR, temos que o argumento em boa medida decorre da disfuncionalidade de tal sistema de ordenação de despesas.

Se o adimplemento de precatórios fosse feito tal como comanda a Constituição, ou seja, até o último dia do exercício orçamentário seguinte àquele em que incluído na lista respectiva por cada Tribunal⁴³⁵, provavelmente não haveria qualquer questionamento a respeito.

A pessoa jurídica de direito público teria pagamentos a serem realizados administrativamente e por força de decisão judicial. Caminhando as duas filas razoavelmente, ainda que com algum descompasso em termos de tempo, acreditamos que não se suscitariam óbices ao fato de a espera de um dos tipos de credores ser ligeiramente superior a do outro.

Contudo o que se passa é uma situação nitidamente anômala, em que alguns entes da Federação são devedores contumazes quanto aos créditos decorrentes de sentenças judiciais, dado que leva à dúvida sobre se seria legítimo haver dotação orçamentária para pagar algumas dívidas mais recentes, enquanto as mais antigas continuam sem perspectiva de liquidação.

Perante tal quadro, embora compreendendo que a regularização dos pagamentos de precatórios deva ser uma meta a ser perseguida por Estados e Municípios, entendemos que a seriedade de tal problema não pode redundar em outro, tão ou mais grave, que é uma Administração que se recuse a funcionar como espaço de realização de direitos, que renitentemente assuma posturas despropositadas para com os particulares, que de certa forma utilize a deficiência crônica⁴³⁶ existente para o pagamento de sua dívida consolidada como conveniente pretexto para não adimplir com suas obrigações atuais contraídas perante pessoas físicas ou jurídicas (estas públicas ou privadas).

Após exposto o fundamento principiológico, pelo qual acreditamos que a disfuncionalidade de uma fila de pagamentos não pode justificar o não funcionamento

⁴³⁵ Inclusão que deve ocorrer até 1 de julho de cada ano, para haver pagamento no seguinte (§5º do art. 100 da CR, cuja redação, alterada pela EC nº 62/2009, é a seguinte: "*é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente*") [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 05/01/17, às 11:00].

⁴³⁶ Deficiência crônica que não se sabe até que ponto foi intencionalmente criada por força de política engendrada por certos governos, com o propósito de fazer caixa, não pagando o que incontrovertidamente devem hoje para deixar a fatura para a próxima gestão que assumir o poder após as eleições.

eficiente de outra (já que formada para atender outro tipo de credor), vamos à razão legal-formal, bastante usada quando interessa à Administração mas esquecida quando não lhe convêm: o art. 100 da CR ordena os pagamentos decorrentes de sentença judicial com trânsito em julgado e ponto.

A Fazenda, vale lembrar, não tem em sua lista de credores apenas os titulares desse tipo fatura.

Como para o desempenho de suas atividades o gestor público estabelece diversos vínculos expressos em pecúnia com outras esferas de governo e membros da sociedade civil, o **natural** é que tais **obrigações sejam saldadas pela força da palavra dada**, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário para que seja garantido ao indivíduo a satisfação de contrato celebrado com o Estado.

A prática, apesar de corriqueira entre nós, de se orientar o cidadão a *procurar seus direitos* junto aos Tribunais, é, de modo coerente com aqueles pressupostos de um governo legítimo já elencados neste estudo, uma excrescência, que, se revela em âmbito privado laços ainda frágeis de interdependência e solidariedade a unir os membros de nossa sociedade, quando verificada no setor público desnuda uma faceta arbitrária de nossa burocracia, descomprometida com seu papel instrumental de servir à população e não a si mesma⁴³⁷.

Logo, não se espera outra coisa de uma Administração cuja atuação seja pautada pelo Direito que o fiel cumprimento das prestações prometidas para aqueles com os quais contrata, ou que sejam devidas em razão de danos provocados a terceiros no desempenho de atividade realizada em prol do coletivo.

Mas será que as dívidas decorrentes de sentença judicial não deveriam, por serem mais antigas, ser pagas com prioridade com relação às dívidas mais recentes?

Considerando que o funcionamento atual do Estado não pode prescindir da confiança do particular em contratar com este, entendemos que não; dado que, contudo, não significa obviamente que nada deva ser feito para regularização do adimplemento dos títulos judiciais.

⁴³⁷ Bruno Grego dos SANTOS, ao discorrer sobre as razões normalmente defendidas pela Administração para se recusar ao emprego da transação nas suas relações com os particulares, aponta a manipulação do conceito de *interesse público*, em termos abstratos, como um dos principais óbices para a prática. “*Enquanto a doutrina se debruça em buscar meios para garantir, pelos argumentos os mais abstratos possíveis, a centralidade do interesse público no direito administrativo, os gestores públicos de ocasião – muitos, mas não todos, de má-fé – acabam por manejar esse conceito tão etéreo da maneira que mais se adegue aos seus propósitos pessoais. Nesse sentido, a concepção tida como tradicional de interesse público acaba por fazer ruir as bases já expostas da impessoalidade administrativa e, desse modo, condena à morte o próprio interesse público que declaram seus cultores defender*” (SANTOS, 2015, p. 221).

O caminho que imaginamos que deva ser percorrido para sanar a chaga dos precatórios passa por se reduzir ao máximo a criação de novos débitos de tal espécie, o que depende, como é intuitivo, de não se empurrar mais e mais pessoas para a respectiva fila, após o longo percurso do processo judicial, que pode aparentar ser gratuito para alguns governantes, mas que onera consideravelmente o erário como um todo, sobretudo quando utilizado apenas como instrumento para rolagem da dívida pública⁴³⁸.

Já no que se refere à suposta ofensa da Lei de Responsabilidade Fiscal em decorrência da prática de atos que possam ser entendidos como renúncia de receita, o que poderia ser cogitado, por exemplo, ao se empregar a transação em matéria tributária (art. 14 da LRF⁴³⁹), também entendemos que a resistência não se justifica.

O espírito de tal legislação, imagina-se, é o de que se evite dispêndios despropositados, gastos perdulários e sem conexão com as reais necessidades prementes dos cidadãos.

Uma conduta da Administração que se pautar, pelo contrário, no respeito para com o administrado, em uma visão teleológica do agir estatal, que preze por considerações de custos/benefícios antes da escolha de um meio dirigido ao atingimento de objetivos de interesse geral, não conspurcaria os bens jurídicos protegidos pela LRF, dentre os quais está, como não poderia deixar de ser, a eficiência do gasto público (o que não se confunde com o entesouramento de qualquer disponibilidade à disposição dos cofres fazendários,

⁴³⁸ Fora todo o tempo e os recursos humanos e materiais necessários ao funcionamento do Judiciário, importante ressaltar que todos os débitos judiciais são corrigidos monetariamente, bem como acrescidos de juros e honorários advocatícios, que, em especial após a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, serão devidos, caso sucumbente a Fazenda, em regra tendo por base o valor da condenação desta (§3º do art. 85 do CPC/2015). Como é de conhecimento daqueles que militam em determinadas áreas do Direito Público, dependendo do tipo de ação de que se trate (como tributárias ou envolvendo litisconsórcio multitudinário de servidores), as cifras a crescer os débitos originais da Fazenda chegarão certamente a patamares astronômicos, que, ao fim e ao cabo, serão pagos por todos os contribuintes, e não pelos gestores que resolveram adotar políticas irresponsáveis de resistência a todo custo quanto à satisfação de direitos individuais, alguns bastante evidentes.

⁴³⁹ Art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – “*A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição (...)*”[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm, acesso em 03/01/17, às 23:00]. Embora não caiba neste espaço tecermos maiores considerações sobre em que termos poderia se concretizar a transação em matéria tributária, vale registrar que a doutrina especializada também vem se manifestando sobre a importância do instituto para se conferir maior eficiência à função fiscal do Estado, mas remetendo a questão à disciplina legal por força do que prevê o art. 171 do CTN (ADAMS/MARTINS FILHO, 2008; SEVERINI, 2009; MENDONÇA, 2013, p. 154 e ss.; TORRES, 2003 e 2013).

quando seu emprego é reclamado para que a organização política sirva aos fins que lhe são impostos constitucionalmente).

Nesse sentido, aliás, é a própria redação do §3º do art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000, a qual exclui expressamente do âmbito da renúncia de receita punível nos termos de tal diploma “o cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança⁴⁴⁰”.

3.1.2.3. PARTICIPAÇÃO POPULAR

A participação popular na conformação do agir administrativo é tema que vem ganhando destaque nos debates dos juristas nos últimos anos, em especial a partir da segunda metade dos anos 90 do século XX, e, ao que tudo indica, ainda merecerá uma boa dose de tinta antes de alcançar seu amadurecimento doutrinário⁴⁴¹.

A participação do particular no iter deliberativo estatal, vale dizer, talvez sempre tenha ocorrido nas organizações políticas⁴⁴², dadas as fronteiras artificiais entre o público e o privado⁴⁴³, como já exposto neste estudo⁴⁴⁴.

Se há pessoas que governam e pessoas que são governadas, é mesmo natural que haja interações a partir de iniciativas de parte a parte, sendo de se supor que aqueles que estão submetidos aos comandos gerais aplicáveis a toda coletividade busquem influenciar no processo de tomada de decisão respectivo, almejando, de formas mais ou menos republicanas, que seus pleitos e interesses prevaleçam no jogo político.

⁴⁴⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm [acesso em 03/01/17, às 23:00].

⁴⁴¹ Esse fenômeno, que também é referido pela doutrina como *democracia participativa*, desperta sentimentos contraditórios, que vão do entusiasmo ao ceticismo. Dentre os autores franceses, há abordagens críticas a respeito, por exemplo, em Marie-France DELHOSTE (2007), Yann- Arzel Durelle-MARC (2008), Jean- Bernard AUBY (2011), Bruno DAUGERON (2011) e Bertrand FAURE (2013). Entre nós, com base em estudos empíricos, vale a referência aos estudos recentes de Gabriela de BRELÀZ/Mário Aquino ALVEZ (2013) e Alexandra Fuchs de ARAÚJO (2016).

⁴⁴² Guy BRAIBANT, nesse sentido, noticia que a participação popular na tomada de decisão pública já existia no modelo napoleônico de Administração, em atividades como a consulta de patrões através de câmaras do comércio ou então dos proprietários e contribuintes antes de um projeto de desapropriação por meio das « *enquêtes publiques* » (BRAIBANT, 1978, p. 160).

⁴⁴³ Qualificamos de artificiais as fronteiras entre o público e o privado no sentido de entendermos tal divisão como criada pelo ser humano (e de certo modo acolhida pelo direito escrito), não sendo algo que seja uma fatalidade, cujos contornos sejam pré-definidos por uma força superior à própria razão dos membros que compõem uma comunidade.

⁴⁴⁴ O dogma da rígida divisão entre Estado e sociedade, como já referido nesta tese, é apontado por José Joaquim Gomes CANOTILHO como um dos obstáculos a serem enfrentados para que haja a necessária modernização da Administração (o que nos parece difícil de ocorrer sem que haja uma melhor compreensão do seu Direito). Eis como o problema é anunciado pelo autor: “o dogma da separação entre Estado e sociedade, concebendo-se o Estado dotado de substantividade própria, com esquemas organizativos rebeldes à ‘observação’ da sociedade” (CANOTILHO, 2001, p. 715).

Logo, partindo de tal pressuposto, imaginamos que o que variou com o passar dos séculos foram os canais pelos quais tais contatos entre Estado e sociedade ocorreram.

Em regimes autoritários, normalmente essas vias de participação dos cidadãos no processo de escolhas a cargo da autoridade administrativa não são asseguradas pelo direito escrito, o que nos leva a acreditar que os indivíduos que pretendam nele ingerir o façam por mecanismos informais⁴⁴⁵, para cujo êxito não raramente concorrem fatores como sentimentos pessoais⁴⁴⁶, quando não simplesmente a força do apelo monetário ou de promessa de vantagem de qualquer espécie.

Por outro lado, em sistemas de poder tidos como democráticos, são franqueados aos cidadãos meios de tomar parte das decisões caras à comunidade, seja através de eleição de representantes para fazê-las em seu nome, seja por si mesmos, conforme o espaço desenhado pela legislação para tanto⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Importante registrar que o fato de uma participação ser informal, ou seja, não regulada pelo direito escrito, não implica que esta seja necessariamente ilícita, como uma visão idealizada da completa disciplina da atuação administrativa pela lei poderia sugerir. Afinal de contas, será que antes da previsão por meio de decreto dos chamados PMIs – Procedimentos de Manifestação de Interesse (Decreto federal nº 8.428/2015) – seria vedado ao particular propor qualquer contratação de bem ou serviço à Administração, devendo obrigatoriamente aguardar que partisse do Executivo a iniciativa para abrir uma licitação para a aquisição de um produto de cuja existência este possa nem mesmo ter conhecimento? (sobre o tema dos PMIs, ver SCHIEFLER, 2014 e ISSA, 2016). Clèmerson Merlin CLÈVE (2014) chama a participação informal do cidadão na tomada de decisão administrativa como *participação de fato*, a qual pode ser tanto pública/legítima como oculta/ilegítima. Quanto a esta última, discorre o autor: *“a forma de participação oculta deve ser reprimida, já que consiste no tráfico de influências, nas negociações, no clientelismo racionalmente insustentável e propagador de privilégios e injustiças. Nesta sede não há propriamente participação da cidadania, mas exclusão da cidadania do processo de decisão”* (CLÈVE, 2014, p. 332). Sobre uma outra perspectiva do fenômeno da informalidade nas interações entre Estado e indivíduo, impulsionada pela existência de regras nitidamente desproporcionais supostamente capazes de abarcar todas as contingências da realidade aprovadas pelos órgãos oficiais de poder, ver *La Administración Paralela*, de Agustín GORDILLO (2012). Destacamos passagem em que o autor discute o efeito pernicioso para todo o sistema normativo decorrente da imposição de obrigações irreais aos cidadãos, o que estimularia a criação de um parasistema estatal, que, ampliando-se, acabaria por minar toda a ordem política constituída: *“(…) a maneira de fortalecer o sistema não é fazendo-o mais rígido ou mais estrito, mas sim, pelo contrário, retirando o que este tenha de excessivo, irreal, intolerante e desvalioso. Pelo caminho inverso, pelo endurecimento do sistema, conduz-se inexoravelmente à sua depreciação e descrédito generalizado, a seu descumprimento sistemático, à ignorância coletiva de suas disposições sãs e elementares”* (GORDILLO, 2012, AP-III-2).

⁴⁴⁶ Sentimentos como os de amizade, ódio, amor, simpatia ou clemência.

⁴⁴⁷ Uma definição para a Democracia cunhada por Norberto BOBBIO (2015) e que é reiteradamente lembrada pela doutrina é a seguinte: *“um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos”* (2015, p. 35). Desenvolvendo a ideia, prossegue o autor ao destacar que decisões são tomadas por seres humanos de carne e osso, e não por grupos (ao que acrescentaríamos o Estado): *“todo grupo social está obrigado a tomar decisões que vinculem o conjunto de seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões do grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos. No que diz respeito aos sujeitos chamados a tomar (ou a colaborar para a tomada de) decisões coletivas, um regime democrático*

De qualquer modo, se fosse possível, para fins de análise acadêmica, destacar dois momentos importantes na história do desenvolvimento do modelo burocrático adotado por muitas democracias ocidentais em que a questão da participação sofreu alteração marcante, estes seriam o próprio processo de **profissionalização de um corpo de funcionários**, destacando-o para, de acordo com os ditames previstos em lei, gerir o bem comum e a reivindicação de uma **reformulação da democracia representativa**, impulsionada por movimentos sociais que vem ganhando espaço na *arena pública*⁴⁴⁸ ao menos desde os anos 70 do século XX⁴⁴⁹.

No que se refere à afirmação de um modelo de organização política caracterizado pela dominação de tipo legal-racional dos governantes em face dos governados, tem-se que, por oposição às relações de tipo eminentemente clientelistas prevalecentes na Idade Média⁴⁵⁰, preconizou-se um padrão impessoal de conduta por parte dos gestores públicos⁴⁵¹, fundado no **conhecimento técnico** e em uma certa apartação destes dos destinatários de suas medidas⁴⁵².

caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado por lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de membros do grupo” (BOBBIO, 2015, p. 35/36).

⁴⁴⁸ Para usarmos expressão utilizada por Sabino CASSESE, em seu ensaio denominado “*L’arena pubblica – nuovi paradigmi per lo stato*” (2001), para designar o espaço de interação entre Estado e sociedade civil nas Democracias contemporâneas, ambiente em que diversos atores públicos e privados travariam relações horizontalizadas para cumprimento de tarefas de interesse coletivo, com intercâmbio de papéis, modificação de vínculos e comércio de regras e princípios ordenadores, em contraposição ao paradigma tradicional (bipolar) do Direito Administrativo, desenvolvido com base na ideia de separação rígida entre o público e o privado e no contraste entre autoridade e liberdade (CASSESE, 2001, p. 602/607). Sobre o tema ver também “*A bipolaridade do direito administrativo e a sua superação*”, de Floriano Azevedo MARQUES NETO (2015).

⁴⁴⁹ Embora seja difícil identificar um marco preciso para o incremento da reivindicação por parte da sociedade civil de uma maior participação no processo de tomada de decisão pública, a referência aos anos 70 do século XX é encontrada na reflexão de diversos doutrinadores. Na Itália, por exemplo, Umberto ALLEGRETTI (2009) discorre sobre o aumento de experiências participativas a partir de tal década, o que remonta a algumas iniciativas verificadas já nos anos 60, em um contexto de descentralização do governo das *Comuni* (o equivalente aos nossos Municípios)(ALLEGRETTI, 2009, p. 239 e ss.).

⁴⁵⁰ Como marco para surgimento do Estado Moderno, intimamente atrelado ao desenvolvimento do sistema de produção capitalista, além da institucionalização da forma de escolha dos governantes e do modo de atuação destes conforme regras prévias e abstratas, houve a supressão dos corpos intermediários entre Estado e indivíduo (as corporações de ofício), discussão que, se é que um dia foi resolvida (a respeito ver crítica em Santi ROMANO, 1969, em especial a fls. 13 e ss.), ganha nova dimensão nos dias que correm, sobretudo pelo relevante papel que o movimento associativo vem ocupando para canalizar a participação da sociedade civil em processos de tomada de decisão de grande impacto socioeconômico e ambiental.

⁴⁵¹ Histórico sobre a evolução do postulado da impessoalidade no exercício da função administrativa pode ser conferido em “*O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas*”, de Tarcisio Vieira de CARVALHO NETO (2015, p. 58 e ss.).

⁴⁵² A organização política, nesse contexto, buscava sua legitimação pelo saber técnico, ideia que perdurou mesmo quando esta passou a intervir nos âmbitos econômico e social de modo a desenvolver políticas públicas em favor das classes economicamente mais desfavorecidas da população. Álvaro Luiz Valery MIRRA (2011), após ponderar sobre a insuficiência dos partidos políticos (vacionados à disputa pelo poder) para canalizar satisfatoriamente as demandas do povo no debate político, afirma: “*além disso, a ampliação da atuação do Estado nos domínios econômico e social, com resultados relativamente expressivos, trouxe consigo o primado da eficiência técnica estatal, que, mesmo em benefício do povo,*

A participação do público na formação da vontade estatal resumia-se, nesse momento, ao **sufrágio periódico** exercido por parcela da população, o qual, como resultado de intenso movimento de luta por parte das classes até então excluídas do processo de escolha dos governantes (BONAVIDES, 2013, p. 188/189; MIRRA, 2011, p. 42 e ss.), foi sendo ampliado até alcançar todos os membros da sociedade que satisfizessem alguns requisitos objetivos, como nacionalidade, idade e sanidade mental⁴⁵³.

A ideia de *Estado de Direito*⁴⁵⁴, paulatinamente centrada na figura do ser humano, igualmente passou a incorporar uma reflexão sobre o **modo pelo qual o poder deveria ser exercido** perante os indivíduos.

A **processualização do agir estatal** como um todo, e não só das funções típicas atribuídas ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo, entrou, assim, na agenda da Democracia.

Conforme já apontado linhas acima (item 3.1.2.1), o desenvolvimento do regime democrático envolveu (como ainda envolve) o estabelecimento de limites para atuação dos mandatários da nação, uma busca contínua pela domesticação da força pelo Direito, pela instrumentalização das prerrogativas atribuídas aos governantes, de modo a colocá-las a serviço do bem estar geral (e não do seus detentores).

Em um Estado de tipo liberal, quando se entendia que as funções a serem desempenhadas pela organização política seriam eminentemente de garantia da liberdade individual, destacavam-se como missões públicas por excelência o assegurar a *segurança*, a *saúde* e o *sossego* dos cidadãos.

afastou este último da formação da vontade governamental. A fonte de legitimação do poder político passou a ser a competência técnica e o saber científico e não, propriamente, a vontade popular, com o fortalecimento da tecnoburocracia localizada no aparelho do Estado, distanciada e independente da sociedade civil"(MIRRA, 2011, p. 45). Sobre o ponto ver também Calmon de PASSOS (1988, p. 91 e ss.). Norberto BOBBIO (2015-B), aliás, relaciona o protagonismo que o saber técnico assumiu nas democracias contemporâneas justamente à atuação estatal no âmbito econômico, meio necessário para a persecução de pautas públicas complexas como o *controle da inflação*, o *pleno emprego* e *maior justiça na distribuição de renda* entre as pessoas (BOBBIO, 2015-B, p. 59/60). E tal fenômeno, condição indispensável para o funcionamento do Estado social, acaba por ser em boa medida contraditório com o ideal democrático: *"tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão comum. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos"*(BOBBIO, 2015-B, p. 59/60).

⁴⁵³ Essa separação entre Estado e sociedade civil, vale dizer, provavelmente só se restringia ao âmbito da teoria política, já que difícil acreditar, como já mencionado anteriormente, que em algum tempo e lugar os governados, em especial aqueles dotados de influência econômica e/ou prestígio social, tenham resistido à tentação de buscar a defesa de seus interesses junto aos detentores do poder.

⁴⁵⁴ Como já referido neste estudo, embora hoje já haja relativo consenso quanto a muitas das facetas a caracterizarem o que chamamos de *Estado de Direito* (tutela de dignidade das pessoas, separação de poderes, vinculação dos governantes à lei e ao Direito e etc...), é importante lembrar que esta não é uma noção pronta e acabada, estando, como o próprio ser humano, em contínua evolução.

A participação (oficial) dos indivíduos no poder em tal modalidade de organização política implicava, para além do sufrágio de quem governa, o **direito** de estes **serem ouvidos pelas autoridades**, bem como, quando destinatários de uma medida estatal que lhes fosse potencialmente lesiva, de produzirem provas em seu favor.

A ideia de **devido processo legal** a condicionar o exercício de competências do Executivo supõe, nessa etapa de desenvolvimento democrático, a **institucionalização da participação do particular na concretização da ação pública**, em especial no que diz respeito à sua intervenção no iter decisório burocrático como meio de proteção de **direitos individuais**⁴⁵⁵.

Em um Estado de Direito de tipo social, como já vimos, mudam as funções conferidas à organização política, que passa a perseguir, por meio de políticas públicas redistributivas, a construção de uma sociedade com menos desigualdade material entre pessoas sujeitas à sua esfera de atuação, que se comprometa a garantir um mínimo existencial para cada um de seus membros⁴⁵⁶.

Essa nova concepção de poder legítimo, como era de se imaginar, implica novos questionamentos sobre a forma pela qual os governados podem/devem interagir com os governantes para aperfeiçoamento do agir estatal.

Se no Estado liberal a faculdade de participação do cidadão no processo de tomada de decisão da autoridade era vista como uma prerrogativa vocacionada à defesa de direitos e interesses individuais, no Estado social essa possibilidade insere-se em um âmbito bem mais amplo e complexo, que, embora passe inexoravelmente por considerações de ordem pessoal, vai muito além destas⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ No que concerne à defesa de direitos individuais, vale referir que o *direito de petição*, consagrado no inciso XXXIV do art. 5º da CR/88, teria origem pré-democrática segundo pesquisa que nos é apresentada por Pierre ROSANVALLON (2015, p. 288 e ss.). Tal direito, que alhures já definimos, de forma mais abrangente que o texto escrito constante na nossa Constituição, como o da *possibilidade de o cidadão, valendo-se da forma escrita, apresentar uma manifestação perante a Administração* (CUNHA FILHO, 2014-B, p. 45), embora não se resuma à proteção de posições jurídicas exclusivas daqueles que o manejam, desempenha relevante papel a tal respeito. Sobre o instituto, confira-se passagem da lição de ROSANVALLON: “o *direito de petição, como se sabe, tem uma origem pré-democrática. Seja na Inglaterra ou na França, ele foi concedido para que pudessem ser feitas recriminações individuais em uma época em que os cidadãos não dispunham de qualquer instância capaz de os representar. Essa dimensão permanece. Mas, desde os primeiros dias da Revolução Francesa, as petições se multiplicam e assumem um caráter coletivo e político, exigindo a adoção de uma lei, a reforma de uma instituição ou a mudança de orientação do Ministério Público. As petições acompanham e prolongam, nesse caso, a atividade cidadã. Elas fazem existir uma forma de democracia direta ao lado do mecanismo representativo*” (2015, p. 288/289).

⁴⁵⁶ Desdobramento natural do impulso conferido ao postulado da custódia da dignidade do ser humano como justificativa última do dever de obediência imposto a todos quanto aos comandos emanados de alguns em nome do Estado.

⁴⁵⁷ Na defesa de uma participação popular no processo de tomada de decisão estatal que ultrapasse a perspectiva de garantia procedimental para a defesa de interesses qualificados como legítimos sob o prisma individual por um dado ordenamento, ver ALLEGRETTI, 2009, p. 308 e ss.

O afirmar progressivo de um **direito de participação individual no exercício de funções públicas** tal como disciplinadas em uma Constituição dirigente (como a Carta de 1988) significa, em especial, **reconhecer** que **cada célula** do nosso tecido social tem o **potencial de contribuir** para o atingimento de metas de interesse geral, esteja esta localizada ou não na estrutura de governo⁴⁵⁸.

Essa discussão, impulsionada pelo que se convencionou chamar de “crise do Estado social”⁴⁵⁹, ainda é enriquecida por uma série de novas questões que são postas pelo avanço tecnológico⁴⁶⁰, bem como por uma maior tomada de consciência das pessoas quanto a problemas de índole ambiental e urbanística⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ O *reconhecimento* dessa capacidade de cada indivíduo, independentemente de sua formação acadêmica ou ocupação profissional, poder contribuir para as decisões públicas através de uma perspectiva que não se esgote na defesa de interesses que lhe sejam exclusivos vai de encontro com o preconceito normalmente observado na discussão do tema (MARC, 2008, p. 11; FAURE, 2013, p. 711) e, como sugere o próprio vocábulo, tende a institucionalizar algo que já é dado, inerente ao relacionamento dos homens em uma organização social marcada pela diferenciação entre governantes e governados. Defendendo a existência de um direito implícito à participação popular na formação da vontade estatal, ver, por exemplo, Marcos Augusto PEREZ (2009, p. 74) e Álvaro MIRRA (2011, p. 127).

⁴⁵⁹ A “crise do Estado social” pode ser entendida como um movimento contestatório experimentado por diversas democracias ocidentais nas últimas décadas do século XX, fruto da retração econômica vivenciada por muitos países desenvolvidos aliada ao questionamento da capacidade de o Estado efetivamente fazer face a todas as missões a que se propôs a partir do pós Segunda Guerra Mundial (GAUDIN, 2013, p. 73 e ss.). Gaspar Ariño ORTIZ (2004), após discorrer sobre a incompatibilidade do modelo de Estado Social com a ideia de Estado de Direito desenvolvida no momento do liberalismo, em especial no que diz respeito à suposta predeterminação pela lei de todas as atividades de índole prestacional tidas como de responsabilidade estatal, afirma: “*agora bem, tudo isso está hoje em crise (conceitos clássicos do Estado de Direito, como o da legalidade/tipicidade, legitimidade e direito subjetivo), não porque o Direito se impôs ao Estado Social, mas sim porque o Estado Social está quebrado. Não pode pagar seus compromissos. Também está em falência conceitual, por parte de seus pensadores e teóricos*” (ORTIZ, 2004, p. 102). Mario P. CHITI, sob outra perspectiva, também parte da referida crise para discorrer sobre transformações verificadas no Direito Administrativo, em especial no que diz respeito à perda de sua (suposta) autonomia com relação aos demais ramos do Direito (CHITI, 2000, p. 304 e ss.).

⁴⁶⁰ Que traz uma série dilemas de ordem ética/moral, como o uso de transgênicos, clonagem de pessoas, emprego de nanotecnologia e etc..., todos a despertar ampla mobilização de vários setores da sociedade na defesa de seus pontos de vista, cada um buscando influenciar nas decisões estatais sobre tais matérias (GAUDIN, 2013, p. 12 e ss.). Sobre a intensa participação nos debates envolvendo nanotecnologia na França, o que levou ao aprimoramento na forma de se organizar os debates públicos promovidos no referido sistema jurídico, ver GAUDIN, 2013, p. 82 e ss.

⁴⁶¹ A respeito é importante destacar que diversos autores identificam justamente nas discussões sobre a proteção do meio ambiente o ponto de inflexão a marcar o avanço da pauta da participação popular no processo de tomada de decisão pública. Na literatura francesa há várias referências à implantação do projeto de trem de alta velocidade na região do Mar Mediterrâneo – TGV (início dos anos 1990) como marco para a institucionalização da faculdade de intervenção dos cidadãos nas escolhas envolvendo grande impacto socioambiental (v.g. GAUDIN, 2013, p. 48 e ss.; CHAMBAT/FOURNIAU, 2001, p. 15 e ss.). Sabino CASSESE (2001), por sua vez, dá notícia que na Itália houve processo análogo quando da implantação de linhas ferroviárias de alta velocidade entre os anos 80 e 90 do século XX, ocasião em que a legislação daquele país passou a prever expressamente a possibilidade de acordo entre entes de direito público, avenças que, pela dinâmica própria dos fatos e múltiplos interesses envolvidos, acabou por abarcar entes privados (CASSESE, 2001, p. 608 e ss.). Entre nós, um tratamento aprofundado sobre o tema está na obra de Álvaro Luiz Valery MIRRA, *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*, São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

A graça da participação não tocou os poderes públicos por sorte. Essa evolução acompanha o que as mídias chamam hoje de “crise do Estado”. Reagrupam-se sob esse termo os efeitos de Tchernobyl, o escândalo do sangue contaminado, a crise da vaca louca, a poluição do Érica, a explosão da usina AZF, as consequências da onda de calor de 2004. Em cada um desses casos, os poderes públicos tiveram dificuldades para tomar consciência rapidamente das mudanças profundas experimentadas atualmente pelas sensibilidades coletivas (GAUDIN, 2013, p. 56)

Além da incapacidade de o setor público prover, por si só, a imensa gama de atividades que foi absorvendo nos anos que sucederam o pós Segunda Guerra Mundial conduzir a uma reflexão sobre como se aproveitar o potencial privado para que se alcance a satisfação de carências coletivas⁴⁶², a incorporação da participação popular no iter decisório a cargo das autoridades acaba por devolver (ainda que parcialmente) às pessoas a responsabilidade pelas escolhas que são feitas pelos governantes em nome de todos, dado que tende a favorecer o desenvolvimento de toda a sociedade⁴⁶³.

⁴⁶² Sobre o ponto é importante ter em mente que se a intervenção do Estado no meio socioeconômico se faz necessária para a garantia do próprio mercado, contrabalaneando suas insuficiências e riscos, há setores em que a ingerência indevida da organização política também fracassa, acarretando efeitos nocivos para a persecução de algumas pautas públicas que normalmente podem ser satisfeitas pela própria atuação (regulada) dos agentes privados (ORTIZ, 2004, p. 333 e ss.). Gaspar Ariño ORTIZ, após ressaltar que ninguém (pelo menos na Espanha e quiçá na Europa) defende a volta do governo mínimo, aponta as justificativas que normalmente são defendidas para fundamentar a ação do Poder Público na economia: políticas redistributivas, ações anticíclicas/de política econômica imediatista e correção das tradicionais falhas de mercado (monopólios naturais, estruturas de mercado não competitivas - monopólio de fato, abuso de posição dominante, distribuição assimétricas de informação, etc., bens públicos e externalidades). Em seguida, o autor alerta para diversas situações que podem ser qualificadas como *falhas/fracassos de governo*, o que recomenda cautela no emprego da iniciativa pública de forma indiscriminada, sem o devido planejamento estratégico. Nas palavras do doutrinador: “*O resultado final da ação governamental não fora de modo algum brilhante. Os modelos ideais de educação pública, de saúde estatal, de gestão direta pelo Estado de grandes serviços públicos de transporte (ferroviários, aéreos ou urbanos), abastecimento (água, gás ou eletricidade em regime de monopólio) ou de comunicação (correios, telégrafos e telefone) resultaram em decepções na maioria dos países em que estes serviços foram implantados totalmente sob monopólio do Estado*”(ORTIZ, 2004, p. 334).

⁴⁶³ “*Essas críticas (ao sistema representativo) são instruídas tanto sobre o plano da moral como o da eficácia, mas elas convidam os cidadãos, em todos os casos, a retomar a palavra e a influenciar diretamente sobre as decisões públicas*” (GAUDIN, 2013, p. 12). Ao se estimular uma maior participação dos cidadãos nos processos decisórios públicos também se cria um ambiente favorável ao progresso moral da população como um todo, fortalecendo-se os laços de interdependência social e o sentimento de corresponsabilidade de cada um pelos destinos do grupo ao qual pertence. Quanto a tal aspecto, sempre atual a lição de John Stuart MILL (1861), que em suas *Considerações sobre o Governo Representativo* já referia como principais obstáculos ao êxito de tal forma de governo a apatia dos governados e a incapacidade de compreensão destes para com os respectivos processos e requisitos (MILL, 1964, p. 51)(original de 1861). O autor, defendendo o sentido pedagógico de que seja garantido a cada pessoa o exercício, ainda que acidental, de parcela real de poder no âmbito da comunidade da qual faz parte (MILL, 1964, p. 39), afirma que a superioridade do governo popular quando comparada a outros sistemas políticos decorre de dois princípios: “*o primeiro consiste em que os direitos ou interesses de todos ou de cada um só se encontram garantidos de desconsideração quando o interessado é capaz de sustentá-los e está habitualmente disposto a fazê-lo. O segundo reza que a prosperidade geral atinge maior elevação e difunde-se mais amplamente na proporção do volume e da variedade das energias pessoais interessadas em promovê-la*”(MILL, 1964, p. 40). Leitura análoga pode ser extraída do pensamento de Alexis de TOCQUEVILLE (1840) ao discorrer sobre a instituição do júri nos Estados Unidos para tratamento de questões cíveis que, embora possa não ser a escolha

Apesar de em um primeiro momento da consolidação da Democracia representativa ter-se observado uma tendência de monopolização da representação popular pelos partidos políticos (RAMOS, 1991, p. 71 e ss.⁴⁶⁴), a atuação destes revelou-se insuficiente para canalização adequada de todas as demandas existentes no seio da sociedade, dado que impulsionou a incorporação em diversos ordenamentos jurídicos de outros mecanismos de participação dos indivíduos nas escolhas fundamentais a regerem a atuação dos governantes, para além do voto no dia das eleições.

A frustração experimentada por expressivas parcelas da população quanto às *promessas não cumpridas pelo Estado social*⁴⁶⁵ reclama, ao mesmo tempo que uma maior legitimidade no exercício do poder, uma maior eficiência no atingimento dos objetivos com os quais a organização política, para não se esfacelar, comprometeu-se (BONAVIDES, 2008, p. 147; 2013, p. 26, p. 182 e ss.).

mais adequada para uma solução técnica de tais matérias, é vista pelo autor como um instrumento de fortalecimento da Democracia, já que mobiliza as pessoas em torno de reflexões sobre temas como a Justiça (TOCQUEVILLE, 1981, p. 371 e ss.)(1ª publicação de 1835). “*O júri, e sobretudo o júri em matéria cível, serve a dar ao espírito de todos os cidadãos uma parte dos hábitos do espírito do juiz; e esses hábitos são precisamente os que preparam melhor o povo para ser livre. Ele difunde a todas as classes (sociais) o respeito pela coisa julgada e a ideia de direito. Subtraia-se essas duas coisas e o amor pela independência não será nada mais que uma paixão destrutiva*”(TOCQUEVILLE, 1981, p. 375).

⁴⁶⁴ Segundo Jean-Pierre GAUDIN (2013), o *pecado original* da democracia representativa foi o de confiscar a palavra direta do cidadão (2013, p. 12).

⁴⁶⁵ Dentre as diversas promessas feitas pelo Estado social acreditamos que a principal (e que de alguma forma pode ser considerada como síntese das demais) é a da promoção de uma sociedade próspera, com menos desigualdade social, e em que o progresso material de cada um dependa mais do seu esforço pessoal do que da família em que nasce. Como se pode observar da enunciação do objetivo, vê-se claramente que se trata de uma meta quase utópica, da qual podemos nos aproximar mais ou menos, mas muito dificilmente alcançá-la por completo. Sem prejuízo, algumas frustrações quanto aos meios adequados para perseguir o referido ideal vem provocando uma reinvenção do governo representativo. Dentre as desilusões comumente referidas pela doutrina, vale a menção à dissipação da aura de racionalidade das decisões estatais (tomadas tanto pelo Executivo, como pelo Legislativo), elemento que sofreu forte impacto com uma maior transparência das atividades políticas, permitindo ao cidadão ciência quanto aos bastidores das disputas fratricidas pelo Poder (ROSANVALLON, 2008, p. 112 e ss.). Além disso, houve a dessacralização das eleições, reduzidas em boa medida a lutas vencidas por maiorias circunstanciais e que, longe de atingir consensos que atendam à totalidade ou quase à totalidade da população, muitas vezes acabam por oprimir minorias (ROSANVALLON, 2008, p. 116/118). Norberto BOBBIO em seu *O Futuro da Democracia* (2015) lista mais seis desencantos com a Democracia contemporânea: 1) não superação dos corpos intermediários entre Estado e cidadão, o que deixa o indivíduo que não pertença a um grupo organizado em desvantagem quanto ao atendimento dos seus pleitos pela organização política; 2) existência de mandatos parlamentares cujo exercício é inspirado cada vez mais em interesses particulares (seja de parcela do eleitorado, seja pessoais do próprio mandatário), e não na busca apartidária pela consecução de pautas de interesse geral; 3) persistência de oligarquias, ao que se acresce o potencial assustador de manejo das novas tecnologias para manipulação dos particulares pelos detentores do Poder; 4) não democratização de todos os espaços em que se tomam decisões relevantes e que vinculam toda a coletividade (como as empresas e a Administração Pública); 5) manutenção de poderes invisíveis, com grande potencial de capturar ações governamentais (como aquele advindo do crime organizado); e 6) a apatia política de milhares de cidadãos, que não se veem como corresponsáveis pelo destino do coletivo que integram, para o que contribui uma falha no processo de educação para a cidadania (BOBBIO, 2015, p. 40 e ss.).

O poder legítimo passa a ser caracterizado não só pelo título que autoriza seu exercício por determinadas pessoas (sufrágio), como pelo modo pelo qual este, no dia a dia, é empregado nas escolhas necessárias para a gestão do bem comum⁴⁶⁶.

Além de um governo *do povo* (eleição) e *para o povo* (dirigido à tutela dos direitos fundamentais), o foco passa a ser a construção de um governo *pelo povo*⁴⁶⁷, não só através de seus representantes eleitos, como pela sua participação direta no processo de discernimento sobre quais medidas devem ser adotadas, em concreto, para suprir carências coletivas⁴⁶⁸.

Embora a ideia de participação popular no processo de tomada de decisão da autoridade poder, em uma acepção ampla, englobar tanto as manifestações privadas para a defesa de interesses exclusivamente particulares⁴⁶⁹ como aquelas dirigidas à tutela de

⁴⁶⁶ Philippe Moreau DEFARGES (2015), discorrendo sobre governança como um sistema democrático de gestão (uma das acepções possíveis para o vocábulo), defende que dele fazem parte ingredientes da Democracia, dentre os quais estão as ideias de *contrato social*, de *igualdade de atores* (cuja interação se dá sob o império do Direito) e de *participação do cidadão*. Quanto a este último elemento, destacando que é próprio do regime democrático o tratamento do ser humano como uma riqueza em si (e não um material a ser explorado), afirma “*na democracia, há o voto, as associações e a mídia. Na governança, há um engajamento em torno de um projeto comum, em que cada um deve e pode ganhar. A participação deve ser fluida, não se resumir a momentos precisos (consultas eleitorais), e sim ocorrer de forma contínua* (DEFARGES, 2015, p. 16/18). No sentido de a participação constante do cidadão no processo de tomada de decisão pública ser um dos pilares da Democracia contemporânea, ver também GAUDIN, 2013, p. 31 e ss.; ROSANVALLON, 2008, p. 328 e ss.; SCHIRATO, 2010, p. 21 e ss..

⁴⁶⁷ Para usarmos a famosa fórmula empregada por Abraham Lincoln no discurso proferido no cemitério de Gettysburg durante a Guerra Civil norte-americana, conforme referenciado por Marcos Augusto PEREZ (2009, p. 28 e 224).

⁴⁶⁸ Elival da Silva RAMOS (1991), ao expressar sua visão sobre a evolução da demanda por uma maior participação da população nas decisões governamentais, identifica três estágios da formação teórica do Estado social, o último em vias de superação: “*Em um primeiro momento preocupou-se ela (a Social Democracia) apenas em colher os frutos de sua vitória sobre a Democracia-Liberal, esquecendo-se do instrumento decisivo no sucesso de sua empreitada (participação política). Abandonada à própria sorte e influenciada fortemente pelos apelos do Estado social à eficiência, aninhou-se a participação política, basicamente, nas agremiações partidárias, sem conseguir envolver em seu dinamismo a maior parte do povo. Debruçaram-se, então, os doutrinadores sobre a participação que viam, não para lançarem ideias novas que lhe permitissem melhor desenvolvimento, mas, simplesmente, para constatar suas deficiências. Finalmente, em um terceiro estágio, assumiu a democracia social, no plano doutrinário, a postura de uma Democracia teleológica: o que importa, em última análise, é o ‘governo para o povo’, que combine liberdade com bem estar, ainda que, concretamente, o “governo pelo povo” tenha de se contentar com uma pífia imagem do ideal proclamado*”(RAMOS, 1991, p. 62).

⁴⁶⁹ A referência feita neste ponto aos interesses “exclusivamente” privados aceita como pressuposto a tendência natural de o ser humano normalmente defender, primeiro, seus próprios interesses, os quais podem (ou não) convergir com as aspirações da coletividade, cuja tutela é dever irrenunciável do gestor público. Assim, embora seja legítimo cada pessoa buscar que a organização política atenda a seus desejos pessoais, essas intervenções só vão nos preocupar quando tais pretensões igualmente almejem a satisfação de pautas mais gerais da coletividade. Quanto à propensão de os indivíduos darem prioridade à realização de seus projetos pessoais aos coletivos, bem como de tenderem a tratar melhor as pessoas que lhes são mais próximas quando comparadas àquelas que não conhecem, ver passagem da obra de John Stuart MILL, 1964 (original de 1861): “*(...) quando deixar de ser verdade que os homens, geral mente, dão preferência a si sobre o próximo, e aos que estão mais perto sobre os mais remotos, desse momento em diante o Comunismo não só será praticável mas se tornará a única forma defensável de sociedade, tornando-se seguramente realidade, quando chegar esse tempo*”(MILL, 1964, p. 40).

aspirações da coletividade como um todo, nosso foco neste estudo está nas intervenções deste último tipo, as quais poderíamos chamar de *participação “desinteressada”* do cidadão na escolha a ser feita pelo gestor público⁴⁷⁰.

Assim, em sendo intuitivo que uma boa parte dos indivíduos anime-se a interceder em um iter decisório apenas quando este possa de alguma forma repercutir em seu cotidiano, usaremos a ideia de abertura do PA à *participação cidadã* sempre que esta visar, sob uma perspectiva objetiva, ao aperfeiçoamento de uma escolha envolvendo matéria cara à comunidade, ainda que em concreto esta coincida com aspirações egoísticas, desde que não se resuma, contudo, a pleitos de tal estirpe⁴⁷¹.

No mais, ao empregarmos a expressão *participação popular* ou *cidadã* no exercício de competência administrativa não estamos restringindo o alcance do instituto àqueles que estejam no gozo de seus direitos políticos ou então que tenham a nacionalidade de determinado país.

O processo acessível à sociedade civil é aquele em que a autoridade dispõe-se a ouvir o destinatário da ação estatal em razão de sua condição de ser humano e que, por isso, a depender do caso, pode inclusive ser um estrangeiro em trânsito no país (ALLEGRETTI, 2009, p. 289⁴⁷²).

⁴⁷⁰ Adotamos quanto ao ponto o mesmo corte feito por Fabio Gomes dos SANTOS na obra *Audiências Públicas Administrativas no Direito Brasileiro* (2015). O autor, após discorrer sobre diversos empregos observados para a ideia de *participação administrativa*, opta por usar a expressão para identificar apenas a “*intervenção dos cidadãos (individualmente ou em grupo) na atuação administrativa com o intuito de defender os interesses da coletividade e não apenas seus próprios interesses*” (SANTOS, F., 2015, p. 29).

⁴⁷¹ Ilustrando a classificação adotada com um exemplo hipotético, imaginemos o seguinte quadro: em uma audiência pública convocada pela Câmara de Vereadores para a discussão do Plano Diretor, uma pessoa manifesta-se contrária à política de implantação de ciclofaixas em um dado Município sem que tenha sido oportunizado aos moradores de cada bairro pronunciar-se sobre o traçado do equipamento público e outra usa a palavra que lhe foi dada para dizer algumas palavras de ordem e reclamar o porquê da demora em esta ser contemplada por programa habitacional promovido pela Administração. No primeiro caso, embora o indivíduo possa ter sido diretamente afetado pela medida combatida, teríamos uma participação popular (desinteressada), já que vocacionada ao aprimoramento de uma ação estatal (o que, como reflexo, pode ter efeitos favoráveis sobre sua própria esfera jurídica), enquanto no segundo teríamos a expressão de um inconformismo particular voltado à garantia de direito ou expectativa exclusivamente pessoal. Efeitos: aquela intervenção deve ser considerada pela autoridade para fins de reavaliação dos meios empregados para concretização da política pública sob exame, ao passo que esta deve ser analisada como reclamação individual contra omissão supostamente ilícita quanto ao atendimento de pedido administrativo anteriormente formulado, a qual deve, nestes termos, ser reduzida a termo pela Presidência da mesa da audiência pública e encaminhada à secretaria pertinente para as providências que forem cabíveis.

⁴⁷² Segundo a linha de raciocínio exposta, em sendo o processo administrativo decisório aberto à participação popular, em tese qualquer pessoa interessada em seu desfecho pode nele intervir. Se em um determinado contexto a autoridade responsável pela escolha identificar grupos de indivíduos especialmente atingidos pela atuação estatal, cabe a esta, se entender pertinente, restringir o público participante àqueles que se enquadrem em algumas situações predefinidas, como os *residentes* em um bairro ou os *estudantes* de uma escola, sem prejuízo da realização de uma oitiva em termos mais amplos da população em geral em uma oportunidade em separado, em havendo utilidade da medida (ALLEGRETTI, 2009, p. 320/322). Seja qual for a opção eleita, cabe ao responsável pelo ato justificar o porquê da realização de um PA com abertura limitada à influência da população.

A participação das pessoas na tomada de decisão administrativa também pode se dar pela integração de particulares em órgãos públicos responsáveis por deliberações com efeitos gerais em determinada porção do território ou então de forma episódica, em convocações feitas com propósitos específicos, como a que ocorre no bojo de audiências ou consultas públicas (ALLEGRETTI, 2009, p. 288/289).

A forma a ser adotada para a participação varia (BRAIBANT, 1978, p. 163/164).

Apesar de haver uma certa inclinação na nossa tradição jurídica a só se aceitar o emprego da participação quando autorizado/determinado por lei, observando-se as modalidades previamente previstas para tanto, na linha do que defendemos ao discorrer sobre a *consensualidade* como instrumento do agir estatal (item 3.1.2.2 supra), entendemos que, também nesta seara, não vige o ideal de tipicidade do ato administrativo.

Assim, embora algumas modalidades de intervenção do cidadão na deliberação pública já tenham sido consagradas pelo nosso ordenamento⁴⁷³ (com maior destaque para a disciplina da matéria urbanística⁴⁷⁴), acreditamos que cabe à autoridade, à vista das

⁴⁷³ Art. 37, §3º da Constituição da República – “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública” (redação dada pela EC nº 19/98). O art. 9º da Lei nº 9.784/99 (Processo Administrativo Federal), por sua vez, prevê legitimidade bastante ampla para qualquer interessado participar do iter de tomada de decisão estatal, dispositivo que, pelo menos de forma subsidiária, aplica-se às demais esferas de governo além da União. Confira-se a respectiva redação: “Art. 9º- São legitimados como interessados no processo administrativo: I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos” (g.n.). Para uma visão mais ampla de dispositivos constitucionais e legais que tratam da participação do cidadão no exercício de função administrativa entre nós, ver *A Administração Pública Democrática* de Marcos Augusto PEREZ (2009, p. 74 e ss.).

⁴⁷⁴ A Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) contém um capítulo próprio sobre a *gestão democrática da cidade* (capítulo IV), no qual se encontram alguns dispositivos com maior detalhamento sobre as formas de participação do cidadão na construção das políticas públicas urbanas. Confira-se, a respeito, a redação os arts. 43 a 45 de tal diploma: Art. 43 – “Para garantir a **gestão democrática da cidade**, deverão ser utilizados, **entre outros**, os seguintes instrumentos: I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; II – debates, audiências e consultas públicas; III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (g.n.). Art. 44 – “No âmbito municipal, a **gestão orçamentária participativa** de que trata a alínea f do inciso III do art. 4o desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal” (g.n.). Art. 45 – “Os organismos gestores das **regiões metropolitanas e aglomerações urbanas** incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania” (g.n.). Como se pode ver da redação do art. 43 supra, o legislador teve a cautela de expressamente consignar o caráter exemplificativo dos instrumentos de participação previstos no Estatuto da Cidade, de

circunstâncias que cercam um dado procedimento de escolha, optar pela forma de oitiva dos particulares que seja mais eficiente para viabilizar a dupla finalidade do instituto (como direito subjetivo, a de permitir a livre manifestação das pessoas, como dever governamental, a de colher maiores informações para decidir melhor).

E é justamente nesse sentido, vale dizer, que vem caminhando a prática de algumas audiências públicas realizadas para discussão de assuntos relevantes ao dia a dia de muitas cidades, em que tais eventos, expressamente previstos na Lei nº 10.257/01 (art. 43, II), acabam por ser precedidos de reuniões temáticas menores (as chamadas oficinas), que tem por propósito uma capacitação prévia da população, bem como a colheita de informações de modo mais informal pelos servidores públicos⁴⁷⁵.

Além do estabelecimento de **quem** participa do PA decisório e de **como** o faz, outras questões são de suma importância: **qual assunto** deve/pode ser submetido ao escrutínio público, **quando** deve ser feita a referida consulta e quais os respectivos **efeitos** (opinativo ou vinculante).

No que diz respeito ao momento da contribuição dos indivíduos no procedimento de escolha burocrático, embora não nos pareça viável que esta ocorra sempre em todo o ciclo da ação pública (projeto, instrução, opção, execução e reavaliação)⁴⁷⁶, é fundamental que esta não seja reservada apenas para o crepúsculo do iter decisório, quando já praticamente feita a deliberação pela autoridade (ALLEGRETTI, 2009, p. 324/325; BRELÀZ/ALVES, 2013, p. 823).

Nessa última hipótese, a oitiva do cidadão provavelmente não será apta a influenciar efetivamente o resultado do PA, o que acaba minando os propósitos do instituto, que, reduzindo-se ao cumprimento de uma mera formalidade estéril, perde sua razão de ser, em desrespeito para com aqueles que dispenderam parte de seu tempo livre em prol da justa causa de pensar o coletivo, de contribuir para o bem comum.

modo que, pelo menos no âmbito de aplicação de tal lei, não nos parece haver maior controvérsia quanto à atipicidade no manejo dos meios tidos como mais convenientes e oportunos para se ouvir a população, cabendo à autoridade responsável, caso questionada quanto à modalidade eleita, apenas o ônus de justificar o porquê da sua escolha.

⁴⁷⁵ Notícia bastante ilustrativa sobre o ponto foi publicada no dia 19/07/2016 no site G1 informando que na cidade de Presidente Prudente - SP, distante cerca de 550 km da capital do Estado, há um processo de audiência pública virtual envolvendo a discussão do novo Plano Diretor da urbe, o qual é acompanhado pela realização de oficinas e outras audiências públicas presenciais (<http://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2016/07/audiencia-publica-digital-discute-revisao-do-plano-diretor-ate-o-dia-30.html> - 22/08/16, às 20:00).

⁴⁷⁶ Como iremos desenvolver mais adiante, o procedimento administrativo aberto à participação popular tem um custo e demanda tempo, de modo que o momento do seu emprego também deve ser devidamente sopesado pela Administração.

As perguntas sobre **o que deve/pode** ser objeto da consulta popular e sobre **quais seus efeitos**, que, como as demais, também estão inseridas no âmbito da discricionariedade devidamente motivada da autoridade, serão tratadas mais adiante ao discorrermos sobre o desenho institucional a ser conferido à ferramenta da participação como instrumento vocacionado a uma atuação administrativa mais eficiente.

Neste contexto, após definido o que entendemos por *participação popular* no exercício da função administrativa e afirmada a ideia de atipicidade na eleição do formato pelo qual esta deve se efetivar, considerando haver razões bastantes para crermos que a pressão crescente dos cidadãos quanto à ampliação de canais de comunicação com o Poder Público não deve arrefecer com o passar do tempo⁴⁷⁷, passamos a avaliar os prós e contras do florescimento do emprego do recurso nas mais diversas áreas do agir burocrático estatal.

3.1.2.3.1. POTENCIALIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA UMA MELHOR AÇÃO ESTATAL

Se dentre as justificativas para a adoção do regime de governo representativo comumente apontava-se a inviabilidade prática do autogoverno em cidades que não tivessem um número muito reduzido de habitantes (BOBBIO, 2013, p. 1.154; MILL, 1861/1964, p. 49) e a existência de riscos de assembleísmo e/ou de dominação dos debates

⁴⁷⁷ Dentre as diversas possíveis causas para a maior mobilização da população no século XXI por uma voz ativa também nas escolhas a serem feitas no curso dos mandatos dos seus representantes eleitos, como já destacamos alhures, são comumente lembradas o progresso material experimentado por parcelas cada vez maiores dos povos, o que acaba sendo normalmente acompanhado de uma elevação do nível educacional de contingentes crescentes de indivíduos, e a revolução experimentada pelos meios de comunicação, facilitando a interação entre as pessoas por meio das chamadas redes sociais. Umberto ALLEGRETTI, por exemplo, fazendo referência ao pensamento de Zigmund BAUMAN (autor de *Modernidade Líquida*, dentre diversas outras obras), aponta os avanços da tecnologia e da globalização econômica como determinantes para uma maior pressão pelo incremento de meios de participação direta do cidadão nos sistemas representativos de governo (ALLEGRETTI, 2009, p. 315 e ss.). Gigantescas manifestações populares que marcaram vários países do mundo no início do século XXI, como a chamada Primavera Árabe (a partir de 2010 na Tunísia, após alcançando outros países do Oriente Médio e norte da África), revelam que existe uma grande insatisfação por parte de um número muito expressivo de pessoas com as respostas dadas pelas organizações políticas para carências das mais diversas ordens, o que também foi sentido no Brasil no ano de 2013. Considerando que ao que tudo indica os fatores que levaram a tais levantes não desapareceram, ou a política busca oferecer canais eficientes para expressão e atendimento destas demandas, ou as instituições de muitos países podem acabar simplesmente sucumbindo por sua incapacidade para reagir à realidade que teima a ter uma dinâmica própria, para além dos gabinetes dos governantes. Sobre o tema, ver também MOREIRA NETO, 2016, p. 203 e ss..

por discursos populistas⁴⁷⁸ (BEÇAK, 2013, p. 71; ROSANVALLON, 2008, p. 307), pelo menos o primeiro obstáculo parece estar com os dias contados.

Com a progressiva popularização dos *smartphones*, avizinha-se o tempo em que todos os membros de uma comunidade poderão se manifestar sobre os mais diversos temas relevantes para o meio que os cerca, de forma quase imediata.

Diante de uma realidade em que a opinião de enormes contingentes populacionais possa ser captada de modo praticamente instantâneo pelo gestor, descortina-se um futuro em que todas as vantagens inerentes à intervenção dos particulares no processo de tomada de decisão estatal estarão presentes.

Ao lado da **maior legitimidade** no exercício do Poder, que se dá ao se oportunizar voz a todos os potenciais afetados por uma medida adotada em prol da comunidade, a ação pública tende a ganhar em **eficiência**, já que, além de se ampliar os efeitos na realidade decorrentes do agir estatal, os elementos coligidos antes da escolha a cargo da autoridade passam a ser mais consistentes, franqueando-se ao responsável pela opção muito mais informações do que este teria acesso caso permanecesse trancado em seu gabinete, supostamente infenso a influências externas (CORREIA, 2001, p. 250 e ss.; BAPTISTA, 2003, p. 156 e ss.; BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 71 e ss.; PEREZ, 2009, p. 78 e ss. e 221 e ss.).

Em uma nova postura, mais adequada aos desafios enfrentados por uma Administração da qual se exige, além da abstenção quanto à violação a direitos individuais, a promoção de direitos fundamentais a partir de políticas redistributivas, o gestor público passa a empregar **técnicas não autoritárias** para perseguir pautas de interesse geral, cuja satisfação em grande medida depende da **adesão voluntária dos cidadãos** aos projetos encampados pela organização política (conforme discorremos no item 3.1.2.2 supra).

⁴⁷⁸ Com a eterna ameaça de **tiranía da maioria**, dado que já preocupava os pensadores clássicos da democracia liberal representativa, como apontado por Norberto BOBBIO (2004, p. 55 e ss.). De qualquer modo, regredindo ainda mais no tempo, encontra-se preocupação com a demagogia (ou populismo) em obras datadas da antiguidade clássica, como PLATÃO (427?-347? a.C.). Este, vale dizer, apresentava visão bastante crítica sobre a tentação de muitos governantes manipularem as classes trabalhadoras contra a classe dos ricos, valendo-se de subterfúgios como o perdão de dívidas ou a doação de terras, de modo a, obtendo apoio popular, perpetuarem-se no Poder (PLATÃO, 2014, p. 358 e ss./364-d e ss.). Destaca-se passagem em que o autor, após ponderar, segundo a mitologia, que “*qualquer um que provar um bocado de entranhas humanas esquarteradas juntamente com outras vítimas dos sacrifícios se transformará necessariamente num lobo*”, sugere a seguinte reflexão: “*não acontecerá o mesmo com um condutor do povo que domina uma multidão dócil e não contém a si mesmo quanto a derramar o sangue de seus parentes? Ele leva alguém a julgamento com base em falsas acusações e o assassina – como fazem frequentemente os tiranos -, e dessa forma destruindo uma vida humana, sua língua e lábios ímpios experimentam o sangue de um cidadão que lhe é aparentado. E bane uns, mata outros e sugere ao povo a abolição das dívidas e a distribuição da terra. E em consequência de tudo isso, não estará um homem como esse inevitavelmente fadado ou a ser morto por seus inimigos ou a se transformar em um lobo, tornando-se um tirano?*” (PLATÃO, 2014, p. 359/ 565-e, 566-a). Voltaremos ao ponto a seguir, no corpo do texto.

Para que se alcance a mobilização de um grande número de indivíduos em torno de políticas públicas defendidas pelos representantes do povo, sai de cena um modelo de conduzir os negócios públicos contraposto à sociedade, inaugurando-se um método de governar que busque, por meio de **incentivos (ou desincentivos)**⁴⁷⁹, que a própria comunidade atue na realização de tarefas que, atendendo a interesse pessoal de seus integrantes, também sejam favoráveis ao bem estar coletivo.

Com a confiança das pessoas na correção da direção que lhes é apontada pela organização política, essas passam a comportar-se de acordo com o que lhes é prescrito (ou sugerido), não por medo de serem punidas, mas por entenderem o significado da sua ação individual para o todo do qual fazem parte.

Essa convicção de justiça na condução dos afazeres públicos pelo gestor, decorrente de uma maior aproximação entre administrador e administrado⁴⁸⁰, e do envolvimento deste nas escolhas feitas por aquele, caracteriza a legitimidade no exercício do Poder, que acaba por gerar mais efeitos na realidade com menor dispêndio de recursos materiais e humanos.

⁴⁷⁹ No que diz respeito à atuação da Administração pelo fomento (positivo ou negativo) de condutas, ver nossa reflexão conjunta com Camila Rocha Cunha VIANA denominada *Pactos Regulatórios: a Regulação Positiva, o Direito Administrativo e a Busca de Resultados* publicada em *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, v. 20, ano 3, p. 79/98, São Paulo: RT, set.-out. 2015.

⁴⁸⁰ Em boa medida a *aproximação* entre administrador e administrado acaba por implicar a descentralização e a descontração de funções públicas, com a criação de centros decisórios mais próximos, até mesmo espacialmente, dos cidadãos. A respeito, vale a referência à *Democracia de Proximidade*, utilizada por vários autores franceses para tratar da ideia de uma maior abertura do processo decisório público à participação dos cidadãos, o que naquele sistema jurídico teve como marco importante a aprovação da Lei de 27 de fevereiro de 2002, que foi precedida pela Lei de 2 de março de 1982, esta conferindo maior autonomia decisória as *Communes* (o equivalente na França aos nossos Municípios, valendo lembrar que tal país é Estado unitário, e não federado como o Brasil). A lei de 2002 aprofundara o processo de descentralização iniciado com a lei de 1982, e prevê, no seu capítulo 1º do título 1º, a participação dos cidadãos na vida local com a instituição dos *quartiers* (MOREAU, 2013, p. 37 e ss.). Discutindo os resultados da aplicação da Lei de 27 de fevereiro de 2002 no direito francês 10 anos após sua promulgação, ver a obra coletiva GUGLIELMI, Gilles J.; MARTIN, Julien (sous la direction de). *La démocratie de proximité*, Paris: Berger-Levrault, 2013. O art. L 2142-1 do Código das Coletividades Territoriais, com a redação que lhe foi dada pela Lei de 27 de fevereiro de 2002, por exemplo, conferiu autorização genérica para as autoridades das *Communes* consultarem os respectivos eleitores na tomada de decisão acerca de assunto da competência de tal esfera de governo. O art. 2141-1 do mesmo diploma, criado pela Lei 96-142 de 1996, tem a seguinte redação: “*O direito dos habitantes do Município a serem informados dos negócios deste e de serem consultados sobre as decisões que lhes digam respeito, indissociável à livre administração das coletividades territoriais, é um princípio essencial da democracia local. Ele é exercido sob as condições previstas no presente título, sem prejuízo das disposições em vigor relativas notadamente à publicidade dos atos da autoridades territoriais assim como à liberdade de acesso aos documentos administrativos*”. No original: « *Le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent, indissociable de la libre administration des collectivités territoriales, est un principe essentiel de la démocratie locale. Il s'exerce dans les conditions prévues par le présent titre, sans préjudice des dispositions en vigueur relatives notamment à la publicité des actes des autorités territoriales ainsi qu'à la liberté d'accès aux documents administratifs* ». O texto da referida lei pode ser consultado em: <https://www.legifrance.gouv.fr/> [28/08/16, às 21:00].

Pode-se dizer, na linha do que já fora bem ponderado por Marcos Augusto PEREZ (2009⁴⁸¹), que há uma verdadeira sinergia entre o aumento de **legitimidade** e o incremento da **efetividade** da ação estatal, fenômeno que se verifica sob duas perspectivas:

1) quanto mais legítima, quanto maior for a convicção da população na justiça do quanto lhe for ordenado ou requerido pela autoridade, maior é a movimentação voluntária dos cidadãos no sentido desejado pela organização política, o que implica um impacto mais amplo no meio social com menor atividade da engrenagem burocrática (com a missão de fiscalizar e sancionar comandos unilaterais gerais dirigidos à sociedade como um todo, por exemplo);

2) quanto mais eficiente a ação estatal, quanto mais palpável a melhoria das condições de vida das pessoas em decorrência de políticas formuladas e postas em prática pelos governantes, maior será sua legitimidade, sua aceitação por parte dos governados, reduzindo os ruídos de certo modo inevitáveis quando em disputa os elementos *autoridade* e *liberdade* como componentes indissociáveis de uma ordem social caracterizada pela diferenciação política entre os cidadãos.

Além do mais, como já referido, a **eficiência** da ação pública também depende da sua ampla instrução, da **adequada ponderação entre os interesses públicos e privados**⁴⁸² potencialmente conflitantes em um dado cenário sobre o qual deve intervir o gestor, o que

⁴⁸¹ Após pontuar que o bom desenvolvimento de inúmeras atividades a que se compromete o chamado *Estado de Bem-Estar* social extrapola a capacidade do agir unilateral da Administração, dependendo necessariamente da colaboração de toda a sociedade, Marcos Augusto PEREZ afirma: “*Daí a necessidade de se utilizar instrumentos que procurem o consentimento da coletividade, que procurem, enfim, a aproximação da sociedade e do Estado, da burocracia do cidadão, do governante e do governado. Criam-se, desse modo, as bases para o nascimento de uma legitimidade fruto da adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas concretas, políticas ou programas que esta ajudou a formular, decidir e, muitas vezes, a executar. Fala-se, pois, de uma legitimidade que ao mesmo tempo que decorre da aproximação entre a Administração e a sociedade, reforça os vínculos entre elas. A legitimidade que é essencial para o êxito de políticas públicas e que é incrementada por meio deste resultado. Legitimidade e eficiência são, portanto, finalidades que se alimentam reciprocamente, isto é, mais legitimidade importa em maior eficiência da atuação da Administração Pública e mais eficiência importa em maior legitimidade*”(PEREZ, 2009, p. 220/221).

⁴⁸² Hoje há abundante doutrina sobre o papel da Administração Pública como árbitra entre diversos interesses públicos e privados no seu processo de tomada de decisão. Confirma-se, sobre o tema, dentre outros RIBEIRO, 1996, p. 158/159; MARQUES NETO, 2002, p.146 e ss.; DALLARI, 2007, p. 182/183; BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 71 e ss.; SCHIRATO, 2010, p. 39 e ss.; REISDORFER, 2014, p. 58 e ss.; BOBBIO, 2014, p. 26; e BINENBOJM, 2016, p. 137 e ss.. Destacamos a respeito passagem da reflexão de Norberto BOBBIO: “*A vida em um Estado moderno, na qual a sociedade civil é constituída por grupos organizados cada vez mais fortes, está atravessada por conflitos grupais que se renovam continuamente, diante dos quais o Estado, como conjunto de organismos de decisão (parlamento e governo) e de execução (aparato burocrático), desenvolve a função de mediador e de garante mais do que a de detentor do poder de império segundo a representação clássica da soberania*”(BOBBIO, 2014, p. 26). Na mesma linha, afirma Gaspar Ariño ORTIZ, ao destacar a importância do acesso à informação para a efetiva participação dos cidadãos na tomada de decisões públicas: “*Só uma ampla e diversificada informação pública pode fazer presentes os muitos interesses que quase sempre se ventilam em cada decisão. Porque o ‘interesse público’ não é uma iluminação divina, mas sim a resultante bem estudada dos interesses de “muitos públicos” que devem ser equilibrados*”(ORTIZ, 2012, p. 243).

só é possível caso o processo de tomada de decisão estatal abra-se ao diálogo com a população, não só admitindo como estimulando a recepção de críticas e sugestões por parte dos destinatários de suas ações.

Superada a ideia de onipotência e onisciência do aparato burocrático para dar solução ótima aos problemas sociais a partir de uma perspectiva técnica e supostamente imune às paixões humanas, espera-se da Administração Pública do século XXI, como instrumento vocacionado à realização de direitos individuais e coletivos, uma postura de maior horizontalidade no trato com particulares, pautada na **interlocução constante** com estes e na preocupação com a devida **fundamentação** e **proporcionalidade** das medidas adotadas em prol do bem comum.

Se o responsável pela opção a ser adotada em nome de toda a comunidade não tiver condições de saber qual a opinião dos possíveis atingidos pelo exercício de sua competência, como este conseguirá impor-lhes apenas as restrições que sejam indispensáveis para a satisfação de objetivos de interesse geral?

Dessa forma, para que se alcance um novo patamar de **qualidade nas decisões** públicas, a construção de espaços adequados para a participação dos interessados no PA que precede às escolhas a cargo da autoridade revela-se como instrumento imprescindível de uma gestão pública que atenda aos pressupostos de um agir eficiente, tal como os defendidos neste estudo⁴⁸³.

O ganho qualitativo para a decisão estatal advindo da interveniência de privados no PA é de duas ordens: 1) amplia-se o conhecimento da Administração sobre as repercussões de sua ação em um dado contexto, ou seja, esta torna-se capaz de identificar todos os interesses em disputa quando da adoção de uma determinada medida, pressuposto para a respectiva ponderação; 2) permite-se agregar ao *saber técnico* detido pela burocracia o *saber comum* detido pela população, o que em muitos casos pode revelar-se capital para o sucesso de uma ação gestada pelo governo (GAUDIN, 2013, p. 55 e ss. e p. 74 e ss.).

⁴⁸³ Nesse sentido, sustenta Floriano Azevedo MARQUES NETO em seu *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, após identificar desafios enfrentados pela concepção de Estado Nacional em razão de transformações econômicas e políticas intensificadas no final do século XX (em especial a globalização econômica e a fragmentação da sociedade em grupos de interesses, num quadro que põe em xeque a real capacidade de o Estado colocar-se como única fonte de Direito para uma dada sociedade, monopolizando os processos decisórios respectivos)(2002, p. 100 e ss.): “Para tanto (necessidade de se repensar a ideia de interesse público e de sua centralidade no Direito Administrativo à vista das mudanças ocorridas na sociedade global desde o final do século XX), parece-nos que a tendência será, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, dotar a sociedade dos meios de participação plena no processo decisório e permitir que a aferição do interesse público possa ser fruto de um processo contínuo de cotejamento dos valores ou princípios que se embatem na situação concreta e no qual o Estado seja, a um só tempo, mediador de interesses sociais relevantes e colidentes mas também exerça um papel de implementador de interesses meta-individuais hipossuficientes no jogo social”(MARQUES NETO, 2002, p. 147).

Finalmente, dentre os benefícios do aprimoramento dos canais de interação entre Estado e sociedade está justamente o aprimoramento das próprias pessoas, o **fortalecimento dos laços de interdependência social**, o amadurecimento dos espíritos levados a expor seus pontos de vista, contrapondo-os com os dos seus semelhantes, num difícil exercício dirigido a compatibilizar ambições pessoais com imperativos coletivos, fora dos quais o próprio bem estar individual cedo ou tarde fica ameaçado.

Da mesma forma que identificado por autores clássicos que teorizaram sobre o ideal do governo representativo (MILL, 1861/1964, p. 51; TOCQUEVILLE, 1835/1981, p. 371 e ss.), entendemos que a participação do particular no exercício, ainda que temporário, de funções públicas, tem como importante efeito a **tonificação da própria Democracia**⁴⁸⁴.

Em específico no que concerne à promoção do saudável hábito de se trazer periodicamente a população para discutir os negócios públicos, tem-se uma oportunidade única para o **florescimento da cidadania**, entendida esta como sentimento de pertencimento de um grupo de indivíduos a uma comunidade, de corresponsabilidade de cada um dos seus integrantes pelo destino do conjunto.

Além de os momentos participativos servirem de importante instrumento para as pessoas serem esclarecidas quanto às intervenções que estão sendo imaginadas em uma determinada porção do território, bem como para exercerem seu direito constitucional de levar ao conhecimento dos governantes suas reclamações e propostas, esses espaços de discussão, se bem arquitetados, tem o potencial de aproximar os membros de uma comunidade nas suas semelhanças e diferenças, os quais passam a ser chamados a refletir coletivamente sobre o futuro do meio em que vivem, através da prática da alteridade, do se colocar no lugar do outro, de um desconhecido, de um vizinho, do próprio administrador⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Dialogando com os autores clássicos, doutrinadores contemporâneos também apontam a participação dos cidadãos nos afazeres públicos como importante instrumento para fortalecimento dos laços de interdependência que existem entre os integrantes de uma dada sociedade. Chamados a discutir questões de relevância para todos, os indivíduos são impelidos a sopesar interesses que extrapolam os seus próprios, devem justificar seus pontos de vista perante os demais, devendo se socorrer de princípios que tenham eco no espírito dos outros. Sobre o ponto ver John RAWLS, 1971, p. 232/234; James D. FEARON, 1999, p. 44 e ss.; e David HELD, 2006, p. 231 e ss.

⁴⁸⁵ Sobre os efeitos positivos para a cidadania em decorrência de debates públicos sobre temas de interesse geral quando bem conduzidos pelas autoridades responsáveis, ver, dentre outros, o pensamento de Carlos Santiago NINO em *La Constitución de La Democracia Deliberativa* (1996). Destacamos passagem: “em uma discussão são os próprios participantes os que formulam perguntas, expressam seus interesses e tratam de justifica-los frente os outros. Uma discussão não é uma mera soma de reflexões individuais que se operam de forma isolada e sim um processo coletivo no qual a posição de cada participante torna-se cada vez mais focada como consequência do reagir aos argumentos dos outros. A reflexão de cada um se vê assim enriquecida por aquelas dos demais”(NINO, 1996, p. 210).

Com o incremento da participação popular no iter decisório da AP, portanto, os cidadãos, em vez de simplesmente cobrarem dos políticos solução para seus problemas, são trazidos para a nada evidente situação de **corresponsáveis pelas escolhas que impactarão no seu dia a dia** (AUBY, 2011, p. 18⁴⁸⁶), tendo acesso a dados relativos à real capacidade de o Poder Público intervir em certas circunstâncias, o que inclusive lhes confere expectativa mais serena sobre o que de fato pode ser exigido da organização política para a melhoria da vida em sociedade e o que, para tal fim, necessariamente passa por uma alteração de hábitos individuais (ou seja, de cada um e de todos nós como integrantes de uma mesma comunidade).

Em suma, agora inspirados na leitura feita por Sabino CASSESE (2007) para o instituto sob exame, pode-se dizer que a participação popular no PA decisório a cargo do gestor serve a diversas finalidades, dentre as quais está a **eficiência**, a **equidade** e a própria **democracia**⁴⁸⁷, valores que, devidamente perseguidos e tutelados pelas autoridades, aumentam o grau de aceitação das pessoas quanto à ordem social estabelecida (a **legitimidade**, pois, das instituições democráticas), favorecendo uma maior cooperação entre governantes e governados em torno de pautas relevantes para o bem estar coletivo.

Com a participação do privado na preparação da escolha pública, a Administração tem condições de melhor conhecer os fatos e interesses sobre os quais sua ação vai repercutir. Oportunizando defesa por parte dos afetados por sua atuação, a AP também prestigia a justiça da opção a ser adotada, evitando-se danos indevidos aos particulares. Por fim, aproximando o povo dos seus representantes e chamando os particulares às suas responsabilidades pelo bom andamento dos negócios públicos, a participação assume um

⁴⁸⁶ “Elas (a democracia participativa e a participação do cidadão nos processos ordinários de ação pública) criam na relação cotidiana entre Administração Pública e cidadão os fluxos de uma democracia de interação, permitindo aos cidadãos, a um só momento, aumentar o sentimento de serem levados em consideração e incrementar seu conhecimento sobre os dados concretos das decisões públicas que lhes digam respeito. A democracia participativa é um instrumento de legitimação da decisão pública e um instrumento de responsabilização dos cidadãos em suas relações com a coisa pública” (AUBY, 2011, p. 18).

⁴⁸⁷ Sabino CASSESE, em seu *La Partecipazione dei Privati alle Decisioni Pubbliche* (2007), analisa modelos de participação popular institucionalizados no processo decisório da Administração de três países (França, Estados Unidos e Reino Unido), bem como em âmbito supranacional (União Europeia e entidades com atuação global), ponderando sobre qual o bem jurídico seria prestigiado por cada qual. No que se refere ao aprimoramento da Democracia como resultado da participação, afirma o autor: “a democracia não gira em torno apenas da agregação de preferências, mas também em torno da sua transformação. Esta pode ocorrer através do debate entre todos aqueles que são interessados na decisão, ou entre aqueles que os representam, e por meio da força dos argumentos apresentados pelos e para os participantes. A democracia deliberativa poderia ser o remédio para as fraquezas intrínsecas da democracia assim dita como representativa. Esta consiste na delegação do poder de decisão a uma oligarquia sujeita a eleições periódicas. Todavia, se excluídas as experiências da ágora ateniense e outras poucas exceções, a democracia deliberativa é mais uma aspiração que uma realidade. A consulta dos privados pela Administração, contudo, consiste em um núcleo em torno do qual escolhas coletivas autenticamente democráticas podem ser amadurecidas, as quais admitem a participação privada nas decisões públicas” (CASSESE, 2007, p. 40).

caráter pedagógico, preparando o cidadão para uma relação mais harmônica e produtiva com todos aqueles submetidos a um mesmo poder político.

3.1.2.3.2. CUSTOS E RISCOS DA ABERTURA DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO ESTATAL À PARTICIPAÇÃO POPULAR

Após apontadas as vantagens da abertura do processo decisório da Administração à participação popular, para que o novo parâmetro preconizado ao agir estatal possa atingir as finalidades a que se propõe, é fundamental identificar os **custos e riscos** inerentes à concretização do modelo de exercício da função administrativa sob exame.

Segundo a concepção que defendemos neste estudo para o papel do Direito na disciplina de toda a ação pública, a introdução do diálogo com o particular como etapa prévia à escolha de competência do gestor deve observar as razões que justificam a alteração procedimental proposta, em especial no que se refere à sua **aptidão para aprimoramento da atividade administrativa**.

Assim, a participação popular no PA decisório não deve ser encarada como uma fatalidade, que deve ser cumprida sempre, independentemente de sua viabilidade em termos de **custos/benefícios** nos mais diversos procedimentos vocacionados à realização de opções de responsabilidade dos servidores (GAUDIN, 2013, p. 60 e ss.).

A construção de espaços de interação entre administrador e administrado deve buscar, nesta linha de raciocínio, tanto a promoção de uma maior legitimidade no exercício do Poder perante os respectivos destinatários, com as repercussões positivas decorrentes da medida para a própria organização política, como o **ganho de qualidade** no resultado final do iter da escolha estatal.

A submissão de uma dada matéria a um procedimento amplo de oitiva da população como uma audiência pública significa normalmente um retardo de meses para a conclusão final de um PA decisório, além da mobilização de importantes recursos materiais e humanos (BAPTISTA, 2003, 156/157; GAUDIN, 2013, p. 55), elementos que, em seu conjunto, devem ser necessariamente sopesados pela autoridade antes de esta optar, quando tanto lhe for facultado⁴⁸⁸, pelo referido instrumento participativo.

⁴⁸⁸ A ressalva é importante já que há situações em que a própria lei define que a forma de consulta da população a ser adotado em um processo de escolha estatal será a audiência pública, como é o caso daquele que precede o projeto de lei que disciplina o Plano Diretor das cidades, bem como o da respectiva revisão (que deve ocorrer no mínimo a cada 10 anos - §3º do art. 40 da Lei 10.257/01). A respeito, confira-se a redação do §4º do art. 40 da Lei 10.257/01: “§ 4º - No processo de elaboração do plano diretor e na

Dessa forma, embora possa parecer que o envolvimento de milhares de cidadãos em um PA decisório seja algo bem-vindo em qualquer circunstância, já que a iniciativa viria, em tese, ao encontro dos anseios legítimos de uma maior aproximação entre governantes e governados, tal **participação não deve ser vista como um fim em si mesmo**, devendo se justificar em termos de emprego de gente e disponibilidades financeiras do erário.

Em outras palavras, quando o gestor for eleger o modo de oitiva da população acerca de uma iniciativa específica, o potencial incremento de legitimidade à atuação administrativa advindo da abertura do processo de tomada de decisão estatal ao público deve ser avaliado em termos da aptidão que terá a medida para uma **escolha** burocrática **mais racional**.

Pensamento diverso, admitindo a participação de interessados ainda quando esta não conduza ao aprimoramento do exercício da função pública, levaria, a nosso ver, ao desperdício de tempo, dinheiro e pessoas, já que a mobilização de tais fatores dar-se-ia de forma despropositada, para o fim de produção de um ato pior do que aquele que seria originalmente produzido pela Administração sem a colaboração dos particulares.

Para que se alcance o **difícil equilíbrio** entre o **direito** de os indivíduos manifestarem suas opiniões acerca da postura que deveria ser encampada pelo administrador em face de um determinado impasse e o **dever** de este adotar a resposta mais adequada à situação que reclama sua intervenção⁴⁸⁹, é indispensável, em primeiro lugar, uma avaliação sobre o **modo** pelo qual será feita a consulta à população.

Assim, normalmente só à vista das peculiaridades do caso concreto será possível à autoridade identificar qual método de participação será utilizado para aperfeiçoar seu processo decisório, opção que deverá levar em conta qual dos meios disponíveis é o mais

fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos”. A inobservância do dever de realização de audiências públicas como requisito formal para a aprovação ou revisão do Plano Diretor, vale ressaltar, vem sendo sancionada pelo Poder Judiciário, que vê no vício existente no processo de aprovação respectivo causa suficiente para anulação de leis aprovadas sem prévio debate com a população. Nesse sentido: “*Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º da Lei Complementar nº 35, de 2 de setembro de 2014, do Município de Rancharia, que alterou o artigo 135 da Lei nº 24/2007 (Plano Diretor Urbanístico e Ambiental). Ausência da participação comunitária prevista no artigo 180 inciso II da Constituição estadual. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente, com modulação*”(TJSP – Órgão Especial – Des. Rel. Arantes Theodoro – ADI nº 2038622-61.2016.8.26.0000 – data do julgamento 10/08/16).

⁴⁸⁹ O ônus, a cargo do gestor, de encontrar a resposta mais adequada para o problema que lhe é apresentado passa, como já referido em outras partes deste estudo, pela consideração de todos os aspectos do problema a ser solucionado, o que não é feito de modo satisfatório se não é dada oportunidade para o maior número possível de pessoas afetadas por uma determinada medida manifestar-se a respeito.

eficiente em termos de consumo de tempo e de recursos (materiais e humanos), aliado à sua aptidão para coleta de informações/opiniões (além de eventual confronto entre estas ou aquelas), isso num ambiente regido pela atipicidade das formas, na linha do que já defendemos nesta tese ao tratarmos do consenso como instrumento da governança administrativa (item 3.1.2.2)⁴⁹⁰.

Além da avaliação dos custos inerentes ao instrumento de sondagem/interação utilizado para dialogar com os privados, o que tende a combater o risco de o emprego de uma dada modalidade de participação no PA deliberativo ser antieconômico⁴⁹¹, a Administração ainda deve estar atenta aos seguintes **riscos de desvirtuamento**⁴⁹² da ferramenta dirigida ao aperfeiçoamento do agir estatal:

a) **Abertura meramente formal do processo** de tomada de decisão à participação da população, não havendo real interesse da autoridade em utilizar os dados colhidos junto ao público para aprimorar suas escolhas (PATEMAN, 2012, p. 9)⁴⁹³;

b) **Sequestro** do momento participativo por **grupos de interesse** que, embora minoritários, sejam melhor organizados, do que pode resultar conclusões equivocadas quanto às reais aspirações do povo de uma dada localidade quanto à adoção de uma certa posição pela Administração (SEVERI, 2013, p. 181 e ss.)⁴⁹⁴;

⁴⁹⁰ Da mesma forma que entendemos que é implícita a prerrogativa de a Administração resolver por acordo o que esta pode decidir unilateralmente, no que se refere à escolha do instrumento participativo, e mais especificamente do formato que este deverá assumir sob determinadas circunstâncias de tempo e lugar, também defendemos existir, como regra, ampla discricionariedade para que a autoridade empregue o modelo mais adequado para a satisfação dos fins perseguidos com o instituto. Ainda voltaremos ao ponto no corpo do texto (item 3.1.2.3.3, *infra*).

⁴⁹¹ Por emprego antieconômico de um instrumento participativo queremos dizer seu manejo de forma irracional, gerando mais custos do que benefícios à função administrativa cujo exercício deveria aprimorar.

⁴⁹² Destacamos a seguir (no corpo do texto) três riscos ao bom funcionamento dos instrumentos participativos que nos parecem, ao lado da questão dos respectivos custos, os principais a merecerem a atenção dos estudiosos do Direito Administrativo, embora outros certamente existam. Marcos Augusto PEREZ aponta a respeito o necessário cuidado com a **captura dos espaços de intercâmbio entre Estado e Sociedade** pelo governo, pela corrupção ou pelo mercado, além da possibilidade de estes darem lugar a análises ineficientes ou a políticas descoordenadas entre diferentes esferas de atuação pública (PEREZ, 2009, p. 226/231).

⁴⁹³ Sobre a tentação de maus governantes promoverem espaços de participação para definição de políticas públicas com o propósito de simplesmente cumprirem uma formalidade legal, sem o sincero desejo de se oportunizar palavra para os cidadãos e muito menos de enriquecer seu processo decisório a partir das impressões do público sobre as medidas que estão sendo gestadas pela burocracia estatal, ver considerações feitas por Leonardo AVRITZER sobre as audiências públicas que se deram em 2003 no contexto da aprovação do Plano Diretor de Salvador (2008, p. 58 e ss.). Confirma-se passagem do referido estudo, relatando situação burlesca que levou à anulação do projeto de lei enviado pelo Executivo à Câmara de tal cidade após judicialização da matéria pelo Ministério Público, este provocado por entidade da sociedade civil: *“As audiências públicas para o plano foram mantidas no mínimo exigido pela lei e com baixíssima presença. Nenhuma audiência foi divulgada por outro veículo de comunicação que não fosse o Diário Oficial do município. No final, foram realizadas apenas duas audiências públicas no ano de 2003 com baixíssima presença da população e de associações civis”* (AVRITZER, 2008, p. 59).

⁴⁹⁴ No que se refere à captura do espaço participativo por grupos de interesse, tem-se que estes podem ser tanto do Estado, como do mercado ou da sociedade civil. Problema que foi vivenciado na cidade de São Paulo nos últimos tempos, segundo relato comum compartilhado em eventos de Direito Urbanístico, foi a

c) **Manipulação do auditório** da prática participativa através, por exemplo, de **discursos populistas** (NINO, 1996, p. 206 e ss.; CHAMBAT/FOURNIAU, 2001, p. 26 e ss.; HELD, 2006, p. 234/237; ROSANVALLON, 2008, p. 306/308 e p. 335 e ss.; PEREZ, 2009, p. 226/227; GAUDIN, 2013, p. 35 e 84), reflexo de uma nada desprezível inclinação de grandes plateias a aceitar o que lhes é transmitido por representações performáticas, bem como o que lhes é sugerido pelo recurso a palavras de ordem e à fantasia de toda sorte de soluções óbvias para problemas complexos que acometem a vida em sociedade⁴⁹⁵.

Em especial no que se refere ao último risco apontado, que remonta à difícil questão acerca da legitimidade da **regra da maioria** como técnica de decisão para toda e qualquer matéria que tenha efeitos cogentes na coletividade⁴⁹⁶, é preciso que o gestor tenha

tomada dos debates ocorridos em muitos ambientes participativos pelos ciclistas, grupo bastante engajado, com expressiva força de mobilização e a favor de uma causa nobre (a substituição do uso de carros por bicicletas nas cidades). Independentemente das justas razões que podem inspirar certos movimentos associativos, cabe ao governo promover o equilíbrio em tais discussões, não deixando de considerar no seu processo de tomada de decisão outros interesses relevantes que não se fazem bem representados em fóruns de interlocução direta com o público. Quanto à ameaça advinda do mercado, confira-se passagem da reflexão de Marcos Augusto PEREZ: *“no estudo das agências reguladoras, especialmente implementado pelos doutrinadores norte-americanos, é recorrente a referência crítica à captura das agências. Essa teoria nos interessa na medida em que comprova que a proximidade entre regulador e regulado (no caso do estudo que ora desenvolvemos, entre a Administração arranjadora de políticas públicas e a sociedade, especialmente o mercado e poderosos grupos de interesse) pode resultar na captura ou colonização do regulador pelos setores econômicos que este deveria regular, passando a atuar em favor dos interesses de segmentos do mercado ou de poderosos grupos”*(PEREZ, 2009, p. 229). Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, em sentido próximo, alerta para o mesmo problema: *“(...)há de se estar atento para o fato de que a participação pode deslocar o poder de decisão para grupos de interesse mais fortes, com a desvalorização prática dos grupos de fraco poder associativo, além de poder determinar prejuízos ao princípio da igualdade”*(BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 69). Sobre o ponto ver também Patrícia BAPTISTA, 2003, p. 156 e ss.

⁴⁹⁵ Após discorrer sobre o risco de captura do espaço participativo por grupos de interesses, Patrícia BAPTISTA ainda aponta para a ameaça do advento de **políticas meramente imediatistas** como decorrência do diálogo entre Administração e administrado, o que revelaria um efeito conservador da participação popular no processo decisório estatal (2003, p. 166/167). Destacamos passagem: *“(...) parece inegável reconhecer que a participação dos administrados do presente pode dificultar os projetos de transformação para o futuro. Como não serão beneficiados pelas obras ou projetos concebidos para produzir efeitos no longo prazo, aqueles que hoje deverão arcar com seus encargos decerto oporão resistência. O processo administrativo, assim, precisa ser construído de forma a minimizar tal conservadorismo, permitindo que a Administração não fique atrelada aos interesses imediatistas dos administrados”*(BAPTISTA, 2003, p. 167). Uma reflexão sobre a falibilidade da vontade popular e da consequente necessidade de imposição de limites à deliberação por regra de maioria, em especial quando as opções tomadas pela coletividade podem ter efeitos irreversíveis (como a imposição de pena capital a uma pessoa), ver *A Crucificação e a Democracia*, de Gustavo ZAGREBELSKY (2012).

⁴⁹⁶ Celso Fernandes CAMPILONGO, em seu *Direito e Democracia* (1997), fazendo referência à abundante doutrina, defende que a regra da maioria é uma técnica democrática para adoção de decisões rápidas que, embora necessária, não é recomendável para todas as situações. Além de a Democracia pressupor a proteção de minorias, o autor suscita uma série de questões que não são adequadamente resolvidas pelo recurso à votação popular, como aquelas em que se discute matérias técnicas, direitos humanos ou em que há “exigências inconsistentes”, cujo célebre exemplo são os desejos gerais por melhores serviços públicos mediante pagamento de menos impostos (CAMPILONGO, 1997, p. 43 e ss.). Eis uma acepção possível para a regra de maioria segundo o doutrinador: *“Uma definição parcial, incompleta e ciente de suas limitações: a regra da maioria é uma técnica rápida de tomada de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por*

cuidado ao justificar suas escolhas apenas em manifestações que sejam colhidas em espaços de participação cujos colaboradores detenham representatividade bastante restrita se levada em conta toda a população da qual estes fazem parte.

Embora alguns assuntos possam ser muito bem aceitos por determinadas audiências, estes podem sofrer resistências relevantes por parte de outras, não sendo legítimo que o gestor intente se desincumbir do seu ônus de administrar os recursos públicos para todos e cada um dos que estão sujeitos à autoridade estatal, o que implica sempre o dever de atenção para com opiniões que sejam circunstancialmente minoritárias, as quais não podem ser simplesmente desconsideradas por aquele que exerce poder em nome da coletividade⁴⁹⁷.

Se o gerir a coisa pública com base exclusivamente na regra de maioria leva, no limite, à tirania desta no que se refere aos direitos e interesses legítimos dos demais integrantes da sociedade (que, na sua dignidade, merecem proteção equivalente por parte da ordem jurídica às suas posições), a deficiência na arquitetura de momentos participativos ainda pode favorecer que os seus intervenientes não sejam devidamente informados sobre as matérias que lhes são apresentadas, nem tenham a oportunidade de avaliar e debater distintos pontos de vista existentes sobre elas, além de poderem ter suas opiniões indevidamente conduzidas por terceiros interessados no resultado da sessão de consulta.

Para ao menos mitigar todos esses riscos ao bom emprego dos instrumentos participativos no exercício da função administrativa, passaremos a avaliar alguns aspectos importantes relativos ao respectivo desenho institucional, que passa a ser fundamental para lhes assegurar uso de modo eficiente.

meio de uma prática social de legitimação eventual, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à contínua revisão e mantém a sociedade unida”(CAMPILONGO, 1997, p. 38).

⁴⁹⁷ Além das considerações que já fizemos a respeito neste estudo sob a perspectiva do Direito Administrativo, que exige do gestor público a postura de árbitro entre os diversos interesses que estão em disputa em um dado processo decisório, vale referir que sob a ótica da ciência política a própria legitimidade do Estado (entendida esta como uma qualidade do poder, cujo exercício é visto como justo por parte significativa da população) é vista como atrelada a esta capacidade de o governante agir de forma imparcial e evitando causar danos aos cidadãos (ver sobre o tema *La Légitimité Démocratique – impartialité, réflexivité, proximité*, de Pierre ROSANVALLON, 2008, p. 17 e ss.). Imparcial, neste contexto, significa a não apropriação da ação pública por grupos de interesse, sejam majoritários, sejam minoritários. No que concerne à regra da maioria (*règle majoritaire*), uma necessidade prática que não teria sido bem refletida na sua origem, mas cuja aplicação pode repercutir na divisão entre segmentos da sociedade, ver ROSANVALLON, 2008, p. 53 e ss.; p. 116 e ss..

3.1.2.3.3. DESENHO INSTITUCIONAL E MITIGAÇÃO DE RISCOS

O sucesso no desenvolvimento do amplo rol de tarefas assumido pelo *Estado Providência*, como já exposto linhas acima, depende, em grande medida, do envolvimento da comunidade na concretização dos planos gestados pelo Executivo, o que, por sua vez, está diretamente relacionado ao grau de **participação** das pessoas na sua formulação.

A admissão da intervenção de privados no PA decisório estatal não é, contudo, uma panaceia, algo que deva ser visto sempre como positivo pela autoridade, sem maiores cuidados para que, ao se efetivar, a participação cidadã na construção de opções públicas possa adequadamente cumprir sua finalidade premente de aprimorá-las, de torná-las mais **eficientes**⁴⁹⁸.

E para que tanto se realize, cabe ao **Direito** um papel fundamental na **disciplina das formas** pelas quais se dará os momentos de participação popular no iter das escolhas a cargo dos gestores públicos.

O desenho institucional dos espaços participativos, assim, deve ser atentamente pensado pelos políticos eleitos e integrantes da burocracia estatal (HELD, 2006, p. 233 e ss.; AVRITZER, 2008; COUTINHO, 2013, p. 100 e ss.; GAUDIN, 2013, p. 79 e ss.; SEVERI, 2013, p. 176 e ss.), cabendo ao representante do Estado em tais momentos funcionar como **facilitador** e **moderador** dos debates (SANTOS, 2014, p. 167; THOLEN, 2015, p. 633⁴⁹⁹), cujo bom desenvolvimento é pressuposto para que haja efetiva contribuição dos particulares com o aperfeiçoamento da atividade administrativa.

⁴⁹⁸ Valendo lembrar, como já discorremos anteriormente (item 3.1.2.3.1 supra), que, caso a participação popular em PA decisório redunde em decisões piores, a aparente maior legitimidade do exercício de poder advinda de sua introdução no dia a dia dos afazeres públicos vai, mais cedo ou mais tarde, render espaço ao sentimento de descontentamento da população com o agir governamental, em especial por parte dos grupos minoritários (que podem, dependendo das circunstâncias, corresponder a 49% de um dado auditório) que não se vejam mais representados pelos detentores do poder. Em outras palavras: a tentativa de ganho de legitimidade decorrente da oitiva dos cidadãos pela autoridade pode conduzir a uma perda de eficiência na atuação desta (ou seja, menor legitimidade no exercício da função administrativa).

⁴⁹⁹ Berry THOLEN, pesquisador vinculado à Universidade de Radboud, Nimêgue (Países Baixos), em estudo denominado “*A participação cidadã e a burocratização*” (2015) discorre sobre os efeitos da chamada “virada participativa” (imperfeita tradução nossa para a expressão “*virage participatif*”) no modelo burocrático de estruturação da função pública, de inspiração weberiana. Sob uma perspectiva crítica em face do entusiasmo de inúmeros autores com os novos horizontes que se abrem para a Administração Pública com o emprego da participação popular no seu iter decisório, THOLEN aponta riscos advindos do uso de tal ferramenta e, ao tratar da natural tendência de formalização e criação de rotinas em tal domínio, pondera: “*Os administradores, na sua função de facilitadores e moderadores, devem zelar para que esses diálogos (entre Administração e cidadão e entre cidadãos) sejam autênticos, para que neles os mais vulneráveis sejam ouvidos, e que os interesses comuns sejam defendidos. Como em todos os domínios do governo, a regulamentação deve ser invocada com tal propósito*” (THOLEN, 2015, p. 633).

Na condição de responsável pelo adequado andamento dos trabalhos na audiência dos cidadãos, também incumbe ao administrador **garantir** que **interesses públicos** que permeiem a discussão de uma dada matéria sejam levados em conta pelos intervenientes de tais fóruns, esclarecendo-os das vantagens e desvantagens das escolhas que são postas à Administração sob determinadas circunstâncias.

Essa difícil tarefa, como tantas outras de atribuição da organização política, vai muito além da ideia de mecânico cumprimento de regras pré-estabelecidas na lei parlamentar pelo agente do Executivo.

O **marco legal e/ou regulamentar** a ser adotado por uma esfera de governo para viabilizar a interação produtiva entre Administração e indivíduos deverá, de acordo com as considerações feitas, prever as **diretrizes gerais** a serem observadas pelo Poder Público na construção dos cenários interativos, evitando a tentação tão cara entre nós de se buscar, de antemão, a disciplina detalhada de como deverá o servidor agir diante das contingências do futuro.

Como normalmente não se sabe qual será o interesse da população na discussão de uma dada política, nem qual será o tipo de política a merecer atenção das autoridades no porvir, é **difícil** estabelecer um **formato único** para debates que podem envolver desde algumas dezenas de pessoas até milhares de indivíduos, plateias com graus de instrução muito díspares, assuntos de variadas complexidades, a depender em maior ou menor medida da elucidação por parte de técnicos, seja do setor público, seja do setor privado.

Além das vicissitudes decorrentes do tipo de assunto e do número de interessados em se manifestar a respeito, a própria **dinâmica de encontros** que contêm com um número expressivo partes é cercada de imprevistos, sendo vã a tarefa de se criar um procedimento hermético a reger todos seus desdobramentos, sob pena de se colocar em segundo plano a potencialidade de o instrumento servir a uma melhor decisão estatal.

Como é intuitivo, a intervenção de um indivíduo em uma audiência pública pode levantar uma indagação que encontre grande eco nos presentes e, assim, repercuta nas intercessões que se sigam, inviabilizando a discussão de outros pontos originalmente propostos pela autoridade para a sessão ou mesmo determinando a realização de um novo encontro, não previsto no calendário até então estabelecido, para fins de esclarecimento de aspectos técnicos relativos a um projeto governamental que tenham restado controversos.

Para que se consiga proporcionar aos cidadãos um debate autêntico e de bom nível sobre tema relevante ao bem estar coletivo, encontros preparatórios voltados à formação e

ao nivelamento de informações entre um número reduzido de pessoas podem se fazer necessários antes da realização de uma plenária mais ampla⁵⁰⁰.

Em ocasiões em que se busque o maior número possível de contribuições dos particulares para aperfeiçoamento de uma medida cogitada pela Administração, a organização de uma audiência com elevado número de integrantes pode ser o ideal. Já em outras em que se prestigie a discussão qualificada de temas (que podem ter matizes técnicas), painéis com especialistas e/ou representantes de cidadãos pode revelar-se o mais adequado⁵⁰¹.

A própria escolha se o espaço participativo será presencial ou virtual coloca-se eventualmente para o gestor, que será chamado a decidir se, pelo menos de maneira complementar às reuniões tradicionais (cara a cara), haverá interação com particulares a partir de plataformas eletrônicas.

O **momento do diálogo** entre administradores e administrados é ponto que igualmente merece reflexão por parte dos organizadores do respectivo espaço.

Como já apontado no item 3.2.2.3 *supra*, deve-se evitar consultas que se restrinjam ao final do iter da tomada de decisão a cargo da autoridade (ALLEGRETTI, 2009, p. 324/325; BRELÀZ/ALVES, 2013, p. 823), o que lhes conferiria pouco potencial para de fato alterar a medida submetida a escrutínio pelo Poder Público, fator capaz de minar a confiança da população na utilidade de sua mobilização em torno da colaboração perseguida pela Administração para o melhor cumprimento de suas tarefas⁵⁰².

Estabelecimento de dias e horários adequados para audiência do público também é aspecto que costuma ser referido como fundamental para o êxito da iniciativa (MENCIO,

⁵⁰⁰ Como é o caso das *oficinas* realizadas no âmbito da revisão de Planos Diretores a que já fizemos referência anteriormente (item 3.1.2.3). Se o real propósito da autoridade é colher manifestações da população que possam aprimorar seus projetos, cabe à organização do espaço participativo zelar para que seus intervenientes estejam devidamente informados sobre o que está sendo decidido, bem como sobre possíveis alternativas ao projeto que fora originalmente gestado pela burocracia estatal.

⁵⁰¹ O debate de ideias com profundidade adequada passa necessariamente pela limitação do número de participantes de eventos com tal propósito, um claro obstáculo ao ideal de todos poderem ao mesmo tempo discutir e deliberar sobre todos os assuntos relevantes para a vida em comunidade. Ainda voltaremos à questão ao discorrermos sobre os efeitos a serem dados aos momentos participativos, mas, por ora, vale dizer que há vários critérios para a seleção de pessoas para esse tipo de interação, como é o caso da escolha por votação, sorteio ou currículo, sendo ônus da autoridade apenas esclarecer a pertinência de sua opção à vista das finalidades perseguidas em concreto com a organização de um cenário dialógico.

⁵⁰² Sobre a relação, que é intuitiva, entre a vontade de as pessoas contribuírem com espaços de participação e o efetivo potencial dessa intervenção repercutir na escolha a ser feita pela autoridade, destacamos passagem da lição de Fabiana Cristina SEVERI: “*Como num círculo vicioso, nos casos de IPs (Instituições Participativas) que não foram capazes de produzir mudanças significativas, ou que não foram percebidas pelos participantes como propiciadoras de processos de mudança, torna-se menos provável que muitos deles continuem investindo nelas, sejam representantes do governo, ou cidadãos e demais representantes da sociedade civil*” (SEVERI, 2013, p. 178).

2007, p. 135; DI SARNO, 2011, p. 55⁵⁰³), já que normalmente os particulares deverão acorrer a tais eventos apenas no seu tempo livre, o que recomenda a realização de encontros no período noturno e/ou nos finais de semana/feriados⁵⁰⁴.

Na linha do que já fora tangenciado ao tecermos nossas primeiras considerações sobre o instituto da participação popular no PA decisório estatal (item 3.1.2.3), diversas questões relativas ao fenômeno não encontram resposta pronta a partir de conjecturas em abstrato, para além do **quando** e do **como fazer** a reunião com populares.

A definição de **quem** poderá/deverá participar do espaço interativo, **qual assunto** será objeto de análise e **quais os efeitos** devem ser conferidos pelo Poder Público à troca estabelecida entre administradores e administrados também são perguntas insuscetíveis de resposta unívoca.

Dependendo da matéria que será submetida à apreciação dos particulares, várias opções descortinam-se para o administrador no que diz respeito à escolha de *quem* será ouvido no PA decisório, todas igualmente válidas perante o Direito, caso devidamente justificadas quanto à sua pertinência para melhor atingimento das finalidades perseguidas com tal diálogo.

Embora em algumas situações pareça ser bastante evidente a necessidade de poucas restrições ao universo de interlocutores a ser admitido no espaço participativo (como na discussão de Planos Diretores municipais, legislação que tem impacto sobre a vida de todos que habitam a cidade), em outras essa decisão é cercada de consideráveis zonas de penumbra, como ao se estabelecer quem poderá votar na escolha do conselho gestor de um parque público (serão consultados só os moradores dos bairros vizinhos à área de lazer?

⁵⁰³ Destacamos passagem da reflexão de Daniela Campos Libório DI SARNO que, referindo-se às audiências públicas, é aplicável a todos os mecanismos de participação popular no PA decisório estatal que assumam a modalidade presencial de interação entre Estado e cidadão: “*A definição de data e horário deve atender aos princípios da razoabilidade, eficiência e boa fé. Não é possível, para o cidadão comum, comparecer em audiência pública marcada para as 15 horas em uma terça-feira. A rotina do município deverá ser observada, pois poderá haver necessidades ou costumes locais que podem interferir no resultado da audiência pública. Como exemplo, citamos alguns municípios pequenos que tendem a marcar para as 18:15 horas, logo após o término do expediente, com o fito de não dispersar os interessados; em outros os eventos são marcados para após a novela; em grandes municípios, marcar para sábado pela manhã pode trazer maior viabilidade*”(DI SARNO, 2011, p. 55).

⁵⁰⁴ Nesse sentido, aliás, é o que dispõe o inciso II do art. 8º da Resolução nº 25 do Conselho das Cidades que, estabelecendo recomendações a serem seguidas na formatação de audiências públicas realizadas no âmbito do Estatuto da Cidade, assim prevê: Art. 8º - “*As audiências públicas determinadas pelo art. 40, § 4o, inciso I, do Estatuto da Cidade, no processo de elaboração de plano diretor, têm por finalidade informar, colher subsídios, debater, rever e analisar o conteúdo do Plano Diretor Participativo, e deve atender aos seguintes requisitos: (...) II – ocorrer em locais e horários acessíveis à maioria da população*”. O texto da referida resolução pode ser consultado em <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-25-2005.pdf> [05/09/16, às 11:00].

Em caso positivo, quais bairros? Em caso negativo, toda a cidade ou os frequentadores? Se só estes últimos, como aferir tal dado?).

Mesmo nas hipóteses que pareçam ser mais simples, há escolhas a cargo da autoridade que podem ensejar interpelações. A título de exemplo: na discussão de uma lei sobre ordenação do uso do solo só eleitores poderão participar ou também será aceita a contribuição de estrangeiros? Em sendo ouvidos estes últimos, será exigido dos interessados algum vínculo especial com o território nacional, como registro de permanência ou a propriedade de bem imóvel?

Essa **escolha organizacional**, é importante destacar, acaba tendo papel central no desenrolar dos trabalhos de interação entre Estado e sociedade, repercutindo nas diversas funções projetadas para o espaço participativo, seja como fonte de **legitimidade** para ação administrativa, seja como fator para uma maior **eficiência** da atuação estatal ou então como instrumento para fazer florescer **laços de cooperação** entre os indivíduos (quer atuem no setor público, quer no privado).

Sobre o ponto, Jean-Pierre GAUDIN, ao abordar as dificuldades do *débat participatif* a partir da experiência francesa na discussão das nanotecnologias, discorre acerca da responsabilidade dos organizadores desses espaços para que os debates consigam fluir adequadamente, sem bloqueios ou esgotamento rápido:

À preocupação de eficácia soma-se a de controle de um processo julgado frequentemente como perigoso. A construção de cenas de debate público contém assim tanto predisposições potenciais e margens de manobra (no sentido ambíguo da palavra) como a delimitação das circunscrições eleitorais ou a escolha de modos de escrutínio. A democracia participativa não é, em si, mais transparente e autêntica que aquela dos representantes eleitos. A participação, uma vez frequentemente combinada de forma estreita com a comunicação, preserva uma certa liberdade na escolha interessada de seus interlocutores (GAUDIN, 2013, p. 84).

Finalmente cabem algumas considerações sobre que **tipo de assunto** é passível de deliberação pelo grande público, bem como sobre o **efeito a ser dado** a tais consultas pelos governantes.

No que diz respeito ao vocábulo *deliberação*, tem-se que este pode ser entendido em pelo menos dois sentidos com alcances bastante diversos.

Sob uma perspectiva, *deliberação* significa confronto de argumentos, com a inclusão de todos os pontos de vista sobre determinada questão (ALLEGRETTI, 2009, p.

323, nota de rodapé 50). Segundo essa acepção, não há dúvida de que todos os assuntos relevantes à República são candidatos à discussão em *praça pública*, medida que inclusive deve ser estimulada pelos representantes eleitos pela população.

Já sob outra, *deliberação* expressa escolha, seleção de uma alternativa dentre diversas que se apresentem para o gestor. Nesta acepção, resta a **dúvida** se aquele que fora eleito pelo povo para administrar os recursos públicos em cumprimento às finalidades impostas pela Constituição à organização política **pode se valer de consultas públicas como substitutivas da decisão de sua competência** acerca de qualquer tema sensível à comunidade.

Apesar de anteriormente já termos nos manifestado pela possibilidade de o administrador, a quem compete uma dada escolha, decidir se autovincular à eventual votação realizada em um espaço deliberativo (CUNHA FILHO, 2014-B, p. 56 e ss.), em especial se o edital de convocação do evento prever tal efeito para a consulta, hoje, melhor analisando o tema, entendemos que tal capacidade não pode ser aceita sem maiores cautelas.

Fora a previsão de convocação de *plebiscitos* e *referendos*, autorizados expressamente pelo art. 14 da Constituição como emanações da soberania popular⁵⁰⁵, eventuais **manifestações contabilizadas em canais de diálogo entre Estado e sociedade devem ter caráter informativo** para o gestor (JÉGOUZO, 2006, p. 2.315), que deve tê-las como um termômetro a apontar a direção em que caminha as aspirações de uma dada parcela da população.

Todavia, embora não nos pareça impossível ao administrador decidir se autovincular ao que for definido posteriormente em um espaço deliberativo, tal modo de proceder, excepcional, fica condicionado à existência de **representatividade do auditório**,

⁵⁰⁵ Art. 14 da CR – “*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular*”. Por escapar aos propósitos deste estudo, não cabe nesta sede discorrer sobre os cuidados a serem adotados pelas autoridades para a convocação de *plebiscitos* e *referendos*. De qualquer modo, acreditamos que as considerações que faremos a seguir no corpo do texto quanto aos temas passíveis de deliberação direta da população em espaços de interação Estado e sociedade são aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao adequado manejo dos referidos institutos. Defesa do emprego de tais instrumentos participativos em matéria administrativa (o que é expressamente previsto entre nós pelo art. 2º da Lei nº 9.709/98, que regulamenta o art. 14 da CR) pode ser conferida em Gilberto BERCOVICI (2013). O autor sustenta que a tomada de decisões públicas através de *plebiscitos* e *referendos*, que é adotada em vários Estados norte-americanos e cantões suíços (2013, p. 22), não implica violação à ideia de *separação de poderes* (2013, p. 22 e ss.), sendo que, assim como Marcos Augusto PEREZ (2009, p. 155), acredita que não há necessidade de autorização legislativa específica para que Estados e Municípios brasileiros façam uso de tais espaços deliberativos na realização de escolhas que lhes compitam constitucionalmente (BERCOVICI, 2013, p. 27). Sobre o último aspecto, aliás, confira-se a redação do art. 6º da Lei nº 9.709/98: “*Nas demais questões, de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o plebiscito e o referendo serão convocados de conformidade, respectivamente, com a Constituição Estadual e com a Lei Orgânica*”.

debate amplo entre os diversos pontos de vista em jogo e à **natureza do assunto** a ser submetido ao escrutínio dos intervenientes, que não deve ter o potencial de repercutir gravemente na esfera de liberdade dos demais cidadãos.

Como se vê dos requisitos propostos para a legitimidade da atribuição de efeito vinculante a uma consulta feita à população que extrapole as hipóteses do plebiscito e do referendo, estes correspondem a conceitos jurídicos indeterminados, a exigir, como é natural à técnica, sua concretização pelo administrador a partir da avaliação do quadro fático que lhe é apresentado.

Na linha do que defendemos neste capítulo ao tratarmos do inescapável dever de o gestor perseguir uma ação administrativa mais eficiente com a introdução da participação popular no seu iter decisório, consideramos que **cabe ao eleito pelo sufrágio a representação não só dos seus eleitores como da sociedade como um todo**, buscando o árduo equilíbrio entre as vontades dos grupos que o apoiam e os imperativos coletivos.

O mesmo ônus, evidentemente, não recai sobre o indivíduo que atende ao chamado para se manifestar em tais oportunidades.

Sob uma perspectiva estritamente individual, não seria razoável supor que todos os que se animem a se engajar em uma interação pública o façam inspirados exclusivamente em razões de índole altruísta, de defesa intransigente do bem comum a despeito do efeito negativo que uma dada proposta possa acarretar à sua própria esfera de liberdade e/ou de propriedade.

Aliás, a experiência aponta justamente na direção oposta (BRELÀZ/ALVES, 2013, p. 820).

Apesar de a ética nas relações intersubjetivas reclamar *alteridade*, o *colocar-se no lugar do outro* (NINO, 1996, p. 213; HELD, 2006, p. 251), nada impede que homens e mulheres, largados cada qual à sua sorte em um debate, limitem-se a utilizar o referido espaço para pautar apenas as escolhas que lhes toquem, sem maior preocupação com os efeitos do que está sendo discutido sobre a esfera jurídica alheia⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ Patrícia BAPTISTA aponta algumas dificuldades para a participação ativa dos cidadãos no processo decisório da Administração Pública, dentre as quais estaria justamente a tendência natural de muitos indivíduos só se verem estimulados a agir em defesa de seus próprios interesses, dado que colocaria a pessoa considerada isoladamente em desvantagem na disputa política com atores coletivos organizados para a tutela de interesses setoriais (2003, p. 162 e ss.). Confirma-se trecho do estudo: “*Na verdade os cidadãos, individualmente considerados, esbarram em alguns obstáculos que dificultam a sua participação ativa nos procedimentos decisórios da Administração Pública. Em regra, falta ao homem comum uma compreensão integral dos problemas decorrentes da vida em sociedade e, em consequência disso, ele não se sente estimulado a participar da discussão e da solução de tais problemas. Além do mais, há, por parte dos cidadãos, um certo egoísmo inato, que os deixa geralmente preocupados apenas com a realização de seus próprios interesses individuais, somente se sentindo impelidos a participar quando alguns desses interesses*”

Considerando que a disputa entre interesses estritamente pessoais circunscrita a alguns poucos cidadãos mais mobilizados não é garantia de uma decisão administrativa de boa qualidade, para que se pense em tornar obrigatório para o Estado o quanto deliberado em uma consulta pública é indispensável garantir que haja **representatividade adequada** do universo de pessoas que serão ouvidas pela autoridade, cuja composição deve espelhar as diversidades do meio afetado pelo exercício da competência estatal⁵⁰⁷.

Além da representatividade da plateia, dirigida a assegurar a **pluralidade de pontos de vista** por parte dos participantes da cena interativa, é dever imputável ao administrador o estimular para que essas diferentes leituras do projeto governamental venham à tona, em uma conferência que **teste os prós e contras** suscitados quanto a determinado projeto, o que dificilmente se dará de forma espontânea, sem o efetivo comprometimento dos agentes estatais com o bom desenvolvimento dos respectivos trabalhos (DUARTE, 1996, p. 168 e

são atingidos. E, finalmente, não se pode desprezar o empecilho que representam os custos da participação administrativa, em termos de tempo, de recursos financeiros e de disposição para buscar informações. Todos esses fatores conjugados, em suma, minam a possibilidade de uma efetiva participação dos indivíduos na vida administrativa”(BAPTISTA, 2003, p. 162/163). O mesmo problema é destacado por Jean-Bernard AUBY, que designa como *efeito espelho* (*effet de miroir*) o fenômeno de algumas vezes não se extrair dos momentos participativos mais do que já é dado quando de sua instalação, o que se observou na experiência de enquetes públicas francesas cujos debates circunscreveram-se às preocupações pessoais dos seus intervenientes (AUBY, 2011, p. 18/19). Apontando o individualismo exacerbado como um dos desafios do regime democrático contemporâneo, inclusive no que diz respeito ao impulso que tal visão de mundo dá para milhares de pessoas desrespeitarem as regras jurídicas vigentes com o fim precípua de fazer fortuna, ver ALLEGRETTI, 2002, p. 174 e ss.

⁵⁰⁷ Um exemplo de esforço no sentido de se garantir representatividade adequada a um grupo de pessoas responsáveis pela deliberação de assuntos que digam respeito a toda coletividade é o descrito por David HELD como *Deliberative Polls* e *Deliberative Days*, experiência pela qual um “microcosmo” da população é selecionado de forma aleatória na qualidade de representante do eleitorado como um todo. A diferença desse sistema para o de uma votação tradicional é o fato de essa amostra da população ser submetida a um intenso processo de reflexão e debate antes de ser chamada a dar sua opinião final sobre determinado assunto. Espera-se que resultado dessa consulta, pelo cuidado com a qualidade de sua elaboração, tenda a influenciar a opinião pública sobre uma dada matéria (HELD, 2006, p. 247/248). A narração de uma experiência ao que tudo indica exitosa de uso da *sondagem deliberativa* pode ser conferida em *The Televised Deliberative Poll* de James FISHKIN (1996). No estudo, que se deu no Reino Unido em 1994 tendo por tema medidas a serem adotadas para redução da criminalidade, após a submissão das pessoas selecionadas (como representativas de um microcosmo da população) a um intenso processo de assimilação de informações e debates, houve significativa mudança de opinião dos participantes na direção de posturas normalmente mais defendidas por estudiosos do assunto (do que as preconizadas por políticos populistas)(FISHKIN, 1996, p. 136 e ss.). Sobre o tema ver também Carlos Santiago NINO (1996, p. 211 e ss.), que problematiza os critérios para formação do grupo representativo da sociedade: “(...) *deveria haver, em primeiro lugar, uma segmentação da população (demos) de acordo com a quantidade de pessoas existentes em categorias tais como classe social, gênero, raça, religião e etc. O maior problema é que, quanto mais nos afastamos de uma seleção aleatória (por azar), o perigo da manipulação política torna-se mais sério*” (1996, p. 212). Na França, parece ser esse o modelo preconizado para a *Conferência Cidadã* (*Conférence de Citoyens*), conforme descrito por Marie-France DELHOSTE (2007), instituto de inspiração dinamarquesa e que teria sido usado, por exemplo, na discussão quanto ao uso de organismos geneticamente modificados – OGMs naquele país (DELHOSTE, 2007, p. 1068/1069). Os critérios para seleção dos participantes de um espaço deliberativo ainda é apontado como Jean-Pierre GAUDIN como elemento fundamental para o êxito da iniciativa, ao lado da escolha das opções submetidas ao debate e do grau de independência e da diversidade dos experts mobilizados para uma dada discussão (2013, p. 64).

ss.; BAPTISTA, 2003, p. 162 e ss.; SANTOS, 2014, p. 167; THOLEN, 2015, p. 633 e ss.⁵⁰⁸).

O bom debate também dependerá, como já destacado, do acesso conferido às pessoas quanto às **informações relevantes** que cercam o tema a ser analisado, bem como da realização de eventos prévios ou concomitantes destinados à **formação da população** (GAUDIN, 2013, p. 63 e ss.⁵⁰⁹), inclusive com a participação de experts capazes de discorrer sobre eventuais incertezas técnicas que possam repercutir na viabilidade socioambiental do projeto apresentado pelo Poder Público.

A própria **forma aferição da opinião** dos presentes após o debate realizado não pode ser matéria relegada a segundo plano.

O **tipo de questão formulada** pelos organizadores do evento (GAUDIN, 2013, p. 64) e o estabelecimento de **quórum mínimo** para que se dê efeito à deliberação dos populares são dois pontos fundamentais para o êxito do momento participativo no aprimoramento do PA decisório estatal.

Quem estabelece o que vai ser questionado à população exerce enorme influência sobre o resultado de uma enquete, já que os termos em que construída uma indagação pode conduzir a certo tipo de resposta, prejudicando ou fraudando, assim, a finalidade do instituto⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Sobre o dever de o Estado garantir o debate autêntico e plural nos espaços participativos, estimulando o surgimento de novas ideias e pautando matérias de interesse público nos respectivos encontros, confira-se passagem da lição de Patrícia BAPTISTA: “Para afastar o risco de *monopolização da vontade administrativa por interesses corporativos é indispensável, antes de tudo, que a Administração não seja considerada apenas mais um dentre os participantes do processo. Ao contrário, mostra-se necessário que esteja em condições ‘de captar interesses públicos e de eventualmente impô-los’*. Na verdade à Administração Pública redirecionada para o momento participativo deve ser atribuído um papel atuante e interventor. Mas do que as simples mediação de interesses contrapostos, cabe-lhe *garantir e estimular os interesses menos organizados*, assim como realizar uma *filtragem adequada de todas as manifestações colhidas no processo participativo*” (BAPTISTA, 2003, p. 165)(g.n.).

⁵⁰⁹ No que diz respeito ao importante papel que pode ser desempenhado por entidades da sociedade civil, como as organizações não governamentais, na *formação de pessoas para a cidadania*, bem como na mobilização destas em torno dos espaços participativos, ver GAUDIN, 2013, p. 90 e ss. Tal relevância, por sua vez, traz à tona outra série de questões, como a necessidade de se garantir o funcionamento democrático dessas associações, que não podem ser usadas como instrumentos de ação de alguns poucos indivíduos, além da premência de se ampliar sua representatividade (por vezes prejudicada à vista do pequeno número de aderentes a seus quadros)(GAUDIN, 2013, p. 106/109).

⁵¹⁰ A tal respeito, chama nossa atenção notícia presente em editorial do jornal do *O Estado de São Paulo* (24/01/2015) sobre a forma em que feita consulta à população do Município de São Paulo acerca da instalação de ar condicionado nos ônibus da rede municipal de transporte público. Destaca-se passagem da opinião trazendo informação que revela como uma sondagem feita de forma deficiente pode redundar em um resultado que não corresponda à real vontade das pessoas, servindo, imagina-se, apenas para justificar posição já encampada por uma gestão pública: “A primeira tentativa de modernizar os ônibus com ar-condicionado data da gestão de Marta Suplicy, entre 2001 e 2004. No entanto, seu sucessor, Gilberto Kassab, decidiu proibir o equipamento em julho de 2007, sob o argumento de que os passageiros reclamavam do frio e que o ar-condicionado pode propagar doenças dentro dos ônibus. Desde então, os poucos ônibus refrigerados remanescentes da gestão Marta passaram a circular com o equipamento

A questão do quórum para deliberação, que conta importante desenvolvimento no âmbito do Direito Constitucional (ELSTER, 2009, p. 197 e ss.⁵¹¹), também deve ser posta em assuntos relacionados à participação popular na condução dos afazeres públicos.

A depender do assunto a ser submetido à consulta popular, o quórum de maioria simples dos presentes para uma tomada de decisão que afetará o cotidiano de milhares de pessoas pode se revelar inadequado, a menos que tal consulta tenha exclusivamente o caráter informativo a que já aludimos⁵¹².

Para que tal enquete vincule a Administração imaginamos que, dadas as peculiaridades que envolvam uma escolha em particular, deva se estabelecer um número mínimo de intervenientes para a sondagem e, em especial, é preciso exigir-se uma adesão maior do que a regra de maioria *cinquenta por cento mais um* para matérias sensíveis à vida dos cidadãos⁵¹³.

desligado. Em 2009, a SPTrans liberou os consórcios permissionários do transporte coletivo de equipar os ônibus com ar-condicionado em razão de uma pesquisa que indicava rejeição de 86% dos passageiros à refrigeração. A pesquisa, no entanto, baseou-se em apenas 300 entrevistas, em um universo de 3 milhões de usuários, e perguntava ao passageiro se ele preferia 'temperatura ambiente' à 'temperatura fria'. A maioria, obviamente, rejeitou o frio, desconsiderando que temperatura 'ambiente' pode significar um calor de quase 40 graus. Ademais, houve também muitas reclamações na época em relação ao frio considerado excessivo dentro dos ônibus refrigerados, o que sugere não um problema em relação ao ar-condicionado em si, mas a sua correta regulação. Esse fator certamente terá de ser levado em conta quando o equipamento se tornar obrigatório"(g.n.). Texto pode ser conferido em <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral.ar-condicionado-nos-onibus-imp-,1624208> [10/09/16, às 11:00].

⁵¹¹ Jon ELSTER defende o quórum mais exigente para se alterar regras constitucionais como mecanismo eficaz para se evitar que normas de tal índole ficassem sujeitas às paixões de maiorias parlamentares flutuantes (2009, p. 107 e ss.).

⁵¹² De qualquer modo vale o registro quanto ao caráter informativo limitado de qualquer pesquisa de opinião levada a cabo junto à população que não pressuponha uma etapa prévia de informação suficiente desta quanto a todos os aspectos que cercam o tema que é submetido à consulta, bem como de debate autêntico entre os defensores das diferentes teses em disputa de modo a permitir uma manifestação devidamente informada e o quanto possível refletida da parte dos respectivos participantes, o mínimo que se espera dessas iniciativas caso o desejo do gestor ao promovê-las seja uma decisão de melhor qualidade (e não apenas a busca da legitimação formal para uma escolha já feita pela autoridade, valendo-se para tanto de pré-disposições do público em apoiar ou rechaçar instintivamente certas posições). Crítica a esse tipo de consulta "plebiscitória", cujo um dos exemplos a nosso ver são pesquisas feitas por casas legislativas acerca de reajustes ou aumentos a serem concedidos aos vencimentos do funcionalismo, pode ser vista em ALLEGRETTI, 2002, p 174/175.

⁵¹³ Exemplo recente de consulta bastante criticada por estudiosos do Direito foi o referendo que, em 2016, culminou na decisão pela saída da Grã Bretanha da União Europeia, cuja opção foi feita por 52% dos participantes de um importante universo de mais de 30 milhões de eleitores (o que corresponde a uma mobilização de mais de 70% do eleitorado do bloco). Enquanto a votação pela saída foi preponderante na Inglaterra e no País de Gales (53,4% e 52,5% pelo sim, respectivamente), a pela permanência foi mais expressiva na Escócia e na Irlanda do Norte (62% e 55,8% pelo não, respectivamente)(dados extraídos de <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>)[10/09/16, às 11:30]. Tal quadro, embora envolvendo matéria que extrapola o âmbito de decisões cotidianas da Administração de que se ocupa o Direito Administrativo, é bastante ilustrativo dos desafios que se colocarão ao gestor na operacionalização de mecanismos de participação popular em seu processo vocacionado à realização de escolhas. Será que uma decisão de tamanha envergadura e graves efeitos na realidade não exigiria uma adesão mais expressiva do eleitorado? Uma minoria de 48% da população não teria representatividade suficiente para se opor à medida em questão? Na Grã Bretanha, vale dizer, 4 milhões de pessoas subscreveram petição requerendo um novo referendo, só que com a necessidade de presença de pelo menos 75% dos eleitores e aprovação da cisão por pelo menos 60% destes, iniciativa que acabou sendo rejeitada pelo governo

Alguns temas, por sua vez, devem ser evitados em deliberações de tal jaez, por implicarem **risco de lesão a direitos individuais** ou **simples opressão a expectativas de grupos minoritários**.

A organização política, como já apontado neste estudo, deve ter por objetivo propiciar condições de vida adequada a todos os seus membros, buscando harmonizar interesses conflitantes, bem como impondo restrições às liberdades individuais na estrita medida em que estas forem indispensáveis para a consecução do bem comum.

A acirrada disputa eleitoral que em uma Democracia determina quem administrará os recursos públicos indispensáveis para que o Estado cumpra suas finalidades, bem como quem legitimamente poderá estabelecer comandos que se imponham unilateralmente à coletividade, deveria cessar no dia da abertura das urnas e do anúncio dos seus vencedores.

Após, os **governantes em geral** e a **burocracia estatal em particular** devem estar **a serviço de toda população**⁵¹⁴, sendo-lhes vedado lançar mão dos meios materiais e humanos que lhes são confiados como instrumento de opressão de aspirações pessoais lícitas, as quais, nessa condição, devem ser devidamente consideradas pelo gestor no seu processo de tomada de decisão⁵¹⁵.

Nesses termos, sendo evidente que interesses de um ou de poucos não poderão ser obstáculo para que uma medida tida como vantajosa para toda a sociedade seja adotada pela autoridade, não se pode olvidar que é **dever do Estado** o cuidado para que sua **ação seja proporcional**, não implicando sacrifícios despropositados a quem quer que seja.

(<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/governo-britanico-descarta-segundo-referendo-sobre-brexit.html> - 10/09/16, às 11:30). Voltaremos ao ponto a seguir no corpo do texto, que também suscita a *vexata quaestio* sobre que tipo de assunto pode/deve ser submetido ao escrutínio público.

⁵¹⁴ Ronald DWORKIN, em *A Democracia Possível*, de forma bastante perspicaz destaca que, se em uma concepção majoritária da Democracia, esta significa o governo da vontade maioria, nada garante que as decisões desta maioria sejam justas (2008, p. 167). Mais à frente, ao descrever traços do que seria uma concepção associativa da Democracia, que a nosso ver seria a visão que mais se coaduna com nossa ordem constitucional vigente, o autor defende uma organização política que tenha como dever, como corolário da primazia da dignidade humana, “*a igualdade de consideração pela vida de todas as pessoas que vivem no interior de suas fronteiras*”(DWORKIN, 2008, p. 182).

⁵¹⁵ Conforme já apontado anteriormente, os espaços participativos podem ser alvo de manipulação por forças políticas ou então servir de instrumento para imposição de algumas visões majoritárias (ou mesmo minoritárias bem articuladas) à população como um todo. Destacamos a respeito passagem da reflexão de Carlos Santiago NINO que, embora refira-se expressamente a plebiscitos e referendos, acreditamos serem aplicáveis aos demais mecanismos de participação popular no processo de tomada de decisão pública: “*Os benefícios e riscos desses métodos de participação direta por parte de cidadãos comuns em decisões centrais tem sido objeto de muita controvérsia. Os plebiscitos e referendos em nível nacional, provincial e local poderiam ser a única forma de superar as pressões de grupos de interesse ou das ineficiências dos políticos. Evidentemente os plebiscitos e referendos devem ser cuidadosamente disciplinados e nunca deveriam ser usados para aumentar as atribuições do Poder Executivo. Apesar de se aprovar (o recurso à) participação direta, é muito difícil fazê-la operacional devido aos riscos bem conhecidos de manipulação e captação por parte das facções. Todos se recordam da forma pela qual Hitler e mais recentemente Pinochet trataram de manipular os plebiscitos tendo em vista sua própria conveniência*”(NINO, 1996, p. 206).

Perante tal quadro, embora as consultas à população tenham o potencial de conferir uma maior legitimidade e eficiência ao exercício da função administrativa, fortalecendo os laços de interdependência que envolvem as pessoas submetidas a um mesmo Poder⁵¹⁶, tanto só será alcançado caso esse relevante instrumento seja empregado de forma parcimoniosa, nunca como forma de eximir a autoridade de apreciar de forma imparcial (e racional) os pleitos que lhe são apresentados.

Firmadas as referidas bases, caso o governante decida conferir **caráter cogente** a uma deliberação popular tirada de espaço participativo, imaginando-se que esta seja dotada de representatividade e seja expressão de um debate plural e autêntico entre seus intervenientes, entendemos que tal opção da autoridade fica sempre sujeita a uma **condição resolutiva**: de a **escolha** feita por escrutínio ser **proporcional**, não levando a frustração de interesses ou **expectativas minoritárias relevantes**.

Em outras palavras: em se tratando de assunto cuja competência para decidir seja da Administração, esta pode fazê-lo de forma unilateral ou consensual (conforme item 3.1.2.2 supra). Se o gestor decidir agir de forma concertada com os particulares, no sentido de substituir sua escolha singular por uma construída com os cidadãos, a decisão continua sendo sua, e o respectivo teor deve ser passível de justificação à luz do interesse público que lhe cabe perseguir.

Nesse último caso, pode ser que a contribuição dos indivíduos para a opção a ser feita pela autoridade seja extraída por votação, mecanismo que, no limite, pode ser o único a permitir a superação de controvérsia existente entre interlocutores privados sobre qual seria a melhor alternativa a ser adotada pela AP em face de determinado problema.

Em tal hipótese, a deliberação dos cidadãos poderá ser tida como vinculante pelo administrador que se disponha a tanto, sendo que o conteúdo do ato que espelhe o resultado da consulta popular, como qualquer ato administrativo, está sujeito ao regime jurídico que pauta toda a ação executiva estatal, não podendo ser considerado como desvinculado da função no âmbito da qual é expedido.

A decisão do gestor, como não poderia deixar de ser, não está isenta de controle apenas pelo fato de contar como fundamentação deliberação feita por cidadãos em espaço

⁵¹⁶ Se há um efeito positivo desses mecanismos de diálogo entre Estado e sociedade que normalmente pode ser alcançado com a oitiva da população é justamente o do **envolvimento das pessoas** em torno da **busca de soluções para problemas coletivos**, as quais são chamadas a sustentar seus argumentos perante os outros, a ouvir o que estes têm a dizer sobre um dado tema e, antes de optarem dentre as alternativas que lhes são oferecidas, exercitarem o **colocar-se no lugar dos demais** integrantes da comunidade ao cumprirem o ônus de sopesar eventuais consequências negativas que uma medida que está sendo gestada pelo Poder Público pode ter na vida de todos os cidadãos (e não só na dos colaboradores de um certo fórum).

participativo. O processo que a precede deve ser inspirado nos mesmos pressupostos exigidos para toda ação administrativa (dentre os quais estão os deveres de boa fé, racionalidade, proporcionalidade e prestação de contas), com especial atenção para que sua abertura à colaboração privada não redunde em sufocamento de interesses minoritários legítimos.

Para ilustrar nosso posicionamento, imaginemos uma consulta promovida por um conselho gestor de parque público acerca da possível instalação de uma área para lazer animal ou de uma biblioteca em suas dependências. No edital convocando os populares que moram nos bairros vizinhos do equipamento a discutirem o assunto, consta que, após o devido debate, com contraposição dos argumentos prós e contras à adoção de qualquer das opções, será feita uma votação entre os presentes, cujo resultado deverá ser observado pelos responsáveis pela escolha.

À vista das considerações que fizemos linhas acima, acreditamos que, desde que se fixe um quórum mínimo para a deliberação a partir de uma estimativa de frequentadores que mensalmente acorram ao local, bem como que se promova debate adequado entre os respectivos intervenientes sobre os aspectos positivos e negativos da escolha de qualquer das iniciativas, é válida a autovinculação a que se propôs a Administração ao organizar a conferência.

No que se refere ao filtro quanto à possível violação de interesses minoritários relevantes pela escolha adotada, uma estratégia seria a abertura, após a votação, de prazo para eventual impugnação do resultado por eventuais prejudicados⁵¹⁷.

Ao avaliar tal recurso, caberia ao gestor apreciar os questionamentos que lhe são formulados, justificando a compatibilidade entre a escolha feita em assembleia e o interesse público que lhe incumbe zelar, não impondo restrições despropositadas à esfera de liberdade dos cidadãos afetados por uma medida governamental.

Antes de encerrarmos esse tópico, vale ainda uma última observação que nos parece fundamental no que concerne ao aprimoramento da participação popular como instrumento para uma ação administrativa mais eficiente.

A eliminação da barreira tecnológica, embora relevante, não basta para que a Administração consiga envolver um número expressivo de indivíduos nas escolhas

⁵¹⁷ David HELD, fazendo referência ao pensamento de Iris YOUNG, aponta como uma das contrapartidas propostas para o aprimoramento da qualidade das escolhas públicas feitas com o emprego de participação direta da população a garantia de direito de veto por parte de grupos que podem ser significativamente afetados pela deliberação de certas questões (como política reprodutiva para mulheres ou política de uso da terra por populações indígenas)(HELD, 2006, p. 244).

importantes para o bem estar coletivo⁵¹⁸, dado sem o qual a própria legitimidade no emprego de tal técnica acaba prejudicada.

A questão da apatia de expressivas parcelas da população para com assuntos políticos é um problema apontado por diversos estudiosos dos regimes democráticos contemporâneos e deverá ser devidamente enfrentada pelos gestores efetivamente preocupados em incrementar a qualidade do exercício do poder em seu âmbito de atuação.

Feitas tais considerações, também sob tal prisma o recurso à participação popular no PA decisório estatal deverá ser bem desenhado institucionalmente em nosso sistema jurídico, além de empregado sabiamente pela Administração, até para que um eventual excesso de consultas públicas sobre os mais diversos assuntos não tenha por efeito perverso justamente uma maior aversão dos cidadãos quanto à discussão dos temas caros à vida em comunidade.

Sobre tal aspecto, preciosa a lição de Norberto BOBBIO:

A julgar pelas leis promulgadas a cada ano na Itália, o bom cidadão deveria ser convocado para exprimir o próprio voto ao menos uma vez por dia. O excesso de participação, produto do que Dahrendorf chamou depreciativamente de cidadão total, pode ter como efeito a saciedade de política e o aumento da apatia eleitoral. O preço que se deve pagar pelo empenho de poucos é frequentemente a indiferença de muitos. Nada ameaça mais matar a democracia do que o excesso de democracia (BOBBIO, 2015-B, p. 48).

3.1.2.4. CONTROLE

Um dos temas que vem sendo recorrente nas preocupações de muitos estudiosos do nosso Direito é o papel a ser desempenhado pelo controle em busca de uma Administração Pública mais eficiente.

Em nosso país, a questão ganha contornos singulares à vista da multiplicação e sobreposição de esferas de fiscalização que existem sobre uma mesma atividade executiva, em um quadro que, como é intuitivo, em vez de aprimorar tal função, acaba justamente servindo para prejudicá-la (MARQUES NETO, 2010, p. 7 e ss. – versão digital).

⁵¹⁸ Sobre diversos fatores que podem levar a uma maior ou menor disposição da população para intervir em espaços participativos, Jean-Pierre GAUDIN aponta, por exemplo, fatores como o grau de educação, a profissão e a inserção no meio social por parte de determinados cidadãos (GAUDIN, 2013, p. 83).

Para os estreitos limites a que nos propomos nesta tese, discorreremos sobre alguns dos pontos que nos parecem nevrálgicos na discussão sobre o aprimoramento dos mecanismos de controle existentes em nosso sistema jurídico, dado que consideramos fundamental para a realização do modelo de governança administrativa que defendemos.

Afinal de contas, falar que a Administração deve, para ser eficiente, agir de acordo com alguns pressupostos e através do adequado manejo de determinados instrumentos de pouco ou nada adiantaria caso não houvesse a organização de uma estrutura vocacionada a fiscalizar o cumprimento dos referidos ditames pelos servidores cuja conduta é imputável ao Estado.

A atividade de controle, neste contexto, entendida como **função** de verificação e estímulo da **adequação do cumprimento de tarefas** considerando o **parâmetro ideal** que lhes é preconizado pelo quadro normativo vigente, encontra sua razão de ser justamente na busca permanente pelo **aperfeiçoamento das práticas** administrativas⁵¹⁹.

Se o controle existe para o aprimoramento do desempenho dos afazeres públicos, não se revela legítima qualquer manifestação de tal competência que esteja desvinculada do referido fim, como infelizmente sói acontecer entre nós por parte de diferentes órgãos de fiscalização.

O **controle**, de acordo com o conceito proposto para o instituto, **não é um fim em si mesmo** (CASSESE, 2009, p. 436⁵²⁰; MARQUES NETO, 2010, p. 6; SCHIRATO, 2015, p. 48).

⁵¹⁹ Floriano Azevedo MARQUES NETO salienta, em termos de finalidade, uma tripla dimensão do controle (relativa ao poder, aos meios e objetivos públicos), todas devidamente calcadas no que seria o propósito final do próprio Estado. Destacamos passagem: “11.1. O **controle do poder** visa a garantir a liberdade, a proteger os indivíduos contra o arbítrio. Relaciona-se à ideia de Estado de Direito e ao próprio surgimento do Direito Administrativo, enquanto campo do Direito voltado a implementar um arcabouço de regras e princípios que limite o poder estatal e proteja os indivíduos contra o risco de exercício arbitrário do poder político. 11.2. O **controle dos meios** volta-se à busca da racionalização da atividade administrativa, de maneira que ela seja orientada pela economicidade e probidade. Esse controle deve orientar-se pela otimização da gestão do patrimônio público. A ele deve ser dada a melhor utilização possível, que possibilite inclusive uma utilização econômica condizente com suas finalidades públicas. Ao mesmo tempo o controle dos meios deve propiciar o controle do desvio de finalidade na gestão da coisa pública. 11.3. O **controle dos objetivos** volta-se a consagrar a estabilidade e a permanência na consecução das políticas públicas que, como programas de ação, instrumentos de consecução de finalidades, devem ser concebidas num prazo longo, visando não a objetivos imediatos, influenciados pelo jogo político-eleitoreiro, mas por um viés de planejamento e ordenação da Economia e da sociedade. Esse controle volta-se também a assegurar o agir administrativo orientado prontamente a suprir as demandas dos administrados, de modo a obrigar que a organização administrativa homenageie sempre o bom exercício da função pública que toda a prestação estatal deve perseguir no interesse geral do cidadão”(MARQUES NETO, 2010, p. 5/6 – versão digital)(g.n.).

⁵²⁰ Sobre a finalidade da atividade de controle, assevera Sabino CASSESE: “a sua finalidade é a de melhorar, sob a perspectiva dos diversos perfis contemplados pelas normas, a atividade administrativa e o modo pelo qual a administração tutela os interesses públicos que é chamada a perseguir”(CASSESE, 2009, p. 436).

Assim, para que os centros de competência encarregados do controle da Administração possam ser efetivos na missão de contribuir para o ganho de qualidade no exercício da função pública, estes devem preocupar-se com o **primor técnico**, a **coerência** e a **independência** de sua própria atuação.

O primeiro dos requisitos depende da admissão nos quadros do funcionalismo de pessoal qualificado⁵²¹ e submetido (além de estimulado) a ciclos de formação continuada⁵²². Já o segundo, relaciona-se estritamente à atenção dada pelas autoridades aos seus próprios precedentes⁵²³, aos quais é necessário conferir-se adequada publicidade, inclusive via mecanismos de busca de fácil acesso pela internet.

O terceiro, enfim, pode ser favorecido por um regime jurídico que assegure estabilidade ao controlador no exercício de suas funções, paute-se pela distribuição de tarefas segundo regras prévias e abstratas, bem como que não contenha incentivos à imposição despropositada de sanções⁵²⁴.

Como apontado por estudiosos como Vitor Rhein SCHIRATO⁵²⁵ e Floriano Azevedo MARQUES NETO (2010, p. 15), outro aspecto que exige urgente releitura para que consigamos alcançar uma Administração Pública mais racional é um **maior diálogo**

⁵²¹ Contratação que deve ocorrer, via de regra, por concurso público, já que, como já nos manifestamos anteriormente (tem 3.1.2.1 *supra*) e ainda teceremos algumas considerações em seguida, acreditamos que é imprescindível para independência do controlador um regime jurídico que lhe garanta estabilidade no exercício de suas funções, o que, a nosso ver, resta prejudicado quando este tipo de missão é confiada a servidores que podem ser demitidos *ad nutum*.

⁵²² Quanto a este aspecto é imprescindível a criação e fortalecimento de escolas de governo para formação e reciclagem dos melhores quadros do nosso funcionalismo. Uma visão crítica sobre a composição da alta burocracia francesa, que passa pelas renomadas instituições de ensino daquele país (dentre as quais destaca-se a Escola Nacional de Administração – ENA), pode ser conferida em *Les Sommets de l'État*, de Pierre BIRNBAUM (1994). A respeito, o autor nos informa que a elite do funcionalismo egressa da ENA por vezes acaba assumindo o próprio posto de ministro de Estado, após exercer atividades juntos aos gabinetes respectivos (BIRNBAUM, 1994, p. 95).

⁵²³ Sobre o ponto inteiramente aplicáveis os comentários que fizemos no item 3.1.1.2 *supra*.

⁵²⁴ No que se refere à *independência* como qualidade indispensável ao exercício adequado da atividade de controle, valem as considerações que já fizemos no item 3.1.2.1 *supra* acerca do regime jurídico que deve ser assegurado aos servidores públicos como meio de se favorecer o desempenho imparcial das atribuições que lhes são conferidas por lei. Tratando da imprescindibilidade da referida característica para os órgãos de supervisão, preciosa a colocação feita por Agustín GORDILLO (1981) ao discorrer sobre a conveniência da adoção da figura do Ombudsman como instrumento para aprimoramento da função pública, medida que ainda merecerá nossa atenção no corpo do texto: “*Para que a proposta de instituir um Ombudsman onde não há parlamento nem democracia não seja um simples exercício do absurdo, uma irrealidade a mais das que já contribuem para a conformação da cultura especial de nossos países (latino americanos), faz-se pertinente considerar a criação do Ombudsman tanto como órgão do legislativo como do executivo, mas em ambos os casos independente e autônomo*” (GORDILLO, 1981, p. 131).

⁵²⁵ A respeito tivemos a oportunidade de consultar texto do autor que está no prelo, com previsão de publicação em 2017, denominado “*O Controle Interno da Administração Pública na Configuração do Estado Contemporâneo*”.

entre controlador e controlado, perseguindo-se a capacitação deste para a melhor execução de suas atribuições⁵²⁶.

Não se pode olvidar que na nossa Federação de três níveis⁵²⁷ há esferas de governo, sobretudo em âmbito local, com reduzida capacidade técnica para realização dos mais diferentes encargos que lhes são impostos pela ordem constitucional⁵²⁸.

Além disso, mesmo nas entidades federadas com maior disponibilidade de recursos materiais e humanos põe-se a questão do desconhecimento da avaliação que será feita por órgãos de controle com relação a inovações pensadas para a gestão pública, em um quadro de incerteza que desestimula a implantação de mecanismos de ação mais eficientes na rotina das repartições estatais.

Partindo do cenário hoje existente, acreditamos ser imprescindível para a melhoria na performance da AP um incremento da **atividade consultiva** a ser oferecida por órgãos de controle, com oportunidade de **interação efetiva entre fiscalizador e fiscalizado** na procura de soluções que, conforme o Direito, permitam um uso mais econômico das disponibilidades do erário, potencializando os efeitos benéficos pretendidos com o agir executivo na realidade.

Ainda que a aproximação proposta entre os diferentes atores eventualmente suscite questionamentos quanto ao tipo de influência que possa ser exercida pelo agente executor sobre seu supervisor, acreditamos que o correto desenho institucional desses canais de diálogo, que devem ser permanentes, transparentes e abertos à intervenção de demais interessados possivelmente afetados pela matéria sujeita à apreciação da Administração⁵²⁹, tende a minimizar os riscos de desvios ao bom emprego da referida técnica de

⁵²⁶ Chiari LACAVA informa-nos que o sistema de controle italiano sofreu reformas a partir dos anos 90 do século XX tendo como um dos objetivos a prevalência de controles sucessivos sobre os preventivos da atividade estatal, bem como uma maior cooperação entre controlador e controlado para aprimoramento do exercício da função administrativa fim, além de coordenação entre os diferentes órgãos de controle como meio de incrementar a eficiência do seu desempenho (LACAVA, 2009, p. 377 e ss.).

⁵²⁷ União, Estados e Municípios, além do Distrito Federal combinando elementos destes últimos dois entes (vide art. 1º, *caput*, da CR).

⁵²⁸ Crítica extremamente pertinente ao nosso modelo único de organização dos Municípios, que seguem invariavelmente a mesma estrutura de Poder Executivo e Legislativo, não importando se são comunidades de 10.000 ou de alguns milhões de habitantes, é feita por Fernando Dias Menezes de ALMEIDA (2009) em *Crítica ao Tratamento Constitucional do Município como Ente da Federação Brasileira*.

⁵²⁹ Cautelas que vão no mesmo sentido das referidas no item 3.1.2.3.3 *supra* quando abordamos formas de se mitigar os riscos de mau uso da participação popular como instrumento para se conferir mais eficiência ao processo de tomada de decisão estatal, as quais, fazendo as adaptações necessárias, também se aplicam para minorar a ameaça da captura do controlador pelo controlado em um modelo de relação que se caracterize por um maior diálogo entre ambos.

aperfeiçoamento do exercício da função pública, servindo, por outro lado, para reduzir o abismo frequentemente apontado entre as duas funções⁵³⁰.

Devidamente organizada a função de controle para que seu desempenho se dê conforme os referidos postulados, cabe aos órgãos executivos adotar uma postura proativa (e de boa fé) buscando **interlocução republicana com o controlador**, questionando-o sobre qual padrão de conduta este espera do gestor, esclarecendo seu modo de agir e o porquê da escolha de certos meios para atingimento de determinadas finalidades.

Não há dúvidas de que tal interação terá diferentes alcances a depender do tipo de controle que se tenha em mente.

Em se tratando de órgãos de controle interno, ou seja, situados na estrutura orgânica do próprio Poder Executivo, não nos parece haver qualquer justificativa razoável para que o diálogo intra-institucional não seja o mais amplo e profícuo o possível, pautado, sempre, pela investigação de formas mais eficientes para a prestação de serviços públicos (aqui entendidos, em acepção amplíssima, como toda a atividade estatal).

Já no que diz respeito aos órgãos de controle externo, ou seja, situados junto ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário⁵³¹, em que pese haver uma maior dificuldade para o exercício de função consultiva por parte destes⁵³², o diálogo inter- institucional não só é

⁵³⁰ Fenômeno que certamente contribui para a chamada “autonomização” do controle, ou seja, o seu descompromisso com o resultado final da atividade controlada, para usarmos mais uma vez o adjetivo empregado por Floriano Azevedo MARQUES NETO para descrever a disfuncionalidade em questão (2010, p. 22 da versão digital).

⁵³¹ Vale lembrar que a função original do Conselho de Estado francês, criado pela Constituição do ano VIII, era de natureza consultiva da atividade administrativa, só vindo a assumir (também) o caráter “jurisdicional” (no sentido de resolver disputas entre Administração e administrados com força de definitividade) após a promulgação da Lei de 22 de maio de 1872 (VEDEL, 1971, p. 86/87). A importância crescente do papel jurisdicional da referida Corte não se deu em detrimento do seu papel consultivo (VEDEL, 1971, p. 96), o qual permanece até os dias de hoje, inclusive com reconhecimento expresso na Constituição francesa de 1958 (art. 39)(DEVILLER, 2011, p. 30). O Conselho de Estado, cuja composição não se restringe a juristas (parte dos respectivos membros são selecionados entre os melhores alunos da Escola Nacional de Administração – ENA), deve ser sempre consultado antes da edição de atos regulamentares, podendo ser instado pelo governo a se manifestar antes de uma tomada de decisão com efeitos individuais (DEVILLER, 2011, p. 25/26 e p. 30). Sobre a origem e evolução da jurisdição prestada pelo Conselho de Estado francês, ver Caroline Dal Poz EZEQUIEL (2016). Para uma abordagem comparativa entre o controle da Administração no sistema jurídico francês e no nosso, ver Gabriel de Mello GALVÃO (2016) e Arthur Scatolini MENTEN (2016).

⁵³² Sobre tudo no que se refere ao Poder Judiciário, cuja função precípua, no que se refere ao controle da Administração, é a apreciação de casos concretos em que se sustenta a existência de lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos (inciso XXXV do art. 5º da CR). Logo, como esse tipo de tarefa de verificação é exercido normalmente de modo repressivo (ou seja, após o fato), não há muito espaço para um vetor mais preventivo do que sancionador de ilicitudes no desempenho de tal mister. Em demandas que são propostas antes da prática de um ato pela AP, contudo, é perfeitamente possível o condicionamento de tal atuação à observância de certos requisitos, o que, sem tolher por completo a liberdade que muitas vezes é inerente à atividade de concretização de comandos gerais e abstratos pelo gestor, confere-lhe certas balizas que, por força da coisa julgada, são imperativas ao Estado. Ainda que se possa questionar se uma decisão de tal jaez poderia ser tida como “consulta”, seus efeitos são bastante próximos de um parecer vinculante emanado do controle interno da Administração: caso a AP decida por praticar um ato que fora impugnado judicialmente, esta deverá observar uma série de condicionantes fixadas pelo juiz sob pena de nulidade.

factível como desejável, sendo que a criação e/ou ampliação de alguns canais de orientação, em especial no âmbito dos Tribunais de Contas, poderia ter um impacto bastante positivo para uma gestão mais racional da coisa pública.

O diálogo entre Executivo e Judiciário, por exemplo, vem ocorrendo com frequência crescente em nosso país, em especial catalisado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ no tratamento de diversos temas, que vão desde a delicada situação carcerária enfrentada por diversas entidades da Federação até os efeitos nocivos da judicialização excessiva dos serviços de saúde pública⁵³³.

No Estado de São Paulo também vem sendo comum o pedido por parte de integrantes da Administração para a realização de encontros com juízes da Fazenda Pública com a finalidade de esclarecer sobre o funcionamento de repartições estatais (como as de trânsito) ou então sobre quais motivos levaram ao estabelecimento de um novo regulamento acerca do qual se vislumbra futuro questionamento dos cidadãos perante os Tribunais⁵³⁴.

Resguardada a imprescindível independência de cada magistrado para avaliar a matéria controversa segundo sua própria convicção em momento oportuno, por meio de tais contatos o gestor pode explicar pontos potencialmente polêmicos sobre medidas que pretende implementar, oferecendo aos controladores uma perspectiva global dos impactos perseguidos com um dado projeto (muito difícil de se ter a partir exclusivamente da análise de casos individuais), bem como colhendo informalmente impressões dos julgadores a respeito.

⁵³³ Essas iniciativas podem ser conferidas no site <http://www.cnj.jus.br> [18/09/16, às 23:00]. No que diz respeito à judicialização da saúde, destacamos passagem de notícia do CNJ (que, vale lembrar, é órgão de controle interno do Poder Judiciário), explicando um pouco como vem funcionando essa interação entre juízes e administradores na busca de uma maior racionalidade da jurisdição realizada em tal âmbito (e que a nosso ver também deveria refletir-se em uma adequação da Administração ao que vem reiteradamente sendo decidido pelos Tribunais como direitos dos cidadãos/deveres do SUS – ponto ao qual retornaremos no Capítulo 4 desta tese). “*A partir dos resultados da Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF em maio e abril de 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho (Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009) . Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde*” [<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude> , 18/09/16, às 23:15].

⁵³⁴ Na nossa atuação perante as Varas da Fazenda da Capital do Estado de São Paulo tivemos a oportunidade de presenciar diversos desses encontros realizados pelo Cajufa (Centro de Apoio aos Juízes da Fazenda), envolvendo assuntos como propositura de ações de desapropriação relacionadas a novas linhas do metrô, edição de portaria regulamentando serviços de despachante, alteração de regras previdenciárias e ações envolvendo demandas repetitivas na área da saúde.

Quanto aos **Tribunais de Contas**, órgãos auxiliares do Poder Legislativo na fiscalização do correto cumprimento da lei orçamentária pelo Poder Executivo⁵³⁵, pensamos ser importante **viabilizar um canal de apoio formal ao bom desempenho da função administrativa**, pelo qual seja possível ao controlado obter manifestação por escrito acerca da posição da referida corte na interpretação de uma dada legislação⁵³⁶.

⁵³⁵ O art. 71 da CR prevê: “*O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades “(g.n.).*”

⁵³⁶ No âmbito dos Tribunais de Contas - TCs há algumas propostas para aprimoramento do exercício das respectivas funções com o objetivo de que estas efetivamente contribuam para uma Administração Pública mais eficiente. Estas vão desde a alteração da forma de escolha dos seus conselheiros e do estabelecimento de mandato para ocupação de tais cargos (MEDAUAR, 2014-B, p. 155/156), até uma maior reflexão acerca do excessivo tempo exigido destas cortes com atividades que, quando comparadas a outras, fiscalizam montantes reduzidos de recursos do erário, como a verificação da regularidade da concessão de aposentadorias e pensões (MEDAUAR, 1990, p. 120). No que se refere à atribuição consultiva dos TCs, tem-se que há legislações que a preveem, mas por vezes isso ocorre de modo aquém do que seria desejável. Exemplo a respeito é o que ocorre no Estado de São Paulo, onde a lei orgânica do TC contém dispositivo sobre a referida tarefa, relegando ao regulamento sua disciplina detalhada (LC nº 709/93, cujo inciso XXV do seu art. 2º tem a seguinte redação: “(compete ao TC) decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno”. Já o regimento da corte de contas paulista é extremamente tímido quanto ao rol de legitimados a recorrerem a tal tipo de serviço, o que certamente prejudica o seu alcance. Para ilustrar o ponto, destacamos a redação do art. 226 do mencionado ato normativo: “O Tribunal Pleno resolverá sobre as consultas que lhe forem feitas acerca de dúvidas suscitadas na aplicação das disposições legais concernentes à matéria de sua competência, desde que não envolva caso concreto ou ato consumado. § 1º O Tribunal Pleno poderá, excepcionalmente, apreciar o mérito de consulta que contenha individualização da situação fática apresentada, caso o recomende

Conforme já pontuado linhas acima, a execução orçamentária por parte de milhares Municípios brasileiros pode conter equívocos não em razão de má fé do gestor, mas por falta de pessoal qualificado para imprimir rotinas adequadas no cumprimento de tal mister.

Para que tal deficiência seja superada, promovendo-se um ambiente favorável ao emprego eficiente dos recursos públicos (conceito indissociável da legalidade e legitimidade no exercício de tal tarefa), a simples ameaça de imposição de sanções graves ao servidor inapto provavelmente configurará medida inócua.

Dessa forma, considerando a visão funcionalizada do controle ora defendida (ou seja, teleologicamente adstrita à satisfação do dever de boa administração por parte do controlado), é preciso não só a estruturação e capacitação dos órgãos de fiscalização interna de acordo com as disponibilidades financeiras e técnicas das diversas esferas de governo, como que os órgãos de controle externo, em sua atuação independente (mas complementar) na busca do aprimoramento da atividade executiva, também prestem o suporte necessário para que o fiscalizado tenha efetivas condições de bem desenvolver as atribuições que lhe são confiadas pela ordem jurídica.

Ao lado do reforço do **caráter instrumental** do controle e da promoção do **diálogo** republicano entre controlador e controlado, a referência à **subsidiariedade entre as diferentes instâncias de controle** é outra ideia que nos parece fundamental para a **racionalidade** no exercício da função sob exame.

Explica-se.

Incidindo sobre uma mesma tarefa executiva a supervisão por parte de distintas autoridades, é imprescindível que haja uma racionalização dos respectivos trabalhos.

Assim, em princípio incumbe ao controle interno organizar-se de modo a abarcar da melhor maneira possível todo o âmbito da atuação estatal, buscando contribuir para seu efetivo aprimoramento preferencialmente pela via da colaboração, tendo à sua disposição a competência sancionatória a ser manejada como a *ultima ratio* para a consecução de tal mister.

Além do controle interno, ainda há o controle externo realizado pelo Poder Legislativo, com o apoio do Tribunal de Contas. Esta esfera de vigilância deverá atuar tanto cobrando a eficiência do controle interno na identificação e correção de

relevante razão de interesse público. § 2o As consultas, a que se refere este artigo, formuladas por intermédio dos Chefes dos Poderes Públicos estaduais e municipais, Secretários de Estado e dirigentes das entidades da administração indireta e fundacional, tanto do Estado como dos Municípios, constarão de exposição precisa da dúvida, com formulação de quesitos”(g.n.).

irregularidades, como, nas ocasiões em que o âmbito de fiscalização do Poder Executivo possua arranjo institucional insuficiente, fazer as vezes do que deveria ser realizado pela própria Administração⁵³⁷.

Nessa segunda hipótese, entendemos que a função do controle externo, para ser efetiva no que concerne ao aprimoramento do exercício do poder, deverá estar especialmente atenta ao fato de que sua incidência pode ser a primeira a ter lugar diretamente sobre a atividade administrativa, a qual pode não ter tido instrução suficiente para correção de rumos em uma oportunidade prévia.

Diante de um quadro como o delineado, é importante destacar, a singela imposição de castigo ao servidor sem lhe ser dada informação adequada quanto ao que se esperava dele à vista de determinadas circunstâncias pode se revelar uma atitude desproporcional da parte do controlador (quando não simplesmente despropositada, por levar à aplicação de sanção à pessoa com relação a qual não era possível, em um dado contexto, esperar-se razoavelmente conduta diversa).

Finalmente, ao Poder Judiciário (e em alguma medida ao Ministério Público e à Defensoria Pública por força de competências não necessariamente vinculadas ao processo judicial⁵³⁸) também incumbe o controle tanto da atividade executiva da Administração, como do eficiente exercício do controle interno e externo que já existe sobre o desempenho de tal atribuição.

Embora a garantia de **acesso ao Judiciário**⁵³⁹ seja apontada por muitos como a pedra de toque do controle da Administração no Estado Democrático de Direito⁵⁴⁰, a nosso

⁵³⁷ Através de seu controle interno, que pode ser realizado seja por meio da chefia de uma repartição pública em face de seus subordinados (via poder hierárquico), seja por parte de servidores destacados da função executiva para desempenho exclusivo da missão de fiscalização, no âmbito de um órgão ao qual seja garantida independência funcional.

⁵³⁸ Dentre as quais se sobressai a de celebrar Termos de Ajustamento de Conduta - TAC no âmbito da tutela de direitos difusos ou coletivos tal como disciplinado no §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/85, cuja redação (dada pela Lei nº 8.078/90) é a seguinte: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Embora o Ministério Público tenha ganhado destaque no manejo de tal instituto em sua atuação extrajudicial, vale pontuar que a Defensoria Pública também tem competência para realizar os ajustes sob exame, o que amplia, assim, o rol dos atores juridicamente aptos ao exercício da indigitada forma de controle (incisos II e V do art. 5º da Lei nº 7.347/85).

⁵³⁹ Acesso ao Judiciário entendido como a existência de mecanismo para questionamento de uma decisão administrativa perante um **juiz independente**, o qual na nossa tradição jurídica está organicamente atrelado a um ramo próprio do Poder estatal a que denominamos Judiciário; solução que, contudo, não é a única possível para assegurar a eficiência no exercício de tal função, como é exemplo marcante o controle da Administração feito pelo Conselho de Estado francês, órgão organicamente destacado dos Tribunais da Justiça Comum daquele país, situado no âmbito do próprio Poder Executivo, mas com notória autonomia para o desempenho de tal mister.

ver isso não pode servir de escusa para que as demais instâncias de controle não funcionem a contento, dado que implicaria, na melhor das hipóteses, emprego de recursos públicos para manutenção de uma estrutura estatal sem qualquer serventia para a comunidade⁵⁴¹.

A grande plêiade de tarefas desempenhadas pelo Executivo na prestação de serviços públicos em observância aos ditames da lei orçamentária, para ficarmos em um exemplo marcante da insuficiência dos atos gerais e abstratos oriundos do Parlamento para disciplinar minuciosamente os atos materiais a cargo do gestor como desdobramento das competências que lhe são próprias, impõe ao responsável pela despesa a organização de esfera de **controle** que zele não só pela **legalidade**, como pela **eficiência** do respectivo gasto (GORDILLO, 1981, p. 105 e ss.; MOREIRA NETO, 2006-B; MARQUES NETO, 2010; CONTI/CARVALHO, 2011, p. 213 e ss.⁵⁴²; MEDAUAR, 2014-B, p. 71 e ss.; TÁCITO, 2015/1968, p. 269/270).

Tal atribuição só conseguirá ter abrangência bastante justamente no âmbito do **controle interno** da Administração⁵⁴³, sede em que os respectivos agentes, atuando lado a

⁵⁴⁰ Por todos os que enfatizam a importância do Poder Judiciário como peça central no controle da Administração, confira-se passagem da reflexão de Jesús González PÉREZ (2003): “*se o processo é, no limite das imperfeições humanas, o mais eficaz dos meios para que se consiga que prevaleça o Direito nas relações intersubjetivas, a garantia de que toda a prestação em face da Administração possa ser deduzida perante órgãos jurisdicionais, e, portanto, independentes, consistirá no único procedimento idôneo para fazer efetiva a submissão da Administração ao Direito*” (PÉREZ, 2003, p. 108).

⁵⁴¹ Agustín GORDILLO em seu *Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina* (1981), em um contexto no qual diversos países de nosso continente ainda experimentavam regimes políticos ditatoriais, e abordando o tema do controle da atuação da Administração (em especial no que se refere ao funcionamento das empresas estatais), apresenta uma provocação que nos parece de todo atual quanto à criação de unidades de atuação administrativa cujo funcionamento fica muito aquém dos nobres propósitos que justificaram (em tese) sua introdução em nosso sistema. Após sugerir uma possível origem comum tanto para o atraso renitente que marca o desenvolvimento econômico-social endêmico da região como para os entraves existentes ao aprimoramento político e institucional de muitos países nela localizados, GORDILLO muito propriamente assevera: “*considerando que não há suficiente desenvolvimento político, adequada consciência cidadã, significativa responsabilidade e solidariedade social, sentido profundo de identidade nacional, uma democracia autêntica, forte e estável e etc., então os diferentes meios e instituições de controle existentes nem sempre atendem cabalmente aos fins para os quais foram concebidos, e em alguns países se transformam, de forma fácil e rápida, em mecanismos de controle mais ou menos formais ou formalizados, que às vezes não podem chegar ao fundo e à causa dos problemas que lhes cabe enfrentar, pois por sua vez não contam com o apoio, consciência, responsabilidade e solidariedade da cidadania e etc., que lhes permita mudar e fazer mudar*”(GORDILLO, 1981, p. 63/64).

⁵⁴² Após situar a preocupação com a qualidade do gasto público no texto escrito da Constituição da República (art. 74 e §3º do art. 212 da CF), José Mauricio CONTI e André Castro CARVALHO (2011) pontuam: “*Alguns dogmas, portanto, podem ser revistos quando se utiliza o conceito da qualidade no gasto público. Nem sempre aumentar despesa significa melhor uso dos recursos, considerando que, em alguns setores, como saúde e educação, menor despesa por habitante pode significar melhor qualidade no gasto ao invés de ilações com relação à preterição destes setores sociais. E, no caso de aumento de despesas, pode haver o fomento ao gasto ineficiente. Gastos excessivos em uma política pública também não significam melhor prestação deste serviço, como ocorre com a segurança pública nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro*”(CONTI/CARVALHO, 2011, p. 214).

⁵⁴³ Art. 74 da CR: “*Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os*

lado daqueles que tem como dever a concretização diária das mais diversas tarefas de incumbência do Estado, são os que primeiro tem como avaliar os acertos e erros de determinadas medidas, propondo, quando o caso, os caminhos para sua correção⁵⁴⁴.

O **controle externo**, que também deve ser teleologicamente adstrito ao bom desempenho da função administrativa (principal) do Estado, não só não tem como ter conformação/envergadura apta a analisar em detalhes todo e qualquer emprego de verba pública, como, se a tal mister se dispusesse, acabaria por ser uma mera repetição do que já seria feito pelos órgãos de fiscalização interna do próprio Poder Executivo.

Nesses termos, para que se confira maior racionalidade (leia-se eficiência) a todas essas atividades de fiscalização do Estado, considerando que todas têm um mesmo fim (aprimoramento da atividade executiva do Poder Público), parece-nos ser natural que cada esfera de controle tenha um papel complementar à antecedente, evitando-se, assim, retrabalho e mesmo orientações contraditórias para o controlado.

Além da necessidade de um incremento na coordenação e cooperação entre os distintos órgãos que fiscalizam o adequado exercício da função administrativa, tem-se que ainda cabe a estes o desenvolvimento de **uma rotina de trabalhos que seja mais inteligente no tratamento das informações recebidas**, dando-se maior relevância aos grandes desvios, sem que se deixe as milhares de pequenas irregularidades observadas no dia a dia das repartições obstar a eficiência no desempenho de sua competência.

resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

⁵⁴⁴ Agustín GORDILLO (1981), ao problematizar a excessiva ênfase conferida por muitos órgãos de controle de países Latino Americanos à legalidade dos atos administrativos, não só propõe que a grave inoportunidade da atuação pública também seja considerada matéria de legalidade (com o que aliás concordamos, segundo a visão que defendemos para o princípio da legalidade administrativa no Capítulo 2 deste estudo), como pondera que é no âmbito interno da própria Administração que tal tipo de avaliação tem condições de ocorrer de modo mais eficiente, buscando a identificação das causas para os equívocos apurados e a adoção de medidas para sua correção (GORDILLO, 1981, p. 105 e ss.). Destacamos passagem constante de nota de rodapé da referida obra: “Na América Latina parece que a questão se coloca sempre em termos inversos (considerando uma tendência a se conferir maior ênfase ao controle de oportunidade que ao controle de legalidade em outros países): o controle de legalidade é o dominante, sempre o foi, e não parece diminuir; o controle de oportunidade é mínimo, quase inexistente, e não parece estar destinado a aumentar. Mas além disso, o controle de legalidade tem sido sempre feito de forma exclusiva ou principalmente pela Administração Pública, em detrimento do controle de oportunidade. Naquilo em que os juízes poderiam contribuir para o Estado, ou seja, no exercício do controle de legalidade, seu concurso não tem sido requerido nem facilitado; por outro lado, no controle de oportunidade ou mérito, em que só a Administração poderia ter contribuição fundamental, este tem sido negligenciado e continua a sê-lo hoje em dia”(GORDILLO, 1981, p. 106).

Embora o que se exponha nesse espaço não seja exatamente uma novidade, a ideia de uma postura mais estratégica do controlador ao lidar com seu expediente ainda hoje não encontra a ressonância esperada nas prioridades dos responsáveis pela organização de tais serviços.

Talvez por falta de autorizações legais e/ou regulamentares que confirmam expressamente algum nível de discricionariedade ao encarregado da fiscalização quanto à escolha da melhor forma de se desincumbir de seu mister⁵⁴⁵, o fato é que normalmente os servidores veem-se como obrigados a dispensar a mesma atenção a tudo o que lhes é colocado na mesa, não raramente pela ordem de protocolo⁵⁴⁶, sem uma desejável avaliação das matérias que justificariam um tratamento prioritário.

Afinal de contas, como é intuitivo, excesso de trabalho combinado com estrutura insuficiente, sem que se reflita sobre meios aptos a potencializar a atuação do corpo funcional disponível para fazer face ao desafio, acabam redundando em uma atuação disfuncional por parte dos **controladores que, perdidos nas miudezas, pecam no tempo (e/ou na qualidade) da decisão**, o que, por sua vez, mina a efetividade das tarefas sob sua responsabilidade⁵⁴⁷.

Logo, entendemos que um desenho jurídico mais flexível de rotinas a serem seguidas pelos servidores com a referida atribuição pode revelar-se um fator determinante para o respectivo aprimoramento, regramento para cuja formulação o conceito de *soft law*, caro ao Direito de raiz anglo-saxã e com larga aplicação no Direito Internacional (OTERO, 2007, p. 174 e ss.⁵⁴⁸; SARMIENTO, 2008), encontraria terreno fértil.

Nesse contexto, o estabelecimento pelos superiores hierárquicos de autorizações formais (veiculadas por diretrizes ou recomendações, por exemplo), de acordo com as especificidades das tarefas desempenhadas por cada repartição, dirigidas a racionalizar o emprego dos escassos recursos materiais e humanos à sua disposição, pode ter um impacto

⁵⁴⁵ Segundo uma visão tradicional entre nós de se associar *discricionariedade* a desvios, como se toda a vinculação formal que hoje existe para o exercício da função pública em nosso país nos propiciasse uma Administração proba e eficiente.

⁵⁴⁶ Aliás como procurou-se fazer com os juízes através da disciplina de julgamentos em ordem cronológica constante da redação original do novo Código de Processo Civil, dispositivo que acabou sendo alterado antes da entrada em vigor do novel diploma. Eis o texto fruto do esforço de “racionalização” da atividade jurisdicional em nosso país: art. 12. “*Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão*”. Com a Lei nº 13.256/16, a regra passou a ser a seguinte: “*Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão*”(g.n.).

⁵⁴⁷ O que tem por efeito reflexo o estímulo à ilicitude, fenômeno que, a nosso ver, é diretamente proporcional à falta de perspectiva de sanção por parte dos que pretendam lucrar à margem da lei.

⁵⁴⁸ Os instrumentos considerados como de *soft law*, vale lembrar, são os que implicam um menor grau de vinculação da atuação individual do que aqueles comumente utilizados pelo agir unilateral e imperativo do Estado (OTERO, 2007, p. 174/175).

bastante positivo na melhor performance do controle exercido sobre a função administrativa⁵⁴⁹.

Ainda na seara do **direito flexível**, outro mecanismo de fiscalização reiteradamente lembrado pela doutrina quando se pensa em meios mais eficientes de se buscar, pela atividade de supervisão, a melhoria da execução material de prestações pela Administração, é a figura do *Ombudsman*⁵⁵⁰.

Apesar de não haver um modelo único para a adoção do instituto cuja origem remota estaria no início do século XVIII (1713, na Suécia – DEBBASCH, 1971, p. 608; HANSEN, 1972, p. 2), a defesa da implantação de tal técnica de controle normalmente recorre à conveniência da criação de um **órgão independente** que, de forma **complementar ao controle jurisdicional**, receba reclamações dos administrados quanto à má prestação de serviços públicos, cobrando resposta a respeito das autoridades competentes para sua análise⁵⁵¹.

A criação do *Ombudsman*⁵⁵², que pode estar atrelada ao Parlamento ou ao próprio Executivo (GORDILLO, 1981, p. 131), conferiria ao cidadão um instrumento adicional para a tutela de seus direitos e interesses junto à Administração, que tende a ser mais rápido e menos custoso que a via judicial, e cujos efeitos, por transcender aos singelos casos concretos que provocam sua atuação, poderiam contribuir para uma melhor organização e execução das atividades administrativas para toda a coletividade (HANSEN, 1972, p. 56/58; PIGNATARO, 2012, p. 294)⁵⁵³.

⁵⁴⁹ Seguindo a mesma perspectiva defendida no Capítulo 2 deste estudo quanto à necessidade de compatibilização do *princípio da legalidade* com o *dever de eficiência* na atividade executiva da Administração, a missão de controle da função administrativa exercida no seio do próprio Poder Executivo também deve aplicar de forma harmônica os dois vetores a reger toda a atuação estatal, sendo que o reconhecimento de uma maior liberdade quanto à escolha de meios (e eventualmente de estabelecimento de metas) proposta implica necessariamente o ônus de uma fundamentação mais substancial por parte da autoridade do porquê das escolhas realizadas com o propósito de melhor alcançar as pautas de interesse geral que lhe incumbe perseguir.

⁵⁵⁰ Dentre os diversos autores que discorrem sobre a utilidade do emprego do *Ombudsman* para aprimoramento da função pública, confira-se: Charles DEBBASCH (1971, p. 607/617); Nils HERLITZ (1971, p. 372/375); Jürgen HANSEN (1972); Agustín GORDILLO (1981, p. 125 e ss.); Jorge L. MAIORANO (1987, p. 33 e ss.); Marcos J. T. do AMARAL FILHO (1993); Sergio PIGNATARO (2012, p. 293/307); Odete MEDAUAR (2014-B, p. 157/171); e Patrick GÉRARD (2014, p. 293/300).

⁵⁵¹ Jürgen HANSEN (1972) aponta como finalidades comuns aos distintos sistemas de *Ombudsman* o reforço na tutela dos direitos individuais dos cidadãos (*Verbesserung des Individualrechtsschutzes*), proteção contra ação arbitrária (*Schutz vor willkürlicher Behandlung*), democratização da Administração (*Demokratisierung der Verwaltung*) e garantia da publicidade nos assuntos públicos (*Erhaltung der Öffentlichkeit*) (HANSEN, 1972, p. 56/62).

⁵⁵² Que assume diferentes nomes nos mais diversos países, como Defensor do Povo, Mediador ou Provedor de Justiça (MEDAUAR, 2014-B, p. 157).

⁵⁵³ Uma das características comuns referidas quanto às atribuições do *Ombudsman* é a emissão de relatório anual detalhado sobre o resultado de suas atividades (DEBBASCH, 1971, p. 610; GORDILLO, 1981, p. 129; MEDAUAR, 2014-B, p. 171), documento que, amplamente divulgado, teria por efeito sensibilizar a opinião

A função de controle desempenhada por um órgão de tal tipo também diferencia-se daquela realizada por juízes na medida em que acaba por ter um **viés preventivo** destacado (DEBBASCH, 1971, p. 611; MEDAUAR, 2014-B, p. 171), o que de certo modo está relacionado aos meios (em geral) não coativos empregados pelo *Defensor do Povo*, que age sobretudo por recomendações, conselhos e pareceres, comunicações muitas vezes vocacionadas à produção de efeitos futuros no aperfeiçoamento da atividade estatal.

Embora o modelo de fiscalização representado pelo *Ombudsman* venha há bastante tempo sendo bem avaliado em diversos países (GORDILLO, 1981, p. 131; TÁCITO, 1988, p. 46 e ss.)⁵⁵⁴, a tentativa de sua inserção em nosso ordenamento jurídico por ora não logrou êxito⁵⁵⁵, como relata Odete MEDAUAR, fazendo referência a estudo aprofundado sobre o tema da lavra de Marcos Jordão Teixeira de AMARAL FILHO (MEDAUAR, 2014-B, p. 168/170⁵⁵⁶).

pública e, conseqüentemente, governantes, quanto à necessidade de solução de impasses estruturais à boa prestação de serviços.

⁵⁵⁴ Sendo que inclusive no âmbito da União Europeia foi instituído do Mediador Europeu pelo art. 138- E do Tratado de Maastricht de 1992 (PIGNATARO, 2012, p. 297). Segue a redação do itens 1 e 3 do referido dispositivo: art. 138- E - 1. *O Parlamento Europeu nomeará um provedor de Justiça, com poderes para receber queixas apresentadas por qualquer cidadão da União ou qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede estatutária num Estado-membro e respeitantes a casos de má administração na actuação das Instituições ou organismos comunitários, com exceção do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância no exercício das respectivas funções jurisdicionais. De acordo com a sua missão, o provedor de Justiça procederá aos inquéritos que considere justificados, quer por sua própria iniciativa quer com base nas queixas que lhe tenham sido apresentadas, diretamente ou por intermédio de um membro do Parlamento Europeu, salvo se os factos invocados forem ou tiverem sido objeto de processo jurisdicional. Sempre que o provedor de Justiça constatare uma situação de má administração, apresentará o assunto à Instituição em causa, que dispõe de um prazo de três meses para lhe apresentar a sua posição. O provedor de Justiça enviará seguidamente um relatório ao Parlamento Europeu e àquela Instituição. A pessoa que apresentou a queixa será informada do resultado dos inquéritos. O provedor de Justiça apresentará anualmente ao Parlamento um relatório sobre os resultados dos inquéritos que tenha efetuado. (...) 3. O provedor de Justiça exercerá as suas funções com total independência. No cumprimento dos seus deveres, não solicitará nem aceitará instruções de qualquer organismo. Enquanto durarem as suas funções, o provedor de Justiça não pode exercer qualquer outra actividade profissional, remunerada ou não". (https://europa.eu/european-union/sites/europaefiles/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf - 03/10/16, às 2:00).*

⁵⁵⁵ O fracasso refere-se à tentativa de introdução em nosso país da figura do *Ombudsman* como instituição de nível constitucional. Órgãos com missões análogas não só existem hoje (o que será melhor exposto no corpo do texto), como já ganharam vida antes da CR/88. “Desde a nova República, o assunto ombudsman virou manchete de jornais, e diversas autoridades, em diversos níveis de nossa administração, anunciaram a criação de instituições semelhantes. O presidente Sarney criou o Codici a fim de proteger o indivíduo contra erros, omissões, ou abusos das autoridades administrativas, mediante petição de qualquer cidadão. O prefeito Roberto Requião, de Curitiba, introduziu por decreto a figura do ouvidor-geral, versão paranaense, em nível local da instituição” (AMARAL FILHO, 1993, p. 129).

⁵⁵⁶ Segundo Odete MEDAUAR, que faz referência à obra *O Ombudsman e o Controle da Administração* de AMARAL FILHO, para a rejeição da instituição do *Ombudsman* no âmbito da Constituinte de 1988 acabou tendo papel importante a movimentação de carreiras como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União. Como resultado de tais investidas, aponta a professora: “redação semelhante às atribuições do *Defensor do Povo*, tal como constava no anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais e do primeiro substitutivo do relator na Assembleia Nacional Constituinte, passou a figurar no inciso II do art. 129 da Constituição de 1988, que indica as funções institucionais do Ministério Público” (MEDAUAR, 2014-B, p. 170). Por sua vez, AMARAL FILHO assim descreve a reunião de forças que culminou na recusa da emenda da deputada Raquel Capiraribe, que propunha a criação do *Ombudsman* em nosso sistema quando

Além do tamanho do nosso país, que provavelmente inviabilizaria o adequado desempenho da função de *Defensor do Povo* por uma só pessoa em nível nacional, também milita contra a introdução da figura no quadro institucional brasileiro a questão da já **inchada rede de controles que supervisiona a função administrativa** nas nossas mais diversas esferas de governo.

Ao lado de órgãos independentes como o *Ministério Público*⁵⁵⁷ e a *Defensoria Pública*⁵⁵⁸, cuja atuação, se bem feita, tem enorme potencial para levar ao aprimoramento da prestação de serviços estatais e/ou inibir práticas de abuso de poder por parte das autoridades públicas⁵⁵⁹, houve uma proliferação de outras unidades administrativas com funções em alguma medida sobrepostas às cumpridas (ou que deveriam ser cumpridas) pelo Promotor de Justiça ou pelo Defensor.

Nesse sentido surgiram uma série de **ouvidorias** no seio das mais distintas pastas governamentais (PEREZ, 2009, p. 182; AMARAL FILHO, 2013, p. 276 e ss.), às quais, se conferida a necessária independência para o desempenho de suas tarefas, tem condições de contribuir para uma gestão pública mais racional e pautada pela defesa dos direitos fundamentais dos administrados, sobretudo se tais unidades conseguirem articular seus trabalhos com aqueles desenvolvidos por outros órgãos de controle, sejam internos (como

da promulgação da Constituição de 1988: “*Contra a criação do ombudsman brasileiro, levantaram-se poderosos lobbies corporativos, do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público, munindo seus adversários com inúmeros argumentos, desde ônus de se criar mais um cargo no país até a afirmação de que o controle jurisdicional possibilita maiores garantias aos cidadãos*”(AMARAL FILHO, 1993, p. 117).

⁵⁵⁷ Art. 129 da CR: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”(g.n.);

⁵⁵⁸ Nos últimos anos a Defensoria Pública teve seu papel institucional ampliado no âmbito da nossa Constituição, em especial com a promulgação da Emenda Constitucional nº 80/2014. Hoje ao Defensor são garantidas a inamovibilidade e a independência funcional (parágrafos 1º e 4º do art. 134 da CR), sendo que incumbe a tal instituição a promoção dos *direitos humanos* dos necessitados. Segue a redação do art. 134 caput da CR: “*A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal*”(g.n.).

⁵⁵⁹ Como destacado nas notas de rodapé anteriores, as competências conferidas ao Ministério Público e à Defensoria pela Constituição são bastante abrangentes no que diz respeito à fiscalização da boa prestação de serviços públicos (em sentido amplo), não se esgotando na possibilidade de propositura de ações individuais ou coletivas perante o Judiciário para se alcançar tal finalidade, embora sua atuação judicial, em especial envolvendo casos repetitivos, possa ser útil para que promotores e defensores identifiquem problemas estruturais no funcionamento de órgãos públicos, buscando, assim, solução global para questões extrapolem violações esporádicas de direitos dos cidadãos. Quanto a tal aspecto, vale lembrar que o art. 12 da Lei nº 12.016/09 prevê a oitiva do Ministério Público em ações de Mandado de Segurança, prerrogativa que, se bem aproveitada pelos membros do *parquet*, permitiria que estes, constatando graves defeitos na organização de certas atividades estatais, pudessem adotar as medidas pertinentes (judiciais e extrajudiciais) tendentes melhoria da qualidade dos serviços prestados pelo Estado para toda a população.

corregedorias e/ou controladorias⁵⁶⁰), seja externos (como a Promotoria e a Defensoria, em particular no que concerne à atuação extrajudicial de seus membros)⁵⁶¹.

Perante tal quadro nos parece despicienda a criação de mais um órgão de controle ao lado dos já existentes⁵⁶², devendo-se empreender esforços para melhor estruturar as unidades de ação administrativa já instituídas para o desencargo de tal mister, promovendo-se uma cultura de maior diálogo, de troca de informações e de ação conjunta de todos os responsáveis por tal missão, sempre imbuídos no espírito de conferir maior eficiência à função pública, evitando-se desvios e, quando o caso, punindo os respectivos responsáveis.

⁵⁶⁰ Embora o nome “corregedoria” já suscite no imaginário popular a ideia de punição, na linha do que já expusemos neste estudo quanto à nossa concepção do papel instrumental da sanção para dissuadir condutas contrárias às regras estabelecidas em um ordenamento (item 3.1.2.1 *supra*), parece-nos que o principal propósito que deveria inspirar a atuação de tais órgãos não é a aplicação de penalidades a servidores faltosos, mas sim o de buscar um melhor exercício da função administrativa para o que, quando necessário, estes teriam a competência de se valer de instrumentos punitivos (o que os distinguiria do modelo de ouvidorias, desprovidos, em geral, de tal atribuição). Ainda que de forma tímida essa ideia encontra eco na nossa legislação. Vide por exemplo o que prevê alguns dispositivos do Decreto 57.500/2011 do Estado de São Paulo, o qual organiza a Corregedoria Geral da Administração em tal entidade da Federação: “Art. 6º - A Corregedoria Geral da Administração tem, por meio dos Grupos Correccionais, dos Centros de Assistência Técnica e dos Centros de Análise de Informações e Sistemas, além de outras que lhe forem conferidas pelo Chefe do Poder Executivo, as seguintes atribuições: (...)IV - propor medidas com o escopo de: a) padronizar procedimentos; b) sanear irregularidades técnicas e administrativas e, quando necessário, impor responsabilidades; (...) VI - desenvolver atividades preventivas de inspeção e correção de potenciais desvios, com técnicas de inteligência, visando ao combate de irregularidades administrativas ou práticas lesivas ao patrimônio público;”(g.n.)[texto disponível em <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto-57500-08.11.2011.html>, acesso em 05/10/16, às 10:00].

⁵⁶¹ Enquadrando o ouvidor como uma das formas de participação popular na Administração, reflexo da ampliação do alcance do direito de petição e de acesso à informação, confira-se trecho da lição de Marcos Augusto PEREZ: “O ouvidor do povo é, na maioria das vezes, indicado pelo próprio chefe do Poder Executivo (em que pese haver casos de escolha pelo Poder Legislativo). Sua função básica é receber queixas, reclamações e sugestões dos administrados e, decorrentemente, encaminhá-las à Administração, ou para outras instituições que realizem o controle dos agentes públicos e acompanhar o seu processamento junto aos órgãos competentes, na forma do que dispuser a lei ou regulamento. Ao ouvidor a Administração não pode negar qualquer tipo de informação, devendo, no entanto, o mesmo preservar a divulgação das que sejam, pelo seu caráter, sigilosas”(PEREZ, 2009, p. 182).

⁵⁶² Na avaliação de Marcos Jordão T. do AMARAL FILHO, embora ao titular da Controladoria Geral da União- CGU também sejam atribuídas algumas competências sancionatórias, este funciona como *Ombudsman* em nível federal em razão das atividades de ouvidoria que lhe cabe (AMARAL FILHO, 2013, p. 278/279). Pertinente notar que o autor faz a ressalva quanto à ameaça à independência do(a) chefe da CGU pelo fato de ser possível sua demissão *ad nutum*, além do que suas missões poderiam ser alteradas por medida provisória, já que essas até então estavam presentes em lei ordinária e decreto (Lei nº 10.683/03 e Decreto nº 4.785/03, respectivamente)(AMARAL FILHO, 2013, p. 278/279). Como infelizmente ainda estamos distantes de um uso adequado de medidas provisórias pela Presidência da República, o que faz urgir a necessidade de o Judiciário fazer o controle dos requisitos constitucionais existentes para o manejo de tal instrumento (em especial no que se refere à *urgência* prevista no art. 62, *caput*, da CR), o alerta de AMARAL FILHO foi premonitório: a organização prevista para a CGU pela Lei 10.683/03 foi alterada pela MP nº 726/2016, que a transformou em *Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União* (MP que foi convertida na Lei nº 13/341 de 29 de setembro de 2016), dado a confirmar que o referido modelo merece aperfeiçoamento no nosso sistema, em especial no que se refere à falta de estabilidade na sua conformação e composição, condição *sine quan non* para sua atuação livre de ingerências políticas.

Finalmente, as **novas tecnologias** e a ampliação dos **canais de acesso da população** a informações relevantes sobre o exercício da função pública abrem novas fronteiras para o tema do controle e, se bem aproveitadas pelo Estado, podem ajudar a transformar qualitativamente o desempenho de tal encargo.

O aprimoramento tecnológico disponibiliza à Administração diversos bancos de dados que, se cruzados, correspondem a uma relevante ferramenta para identificação de potenciais irregularidades relacionadas a suas atividades e/ou seus agentes⁵⁶³.

Além disso, surgem novos mecanismos para a fiscalização do adequado uso de bens públicos⁵⁶⁴, bem como da legal e oportuna execução orçamentária (MEDAUAR, 2014-B, p. 188⁵⁶⁵), inclusive no que se refere ao acompanhamento do cumprimento de contratos administrativos, que agora passam a contar com fotos de satélites para verificação do atendimento aos respectivos cronogramas⁵⁶⁶.

⁵⁶³ No que se refere ao combate à corrupção, houve recente criação de laboratório no âmbito da Polícia Federal com o propósito de realizar o cruzamento entre dados obtidos pelas autoridades em diferentes operações tendo por objeto o desmantelamento de organizações criminosas. Matéria publicada em 28/06/16 pelo Ministério da Justiça sobre o tema pode ser vista em <http://www.justica.gov.br/noticias/ministro-inaugura-laboratorio-de-combate-a-corrupcao-e-a-lavagem-de-dinheiro-em-sp> [05/10/16, às 11:30]. Quanto ao dia a dia no desempenho da função pública, considerando que anualmente os servidores, por força da Lei de Improbidade Administrativa (art. 13 da Lei nº 8.429/1992), devem apresentar suas declarações de bens aos seus órgãos internos de fiscalização, também se observa um outro canal para que incompatibilidades flagrantes entre patrimônio e vencimentos dos membros do funcionalismo sejam objeto de apuração. Um exemplo de inovação envolvendo tecnologia que parece promissor a respeito foi o sistema desenvolvido no âmbito da Controladoria do Município de São Paulo, cujas iniciativas renderam bons frutos na desestruturação de um esquema de fraudes perpetrado por grupo de fiscais do ISS que atuava na capital. Informações sobre esta e outras iniciativas do órgão podem ser conferidas em http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/controladoria_geral/arquivos/CC_Final2.pdf [05/10/16, às 21:00].

⁵⁶⁴ Como é o caso da fiscalização do uso da frota de carros oficiais por meio de GPS. Edital para a contratação do respectivo serviço pelo Tribunal de Contas de Paraíba (pregão nº 007/16 – DOE 02/09/16) pode ser conferido em <http://portal.tce.pb.gov.br/gestao/licitacao/> [05/10/16, às 11:00].

⁵⁶⁵ Eis o que prevê o inciso II do parágrafo único do art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000): Art. 48 – “São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: (...) II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público”(g.n.).

⁵⁶⁶ Exemplo de caso em que fotos de satélite extraídas do *Google Earth* (<https://www.google.com/earth/>) foram utilizadas pelo Tribunal de Contas da União para reforçar conclusão sobre inconsistências na medição de obras realizada pelo Município de Santarém - PA em contratação que se valeu de recursos transferidos pelo Ministério das Cidades pode ser conferido no julgamento do processo TC nº 014.089/2009-2, realizado em 03/07/2013. O sumário do julgado é o seguinte: “RELATÓRIO DE AUDITORIA. INDÍCIOS DE SOBREPREGO EM OBRAS DO PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO – PAC. OITIVAS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A DESCARACTERIZAR OS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE QUE ENSEJAM OITIVAS. DETERMINAÇÕES. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO, COM APOIO TÉCNICO DE ÓRGÃO FEDERAL, DE LEVANTAMENTO TOPOGRÁFICO”. Destacamos passagem: “68. Todavia, em análise realizada nos Anexos I e II deste trabalho é demonstrado que o material técnico fornecido pela Prefeitura Municipal de Santarém para comprovação e justificativa do quantitativo de

Já o **controle social**, que pode ser visto como uma espécie do gênero participação popular no exercício da função pública (SANTOS, 2014, p. 148/149), implica o **envolvimento das pessoas** que não integram formalmente os quadros do funcionalismo estatal na **fiscalização do bom desempenho das tarefas** a cargo da organização política⁵⁶⁷.

As vantagens na promoção dessa forma de colaboração dos privados com a atividade de controle, assim como ocorre com o fenômeno no que concerne à de execução, vão desde o incentivo à cidadania até o ganho de eficiência no funcionamento dos órgãos respectivos, o que se traduz em uma maior legitimidade no manejo do Poder (vide item 3.1.2.3.1 *supra*)⁵⁶⁸.

No mais, tendo em conta que o Estado é uma criação jurídica, em sendo artificiais as fronteiras que separam a atuação de governantes e governados, essas devem ser desenhadas pela legislação atentando-se para sua instrumentalidade quanto à necessária coordenação entre os esforços públicos e privados para a consecução do bem comum.

Nesse sentido, não sendo a Administração onisciente nem onipotente para a execução das tarefas que lhe são impostas por um modelo de Estado social, deve ela **aproveitar o potencial privado** para desempenho de missões de interesse geral, dentre as quais se destaca justamente a de verificar a existência de irregularidades e/ou má prestação

serviços/aterro já continha diversas inconsistências, falhas e incoerências, passíveis de serem constatadas, independentemente de a equipe ter retornado ao local, ou utilizado de imagens de satélite e das ferramentas “Google Earth e Sketch” para análise. 69. Também se demonstra que independentemente da utilização de imagens de satélite e demais ferramentas aplicadas, seria possível, por meio de uma breve análise do material apresentado para justificar as medições realizadas, que a equipe de fiscalização da obra detectasse inconsistências e erros de quantitativos nos volumes apresentados”[Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1710-24/13-P – disponível em www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_1710_24_13_P.doc - 05/10/16, às 22:00].

⁵⁶⁷ Odete MEDAUAR, após registrar a dificuldade prática que pode haver para que se classifique uma forma de intervenção do cidadão na função estatal como *participação* (privada no processo de tomada de decisão estatal) ou *controle social*, propõe a seguinte definição para o último fenômeno: “*parece adequado inserir, no âmbito do controle social, atuações do cidadão, isolado ou mediante associações, referentes a decisões já tomadas ou em vias de adoção, com o intuito de verificar ou provocar a verificação de sua legalidade, moralidade, impessoalidade, economicidade, conveniência e oportunidade e etc. Os mecanismos de controle social permitem, por si, que a Administração corrija ou evite inadequações nos seus atos ou omissões, e também suscitam a atuação dos órgãos de controle*”(MEDAUAR, 2014- B, p. 186/187)(g.n.).

⁵⁶⁸ Ao discutir o déficit de participação popular no processo orçamentário em nosso país, Bruno Grego dos SANTOS pontua: “*Neste âmbito, a participação popular se apresenta como portadora de dois grandes benefícios - entre outros — ao Estado e à sociedade contemporâneos: trazer à administração pública sólidos instrumentos para a responsividade, ao mesmo tempo em que se constitui como escola de cidadania para os atores sociais, num círculo virtuoso de retroalimentação do potencial democrático de nossa sociedade. Estas duas faces são vislumbradas no controle social, tido por alguns como espécie do gênero participação popular. Por meio do controle social, instrumentalizado pela transparência pública, a sociedade pode, ao mesmo tempo em que vela pelas garantias contra eventuais abusos no exercício da função pública, desenvolver um senso de pertencimento estre si e a estrutura de tomada de decisões estatal, edificando-se a cultura da participação e a consciência cidadã com vistas à contribuição para com a democraticidade dos orçamentos públicos*”(SANTOS, 2014, p. 146).

de serviços públicos (em sentido amplo)(LACAVA, 2008, p. 397 e ss.), **levando tais fatos ao conhecimento das autoridades** responsáveis pela adoção das medidas corretivas pertinentes⁵⁶⁹.

Juridicamente entendemos que esse tipo de cooperação entre privado e público sempre foi possível, ainda na forma do tradicional instituto do *direito de petição*, que abordamos no ponto 3.1.2.3 *supra*.

Todavia, há significativo espaço para incremento da prática, caso haja efetiva intenção de se buscar no particular apoio para uma melhor realização das tarefas de incumbência estatal.

A eficiência da contribuição dos cidadãos para aprimorar a atividade de controle, como é intuitivo, dependerá em boa medida tanto do acesso que lhes é conferido quanto aos dados de interesse público existentes sobre o exercício da função administrativa⁵⁷⁰, como do tratamento a ser dado pelo gestor às manifestações populares e, em especial, da disposição das autoridades em reagir prontamente às referidas provocações (ou seja, à sua capacidade de serem responsivas, nos moldes do que fora exposto no item 3.1.1.5.4 *supra*).

⁵⁶⁹ Quanto ao ponto, vale referência a lição de Pedro Costa GONÇALVES que, tratando da redução da participação do Estado em diversos setores da economia em razão de processos de privatização verificados em vários países, vê na estratégia de ativação das responsabilidades privadas uma forma de garantir que o interesse geral continue a ser tutelado nas áreas que deixaram de ter intervenção direta do Poder Público: “Entre as estratégias de emagrecimento do Estado contam-se naturalmente formas variadas de fomento e de indução da auto-regulação privada para a prossecução de interesses públicos: explica-se assim que a doutrina fale de uma ‘auto-regulação privada provocada, ativada ou induzida pelo Estado’. Está aí presente o já referido interesse do Estado em aproveitar o ‘potencial endógeno da sociedade’ e a ‘capacidade dos atores privados para prosseguir fins públicos’”(GONÇALVES, 2008, p. 161).

⁵⁷⁰ Ponto com relação ao qual nos remetemos às considerações feitas nos itens 3.1.1.5.1 e 3.1.2.3 *supra*.

4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Após termos desenvolvido a ideia de eficiência como vetor condutor da ação pública, o qual coexiste com outros parâmetros que disciplinam a atuação da Administração, sobretudo o da legalidade, discorreremos sobre um modelo de exercício do poder estatal que, a nosso ver, atendendo a alguns pressupostos e bem utilizando certos instrumentos, possa, em consonância com o Direito vigente, produzir melhores frutos para os cidadãos.

Neste capítulo pretendemos colocar em prática o modelo teórico proposto, abordando casos concretos que foram submetidos à apreciação do Poder Judiciário e que podem ser tidos como amostras de quanto ainda precisamos avançar rumo a uma burocracia estatal que coloque a proteção dos direitos e interesses da pessoa como cerne de suas preocupações.

Antes de enfrentarmos os exemplos selecionados de condutas administrativas disfuncionais, relevante fazermos alguns apontamentos sobre a origem do nosso modelo burocrático, buscando-se causas históricas de dificuldades que ainda hoje persistem para a concretização de uma gestão racional de interesses comuns por parte dos nossos administradores.

A incursão que faremos a respeito será breve e relacionada à própria evolução do nosso Direito Administrativo, que, de modo análogo ao quanto apontado pela crítica feita por parte doutrina publicista do Direito Europeu continental, também se desenvolveu a partir de uma perspectiva da autoridade e privilegiando controles procedimentais em detrimento da necessária atenção para com os resultados produzidos na realidade pela intervenção estatal.

4.1. APONTAMENTOS SOBRE A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA NOSSA BUROCRACIA

Raymundo FAORO, discorrendo sobre a organização da nossa burocracia no Brasil colônia, período no qual as autoridades locais tinham amplos poderes para o arbítrio à sombra do Rei, fenômeno potencializado justamente pela distância física entre este e seus subordinados, afirma:

A objetividade, a impessoalidade das relações entre súdito e autoridade, com os vínculos racionais de competências limitadas e controles hierárquicos, será obra do futuro; do distante e incerto futuro. Agora o sistema é o do manda quem pode e obedece quem tem juízo, aberto o acesso ao apelo retificador do rei somente aos poderosos (FAORO, 2001, p. 198).

Além do oceano a separar o governo da metrópole e o da colônia como semente da tirania do nosso agir burocrático, FAORO destaca a própria forma de colonização brasileira como fator determinante para uma cultura administrativa pouco preocupada com a qualidade dos serviços prestados à população (FAORO, 2001, p. 200⁵⁷¹; p. 261/262; p. 273; p. 290), ao que se soma o tradicional uso de **cargos públicos** como instrumento de **barganha política**, os quais inclusive eram objeto de comércio no século XVIII (FAORO, 2001, p. 202 e ss.⁵⁷²; p. 254 e ss.).

A visão *patrimonialista* da gestão pública então vigente criava um ambiente propício à **corrupção** (FAORO, 2001, p. 211), problema agravado pela degradação de vencimentos de algumas classes de servidores (FAORO, 2001, p. 199), bem como pela ausência de uma Justiça disposta a reprimir tal tipo de crime (FAORO, 2001, p. 199⁵⁷³).

Por sua vez, a **demora na ação pública** disfuncional contribuía para o arbítrio do setor privado, a alimentar uma *“conduta de burla à autoridade, perdida esta na ineficiência”*. O autor prossegue: *“Este descompasso cobrirá, por muitos séculos, o exercício privado de funções públicas e o exercício público de atribuições não legais. O*

⁵⁷¹ Isso já que, apesar dos altos impostos cobrados dos cidadãos, todas as riquezas extraídas de seus bolsos eram dirigidas à metrópole, nada retornando em seu benefício (FAORO, 2001, p. 200). Mais à frente pontua FAORO, só que ressaltando que a arrecadação tributária acabava por beneficiar apenas a elite política dominante local: *“A apropriação de rendas que ocorre na exploração econômica tem lugar também no controle financeiro. A receita não se destina, nem se redistribui entre a população, sem que o orçamento contemple despesas de investimento, despesas que se irradiam em benefícios comuns. O alvo visado pela dura atividade financeira será o pagamento de benefícios à nobreza, reduzida a pedinte de favores e rendas, ao funcionalismo, para cujo recrutamento a origem fidalga tem marcado relevo, e ao exército. O desenvolvimento da metrópole e das colônias não entra no plano de governo: o cliente será o estamento, a alta nobreza e a administração, com aplicações só admissíveis no fomento do comércio de trânsito”* (FAORO, 2001, p. 261/162).

⁵⁷² Raymundo FAORO destaca que a sociedade colonial, cujo modo de produção durante muito tempo esteve vinculado ao latifúndio monocultor, só se diferenciava do feudalismo europeu experimentado na Idade Média pela ausência de reciprocidade nos direitos e deveres a serem observados nas relações entre proprietários e lavradores autônomos, que podiam ser expulsos da terra a qualquer momento sem indenização (FAORO, 2001, p. 249/250). O autor ainda ressalta que a condição de vida miserável a que estava sujeita a *plebe dos campos* redundou no germe do crime e do jagunço (FAORO, 2001, p. 252).

⁵⁷³ E para que a Justiça esteja apta a punir esse tipo de crime, não basta que esta se estruture para tanto (o que ainda é um desafio a ser superado mesmo nos dias que correm), sendo imprescindível que a Polícia também esteja devidamente aparelhada, garantindo-se independência dos policiais com relação ao poder político, nos moldes do quanto alertava Victor Nunes LEAL, ao analisar a incapacidade de tal instituição contribuir para a realização de eleições legítimas no período do Império (LEAL, 2012, p. 189).

déspota colonial e o potentado privado tem aí suas origens, origens que o tempo consolidará”(FAORO, 2001, p. 210).

Com a vinda da família real ao Brasil no início do século XIX, evento cuja causa está no movimento expansionista napoleônico, aprofunda-se o uso do aparato burocrático para dar ocupação remunerada a pessoas bem relacionadas com a classe dirigente, sem que isso, evidentemente, tivesse qualquer vinculação com a necessidade do serviço público⁵⁷⁴ ou então com méritos próprios dos candidatos a tais postos (FAORO, 2001, p. 285 e ss.⁵⁷⁵).

Sérgio Buarque de HOLANDA, comungando do mesmo diagnóstico feito por Raymundo FAORO quanto às dificuldades em se estabelecer a *imparcialidade* e *objetividade* como pautas a serem observadas no exercício da função administrativa em nosso país (HOLANDA, 1995/2010, p. 133 e ss.⁵⁷⁶), também identifica, no início do século XX, a **confiança pessoal** como principal critério para recrutamento de funcionários pela Administração, o qual se sobrepõe às capacidades próprias dos aspirantes aos cargos públicos de bem desempenhá-los (HOLANDA, 2010, p. 146).

Face à árdua tarefa de se buscar compatibilizar um modelo ideal de *burocracia weberiana* com o que HOLANDA denomina de *funcionalismo patrimonial*, expressão que designa um corpo de agentes estatais mais preocupados com a satisfação de seus próprios interesses do que com o cumprimento de deveres em prol do bem estar coletivo, o autor conclui:

⁵⁷⁴ “Organizar o império, para o ministério, seria reproduzir a estrutura administrativa portuguesa no Brasil e colocar os desempregados. O eixo da política era o mesmo, secularmente fundido: o reino deveria servir à camada dominante, ao seu desfrute e gozo. Os fidalgos ganharam pensões, acesso aos postos superiores os oficiais da Armada e do Exército, empregos e benefícios civis e eclesiásticos. Para a sementeira pródiga criaram-se as repartições, com a mão larga e a imaginação curta”(FAORO, 2001, p. 289).

⁵⁷⁵ “A transmigração superpôs à estrutura social existente a estrutura administrativa do cortesão fugitivo, com os ‘renovamentos das supérfluas velharias de uma sociedade desfibrada, em que a burocracia se tornará o ideal da vadiagem paga’. Provocou (a vinda da família real para o Brasil) um estremecimento, quase um terremoto, na ordem social e econômica: atingiu o comércio, em todas as suas implicações e braços, a classe lucrativa já ferida com a contração do latifúndio agrário, excitou os senhores territoriais enamorados da aristocracia, experimentada oficialmente, brevemente com as milícias e ordenanças, no exercício dos cargos das câmaras militares, desencadeou a animosidade, o ciúme da burocracia colonial ao funcionário emigrado, favorecido com promoções à fidalguia e aos postos principais”(FAORO, 2001, p. 295).

⁵⁷⁶ O autor, contudo, aparentemente atribui tal fenômeno a um modo de ser próprio das pessoas de origem ibérica, conforme se extrai da passagem que destacamos a seguir: “Em realidade não é pela maior temperança no gosto das riquezas que se separam espanhóis ou portugueses de outros povos, entre os quais viria a florescer essa criação tipicamente burguesa que é a chamada mentalidade capitalista. Não o é sequer por sua menor parvificência, pecado que os moralistas medievais apresentavam como uma das modalidades mais funestas da avarizia. O que principalmente os distingue é, isto sim, certa incapacidade, que se diria congênita, de fazer prevalecer qualquer forma de ordenação impessoal e mecânica sobre as relações de caráter orgânico e comunal, como o são as que se fundam no parentesco, na vizinhança e na amizade”(HOLANDA, 2010, p. 137)(g.n.).

No Brasil, por dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário é possível acompanhar, ao longo da história, o predomínio constante de vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal (HOLANDA, 2010, p. 146).

Caio PRADO JÚNIOR, ao discorrer sobre a formação da nossa Administração Pública, não discrepa das perspectivas adotadas por FAORO e HOLANDA, destacando ainda a **dificuldade encontrada pelos governantes para fazer valer a lei em território nacional**, para o que, desde os primeiros momentos de nossa história, concorria o “*caos imenso de leis que constitui o direito administrativo da colônia*” (PRADO JÚNIOR, 1994/1999, p. 300).

O autor registra que o único interesse de Portugal nestas terras era o de índole fiscal, com o propósito de arrecadar o máximo possível com o mínimo de dispêndio de recursos (PRADO JÚNIOR, 1999, p. 337), o que se refletia na péssima qualidade de atividades essenciais prestadas à população local, como segurança e justiça (PRADO JÚNIOR, 1999, p. 333/334).

PRADO JÚNIOR também observa a **ineficiência, lentidão e falta de organização** como características da Administração Pública do Brasil colônia, bem como a **corrupção** disseminada “de alto a baixo da escala administrativa”, o que certamente era incentivado pelo “próprio sistema vigente de negociar cargos públicos” (PRADO JÚNIOR, 1999, p. 335/336⁵⁷⁷).

Segundo suas palavras, em mais um retrato que poderia ser o de algumas de nossas repartições públicas do século XXI:

Vimos aí (na organização administrativa da colônia) a falta de organização, eficiência e presteza do seu funcionamento. Isso sem contar os processos brutais empregados, de que o recrutamento e a cobrança de tributos são exemplos máximos e índices destacados do sistema geral em vigor. A complexidade dos órgãos, a confusão de funções e competências; a ausência de método e clareza na confecção das leis, a regulamentação esparsa, desconhecida e contraditória que a caracteriza, acrescida e complicada por uma verborragia abundante em que não faltam às vezes até dissertações literárias; o excesso de burocracia dos órgãos centrais em que se acumula um funcionalismo inútil e numeroso, de caráter mais deliberativo, enquanto os agentes efetivos, os executores, rareiam (...)E, com toda aquela complexidade e variedade de órgãos e

⁵⁷⁷ “Os mais honestos e dignos delegados da administração régia são aqueles que não embolsam sumariamente os bens públicos, ou não usam dos cargos para especulações privadas; porque de diligência e bom cumprimento dos deveres, nem se pode cogitar” (PRADO JÚNIOR, 1999, p. 335/336).

funções, não há, pode-se dizer, nenhuma especialização (PRADO JÚNIOR, 1999, p. 333).

Quanto ao enfrentamento dos problemas relatados pelos estudiosos do período colonial, que no geral persistiram no Brasil Império e na República Velha (GABARDO/ROCHA, 2014, p. 246/247⁵⁷⁸), a evolução mais importante deu-se através de um esforço para a **profissionalização da Administração**, com a progressiva generalização do **concurso público** como meio de seleção de pessoal para compor o respectivo aparato burocrático.

O divisor de águas nesse sentido, segundo a doutrina, teriam sido as iniciativas pioneiras levadas a cabo pelo governo Getúlio Vargas, as quais, tendo por norte a promoção de uma gestão pública eficiente, representaram uma tentativa de combate ao *patrimonialismo* e ao *clientelismo* (GUERZONI FILHO, 1995, p. 43 e ss.; PEREIRA, 1996, p. 4/5; LIMA JÚNIOR, 1998, p. 5 e ss.; PEREIRA, 2010, p. 177; NOHARA, 2012, p. 19 e ss.; CUNHA, 2012, p. 389/390⁵⁷⁹); patologias que, apesar dos séculos, resistem até os dias de hoje (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 28; SILVA, 2007, p. 40 e ss.; GABARDO/ROCHA, 2014, p. 245⁵⁸⁰; CARNAES, 2014).

⁵⁷⁸ “A independência e a Constituição de 1824 não produziram resultados efetivos na realidade perceptível no sentido de alterar essas relações público-privadas tipicamente coloniais. Em que pese ter sido reconhecida a cidadania do ponto de vista jurídico formal, os brasileiros eram os mesmos. Não seria nem mesmo preciso dizer que a efetividade das normas não ocorre somente em face da sua positivação; ela depende do contexto social e político (cada tempo histórico produz sua cultura de direitos)” (GABARDO/ROCHA, 2014, p. 246). No que concerne à República Velha (1889/1930), tem-se que a confusão entre o público e privado permaneceu como característica da vida pública nacional (GABARDO/ROCHA, 2014, p. 247), tendo como uma das suas maiores expressões o que foi denominado como *coronelismo*, sistema de poder em que o mandonismo de lideranças locais convivía com o sistema representativo existente em nível estadual, em uma relação marcada pela fraude eleitoral, a troca de favores e mútuo benefício (LEAL, 2012, p. 43/44; GABARDO/ROCHA, 2014, p. 247). Nas palavras de Victor Nunes LEAL: “Há ainda fatores pessoais de toda ordem (na estrutura econômica e social ainda vigente no início do século XX), desde arranjar emprego público até os mínimos obséquios. É neste capítulo que se manifesta o paternalismo com sua recíproca: negar pão e água ao adversário. Para favorecer os amigos, o chefe local resvala muitas vezes para a zona confusa que medeia entre o legal e o ilícito, ou penetra em cheio no domínio da delinquência, mas a solidariedade partidária passa sobre todos os pecados uma esponja regeneradora. A definitiva reabilitação virá com a vitória eleitoral, porque, em política, ‘só há uma vergonha: perder’. Por isso mesmo, o filhotismo tanto contribui para desorganizar a administração municipal” (LEAL, 2012, p. 60).

⁵⁷⁹ No sentido de esses problemas não serem exclusivos do Brasil, alcançando, em maior ou menor proporção, outros países da América Latina, ver KAUFMAN, Ester. E-gobierno en Argentina: crisis, burocracia y redes *in América Latina Puntogob: casos y tendencias in gobierno electrónico*, p. 151/187, Santiago: AICD-OEA, 2004 (p. 154); TELLO, Diana Carolina Valencia; LIMA, Edison Vitorelli Diniz. A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento *in Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 262, p. 145/177, Rio de Janeiro: FGV, jan.-abr. 2013 (p. 158 e ss.).

⁵⁸⁰ Apesar de não apresentarem conceito unívoco, poderíamos designar de *patrimonialismo* o tratar a coisa pública como se própria fosse, extraindo-se dos bens de todos vantagens indevidas em proveito particular. Por sua vez, o *clientelismo*, que em certa medida é decorrência da confusão público-privada que marca a gestão patrimonialista, pode ser tido como uma relação de troca de favores entre autoridades públicas, o que envolve a prerrogativa de nomeação de agentes estatais como instrumento para composição de alianças (logo,

No contexto da Revolução de 1930, a Constituição de 1934 fora a primeira a trazer um título específico para os funcionários públicos (GUERZONI FILHO, 1995, p. 43⁵⁸¹), foi aprovada a lei nº 284/1936 (a primeira a sistematizar a carreira do funcionalismo em nível federal) e criado, em 1938, o DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público (GUERZONI FILHO, 1995, p. 44⁵⁸²).

A Lei nº 284/1936 criou o *Conselho Federal do Serviço Público Civil – C.F.S.P.C.*, com atribuição de estudar a organização dos serviços públicos no país, propondo ao governo medidas para seu aperfeiçoamento (art. 10, “a”), além de promover concursos públicos para provimento de cargos na Administração (art. 10, “b”) e, o que é bastante sintomático quanto ao provável diagnóstico de inchaço da máquina pública até então existente, de sugerir ao Presidente a redução do quadro de servidores, adequando-o às “*estritas necessidades do serviço*” (art. 10, “f”⁵⁸³).

como efeito dessa interação não republicana entre detentores de cargos administrativos normalmente de alto escalão, está o *nepotismo* ou *filhotismo*, que, como apontado no corpo do texto, tem larga tradição na Administração Pública nacional). Também há registro do uso do termo *clientelismo* para descrever uma postura paternalista dos governantes com relação aos governados, em especial quando esta é marcada pela ideia de intercâmbio de vantagens (SILVA, 2007, p. 10 e ss.) Para ilustrarmos possibilidades de definição dos fenômenos, seguem duas propostas, uma de Paulo MODESTO para *patrimonialismo* e outra de Fábio Wander REIS para *clientelismo*. “*No patrimonialismo o governante organiza o poder político como uma espécie de poder doméstico, segundo vínculos de solidariedade e fidelidade típicos dos membros de uma família. Não há impessoalidade (exercício do poder ‘sine ira et studio’, sem ódio e paixão, elementos essenciais para o conceito objetivo de dever impessoal). O poder é exercido como propriedade pessoal do governante, extensão do seu domínio privado, sem realizar-se a distinção entre esfera pública e esfera privada. Os cargos são vendidos ou concebidos como prebendas ou sinecuras, sendo utilizados para cooptação e favorecimento. O poder é concebido como um bem privado e apropriados pelos seus exercentes, sempre atentos à proteção de seus dependentes ou afilhados. O governante é o ‘pater familias’ supremo*” (MODESTO, 2013, p. 264). “*O clientelismo é há muito visto como caracterizado, em geral, por três traços básicos: (a) trata-se de relações que envolvem algum grau de assimetria quanto aos recursos controlados pelos participantes ou sua posição socioeconômica e política; (b) os vínculos estabelecidos entre os indivíduos de diferentes posições, ou seja, os patrões e os clientes, são de natureza particularista e pessoal; (c) o intercâmbio entre patrões e clientes, envolvendo benefícios mútuos, tem tipicamente caráter instrumental e pragmático*” (REIS, 2015, p. 147).

⁵⁸¹ Trata-se do título VII da CR/1934, cujo art. 170, número 2, previa a regra de aprovação em concurso como condição de acesso às carreiras do funcionalismo. A redação do dispositivo era a seguinte: “*O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: (...) 2º a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos*”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm [15/12/16, às 23:00]. Segundo Gilberto GUERZONI FILHO, somente com aprovação do Estatuto dos Funcionários Cíveis da União (Lei nº 1711/1952) é que o concurso finalmente virou a regra para admissão de pessoal no funcionalismo estatal (1995, p. 44).

⁵⁸² Essa primeira tentativa de reforma administrativa fora conduzida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes (PEREIRA, 1996, p. 4; NOHARA, 2012, p. 22; CUNHA, 2012, p. 389).

⁵⁸³ DO CONSELHO FEDERAL DO SERVIÇO PÚBLICO CIVIL. “*Art. 10. Compete ao C.F.S.P.C.: a) estudar a organização dos serviços públicos e propor ao Governo qualquer medida necessária ao seu aperfeiçoamento; b) promover a realização dos concursos de provas, de títulos, ou de provas e títulos, para provimento de cargos administrativos e técnicos, organizar os programas dos referidos concursos e nomear as respectivas bancas examinadoras excluídos sempre os do magistério, regulados nas leis especiais, bem como fixar as normas gerais que deverão ser observadas nas respectivas inscrições; (...) l) propor ao Presidente da República, para ser levado ao conhecimento do Poder Legislativo, a redução dos quadros dos*

Tal diploma também estabeleceu o dever de criação de *Comissões de Eficiência* em todos os ministérios, subordinadas aos titulares das respectivas pastas, com o propósito de avaliarem, continuamente, causas de deficiência de rendimento para as atividades desenvolvidas por tais órgãos, bem como de formularem propostas para melhoria na racionalização de serviços, inclusive no que se refere à gestão de recursos humanos⁵⁸⁴.

Esse esforço de profissionalização da Administração Pública brasileira, contudo, não foi o bastante para superar suas raízes patrimoniais, em especial no que se refere ao uso do cargo público como moeda de troca no jogo político (GUERZONI FILHO, 1995, p. 44⁵⁸⁵).

funcionários públicos, colocando-os dentro das estritas necessidades do serviço” (g.n.) [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=284&tipo_norma=LEI&data=19361028&link=s, acesso em 14/12/16, às 23:00].

⁵⁸⁴ DAS COMISSÕES DE EFICIÊNCIA. “Art. 15. Articulada com o Conselho Federal de Serviço Público Civil - C.F.S.P.C., afim de facilitar-lhe a tarefa, existirá, em cada Ministério, uma Comissão de Eficiência, subordinada ao titular da respectiva pasta. Art. 16. Cada Comissão de Eficiência se comporá de cinco membros escolhidos dentre altos funcionários federais, e nomeados em comissão, pelo Presidente da Republica, por proposta do respectivo Ministro. Art. 17. Compete à Comissão de Eficiência, de Ministério: a) estudar permanentemente a organização dos serviços afetos ao respectivo Ministério, afim de identificar as causas que lhes diminuem o rendimento; b) propor ao Ministro as modificações que julgar necessárias à racionalização progressiva dos serviços; c) propor as alterações que julgar convenientes na lotação ou relotação do pessoal das repartições, serviços ou estabelecimentos; d) propor as promoções e transferências dos funcionários na forma desta lei; e) habilitar o C.F.S.P.C. a apreciar a procedência impropriedade das reclamações apresentadas pelos funcionários. Art. 18. Por sessão a que comparecer, cada membro da Comissão de Eficiência perceberá a gratificação cinquenta mil réis, limitado, porém, em quinhentos mil mensais, o máximo dessa vantagem” [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=284&tipo_norma=LEI&data=19361028&link=s, acesso em 14/12/16, às 23:00].

⁵⁸⁵ Nas palavras de Gilberto GUERZONI FILHO “*estes princípios* (em especial quanto à ideia de formação de uma burocracia estatal selecionada por mérito, conforme o espírito das Leis nº 284/1936 e 1711/1952) foram, entretanto, sistematicamente burlados em toda uma série de diplomas legais posteriores” (1995, p. 44). Nesse sentido, o autor relaciona, por exemplo, a Lei nº 4.069/1962, cujo art. 23, parágrafo único, tratou de estabilizar no funcionalismo a situação de pessoas que tinham sido admitidas pela Administração sem concurso, desde que contando com 5 anos de efetivo exercício no cargo até aprovação do referido diploma. Segundo o autor: “A Lei no 4.069, de 1962, representou o último grande e talvez definitivo golpe no sistema de mérito para acesso e desenvolvimento do Serviço Público, cuja implantação foi tentada pelo DASP, a partir de sua criação em 1938. Esta Lei, denominada pelo eminente jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Evandro Lins e Silva, em julgado proferido sobre a matéria, de ‘lei de favor’, coroou um processo que teve início com a estabilização dos internos e extranumerários pela Carta de 1946. As consequências da Lei no 4.069, de 1962, foram tanto mais graves na medida em que ensejaram o enquadramento, como servidores públicos, de boa parte dos contratados para trabalhar na estrutura administrativa extraordinária e paralela à máquina regular, montada pelo Governo Federal para a construção e instalação da nova Capital Federal. Todo este processo fez com que, no início da década de 60, estivesse a Administração Federal inchada e incapaz de realizar, de forma eficiente e eficaz, as suas obrigações” (GUERZONI FILHO, 1995, p. 44). Outras formas de burla ao concurso público, segundo o autor, corresponderam à prática de contratação de pessoal por entidades da Administração indireta (em especial fundações e estatais), que logo eram cedidos para trabalhar na Administração direta, e ao instituto da ascensão funcional, pelo qual o servidor, por meio de concurso interno, passava a ocupar cargo de natureza diversa daquele para o qual prestou exame admissional de provas e títulos (GUERZONI, 1995, p. 46/48). A ascensão era prevista expressamente pela CR/69 nos seguintes termos: Art. 97. “Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. § 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos

O segundo momento importante nesse movimento de racionalização do aparato burocrático estatal veio no governo militar, com o Decreto-lei n. 200 de 1967⁵⁸⁶ (ainda em vigor). No contexto de uma reforma tida por parte da doutrina como uma primeira tentativa de se implantar um modelo de *gestão pública gerencial* entre nós (PEREIRA, 1996, p. 6/7; CARNAES, 2016, p. 143), tal iniciativa legislativa teve como norte as ideias de uso de **institutos de direito privado**⁵⁸⁷, **descentralização**⁵⁸⁸ e **“desburocratização”**⁵⁸⁹ como fatores relevantes para o exercício eficiente da função administrativa (GUERZONI FILHO, 1995, p. 45; CUNHA, 2012, p. 389).

Em mais um exemplo de que só a previsão legal de instrumentos para ganhos de eficiência no agir administrativo de nada ou pouco vale para transformar a realidade caso os destinatários da norma não estejam comprometidos com sua concretização, tem-se que desde o DL nº 200/1967 já era expressamente lembrado ao gestor que o **processo é um meio** para alcançar um fim, razão pela qual este deve ser regido por um formalismo moderado, do que é uma consequência a **eliminação de controles meramente formais** da atividade estatal (o que, como se sabe, é um desafio entre nós ainda nos dias de hoje, ou seja, passado meio século da promulgação da referida lei⁵⁹⁰).

indicados em lei” [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm, acesso em 17/12/16, às 23:00].

⁵⁸⁶ Diploma que fora precedido de diversos estudos buscando o diagnóstico de problemas enfrentados pela burocracia estatal brasileira para cumprir de modo mais eficiente as suas atividades, inclusive realizados durante o governo João Goulart (como na Comissão Amaral Peixoto), que, em maior ou menor grau, acabaram refletindo na reforma levada a cabo pelo governo militar, em especial no que diz respeito às ideias de descentralização e de busca de uma maior flexibilidade para a ação administrativa (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 9/11).

⁵⁸⁷ Além da possibilidade de contratação de servidores pela CLT (arts. 96 e 97 do Decreto-lei 200/1967, em conformidade com o art. 104 da CR/1967), a legislação também consolidou o uso de fundações de direito privado pelo Poder Executivo, entidades que, quanto ao recrutamento de pessoal, tinham regras mais flexíveis do que as vigentes para Administração direta ou autárquica (GUERZONI FILHO, 1995, p. 45). Na avaliação de Gilberto GUERZONI FILHO, tal flexibilidade para admissão de funcionários levava no mais das vezes à singela dispensa do “entreve” do concurso público como condição para tanto (GUERZONI FILHO, 1995, p. 46). Ainda trataremos do ponto mais à frente, no corpo do texto.

⁵⁸⁸ Art. 6º do Decreto-lei nº 200/1967 prevê: “*As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento; II – Coordenação; III – Descentralização; IV – Delegação de Competência. V – Controle*”. [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm, acesso em 16/12/16, às 23:00].

⁵⁸⁹ “*De 1979 a 1982, a administração pública federal, embora enfrentando problemas crônicos, entre eles a não-profissionalização do servidor público, abre duas novas frentes de atuação: a desburocratização, regulada pelo Decreto nº 83.740, de julho de 1979, visando a simplificação e a racionalização da burocracia e com forte orientação para o usuário do serviço público, e a desestatização. O Programa Nacional de Desburocratização em cerca de três anos expediu mais de 100 normas regulatórias*” (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 14).

⁵⁹⁰ Art. 14 do DL 200/67: “*O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco*” [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm], acesso em 16/12/16, às 23:00].

No que se refere à supervisão ministerial (art. 19 e ss. do DL nº 200/167) a ser realizada no âmbito do controle interno da Administração direta ou no controle de finalidade exercido sobre as entidades da Administração indireta foram positivadas as atribuições de **coordenação** e **harmonização** das atividades a cargo dos supervisionados (inciso IV do art. 25 do DL nº 200/1967), bem como a zeladoria para que a chefia das tarefas fiscalizadas fossem confiadas a *dirigentes capacitados* (inciso V do art. 25 do DL nº 200/1967).

Também passou a ser expressamente prevista na legislação, como mecanismo para aprimoramento do exercício da função administrativa, a **avaliação periódica de rendimento/produktividade** dos órgãos públicos (alíneas “i” do parágrafo único do art. 26, §3º do art. 30 e 95 do DL nº 200/1967⁵⁹¹) e a possibilidade de **intervenção** do Ministério motivada pela salvaguarda do **interesse público** (alíneas “i” e “h” do parágrafo único do art. 26, do DL nº 200/1967).

Especificamente no que concerne ao funcionalismo, desde o DL nº 200/67 já havia estipulação legal de vários princípios que ainda hoje, quando enunciados por dirigentes “progressistas”, soam como medidas reformistas imprescindíveis para uma gestão estatal eficiente, tais como: dignificação da função pública, aumento de produtividade, **aperfeiçoamento do servidor e incentivo para que este participe da formulação de propostas para melhor desempenho da Administração (e redução de custos operacionais)**, fortalecimento do sistema de mérito para ingresso na burocracia e alocação de recursos humanos em conformidade com as reais necessidades de cada órgão (art. 94 do DL nº 200/1967).

Dentre as medidas estabelecidas para, de forma imediata, passar a ser perseguido pelo Poder Executivo o cumprimento dos novos parâmetros delineados para uma melhor performance da ação administrativa, estão a possibilidade de remanejamento, disponibilidade ou exoneração/demissão de servidores ociosos (art. 99⁵⁹²), além da

⁵⁹¹Vide, por exemplo, o teor do art. 95 do DL nº 200/1967: “*O Poder Executivo promoverá as medidas necessárias à verificação da produtividade do pessoal a ser empregado em quaisquer atividades da Administração Direta ou de autarquia, visando a colocá-lo em níveis de competição com a atividade privada ou a evitar custos injustificáveis de operação, podendo, por via de decreto executivo ou medidas administrativas, adotar as soluções adequadas, inclusive a eliminação de exigências de pessoal superiores às indicadas pelos critérios de produtividade e rentabilidade*” [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm], acesso em 16/12/16, às 23:00].

⁵⁹² Art. 99 do DL nº 200/1967: “*O Poder Executivo adotará providências para a permanente verificação da existência de pessoal ocioso na Administração Federal, diligenciando para sua eliminação ou redistribuição imediata. § 1º Sem prejuízo da iniciativa do órgão de pessoal da repartição, todo responsável por setor de trabalho em que houver pessoal ocioso deverá apresentá-lo aos centros de redistribuição e aproveitamento de pessoal que deverão ser criados, em caráter temporário, sendo obrigatório o aproveitamento dos*

prerrogativa de instauração de processo administrativo “*para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres*” (art. 100 do DL nº 200/1967).

Com o mesmo espírito pensou-se na determinação de critérios para contratação de pessoal para exercer *cargos em comissão*, que, com a progressiva exigência de concurso público como condição para ingresso no funcionalismo⁵⁹³, provavelmente passava a ser a “nova” válvula de escape para dar azo à antiga prática de ocupação da máquina pública por parentes, amigos e correligionários dos governantes (problema que permanece até os dias de hoje, como veremos em seguida).

Seguindo tal diretriz, a redação original do art. 101 do DL nº 200/1967 prescrevia:

Art. 101. Ressalvados os cargos em comissão definidos em ato do Poder Executivo como de livre escolha do Presidente da República, o provimento em cargos em comissão e funções gratificadas obedecerá a critérios que considerem, entre outros requisitos, os seguintes:

I - Pertencer o funcionário aos quadros de servidores efetivos, ocupando cargo de nível adequado e cujas atribuições guardem relação com as da comissão ou função gratificada.

II - Comprovação de que o funcionário possui experiência adequada e curso de especialização apropriado ao desempenho dos encargos da comissão, considerando-se satisfeito o requisito se o funcionário se submeter a processo de aperfeiçoamento, nas condições e ocasião em que for estipulado.

III - Obrigar-se o funcionário, quando se caracterizar o interesse da Administração, ao regime de tempo integral e dedicação exclusiva.

(...)

§ 2º **É inerente ao exercício dos cargos em comissão e funções gratificadas diligenciar seu ocupante no sentido de que se aumente a produtividade, se reduzam os custos e se dinamizem os serviços (g.n.)**⁵⁹⁴.

concurados. (...) § 4º Com relação ao pessoal ocioso que não puder ser utilizado na forma deste artigo, será observado o seguinte procedimento: a) extinção dos cargos considerados desnecessários, ficando os seus ocupantes exonerados ou em disponibilidade, conforme gozem ou não de estabilidade, quando se tratar de pessoal regido pela legislação dos funcionários públicos; b) dispensa, com a consequente indenização legal, dos empregados sujeitos ao regime da legislação trabalhista. § 5º Não se preencherá vaga nem se abrirá concurso na Administração Direta ou em autarquia, sem que se verifique, previamente, no competente centro de redistribuição de pessoal, a inexistência de servidor a aproveitar, possuidor da necessária qualificação. § 6º Não se exonerará, por força do disposto neste artigo, funcionário nomeado em virtude de concurso” [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm], acesso em 16/12/16, às 23:00].

⁵⁹³ O art. 102 do DL nº 200/1967, ainda, veda expressamente a nomeação de pessoal para ocupação interina de cargos públicos, o que, pelo visto, também era um problema no período anterior à promulgação de tal lei. Eis a respectiva redação: “*É proibida a nomeação em caráter interino por incompatível com a exigência de prévia habilitação em concurso para provimento dos cargos públicos, revogadas todas as disposições em contrário*” [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm], acesso em 16/12/16, às 23:00].

⁵⁹⁴ Tal disciplina, que com alguma adaptação talvez fosse ainda oportuna de ser implantada nos dias de hoje, durou pouco. O Decreto-lei nº 900/1969 reformou o art. 101 do DL nº 200/1967, o qual passou a contar com

Apesar dos avanços, o diagnóstico que se faz do período é que nele ainda não foi possível concretizar-se a tão almejada profissionalização da Administração Pública (pressuposto do modelo burocrático weberiano, diga-se), já que durante a ditadura militar foi abundante o uso de entidades da Administração indireta como recurso para admissão de mão de obra para o funcionalismo, sem a realização de concurso como método republicano de seleção (GUERZONI FILHO, 1995, p. 46; PEREIRA, 1996, p. 7; LIMA JÚNIOR, 1998, p. 13/14).

Sobre tal aspecto, confira-se trecho da reflexão de Gilberto GUERZONI FILHO:

O que ocorreu, na prática, foi que grande parte dos servidores admitidos pelo regime celetista o foram sem concurso público e sem direito à estabilidade. De fato, praticamente a totalidade dos servidores admitidos pelas fundações, forma jurídica em que se constituíram grande parte das entidades criadas na época, entrou no serviço público, na melhor das hipóteses, por processo seletivo simplificado, onde não esteve presente o pressuposto da impessoalidade, nem qualquer mecanismo institucional de avaliação de mérito. Estes servidores foram, muitas vezes, admitidos para prestar serviços na Administração direta. De fato, algumas fundações não passavam de verdadeiras intermediárias de mão de obra, aproveitando-se do fato de que não precisavam admitir por concurso e tinham ampla liberdade de fixação de remuneração de seus servidores (GUERZONI FILHO, 1995, p. 46).

O caminhar rumo à construção de um corpo burocrático profissional e selecionado por mecanismos pautados na impessoalidade e no mérito, em meio a diversas reviravoltas que revelam a dificuldade de muitos de nossos governantes abandonarem uma concepção patrimonialista de exercício do poder (e, em particular, da prerrogativa de nomearem funcionários como contrapartida por apoio a suas gestões - GUERZONI FILHO, 1995, p. 45/48; CARNAES, 2014), teve como novo marco importante a **Constituição da República de 1988**⁵⁹⁵, que fora a primeira a estabelecer de maneira inequívoca o **concurso** como filtro obrigatório para quem se candidate a um posto no funcionalismo⁵⁹⁶.

a seguinte redação: “*O provimento em cargos em comissão e funções gratificadas obedecerá a critérios a serem fixados por ato do Poder Executivo que: a) definirá os cargos em comissão de livre escolha do Presidente da República; b) estabelecerá os processos de recrutamento com base no Sistema do Mérito; e c) fixará as demais condições necessárias ao seu exercício*”. Não consta, pelo menos da fonte oficial de informação a respeito (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm), acesso em 16/12/16, às 23:00), que tal regulamentação a cargo do Executivo tenha sido expedida mesmo após 40 anos de sua previsão.

⁵⁹⁵ Quanto ao ponto, é importante destacar que, na linha de novas propostas de mudança da Administração que vinham desde a redemocratização do país (no governo Sarney houve a criação da SEDAP – Secretaria de Administração Pública da Presidência da República e da ENAP – Escola Nacional de Administração Pública,

Mas o passado continua presente em nossa Administração, sendo que a própria Constituição previu em suas disposições transitórias, renovando benesse já outorgada anteriormente, a efetivação no serviço público de pessoas contratadas irregularmente para tanto, desde que, quando da promulgação do respectivo texto, exercessem há pelos menos 5 anos suas funções no cargo em que pretendida a estabilização⁵⁹⁷.

Se não bastasse, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 243⁵⁹⁸, enquadrou no mesmo regime jurídico servidores concursados e contratados pela CLT sem tal “formalidade”, em mais

sendo que no governo Collor houve um movimento de desestatização e desregulamentação – LIMA JÚNIOR, 1998, p. 15/18), a própria Constituição de 1988 previu, em seus Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, o prazo de 180 dias para a realização da reforma administrativa. Art. 24 do ADCT da CR/1988: “*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados da sua promulgação*” [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm , acesso em 18/12/16, às 22:00]. A criação da SEDAP, que sucedeu o DASP, deu-se por obra do Decreto nº 93.211 de 1986, que, posteriormente, foi revogado pelo Decreto nº 99.606/1990 [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/d93211.htm, acesso em 18/12/16, às 23:30].

⁵⁹⁶ Art. 37, II da CR/88 – “*a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*” (redação original) [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm , acesso em 17/12/16, às 23:00]. O avanço significativo da Constituição de 1988 sobre o tema, quando comparado ao quanto estabelecido a respeito nas cartas anteriores, está no fato de a CR/1946 prever necessidade de concurso apenas para cargos de carreira, enquanto a de CR/1967 exigia-o apenas para o primeiro provimento em cargo público, admitida a ascensão funcional (GUERZONI FILHO, 1995, p. 49). Luiz Carlos Bresser PEREIRA também celebra o progresso que a previsão da Carta Cidadã, ao universalizar o concurso como meio de acesso aos postos de trabalho na Administração, traz para a profissionalização do serviço público, mas critica excessos, já que a seu ver haveria contratações que, embora de modo público e transparente, deveriam ser mais flexíveis. Além disso, o autor ainda reprova a vedação de concursos internos de promoção que não sejam para cargos integrantes de uma mesma carreira (PEREIRA, 1996, p. 14/15).

⁵⁹⁷ Art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da CR/1988: “*Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. § 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei. § 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do “caput” deste artigo, exceto se se tratar de servidor.*” [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm , acesso em 17/12/16, às 23:00]. A fórmula, que nos noticiários mais críticos atente pela alcunha (pejorativa) de “trem da alegria”, já é da tradição do nosso constitucionalismo (vide a respeito o art. 169 da CR/1934, art. 23 do ADCT da CR/1946 e §2º do art. 177 da CR/1967)(GUERZONI FILHO, 1995, p. 55/56). Quanto à Constituição de 1934, confira-se a redação do dispositivo mencionado: Art 169 – “*Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa. Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público*” [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm, acesso em 18/12/16, às 11:00].

⁵⁹⁸ Art. 243 da Lei 8.112/1990 - “*Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto*

uma manifestação de desprestígio por parte dos *donos do poder* (FAORO, 2001) ao instituto do concurso público, nada obstante sua previsão em nossa ordem Constitucional pelo menos desde 1934, mas cuja definitiva assimilação à nossa cultura contraria uma visão patrimonial e clientelista da coisa pública ainda renitente na política nacional⁵⁹⁹.

Já sob a égide da Carta Cidadã de 1988, o evento até então mais relevante na inconclusa reforma administrativa brasileira correspondeu às alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 (referida no Capítulo 1 desta tese) no texto constitucional, como resultado dos trabalhos desenvolvidos no Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE, liderados pelo Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 18 e ss.).

Em 1995 é instituído o MARE e inicia-se o processo que buscou, de forma alto declarada, a superação de um **modelo de Administração Pública** burocrático (que, pela evolução supramencionada, nunca foi satisfatoriamente alcançado entre nós⁶⁰⁰) por um **gerencial** (PEREIRA, 1996, p. 23/24⁶⁰¹).

dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação”(g.n.). Note-se que essa simples mudança legislativa criou um passivo imenso para o regime previdenciário dos servidores públicos, já que este assumiu o encargo de pagamento de benefícios de milhares de funcionários que durante toda a sua vida recolheram contribuições para o regime geral de previdência. Nesse sentido, Gilberto GUERZONI FILHO informa que em apenas um ano de vigência do novo estatuto aposentaram-se pelo Tesouro Nacional cerca de 50.000,00 servidores, o que seria o triplo do esperado para o período, dos quais provavelmente 90% contribuíam para o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e não para o regime de previdência pelo qual se aposentaram (1995, p. 57). Crítica a respeito também é feita por Luiz Carlos Bresser PEREIRA (1996, p. 9/10).

⁵⁹⁹ A respeito, vale transcrever passagem do estudo de Gilberto GUERZONI FILHO relativa às iniciativas ousadas levadas a cabo pelos constituintes dos Estados na saga por estabilizar no serviço público pessoas contratadas sem concurso (muitas das quais acabaram frustradas pela atuação do STF no respectivo controle de constitucionalidade), o que imaginamos que pode explicar, ao menos em parte, as dificuldades que muitos setores da Administração Pública brasileira enfrenta para prestar um bom serviço à população. “*As Constituições estaduais foram ainda mais longe. A do Estado do Acre determina a estabilidade do servidor que contar cinco anos de exercício na data de sua publicação, sem qualquer exceção, dando margem a estabilização de empregados de estatais e ocupantes de cargos temporários. As da Bahia, do Ceará, do Maranhão e do Rio Grande do Norte estabilizaram, explicitamente, os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista. A Constituição de Santa Catarina estabilizou os servidores admitidos em caráter transitório e nem mesmo exigiu que os cinco anos de exercício para obtenção do direito fossem continuados. No Piauí, todos os servidores admitidos até seis meses antes da promulgação da Constituição, inclusive a título de prestação de serviços, ganharam estabilidade, somente podendo ser demitidos se, submetidos a concurso público de provas e títulos, não lograssem aprovação. Em Minas Gerais, foram estabilizados os servidores das empresas públicas e sociedade de economia que prestavam serviços à Administração direta (...)*”(GUERZONI FILHO, 1995, p. 56).

⁶⁰⁰ Nesse sentido, confira-se a observação feita por Olavo Brasil de LIMA JUNIOR: “*O diagnóstico sobre o qual se basearam as mudanças que, posteriormente, vieram a ser propostas (pelo MARE) parece-me ser, no mínimo, discutível, por não corresponder à realidade brasileira. Isto porque o diagnóstico, em primeiro lugar, afirma que as fases patrimonialista e burocrática estão superadas, cabendo agora introduzir no Estado a administração gerencial. Creio que a revisão até agora procedida evidencia precisamente o*

Desde sua criação foram atribuições do MARE tratar dos temas da *reforma do Estado, reforma da Administração, modernização da gestão e promoção da qualidade do serviço público* (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 18⁶⁰²).

Na proposta para reforma do Estado houve a classificação dos âmbitos de sua intervenção em quatro setores: núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços não exclusivos/competitivos e produção de bens e serviços para o mercado, (PEREIRA, 1996, p. 18⁶⁰³).

De acordo com tal abordagem tentou-se identificar quais tarefas deveriam ser desempenhadas pela Administração e quais deveriam ser devolvidas aos particulares, com

oposto: poucas foram as tentativas reais de implantar uma administração burocrática; e, quando isto foi tentado, algum dispositivo legal tratava de neutralizar seus efeitos benéficos. Já o patrimonialismo e o clientelismo político, estes sim, como inclusive reconhece e sempre os condena o governo Fernando Henrique Cardoso, têm sido os traços estruturais de nossa administração pública”(LIMA JÚNIOR, 1998, p. 18). Sobre a leitura feita por Luiz Carlos Bresser PEREIRA quanto ao arrefecimento do patrimonialismo na burocracia brasileira, o que inclusive justificaria, a seu ver, a revisão da estabilidade como garantia do cargo público, confira-se à seguinte passagem: *“A estabilidade, entretanto, implica em um custo. Impede a adequação dos quadros de funcionários às reais necessidades do serviço, ao mesmo tempo que inviabiliza a implantação de um sistema de administração pública eficiente, baseado em um sistema de incentivos e punições. Era justificável enquanto o patrimonialismo era dominante e os serviços do Estado liberal, limitados; deixa de sê-lo quando o Estado cresce em tamanho, passa a realizar um grande número de serviços, e a necessidade de eficiência para esses serviços torna-se fundamental, ao mesmo tempo que o patrimonialismo perde força, deixa de ser um valor para ser uma mera prática, de forma que a demissão por motivos políticos se torna algo socialmente inaceitável”*(PEREIRA, 1996, p. 14).

⁶⁰¹ Apesar da retórica usada em muitas oportunidades por Bresser PEREIRA, este admitia que na verdade deveria haver uma complementação de elementos do modelo burocrático (como concurso, estruturação de carreiras e respectiva política remuneratória) com elementos do gerencial. *“Estas instituições (as burocráticas), entretanto, devem ser suficientemente flexíveis para não conflitar com os princípios da administração pública gerencial. Devem, principalmente, não impedir a recompensa do mérito pessoal desvinculado de tempo de serviço e não aumentar as limitações à iniciativa e criatividade do administrador público em administrar seus recursos humanos e materiais”* (PEREIRA, 1996, p. 24). Em texto mais recente, em que o autor faz um balanço das conquistas alcançadas com a reforma iniciada em 1995, este esclarece: *“Na reforma de 1995 deu-se grande ênfase à administração por resultados, mas não se pretendeu que ela substituísse a administração por processo – apenas que se substituísse a ênfase em processos legais detalhados. Não há incompatibilidade entre as duas formas de controle. A conduta do gestor deve ser legal e de resultados ao mesmo tempo”*(PEREIRA, 2010, p. 178).

⁶⁰² Ao lado desses objetivos, considerados de médio prazo, o movimento reformista capitaneado pelo governo Fernando Henrique Cardoso ainda buscava alcançar metas de ajuste fiscal de curto prazo, em especial a partir da exoneração de servidores por excesso de quadros, definição de teto remuneratório e reforma do regime de aposentadorias, *“aumentando-se o tempo de serviço exigido, a idade mínima para aposentadoria, exigindo-se tempo mínimo de exercício no serviço público e tornando o valor da aposentadoria proporcional à contribuição”*(PEREIRA, 1996, p. 17). Temas, como se vê, de atualidade ímpar ainda nos dias que correm.

⁶⁰³ O núcleo estratégico, formado pelas chefias de poderes (Bresser Pereira fala em Presidência da República, STF e Ministério Público) e assessores mais próximos, seria o responsável pela formulação de leis e políticas públicas. As atividades exclusivas seriam aquelas através das quais o “poder do Estado” é exercido, como a legislação, o emprego da força e tributação. Os serviços não exclusivos, não envolvendo a autoridade estatal, seriam realizados ou subsidiados pelo Poder Público em razão de sua importância para os direitos humanos. Já *“a produção de bens e serviços para o mercado é realizada pelo Estado através das empresas de economia mista, que operam em setores de serviços públicos e/ou em setores considerados estratégicos”*(PEREIRA, 1996, p. 18).

privatização de infraestruturas⁶⁰⁴, buscando-se o modo de Administração Pública mais adequado para cumprimento das respectivas finalidades.

A partir de tal pano de fundo, surgiu a ideia do *contrato de gestão*⁶⁰⁵ para dinamizar o funcionamento do núcleo estratégico e o das atividades exclusivas estatais. Também foi projetado que a execução das incumbências deste último setor e do referente àquelas não exclusivas ficariam a cargo de *agências autônomas e organizações sociais*, respectivamente (PEREIRA, 1996, p. 19).

Bresser PEREIRA previa a concretização da reforma sob exame em três dimensões: 1) institucional-legal; 2) cultural; e 3) gestão. A primeira corresponderia à necessidade de alteração do quadro legislativo e institucional; a segunda, voltada a “sepultar de vez o patrimonialismo”, promovendo uma transição da cultura burocrática para a gerencial; a terceira, que segundo o autor seria a mais difícil, de efetivamente levar à prestação de um **serviço mais barato, melhor controlado e com melhor qualidade** para a população (PEREIRA, 1996, p. 24/25).

Da reforma constitucional advinda dos trabalhos do MARE (EC nº 19/1998), cujo documento principal fora o PDRAE – Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PEREIRA, 2010, p. 192 e ss.⁶⁰⁶), houve alguns avanços importantes para aprimoramento do funcionamento da nossa Administração.

⁶⁰⁴ “No outro extremo, no setor de bens e serviços para o mercado, a produção deverá ser em princípio realizada pelo setor privado. Daí o programa de privatização em curso. Pressupõe-se que as empresas serão mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente. Daí deriva o princípio da subsidiariedade: só deve ser estatal a atividade que não puder ser controlada pelo mercado. Além disso, a crise fiscal do Estado retirou-lhe capacidade de realizar poupança forçada e investir nas empresas estatais, tornando-se aconselhável privatizá-las” (PEREIRA, 1996, p. 20).

⁶⁰⁵ A figura, juridicamente um tanto controversa (já que no caso a pessoa jurídica estaria contratando consigo mesma, o que eventualmente receberia um melhor formato como ato unilateral do superior hierárquico ao qual aderem voluntariamente seus subordinados), passou a ser prevista na CR após a EC nº 19/1998: § 8º do art. 37 da CR – “A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal” [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 20/12/16, às 22:00].

⁶⁰⁶ O PDRAE, cujo texto pode ser consultado no site <http://www.bresserpereira.org.br/> (20/12/16, às 20 horas), já usava, em 1995, o termo “governança” para designar o novo método de gestão proposto, e tinha, além dos objetivos setoriais, as seguintes metas globais: “1. Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos. 2. Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada. 3. Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União. 4. Transferir parcialmente da União para os Estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União” (p. 45).

Além da introdução expressa do **princípio da eficiência** no *caput* do art. 37 da CR, munindo os administradores de mais um elemento para recusar, na sua tarefa de extrair do texto legal um sentido útil para o desempenho de suas atividades, interpretações que sejam despropositadas (vide Capítulo 1 – item 1.1 e Capítulo 2 deste estudo), houve **limitação quanto à possibilidade de contratação de pessoal sem concurso** pelos gestores, que, como vimos, é um dos problemas crônicos da formação da nossa burocracia.

Com tal propósito, o inciso II do art. 37 da Constituição, cuja redação original não estabelecia qualquer padrão objetivo a ser observado na contratação de pessoas para *cargos em comissão*, passou a prescrever que tal tipo de posto só poderia ser criado para funções de *direção, chefia e assessoramento*⁶⁰⁷.

Outras alterações alvissareiras na disciplina da Administração advindas da EC nº 19/1998 foram a previsão de regulamentação da **participação do usuário** no seu funcionamento (§3º do art. 37⁶⁰⁸) e o dever de maior **transparência e publicidade** na **remuneração** dos agentes públicos (§6º do art. 39 da CR⁶⁰⁹).

Passados vinte anos do início do referido processo, é consenso que este ainda está em andamento (PEREIRA, 2010, p. 210), e que, se houve avanços, persistem graves problemas a serem superados rumo a uma organização política que se pautar pela racionalidade no agir e pelo respeito ao indivíduo em primeiro lugar.

4.2. BUROCRACIA BRASILEIRA HOJE

Como é de fácil percepção, as lições destacadas apontam para alguns aspectos da gênese do nosso modelo burocrático que ainda representam desafios a serem superados pelos nossos gestores a fim de que a Administração Pública pátria possa estar a serviço da população (e não de si mesma), contribuindo para a concretização do Estado (através de todas as suas funções) como um espaço de realização de direitos dos cidadãos (e não mero

⁶⁰⁷ Inciso V do art. 37 da CR, em sua redação original, previa o seguinte: “os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei”; O mesmo dispositivo, com o texto que lhe foi dado pela EC nº 19/1998, passou a prescrever o seguinte: “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”(g.n.). [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 20/12/16, às 22:00].

⁶⁰⁸ Tratamos do dispositivo no Capítulo 3, item 3.1.2.3.

⁶⁰⁹ § 6º do art. 37 da CR – “Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos”.

ente arrecadador da riqueza nacional, descompromissado com o reinvestimento desses recursos na melhoria da qualidade de vida das pessoas).

A seguir, apontaremos algumas ações e omissões administrativas que foram extraídas de casos judicializados por pessoas que viram seus direitos ou interesses lesados por uma conduta antijurídica imputada ao Estado, ou, ainda, ações propostas pelo Ministério Público ou pela Defensoria na tutela de direitos coletivos, vários dos quais repetitivos, e que, a nosso ver, são bastante ilustrativos de como nossa organização política ainda deve melhorar para se aproximar do modelo de governança que defendemos nesta tese.

4.2.1. DESAFIOS À GOVERNANÇA NO SETOR PÚBLICO BRASILEIRO

No que se refere à *eficiência do agir executivo*, foco primeiro deste estudo, da análise dos casos selecionados poderíamos apontar três principais entraves ao bom funcionamento do próprio **modelo burocrático weberiano**, cuja superação acreditamos ser condição para o êxito do paradigma de governança que sustentamos no Capítulo 3 desta tese:

- 1) Patrimonialismo (espécie de vício ao princípio da moralidade);
- 2) A existência de um desenho institucional favorável ao desempenho imparcial da função pública;
- 3) O legalismo;

Além dos obstáculos ao normal desenvolvimento dos órgãos públicos segundo sistematização teórica feita a respeito no início do século XX, há outras deficiências que também precisam ser vencidas caso desejemos potencializar o emprego dos escassos recursos existentes à disposição do erário na produção de utilidades para os indivíduos sujeitos à sua esfera de influência.

Como embaraços ao **modelo de governança** proposto, poderíamos destacar dos exemplos que seguem insuficiências da ação administrativa especialmente quanto aos seguintes pressupostos:

- 1) Respeito ao cidadão como postulado central da organização dos serviços públicos;
- 2) Coerência da ação administrativa;
- 3) Proporcionalidade;
- 4) Diálogo intra e intergovernamental;

5) Prestação de contas;

No que concerne ao adequado manejo do *processo*, do *consenso* e da inclusão da *participação popular* no iter decisório da autoridade como instrumentos da governança administrativa, as situações eleitas para análise revelam que ainda há um longo caminho a ser percorrido.

Vejamos o que os casos selecionados podem nos dizer sobre cada uma das carências mencionadas.

4.2.1.1. DESAFIOS À GOVERNANÇA QUANTO AOS SEUS PRESSUPOSTOS E INSTRUMENTOS

Embora não tenhamos desenvolvido um tópico específico sobre a necessidade de **combate ao patrimonialismo** como pressuposto da governança administrativa (enquanto postulado do próprio modelo burocrático weberiano, cujo atendimento nos parece imprescindível para uma melhor gestão pública), abordamos a **moralidade** bem como o **aprimoramento dos órgãos de controle** para prevenção e punição de eventuais desvios no exercício da função administrativa como condições para um agir estatal eficiente (itens 3.1.1.1.1 e 3.1.2.4 supra).

Logo, considerando a importância que a literatura que trata da evolução da nossa burocracia dá ao tema (item 4.1 supra), ao que se soma o atual momento da vida pública nacional que não a desmente⁶¹⁰, teceremos observações sobre dois julgados que, não tratando especificamente de crimes, versam sobre o uso não republicano de prerrogativas e/ou bens públicos.

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. APLICABILIDADE DA LEI N. 8.429/92. Objeção processual rejeitada. Agentes públicos são todas as

⁶¹⁰ Sem contar os resultados surpreendentes que operações policiais recentes vem tendo na recuperação de ativos desviados do patrimônio público nacional (v.g. <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/12/21/o-maior-ressarcimento-na-historia-mundial-diz-deltan-dallagnol-nas-redes.htm> - 21-12-16, às 23:30), vale referir que um Ministro de Estado acabou de ser exonerado sob suspeita de usar seu cargo para buscar influenciar outro Ministro a intervir em um processo administrativo que, realizado por autarquia federal sob sua supervisão (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN), resultou no indeferimento de projeto de interesse pessoal daquele (construção de prédio próximo de bem de valor histórico, sendo que o Ministro em questão tinha adquirido uma unidade no edifício a ser erguido). Sobre o episódio ver as seguintes notícias: <http://veja.abril.com.br/brasil/vou-deixar-o-cargo-por-isso-pelo-amor-de-deus-diz-geddel/> e <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/11/25/geddel-pede-demissao-do-governo-temer.htm> [acesso em 21/12/16. às 23:00].

peças que desempenham função pública em todos os seus níveis e hierarquias, em forma permanente ou transitória, por eleição popular, designação direta, por concurso ou por qualquer outro meio legal. Precedentes do STJ. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Prefeito. Contratação de funcionário sem a realização de concurso público.** Objeto do ato administrativo impugnado. Transporte de merenda escolar. NATUREZA JURÍDICA. Improbidade administrativa não se limita à violação de princípios, pura e simplesmente, porquanto sua configuração considera a ofensa das regras que subjazem no topo do sistema constitucional que rege a Administração Pública, concomitantemente com regras que, no plano infraconstitucional, integram e dão sentido ao conjunto de princípios e regras constitucionais aplicáveis ao setor público. CONDOTA ÍMPROBA. Demonstração da ilegalidade do ato administrativo praticado pelo Chefe do Executivo. Contratação de funcionário sem concurso público. Nomeação para cargo em comissão. Desvio de função. Transporte de merenda escolar. Vedação contida no artigo 37, inciso II, da CF/88. Ofensa ao princípio da legalidade, impessoalidade e moralidade. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. Imputação na infração contida no artigo 11, inciso V, da Lei n. 8.429/92. A caracterização da conduta ímproba pressupõe a demonstração do dolo do agente. Meios de prova informam o elemento volitivo do prefeito e, por isso, reúnem aptidão para formar a convicção motivada acerca da improbidade administrativa. Contratação direta para cargo em comissão intitulado "Assessor Administrativo I", cuja função consistia no transporte de merenda escolar. Conduta reiterada. A contratação do servidor em questão para o novo cargo em comissão ocorreu apenas cinco dias após a declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o cargo antes ocupado por ele, com o mesmo salário e jornada de trabalho, e para prestação de serviços administrativos, o que demonstra o dolo em burlar a vedação à contratação direta. Conhecimento técnico acerca da legislação pertinente. Não configuração do dolo na conduta de Dinart Onofre Sobrinho. Ausência de sintomas de livre vontade delituosa diante do aparente desconhecimento técnico da legislação. Impossibilidade de punição. SANÇÕES. Ressarcimento ao erário. Não cabimento. Inocorrência de dano demonstrado nos autos. Concreta prestação de serviços pelo servidor contratado irregularmente. Condenação do prefeito ao pagamento de multa. Constitucionalidade da sanção aplicada. O fato de o art. 37, § 4º, da Constituição Federal não prever a penalidade de multa não impede que a legislação ordinária o faça. Multa equivalente a 10 (dez) vezes o valor da última remuneração. Valor inadequado. Desproporcionalidade. Conjunto probatório aponta para a efetiva prestação do serviço público por contraprestação justa. Multa adequada no valor de 2 (duas) vezes o valor da última remuneração. Caráter repressivo da multa levando em consideração as peculiaridades do caso concreto. Razoabilidade da penalidade atinente ao afastamento do exercício da função administrativa de pessoa inapta ao atendimento do regime jurídico administrativo. Cabimento da suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos e proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 3 (três) anos, sem prejuízo do pagamento da multa civil fixada. Precedentes. Sentença parcialmente reformada para diminuir o valor da multa. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ACOLHIDO EM PARTE O RECURSO DOS RÉUS (TJSP - 9ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. José Maria Câmara Junior -Apelação n. 00072-79.2013.8.26.0159 - Data do julgamento: 27/04/2016)(g.n.).

Comentário:

A situação posta na Apelação 00072-79.2013.8.26.0159 é ilustrativa da dificuldade renitente em se cultivar uma cultura republicana no trato da coisa pública em nosso país, em que muitos administradores continuam imprimindo um **caráter patrimonialista** a suas gestões, fenômeno que marcou o nascimento da burocracia nacional e que persiste em sua evolução, apesar de alguns avanços no seu combate, como é o fato de a conduta ilegal imputada ao Prefeito pelo Ministério Público ter sido sancionada pelo Poder Judiciário.

O voto condutor do acórdão, de relatoria do Desembargador José Maria Câmara Junior, destaca que *Dinart Onofre Sobrinho* exercia **cargo em comissão** junto ao Município de Cunha-SP, o qual fora criado com base em lei anteriormente declarada inconstitucional. Cinco dias após a exoneração do servidor pelo referido vício no ato normativo, houve novamente sua contratação, também sem concurso, pela mesma Administração, só que para a função de entregar merenda.

Diante de tais circunstâncias, o Tribunal, embora tenha isentado *Dinart Onofre* quanto à responsabilidade por devolução de valores percebidos (já que se tratava de “pessoa simples” e que efetivamente prestou os serviços para o quais fora admitido), entendeu que estava devidamente caracterizado o dolo de *Osmar Felipe Júnior*, então prefeito, pela contratação irregular, o que lhe acarretou, além do pagamento de multa, a suspensão dos seus direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público por três anos.

Segundo o entendimento da Corte, a tarefa de “entregar merenda” não pode ser tida como de “direção”, “chefia” ou “assessoramento” (art. 37, V da CR), razão pela qual a criação de cargo em comissão para tal atribuição não só ofende regra expressa da Constituição, como viola o princípio do concurso público como meio de acesso aos quadros do funcionalismo (art. 37, II da CR).

Como se vê, foi oportuna a criação de parâmetros objetivos mínimos para a existência de cargos que podem ser preenchidos sem concurso pela Administração. Todavia, é importante lembrar que, nada obstante tais limites, sem uma fiscalização eficiente por parte do Ministério Público ou da população quanto ao respectivo

cumprimento, o uso da máquina pública para fins pessoais, chaga de nossa cultura burocrática, encontra espaço para florescer⁶¹¹.

RECURSO DE APELAÇÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OCORRÊNCIA - DOLO - CARACTERIZAÇÃO. 1. Preliminarmente, inoccorrência de cerceamento de defesa, inviabilidade de celebração de Termo de Conduta e possibilidade jurídica do pedido. 2. No mérito, o ato de nomeação do cônjuge da Prefeita Municipal para o cargo de Secretário de Governo, por si só, caracteriza ato de improbidade administrativa. 3. Evidente e notória prática de nepotismo, ofensivo à moralidade pública. 4. Elementos de convicção produzidos nos autos indicativos da prática de ato de improbidade, por parte da então Prefeita Municipal, que agiu com dolo. 5. Ação Civil Pública, julgada parcialmente procedente. 6. Sentença mantida. 7. Recurso de Apelação, desprovido (TJSP - 5ª Câmara de Direito Público – Des. Relator Francisco Bianco – Apelação 0000646-85.2013.8.26.0444 - data do julgamento - 07/07/2014).

Comentário:

Ainda quanto ao uso da prerrogativa de nomeação de pessoal para cargos públicos com a finalidade de satisfação de desejos privados, como se o aparato estatal fosse uma extensão do patrimônio particular (ou do domicílio) de alguns governantes (**patrimonialismo**), está a questão do **nepotismo**.

Do mesmo modo que ocorre com os cargos em comissão, em que a limitação constitucional quanto às funções a que estes se destinam ganham, na visão de certas autoridades, elasticidade ímpar para fins de acomodar nos quadros do funcionalismo partidários, amigos, familiares e afins, a ideia de “cargos políticos” aparece como meio de se burlar os princípios que regem a Administração, em especial os da **moralidade** e da **prestação de contas** (itens 3.1.1.5 e 3.1.1.5.2 supra).

⁶¹¹ Situação análoga é a descrita na Apelação nº 0000063-93.2011.8.26.0081, julgada pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 20/10/2013, só que com o agravante que seu acusado, ex-prefeito de Mariápolis – SP, já respondia a várias ações de improbidade envolvendo outras contratações supostamente irregulares. Segue a respectiva ementa: “*PROCESSUAL CIVIL - PRELIMINARES 1) Cerceamento de defesa não caracterizado Desnecessidade da transcrição dos depoimentos de testemunhas, gravados em mídia eletrônica Ausência de prejuízo ao Réu, que obteve o livre acesso aos arquivos, além do fato não autorizar a anulação da r. sentença. 2) Alegação de impossibilidade jurídica do pedido - A Lei nº 8.429/92 é aplicável aos agentes políticos Precedente desta C. Corte de Justiça Decisão emitida em Reclamação nº 2.138 não tem eficácia vinculante e efeitos erga omnes, conforme o próprio entendimento do C. STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Contratação de servidores Municipais não precedida de concurso público ou processo seletivo Inteligência do artigo 11, inciso V, da Lei nº 8.429/92 - Violação aos princípios da Administração Pública, especialmente à Moralidade e Impessoalidade Não demonstrado o excepcional interesse público e a urgência das contratações - Aplicação cumulada das sanções previstas no art. 12, III, da LIA - Observância da proporcionalidade na imposição das penalidades Reiterada prática de ato ímprobo pelo Réu - R. Sentença mantida. Recurso improvido” (TJSP - 9ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Carlos Eduardo Pachi - Apelação nº 0000063-93.2011.8.26.0081 - Data do julgamento: 02/10/2013).*

Embora a nomeação de pessoas para cargos de auxiliares diretos do chefe do Executivo seja tida como política, e, por isso, prescindida, em princípio, de qualquer outra formalidade que a vontade do eleito e publicação no Diário Oficial, a prática revela exemplos em que tal dever-poder acaba tangenciado o **arbítrio**, já que alguns candidatos para o exercício de missões de relevo na máquina pública não só evidentemente não possuem qualquer qualificação para tanto, como ainda guardam laços de parentesco extremamente próximos com os gestores.

Na Apelação 0000646-85.2013.8.26.0444 temos o seguinte caso: a prefeita da cidade de Pilar do Sul-SP nomeou seu marido como Secretário do Gabinete e, acionada em ação civil pública promovida pelo Ministério Público em face de tal contratação, quanto ao mérito da acusação que lhe foi feita, apresentou a seguinte defesa: 1) não violação da Súmula Vinculante nº 13 do STF⁶¹² e 2) capacidade técnica do seu cônjuge para o encargo.

Na situação posta, o Desembargador Relator Francisco Bianco, acolhendo o parecer proferido pela Procuradoria, destacou que, independentemente de eventual qualificação técnica do marido da prefeita para o cargo, é *“forçoso reconhecer que a contratação de parentes para ocuparem cargo em comissão, sejam eles considerados políticos ou não, indica afronta aos mais mezinhos princípios administrativos, notadamente da moralidade e impessoalidade”*(p. 11⁶¹³).

APELAÇÃO CÍVEL. Ação civil por ato de improbidade administrativa. Pretensão direcionada a ex-prefeito do Município de Artur Nogueira. Apuração de que o requerido, na qualidade de alcaide, valeu-se de servidores públicos e maquinário público para transportar vultosa quantidade de cascalho pertencente ao Município para sua propriedade particular. Preliminar de nulidade do feito por ausência de observância do

⁶¹² Súmula Vinculante nº 13 do STF – *“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”* [<http://www.stf.jus.br/>, acesso em 22/12/16, às 18:00].

⁶¹³ <https://esaj.tjsp.jus.br/> [22/12/16, às 19:00 horas]. Sobre o nepotismo, é importante registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem ressaltando a possibilidade de este também se configurar para a nomeação dos cargos ditos como políticos, desde que demonstrado, casuisticamente, a existência de “fraude à lei” ou “troca de favores” para a nomeação de parentes para assumir tais postos (vide a respeito passagem do voto do Ministro Luiz Fux no Agravo Regimental na Reclamação nº 22.286, julgado em 16/02/2016: *“Destarte, nota-se que esta Corte assentou o entendimento de que a mera relação de parentesco não é suficiente a ensejar, de pronto, a nulidade da nomeação de ocupante de cargo de natureza estritamente política. Nesses casos, a configuração ou não do nepotismo deve ser analisada caso a caso, a fim de se verificar a eventual ocorrência de “nepotismo cruzado” ou outra modalidade de fraude à lei e descumprimento dos princípios administrativos”* – p. 6 do acórdão) [<http://www.stf.jus.br/>, acesso em 22/12/16, às 19:00].

contraditório e ampla defesa quando da instauração da sindicância administrativa afastada. Prova testemunhal colhida nos autos que comprova os fatos alegados e imputados ao requerido. Atos de improbidade administrativa previstos no artigo 9º, inciso IV e XII, da Lei nº 8.429/92 caracterizados e, assim, aptos a autorizar as sanções aplicadas pela r. sentença, ora mantida por seus próprios. Honorários advocatícios arbitrados em favor do Município de Artur Nogueira, coautor, que devem ser mantidos, por força do primado da sucumbência, não incidindo, no caso, a vedação prevista na Lei nº 7.347/85. Recurso não provido (TJSP - 9ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Oswaldo Luiz Palu – Apelação nº 0001473-58.2007.8.26.0363 - data do julgamento: 12/11/2014)(g.n.).

Comentário:

A Apelação nº 0001473-58.2007.8.26.0363 versa sobre o uso de funcionários do Município de Artur Nogueira para levar **mais de trinta caminhões de cascalho**, que seriam do ente público, **para propriedade do ex-prefeito da cidade, Luiz de Fáveri**.

Em sua defesa o acusado alega que o material em questão era em quantidade menor daquela afirmada pelo Ministério Público e pela Municipalidade na ação civil pública sob exame, bem como que tais bens teriam sido doados por terceiro à Prefeitura (de modo que o dano material imposto a esta seria de dimensão moderada) e que houve a remuneração dos servidores pela atividade extra (razão pela qual, quanto ao uso da referida mão de obra, não teria havido enriquecimento sem causa do gestor de então).

Tais alegações do réu foram afastadas pelo Tribunal de Justiça, que entendeu devidamente caracterizado ato de improbidade por violação aos incisos IV e XII da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA⁶¹⁴).

No que se refere ao dolo do agente na prática da conduta tida como violadora da Lei de Improbidade Administrativa, assim pontuou o relator do acórdão, o Desembargador Oswaldo Luiz Palu:

Quanto ao dolo - estado anímico – (do prefeito), que houve, este é evidente, no instante em que o requerido, ora apelante, não nega que utilizou o cascalho pertencente ao Município para fins pessoais e valeu-se

⁶¹⁴ Lei nº 8.429/92 – “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando **enriquecimento ilícito** auferir qualquer tipo de **vantagem patrimonial indevida** em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; (...)XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”(g.n.).[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm, acesso em 22/12/16, às 16:00].

de maquinário público e servidores públicos para transportar esse material para sua propriedade (...) (p. 15⁶¹⁵).

Dois dados chamam à atenção no processo.

Um deles é a enorme quantidade de material de construção subtraído do Município pelo gestor, para o que fora necessária importante mobilização de pessoal e de veículos para concretização do ilícito, em um quadro a sugerir, pelas dificuldades de se encobrir uma ação com tais características, a plena segurança do infrator quanto à incapacidade de o aparato punitivo estatal apurar e sancionar o ato lesivo ao patrimônio público e aos princípios da Administração.

O segundo é o fato de que, embora os fatos em questão subsumam-se, em tese, ao crime de peculato previsto no art. 312 do Código Penal⁶¹⁶, em nenhum momento do julgado há referência à existência de ação de tal índole, em um sinal do problema a que nos referimos no item 3.1.2.4 deste estudo, quanto à necessidade de uma maior coordenação dos servidores responsáveis pelas atividades de controle em suas diversas esferas de atuação, o que é importante para que tal missão seja desempenhada de modo eficiente.

Ação civil pública. Detran. Processo administrativo. Aplicação de sanção. Suspensão do direito de dirigir e cassação de carteira nacional de habilitação de motoristas infratores. Determinação da apreensão do documento ou impedimento de renovação da habilitação antes do trânsito em julgado ou falta de decisão administrativa em caso de revelia ou possibilidade de nova defesa depois da decisão. Exigência legal de esgotamento recursal e de trânsito em julgado para imposição de sanção administrativa de trânsito. Ferimento aos princípios da legalidade, do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e presunção de inocência. Também violação à coisa julgada. Milhares de prejudicados em processos gerados por descumprimento do devido processo legal e da obrigação de esgotamento recursal. Direito coletivo à exigência de regular e adequada persecução administrativa de infratores e atendimento de princípios constitucionais processuais (petição inicial de processo número 1021999-42.2014.8.26.0053, proposto em 29/05/2014 perante a 14ª Vara da Fazenda Pública da Capital-SP⁶¹⁷).

⁶¹⁵ <https://esaj.tjsp.jus.br/> [21/12/16, às 23:00 horas].

⁶¹⁶ **Peculato.** Art. 312 do Código Penal – “*Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário*” [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm, acesso em 22/12/16, às 16:00].

⁶¹⁷ O texto da petição inicial da Ação Civil Pública referida pode ser consultado no site do Ministério Público do Estado de São Paulo, no seguinte link: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal!/PORTAL.wwpob_page.show?docname=2467511.PDF [acesso em 22/12/16, às 23:00 horas].

Comentário:

O texto supra destacado é da ementa da petição inicial de Ação Civil Pública nº 1021999-42.2014.8.26.0053, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio do promotor Valter Foletto Santin, que teve por objeto procedimento irregular do Detran-SP que, por anos a fio, expôs toda a população de condutores de veículos automotores do Estado à **arbitrariedade** de terem que se sujeitar à restrição do seu direito de dirigir antes do trânsito em julgado do procedimento administrativo respectivo⁶¹⁸.

Se tanto não bastasse, conforme destacado pelo promotor Valter Santin, e vivenciado por nós em milhares de ações repetitivas que tratavam do mesmo problema:

(...) as portarias e decisões administrativas (tomadas pelas autoridades administrativas processantes) são genéricas e não especificam os fatos objetos do processo administrativo (fls. 22, 35, 45 e 55 do IC), além de vícios na produção de provas, gerando possibilidade de questionamento judicial por falha processual (p. 3 da petição inicial da ação).

Perante tal estado de coisas, até que o Ministério Público tivesse tido a iniciativa de questionar, em uma ação coletiva, a forma de organização do serviço público de controle de trânsito no Estado⁶¹⁹, todos os atores dos milhares de processos individuais que

⁶¹⁸ Se a compreensão que a jurisprudência dá ao conteúdo dos incisos LIV e LV do art. 5º da CR não fosse o suficiente para impedir que o Detran impusesse restrições ao direito de dirigir dos condutores antes da apreciação definitiva dos recursos por esses interpostos na seara administrativa (o que a nosso ver já é uma disfuncionalidade grave do sistema jurídico brasileiro, em que o controlado permite-se agir de modo indiferente com relação ao que é reiteradamente decidido pelo controlador quanto à regularidade de sua conduta), tem-se que há regulamentação expressa do Conselho Nacional de Trânsito - Contran no mesmo sentido, a qual, expedida nos termos da competência conferida a tal órgão pelo art. 12 da Lei nº 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro, também era solenemente ignorada pela autarquia de trânsito. A respeito, confira-se o art. 24 da Resolução nº 182 do Contran: “No curso do processo administrativo de que trata esta Resolução não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator, inclusive para fins de mudança de categoria da CNH, renovação e transferência para outra unidade da Federação, até a notificação para a entrega da CNH, de que trata o art. 19”[<http://www.denatran.gov.br/index.php/resolucoes>, acesso em 23/12/16, às 10:30].

⁶¹⁹ A irregularidade no modo de proceder do Detran era tão flagrante que fora deferida medida liminar para que a autarquia conformasse sua atuação aos ditames legais e constitucionais pertinentes, só que com um prazo razoável para tanto. Dessa decisão o Ministério Público recorreu na busca de efeitos imediatos para o comando judicial. O julgamento do Agravo de Instrumento respectivo recebeu a seguinte emenda: “EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DETRAN-SP – BLOQUEIO DE PRONTUÁRIOS ANTES DO ESGOTAMENTO RECURSAL ADMINISTRATIVO – Antecipação da tutela deferida, em parte, para determinar que, após 30/01/2015, a aplicação das medidas restritivas somente ocorra “depois de transitado em julgado o processo administrativo para a cassação ou suspensão” da CNH – Irresignação do Ministério Público – Impossibilidade de cumprimento imediato das obrigações – Razoabilidade do prazo concedido fixado - Decisão mantida - Recurso desprovido”(TJSP – 8ª Câmara de

ingressaram no Judiciário com o mesmo fundamento permaneciam impassíveis diante do abuso estatal: cada condutor, obtendo a decisão judicial favorável à sua pretensão, ficava satisfeito. O Detran, apesar da jurisprudência pacífica formada em torno da matéria⁶²⁰, mantinha a mesma postura de antes do pronunciamento judicial quanto à ilegalidade (e inconstitucionalidade) do seu procedimento, indiferente, pois, às críticas que o órgão de controle fez ao seu proceder. O magistrado, por fim, assoberbado pela avalanche de lides que batem às portas da Justiça diariamente, limitava-se a julgar o “caso fácil”, já que repetitivo, tirando tal feito de sua lista de pendências a serem resolvidas⁶²¹.

Na situação descrita, como em tantas outras, a organização do serviço pelo Estado é mal ajambrada, **descompromissada com o respeito dos direitos individuais** e não favorece o exercício racional e coerente da função pública, do que é pressuposto o respectivo desempenho de forma **imparcial** (item 3.1.1.1 *supra*).

Para dizer o evidente, que entre nós ainda precisa ser lembrado à exaustão, não se espera qualquer outra postura do órgão de trânsito na análise dos recursos administrativos que são interpostos em face das multas lavradas em detrimento dos condutores que a **boa fé** e a **equidistância** ao realizar tais julgamentos, de modo **independente e motivado**, de maneira análoga ao que se exige do juiz (itens 3.1.1.5.2 e 3.1.2.1 *supra*)

Só assim, aliás, é que será possível a concretização da Administração como **espaço de realização de Justiça** (3.1.1.1.2 *supra*).

A ação civil pública sob exame, de forma bastante alvissareira, foi encerrada por **acordo** firmado entre o Ministério Público e o Detran, o qual fora dado por cumprido pelo magistrado responsável pelo caso, Fernão Borba Franco, em 28/11/2016⁶²².

Direito Público – Des. Rel. João Carlos Garcia – Agravo de Instrumento nº 2142933-74.2014.8.26.0000 – data do julgamento 05/11/2014).

⁶²⁰ Um julgamento padrão para esse tipo de caso pode ser representado pela seguinte ementa: “*SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR E BLOQUEIO DA CNH – Pretensão ao cancelamento da decisão – Admissibilidade - Decisão de recurso administrativo interposto indevidamente fundamentada - A aplicação das penalidades previstas no CTB reclama prévio processo administrativo, com observação das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV) - Sentença Mantida – Recurso improvido*”(TJSP - 3ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Antônio Carlos Malheiros – Apelação nº 0044677-10.2010.8.26.0053 -data do julgamento - 14/02/2012).

⁶²¹ Uma exceção a essa postura digna de nota foi a do juiz Adriano Marcos Laroca da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital que, no bojo do Mandado de Segurança nº 0015860-2011.8.26.0053, determinou, em 22 de outubro de 2012, expedição de ofício do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo dando-lhe conhecimento formal das irregularidades observadas diariamente no procedimento de bloqueio de prontuários determinado pelo Detran, comunicação que instruiu a Ação Civil Pública nº 1021999-42.2014.8.26.0053. O teor de tal despacho pode ser consultado em <https://esaj.tjsp.jus.br> [acesso em 23/12/16, às 11:00].

⁶²² O teor da decisão que encerrou o processo é o seguinte: “*Dou por cumprido o acordo celebrado entre as partes. De fato, ao que consta o DETRAN não mais utiliza como padrão o bloqueio para que se renove CNH durante o andamento dos processos administrativos para suspensão ou cassação da habilitação anterior. Existe notícia de alguns problemas pontuais, mas que não decorrem do descumprimento do acordo e sim de*

Logo, em um bom exemplo de como entidades públicas podem, quando para tanto há vontade por parte dos gestores públicos, **transigir como meio mais eficiente de por fim a processos judiciais** dos quais estas participam, o Detran comprometeu-se, no âmbito da lide em questão, a mudar seu procedimento de bloqueio do prontuário de condutores de veículos antes da apreciação final dos recursos interpostos pelos particulares contra os autos de infração respectivos (item 3.1.2.2 *supra*).

Apelação cível – Demanda de inexistência de relação jurídico-tributária – ICMS – Pretensão ao reconhecimento de imunidade tributária na importação de produtos necessários ao cumprimento de sua finalidade institucional – Fundação que constitui entidade sem fins lucrativos de assistência social – Aplicabilidade, portanto, da imunidade conferida no art. 150, VI, "c" da CRFB – Benefício que, por sua própria finalidade, incide ao ICMS devido sobre importações de produtos atrelados à consecução da atividade pública – Iterativa jurisprudência do Pretório Excelso – Demonstração plena do atendimento dos requisitos descritos no art. 14 do CTN para fruição do beneplácito fiscal – Jurisprudência desta C. Câmara – Sentença mantida - Recurso desprovido (TJSP - 13ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Souza Meirelles – Apelação nº 1026361-87.2014.8.26.0053 – data do julgamento 29/06/2016).

Comentário:

No âmbito da Administração fazendária há diversos exemplos de casos judicializados que revelam uma organização inadequada de tal tipo de serviço, cuja finalidade única parece ser a de obter ingressos financeiros ao erário a qualquer custo, independente da observância do direito do cidadão a que o respectivo procedimento de cobrança atenda aos ditames do devido processo legal.

Na Apelação nº 1026361-87.2014.8.26.0053 tem-se uma situação tipo que se repete indefinidamente junto às Varas da Fazenda Pública da Capital: entidade beneficente de assistência social busca o reconhecimento do seu direito à importação de bem para atendimento de suas finalidades institucionais sem o pagamento de impostos, valendo-se, para tanto, da imunidade prevista na alínea “c” do inciso VI do art. 150 da Constituição⁶²³,

eventualidades específicas. Por exemplo, alguns consideram que o processo administrativo está em andamento depois da apresentação de defesa intempestiva, o que não caracteriza descumprimento. Assim, nada mais há a julgar neste processo. Arquivem-se os autos. Intimem-se” (https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H0006OQK0000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_83680ab4892144d986a2e565116268ad, acesso em 23/12/16, às 9:00).

⁶²³ Constituição da República: art. 150 “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:(...) VI – instituir impostos sobre: (...)“c” - patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos,

o que tem por condição o cumprimento do quanto previsto no art. 14 do Código Tributário Nacional-CTN⁶²⁴.

A requerente, Fundação Zerbini, pretende que não incida ICMS na importação de equipamentos hospitalares necessários para o desenvolvimento de suas atividades voltadas à prestação de serviços à comunidade.

Nos autos restou demonstrado que tal entidade tem convênio firmado com o **Hospital das Clínicas**, o qual colabora com o **Incor**, estabelecimentos que atendem pelo **Sistema Único de Saúde – SUS**. Também foi juntado documento atestando que tal parceria estaria de acordo com as missões estatutárias da Fundação (p. 4 do acórdão⁶²⁵).

Além disso, o relator do acórdão, o Desembargador Souza MEIRELLES, destaca, quanto ao cumprimento pela autora dos requisitos previstos no art. 14 do CTN, que a entidade postulante:

(...) recebeu o **Certificado de Inscrição no 541/2010 no Conselho Municipal de Assistência Social** (fls. 25); **Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social da Previdência Social** (fls. 26); e foi registrada junto ao CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social), tendo seu certificado emitido antes da **Medida Provisória n. 446/2008** (fls. 36), devidamente renovado (fls. 29). (p. 4/5 do acórdão⁶²⁶).

Face a tais elementos robustos no sentido de a demandante fazer jus ao benefício tributário referido, a Fazenda limita-se a alegar o contrário, sem impugnar especificamente tais documentos, os quais em parte são elaborados por órgão públicos componentes de outras esferas de governo, o que de certa forma implica dizer que a Fazenda estadual não lhes confere caráter probante, por mais inusitado que isso possa parecer.

O que ainda é bastante sintomático nesse tipo de ação, o relator do acórdão aponta **mais três julgados** (de algumas centenas que devem existir) **envolvendo pedido análogo formulado pela mesma parte** (Fundação Zerbini), no que se refere à importação de outros

atendidos os requisitos da lei”[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 23/12/16, às 12:00].

⁶²⁴ O art. 14 da Lei nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional, com a redação que foi dada pela Lei Complementar nº 104/2001, prevê para a imunidade tributária em questão os seguintes requisitos: “O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão”[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm, acesso em 23/12/16, às 12:00].

⁶²⁵ <https://esaj.tjsp.jus.br/> [acesso em 23/12/16, às 17:00].

⁶²⁶ <https://esaj.tjsp.jus.br/> [acesso em 23/12/16, às 17:00].

materiais necessários para o desempenho de suas atribuições repetidamente reconhecidas pelo Tribunal como de interesse geral, **todos julgados procedentes**⁶²⁷, sem que tais pronunciamentos tenham de qualquer forma motivado a Fazenda estadual a mudar sua postura para começar a deferir administrativamente tais pleitos (problema da disfuncionalidade da relação entre controlador e controlado, conforme retratado no item 3.1.2.4 *supra*).

Note-se que a resistência da Administração estadual em deferir administrativamente tal tipo de benefício, além de desperdício de tempo e recursos materiais e humanos do Estado que poderiam ser melhor aproveitados em uma atividade útil (incluindo horas de trabalho de servidores da Fazenda e do Judiciário), revela, mais uma vez, sua **indiferença com posição uniforme adotada pelo controlador** (no caso a Justiça) sobre o tema, impondo à entidade beneficente um custo operacional para realizar tarefa já reconhecida em diversas ocasiões como de interesse coletivo.

Não se observando qualquer fundamento jurídico para tal conduta do erário⁶²⁸, a conclusão que se extrai é que também em tal seara a postura do gestor tangencia o **arbítrio**, em franca recusa à ideia de uma organização política que se esmere em ser um espaço de realização dos direitos individuais e coletivos (item 3.1.1.1.2 *supra*).

RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – AGENTE DE ESCOLTA E VIGILÂNCIA PENITENCIÁRIA – APRESENTAÇÃO DE FOTOGRAFIA SEM A ANOTAÇÃO DA RESPECTIVA DATA - DESCONFORMIDADE COM O RESPECTIVO EDITAL – EXCLUSÃO – INADMISSIBILIDADE – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - OCORRÊNCIA. 1. A exigência de fotografia do candidato, com a anotação da respectiva data, configura formalismo excessivo, exagerado e desarrazoado. 2. A exclusão do certame do candidato, aprovado nas três fases anteriores, ofende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 3. Precedentes da jurisprudência desta C. 5ª Câmara

⁶²⁷ Os julgados referidos no acórdão são os seguintes: Apelação nº 1024377-68.2014.8.26.0053, Des. Rel. Carlos Violante, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 28.4.2015; Apelação nº 1014275-21.2013.8.26.0053, Des. Rel. Osvaldo de Oliveira, 12ª Câmara de Direito Público, julgado em 14.5.2014; Apelação nº 0127696-50.2006.8.26.0053, Des. Rel. Burza Neto; 12ª Câmara de Direito Público, julgado em 23.5.2012 (p. 12/13 do acórdão, disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/> - acesso em 23/12/16, às 17:00).

⁶²⁸ Como a Administração não impugna de modo específico a documentação que atesta que a entidade beneficente atende aos requisitos previstos no art. 14 do C.T.N. para fazer jus à imunidade tributária, resta, como único argumento de defesa para Fazenda, a tese, também vencida nos Tribunais, de que favor fiscal deveria se restringir a “patrimônio, renda e serviços” da fundação, o que não englobaria a aquisição de bens feita por esta. De qualquer modo, se a jurisprudência é firme em sentido diverso do quanto pretendido pelo Estado, parece-nos no mínimo duvidosa a legitimidade de uma postura administrativa renitente, cujo único efeito prático é obrigar o particular a ter que se socorrer de juízes para consagração de direito que já poderia ser-lhe desde logo deferido no balcão de atendimento da repartição pública competente para avaliação desse tipo de pedido.

de Direito Privado e deste E. Tribunal de Justiça. 4. Ordem impetrada em mandado de segurança, concedida. 5. Sentença, mantida. 6. Recursos oficial e de apelação, apresentado pela parte impetrada, desprovidos (TJSP - 5ª Câmara de Direito Público – Des. Relator Francisco Bianco; Apelação nº 1052981-39.2014.8.26.0053 - data do julgamento - 14/04/2016).

Comentário:

A Apelação nº 1052981-39.2014.8.26.0053 trata da exclusão de candidata de concurso público para o preenchimento de cargo de Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária em razão de esta não ter apresentado **foto** sua **datada**, tal como exigia o edital do certame. O ato impugnado dera-se na fase de investigação social, após a parte ter sido aprovada em três etapas prévias da seleção (objetiva, aptidão psicológica e exame físico⁶²⁹).

Embora o caso possa parecer singelo, a questão submetida à apreciação judicial é sintomática quanto à habitual falta de crítica, cultuada por muitos servidores, no que se refere ao dever de cumprimento de **formalidades desprovidas de sentido**, muitas das quais comprometendo o exercício adequado das respectivas competências funcionais.

A exigência de data em uma foto normalmente se justifica apenas para demonstrar que esta é atual, permitindo a correta identificação de uma dada pessoa.

Não havendo dúvida quanto à identidade do candidato de um concurso, eventual falha na foto que este entregou à comissão avaliadora deveria ser relevada ou, no máximo, ter resultado na concessão de prazo para a regularização pertinente (e não na singela exclusão do participante da seleção em tela).

Perante tal quadro, a conduta da Administração, apegada a um **legalismo acrítico**, não só pode ser prejudicial ao interesse público (já que potencialmente pode culminar na dispensa desarrazoada de um bom candidato ao ingresso no funcionalismo), como viola o **dever do agir proporcional** (segundo o qual a criação de restrições à liberdade dos particulares só é legítima no estrito limite em que estas são necessárias para que se satisfaça uma pauta cara à coletividade) (vide Capítulo 2 e item 3.1.1.3 *supra*).

AÇÃO ANULATÓRIA - Multa por supressão de vegetação arbórea. Árvores fitossanitariamente condenadas e que apresentavam risco de cair sobre o passeio público da escola. Corte autorizado, sem ressalvas pela Municipalidade – Espécimes saudáveis preservados - Dano moral não caracterizado - Prejudiciais afastadas - Sentença mantida - Recursos desprovidos (TJSP – 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Des. Rel.

⁶²⁹ <https://esaj.tjsp.jus.br/> [acesso em 23/12/16, às 22:00]

Moreira Viegas – Apelação nº 0007061-64.2011.8.26.0053 – data do julgamento 06/08/2015).

Comentário:

A Apelação nº 0007061-64.2011.8.26.0053 trata de um pedido de anulação de multa lavrada pelo Município em razão de supressão de vegetação por particular, apesar de o ente público ter-lhe conferido autorização, sem ressalvas, para tanto, ao que se soma a existência de risco de queda de tais árvores no passeio público⁶³⁰.

Na demanda em tela, que foi por nós apreciada em primeiro grau de jurisdição, a perícia realizada esclareceu quanto a possível erro do DEPAVE (Departamento de Parques e Áreas Verdes do Município de São Paulo) na qualificação dos espécimes arbóreos que poderiam ser objeto de extração em um determinado imóvel.

O expert, contudo, anotou que por ocasião da apreciação do pleito de extração pela autoridade local, esta tinha à sua disposição todos os elementos necessários para o correto julgamento do referido pedido, não havendo indício de os interessados terem de qualquer forma concorrido para equívoco por parte da Administração⁶³¹.

Dadas tais circunstâncias, o entendimento corroborado pelo Tribunal de Justiça foi de que não havia como se permitir a punição de particular por ter agido conforme licença para supressão de vegetação que lhe fora concedida pelo próprio Município, conclusão que ainda era reforçada pelo laudo técnico produzido nos autos que atestava risco de queda das árvores em questão, o que não foi contrariado pela defesa da Municipalidade.

Refletindo sobre o caso à luz dos pressupostos de governança administrativa defendidos nesta tese, podemos dizer que houve **falta de coerência** da ação do ente público, já que não é admissível que seu órgão de fiscalização busque punir conduta que fora facultada pela autoridade da mesma esfera de governo competente para o ato.

Ao proceder do modo descrito, ainda mais sem sopesar a urgência para o corte das árvores afirmada por técnico que analisou a situação posta, a Prefeitura também revela **carência de diálogo na ação de seus diversos órgãos** e seu pouco apreço pela confiança depositada por parte do cidadão na licença emitida pela repartição pública local, em total **desrespeito**, portanto, com os **direitos e interesses legítimos** de quem está sujeito a sua área de atuação (itens 3.1.1.1 e 3.1.1.4 *supra*).

⁶³⁰ <https://esaj.tjsp.jus.br/> [acesso em 24/12/16, às 18:00]

⁶³¹ Página 7 do acórdão, remetendo ao teor da sentença de primeiro grau [<https://esaj.tjsp.jus.br/>, acesso em 24/12/16, às 18:00]

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. CONSTITUCIONAL. 1. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. COMPETÊNCIA. REFORMA DO EMPREENDIMENTO "GUARULHOS SHOPPING CENTER". Município que afirma ser isoladamente competente para fiscalizar e emitir licenciamento ambiental. Impossibilidade de o Município atuar de maneira exclusiva. Inteligência do disposto nos artigos 23, inciso VI, e 24, inciso VIII, ambos da Constituição Federal. Inaplicabilidade do disposto no artigo 6º da Resolução nº 237/97 do CONAMA. Constituição Federal que outorga competência concorrente que não pode ser mitigada por ato normativo inferior. Precedentes. 2. SUCUMBÊNCIA. Inexistência de sucumbência, pois o autor decaiu de parte mínima do pedido. Recurso desprovido (TJSP - 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Des. Relator Marcelo Berthe – Apelação nº 0016405-12.2009.8.26.0224 - data do julgamento - 03/03/2016⁶³²).

Comentário:

A Apelação nº 0016405-12.2009.8.26.0224 trata do questionamento de alvará de construção expedido pelo Município de Guarulhos para realização de empreendimento em área de proteção ambiental – APP – Área de Preservação Permanente, documento que supostamente isentaria o empreendedor de obter licenciamento junto a outros órgãos ambientais com potencial competência para a análise da matéria.

O Município defendeu a exclusividade de sua atuação na defesa do meio ambiente no caso, que envolvia a ampliação da rua da Penha sobre o córrego Cocaia, como desdobramento de reforma do “Guarulhos Shopping Center”.

Na situação posta, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a sentença de primeiro grau proferida pelo juiz Rafael Tocantins Maltez para, reconhecendo que o art. 6º da Resolução Conama nº 237/1997 não teria o condão de limitar competência comum para tutela de bens ambientais prevista para os diversos entes da Federação no art. 23 da Constituição, anular o alvará de construção em tela e determinar, além do licenciamento estadual, a realização de Estudo de Impacto de Vizinhança - EIV como condicionante da obra sob exame.

Ainda que as circunstâncias da lide suscitem dúvida quanto ao interesse de órgão estadual realizar o licenciamento do empreendimento (vide a respeito considerações lançadas no voto vencido da lavra do Desembargador Torres de Carvalho – p. 4/5⁶³³), a

⁶³² <https://esaj.tjsp.jus.br/> [acesso em 24/12/16, às 19:00].

⁶³³ <https://esaj.tjsp.jus.br/> [acesso em 24/12/16, às 19:00]. Nas palavras do Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho: “(...) A interferência pretendida em área de APP é mínima, o DEPRN (Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais) informou que a competência para licenciamento é do ente municipal, o qual expediu a autorização, mediante a tomada de medidas mitigadoras e compensatórias. Não há erro ou ilegalidade no licenciamento dessa parte. A **segunda** (forma de intervenção em APP pretendida)

discussão travada é típica da **falta de cultura de coordenação nas ações de diferentes órgãos públicos**, da mesma ou de diversas esferas de governo, para a **consecução de políticas públicas com idêntico escopo** (item 3.1.1.4 *supra*).

O art. 6º da Resolução Conama nº 237 de 1997 tem a seguinte redação:

Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio⁶³⁴.

Sem entrar na polêmica quanto à constitucionalidade/legalidade do poder regulamentar conferido pela Lei nº 6.938/1981 ao Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama⁶³⁵, não nos parece que do dispositivo destacado seja possível a leitura de exclusividade quanto à competência de licenciamento sustentada pelo Município de Guarulhos para o caso.

Note-se que a redação do art. 6º da Resolução Conama nº 237/1997 não deixa qualquer margem de dúvida para a existência de uma **atuação processualizada do Estado** (União, Estado e Município) a ser observada no trâmite para licenciar uma obra que potencialmente implique degradação ao meio ambiente em nível local, ainda que a formalização do ato respectivo caiba à esfera de governo municipal, após ouvidas a federal e a estadual sobre o pleito (item 3.1.2.1 *supra*).

é prolongamento da Rua da Penha até a Avenida Otávio Braga de Mesquita transpondo o Córrego da Cocaia e a canalização (ou melhor, reforço) da margem do córrego por gabião; pela mesma razão o DEPRN entendeu que o licenciamento cabia ao Município. A autorização do DAEE (Departamento de Águas e Energia Elétrica) foi concedida pela Portaria DAEE no 650/09 de 7-4-2009 (fls. 1645, vol. 9). Os órgãos estaduais foram ouvidos, a confirmar a regular atuação do Município. Por essa razão, ilegalidade da Resolução CONAMA no 237/97 ou descumprimento do art. 6º, o pedido não pode ser acolhido". Nada obstante, o voto divergente considerou que a apelação do Município deveria ter provimento apenas em parte, mantendo-se a suspensão do alvará de construção até a apresentação do Estudo de Impacto de Vizinhança, documento que não instruiu o processo de aprovação de obra respectivo (p. 5/6 do voto vencido).

⁶³⁴ <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> [acesso em 25/12/16, às 13:30].

⁶³⁵ O inciso II do art. 6º da Lei nº 6.938/1981, alterado pela Lei nº 8.028/1990, tem a seguinte redação: “*art. 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado: (...) II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida*”. Já o inciso I do art. 8º do mesmo diploma, dispõe o seguinte: “*art. 8º Compete ao CONAMA: I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA*” [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm, acesso em 25/12/16, às 14:30].

Quando se verifica uma disputa entre esses distintos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA acerca de quem teria a prerrogativa de conduzir um processo de licenciamento, o que se tem, em maior ou menor grau, é um desperdício de tempo e de recursos humanos e materiais que, pertencendo ao Estado (como um todo), são empregados para fins diversos daquele que deveria ser o propósito único dos servidores responsáveis por tal atribuição: evitar a degradação do meio ambiente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – Irresignação do Município de São Paulo em face da r. decisão de primeiro grau que concedeu a tutela requerida, a fim de suspender a exigibilidade da multa descrita na inicial, e as medidas voltadas à respectiva satisfação, suspender a interdição do estabelecimento comercial até ulterior decisão, assim como impor ao agravante o dever de conferir prioridade na solução de todos os processos administrativos promovidos pela agravante. Decisório que merece subsistir. Pedido de renovação de alvará de funcionamento que estava pendente de análise quando a agravada foi autuada - Artigo 23 da Lei 13.558/2003 que não permite sanções enquanto processo de regularização estiver pendente de julgamento - Apreciação de liminar inserida no poder geral cautelar do juiz. Faculdade atribuída ao magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo o deferimento de prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação e dos requisitos elencados nos incisos I e II, do artigo 273 do Código de Processo Civil. Revisão pelo juízo de segundo grau adstrito às hipótese de decisões ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável. Hipóteses não configuradas no presente caso. Inexistência de abuso de poder ou flagrante ilegalidade a autorizar a revisão do ato. Negado provimento ao recurso (TJSP - 8ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Rubens Rihl – Agravo de Instrumento nº 2212333-44.2015.8.26.0000 - Data do julgamento: 04/11/2015) .

Comentário:

Situação (ainda) bastante comum junto às Varas da Fazenda da Capital do Estado de São Paulo são ações promovidas por particulares contra atos de interdição de estabelecimentos comerciais enquanto pendente processo administrativo que tem por objeto o respectivo pedido de alvará.

Em um quadro complexo, para o qual concorrem, pelo menos no que se refere ao Município de São Paulo, uma **deficiência crônica de o Poder Público local apreciar tais pleitos em prazo razoável** aliada à **incapacidade de a fiscalização** coibir práticas em desconformidade com a lei, o que se observa na prática é uma enorme quantidade de

empreendimentos, alguns deles bastante notórios (como Shoppings Centers⁶³⁶), funcionando por anos a fio sem a devida documentação mas que, subitamente, são fechados pela Administração, sem que esta se pronuncie sobre os pleitos que lhe foram formulados anos atrás⁶³⁷.

No Agravo de Instrumento nº 2212333-44.2015.8.26.0000, a lide submetida ao Judiciário tem os seguintes contornos: a empresa tinha alvará de funcionamento, sendo que, em razão de alteração de seu contrato social e sua sede, houve pedido para a alteração da licença em 2011. Em 2014, tal pleito fora indeferido, mas dois outros pedidos de regularização apresentados pela requerente continuaram sem desfecho. Em um deles, permanecia em aberto prazo para o interessado instruir o pedido (“comunique-se”).

Nas palavras do relator, o Desembargador Rubens Rihl:

Assim sendo, não se pode argumentar que a agravada iniciou suas atividades sem autorização, eis que detinha alvará. Além disso, não se mostra coerente penalizar a agravada por ter mantido suas atividades enquanto aguardava a análise pelo agravante do seu pedido de renovação, mormente considerando a conhecida demora em que estas apreciações costumam ocorrer.

Mais à frente prossegue o magistrado:

E o **mais preocupante**, consta dos autos que a agravada foi autuada, em 04 de junho de 2014, antes da análise dos seus processos administrativos, por suposta infração consistente em ocupação de imóvel de uso não residencial sem a licença de funcionamento, no valor de R\$ 139.979,32, em **total afronta ao disposto no artigo 23 da Lei 13.558/2003**⁶³⁸ que

⁶³⁶ “ADMINISTRATIVO. “SHOPPING CENTER”. AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA. AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO EM LOCAL VISÍVEL. PENDÊNCIA DE ANÁLISE DO PEDIDO DE REFORMA DO ESTABELECIMENTO. Recurso provido para converter o julgamento em diligência”(TJSP - 3ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Camargo Pereira – Apelação nº 0060922.28.2012.8.26.0053 - data do julgamento - 10/12/2013)[<https://esaj.tjsp.jus.br/>, acesso em 25/12/16, às 18:00].

⁶³⁷ Na mesma linha, confira-se o seguinte precedente: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. NECESSIDADE DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. EMPRESA QUE EXERCE SUAS ATIVIDADES HÁ QUASE DEZ ANOS. ESPERA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA. Decisão que defere o pedido de antecipação de tutela ante a presença dos requisitos legais. Presença dos requisitos previstos no art. 273, § 1º, do CPC, exigidos para a antecipação da tutela, a saber, a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Precedentes Jurisprudenciais. Decisão mantida. Agravo não provido”(TJSP – 13ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Djalma Lofrano Filho – Agravo de Instrumento nº 2211726-31.2015.8.0000 - data do julgamento: 21/10/2015).

⁶³⁸ Art. 23 da Lei municipal de São Paulo nº 13.558/2003, alterado pela Lei municipal nº 13.876/2004, prevê o seguinte: “As edificações de que trata esta lei, enquanto seus processos de regularização estiverem em andamento, não serão passíveis de sanção em decorrência de infrações regularizáveis nos termos ora fixados ou por falta do Auto de Licença de Localização e Funcionamento ou de Alvará de Funcionamento. § 1º Ficam excluídas do disposto no “caput” deste artigo as seguintes situações constatadas pela fiscalização: I – as edificações que não atendam às condições mínimas de estabilidade e salubridade; II – o exercício de

não permite sanções enquanto processo de regularização estiver pendente de julgamento (p. 7/8 do acórdão⁶³⁹)(g.n.).

Sob o prisma dos pressupostos da governança administrativa defendidos neste estudo, a atuação estatal em questão apresenta déficit de **coerência, responsividade** e, por **violar flagrantemente a lei** que disciplina a situação sob exame, é um desafio para a própria ideia de vinculação dos servidores ao quanto previsto em tal tipo normativo (itens 3.1.1.1, 3.1.1.5.4 e Capítulo 2 *supra*).

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. Ação ordinária proposta por pensionista do Estado de São Paulo. Suspensão do benefício pela SPPREV, com base em informação de que a demandante constituiu união estável. Perda da condição de beneficiária que necessita ser aferida em processo administrativo completo. Impossibilidade de bloqueio do pagamento antes mesmo da apresentação de defesa no processo administrativo instaurado. Determinação de reativação da pensão até finalização do processo administrativo. Recurso provido (TJSP - 5ª Câmara de Direito Público – Desa. Rela. - Heloísa Martins Mimessi – Apelação nº 0009607-24.2013.8.26.0053 - data do julgamento - 19/09/2016).

Agravo de instrumento. Pensão por morte. Suspensão cautelar do pagamento no curso de processo administrativo de invalidação. Art. 60 da Lei Paulista do Processo Administrativo (Lei nº 10.177/98). Ausência de demonstração de má-fé da beneficiária na produção do ato sob invalidação. Ausência de demonstração da intenção de frustrar a recomposição da legalidade. Risco acautelado que não decorre automaticamente da natureza patrimonial da prestação. Omissão da ponderação do risco inverso à luz da natureza alimentar da prestação e da estabilidade do pagamento. Ato desprovido de fundamentação razoável. Consequente violação do devido processo legal. Precedentes desta Corte. Recurso provido para determinar o restabelecimento do pagamento (TJSP - 4ª Câmara de Direito Público - Luis Fernando Camargo de Barros Vidal – Agravo de Instrumento nº 2099491-87.2016.8.26.0000 - data do julgamento - 15/08/2016).

Comentário:

A situação objeto dos acórdãos é representativa das milhares de demandas envolvendo a mesma questão que desaguaram nos últimos anos no Poder Judiciário paulista: ao identificar uma causa que supostamente justifique a suspensão do pagamento

atividade que não atenda aos níveis de ruídos permitidos, à poluição ambiental e aos horários de funcionamento, conforme a legislação pertinente; III – o exercício de atividade, qualquer que seja, que esteja causando transtorno ou incômodo aos vizinhos e à população em geral; IV – o uso não-conforme na zona de uso” [<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-13558-de-14-de-abril-de-2003/>], acesso em 25/12/16, às 17:30].

⁶³⁹ <https://esaj.tjsp.jus.br/> [acesso em 25/12/16, às 17:00]

de pensão, o servidor responsável pelo benefício simplesmente determina a **suspensão cautelar** de seu **pagamento, sem ao menos ouvir previamente a pessoa afetada** por tal ato.

O fundamento legal para o referido ato é o art. 60 da Lei de Processo Administrativo estadual (Lei nº 10.177/1998), a qual tem a seguinte redação: “*no curso de procedimento de invalidação, a autoridade poderá, de ofício ou em face de requerimento, suspender a execução do ato ou contrato, para evitar prejuízos de reparação onerosa ou impossível*”⁶⁴⁰”.

Apesar de a jurisprudência ainda não ter se pacificado sobre diferentes aspectos que envolvem a matéria de fundo analisada (como o prazo decadencial dentro do qual a Fazenda poderia rever a concessão de benefício⁶⁴¹ após a vigência da Lei nº 9.717/1998⁶⁴²), e mesmo se viável o respectivo cancelamento após tal lapso, a possibilidade de se suspender pagamento de pensão, que é benefício de caráter alimentar, sem sequer dar oportunidade de seu beneficiário manifestar-se a respeito, vem sendo rechaçada pelo Tribunal de Justiça, por violação da ideia de **devido processo legal** que se extrai dos incisos XLIV e LV do art. 5º da CR (item 3.1.2.1 *supra*).

Aliás, a própria *urgência* em se obstar imediatamente pagamento que é realizado há anos e que pode comprometer a subsistência de uma pessoa é bastante questionável, por mais flexibilidade que se confira a tal conceito jurídico indeterminado.

Assim, o que se observa da conduta da Administração no cumprimento do quanto previsto no art. 60 da Lei estadual nº 10.177/1998 pode ser compreendido como o reflexo do **legalismo**, que, quando a autoridade entende pertinente, significa o atendimento ao sentido literal de uma dada disposição legal, a qual é aplicada independente dos valores constitucionais que necessariamente deveriam ser sopesados na tarefa interpretativa que é condição prévia do seu agir (como da segurança jurídica - Capítulo 2, *supra*).

⁶⁴⁰ <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html> [acesso em 25/12/16, às 19:00].

⁶⁴¹ Se o prazo de 10 anos previsto na Lei de Processo Administrativo estadual (art. 10º, I da Lei nº 10.177/1998) ou o de 5 anos previsto no art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932, que alguns defendem ter aplicação analógica em favor do administrado por força do princípio da isonomia (lapso que inclusive é o mesmo previsto na Lei de Processo Administrativo federal – art. 54, §1º da Lei nº 9.784/1999).

⁶⁴² A Fazenda defende que, após a promulgação da Lei (federal) nº 9.717/1998, teria havido a revogação do dispositivo da legislação estadual, com base no qual a pensão, em razão do estado civil da beneficiária de policial militar, foi-lhe concedida (inciso III do art. 8º da Lei estadual nº 452/1974). A respeito, o art. 5º da Lei nº 9.717/1998 tem a seguinte redação: “*os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal*” [https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9717.htm, acesso em 25/12/16, às 23:00].

Por outro lado, tal postura também revela como a ideia de **devido processo legal administrativo** ainda é mal assimilada por órgãos públicos, que de forma patente privilegiam interesses patrimoniais do erário ao respeito dos direitos dos cidadãos (itens 3.1.1.1 e 3.1.2.1 *supra*).

Por fim, considerando que, apesar de a jurisprudência estadual ser uníssona quanto à inconstitucionalidade da suspensão cautelar de benefício previdenciário em circunstâncias como as descritas, a Administração continua a proceder de tal modo, nota-se a **indiferença dos gestores públicos** com relação às críticas que são feitas a sua atuação pelos **órgãos de controle**, em uma ciranda em que os conflitos, mesmo após apreciados pelo Judiciário, persistem na realidade (só que com outros prejudicados)(item 3.1.2.4 *supra*).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Alegada invasão de prédios escolares. Pretensão à emissão de ordem liminar de reintegração de posse. Inadmissibilidade, por não se ver claramente presente a intenção de despojar o Estado da posse, mas, antes, atos de desobediência civil praticados no bojo de reestruturação do ensino oficial do Estado objetivando discussão da matéria. Antecipação de tutela recursal denegada, processando-se o recurso (TJSP - 7ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. - Coimbra Schmidt – Agravo de Instrumento nº 2243232-25.2015.8.26.0000 - data do julgamento - 23/11/2015)

REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Defensoria Pública - Invasão de escolas públicas estaduais sob argumento de protesto contra o projeto de "Reorganização Escolar", do Governo do Estado - Decisão de deferimento da liminar, em primeiro grau – Imóveis de domínio público ocupados irregularmente – Interesse particular que não pode se sobrepor ao interesse público – Expedição de mandados de reintegração com resultado negativo ante a desocupação voluntária das escolas - Recurso prejudicado (TJSP - 11ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Luis Ganzerla – Agravo de Instrumento nº 2255054-11.2015.8.26.0000 - Data do julgamento - 29/03/2016)

Comentário:

Os dois agravos de instrumento selecionados tratam de um problema que se disseminou em várias Comarcas do Estado de São Paulo, em razão da decisão adotada no âmbito do governo estadual quanto à “reorganização escolar”, política que, alegadamente buscando uma maior eficiência na alocação de prédios públicos afetados às atividades de ensino, não foi precedida de amplo debate com seus próprios destinatários, o que redundou em importante resistência cívica em vários estabelecimentos educacionais.

A oposição manifestada por alguns grupos de estudantes e professores levou, nos casos mais extremos, à ocupação de escolas por longo período, com prejuízo de parte do ano letivo.

A judicialização desses impasses, que provavelmente poderiam ser evitados caso a Administração, em vez de decidir de cima para baixo a reorganização da sua rede de ensino, formulasse o rearranjo de forma dialogada com a sociedade e, sobretudo, com aqueles que teriam seu dia a dia diretamente afetado pelas alterações propostas, demonstra como alguns dos nossos governantes ainda não compreenderam o valor da **participação popular no processo de tomada de decisão estatal**⁶⁴³ para a legitimidade e eficácia da sua atuação (item 3.1.2.3 *supra*).

Nada obstante a clara percepção de que a falta de interação com os cidadãos antes da “reorganização escolar” teria criado gigantescas barreiras à boa efetivação das medidas pensadas pelas autoridades, a reação imediata do gestor foi a orientação para que a Procuradoria do Estado **ingressasse imediatamente com ações de possessórias** perseguindo desde logo a desocupação (ou a proibição de ocupação) dos referidos prédios, exatamente o mesmo instrumento usado pelo Poder Público para se ver reintegrado em áreas estatais alvo da ação de posseiros (item 3.1.2.1 *supra*).

Ou seja, o governo do Estado não se mostrou disposto a construir com a sociedade a melhoria necessária na sua rede educacional e, após ser confrontado com resistência invulgar de quem não foi ouvido sobre algo que teria impacto direto na sua vida, optou por continuar sem escutar os cidadãos, recorrendo à força, através do Judiciário, como primeira ferramenta para ver atendidos seus desígnios.

No Agravo de Instrumento nº 2243232-25.2015.8.26.0000, envolvendo ocupação que ocorreu no Município de São Paulo, o pronunciamento do Tribunal de Justiça foi pelo reconhecimento da prematuridade do manejo da ação de interdito proibitório/reintegração de posse, o que ademais dependeria da existência do dolo por partes dos respectivos ocupantes quanto ao desejo de apossarem-se de bem público para si.

Segundo o Desembargador Magalhães Coelho, que seguiu o voto do Desembargador Coimbra Schmidt confirmando o indeferimento da liminar de reintegração

⁶⁴³ O que, no caso das políticas públicas educacionais, ainda é expressamente prescrito pelo art. 14 da Lei nº 9.394/1996 – Diretrizes e Bases da Educação: “*art. 14. Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios: I - participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola; II - participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes*”[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm, acesso em 25/12/16, às 23:30].

de posse proferida pelo juiz Luís Felipe Ferrari Bedendi, mas fez declaração de seu entendimento:

Não se nega ao Poder Executivo o poder-dever de propor e implementar suas políticas públicas e, nem ao menos, a política pública da educação que, agora, tenta concretizar. Não se pode negar a ela, inclusive, seus eventuais méritos. A questão é que essa política pública específica que envolve milhares de alunos, professores e pais seja implementada sem o menor respeito à gestão democrática da educação, comando constitucional específico (art. 206, VI, da C.F.). Uma política pública que envolve mobilidade urbana, implica reorganização das rotinas de muitas famílias e que diz respeito, inclusive, aos afetos legítimos dos alunos com suas escolas, não pode ser implantada a partir de uma matriz burocrática autoritária (p. 9 do acórdão⁶⁴⁴)(g.n.).

Já no Agravo de Instrumento nº 2255054-11.2015.8.26.0000, âmbito em que as decisões tanto do Tribunal como do juiz de primeira instância foram pelo deferimento da reintegração de posse pretendida pela Fazenda, surpreende o número de estabelecimentos que foram objeto do movimento contestatório: **17 escolas públicas no Município de Sorocaba**.

O referido recurso, interposto pela Defensoria Pública, teve seu julgamento prejudicado em razão da desocupação voluntária dos prédios objeto das manifestações, mais um elemento a indicar que o manejo da ação judicial pelo Estado, antes da tentativa de efetivo diálogo com os envolvidos, teria sido precoce, embora coerente com um **modo de administrar mais preocupado com o exercício (unilateral) do poder** do que com o respeito dos direitos e interesses legítimos dos respectivos destinatários (itens 3.1.1.1 e 3.1.2.3 *supra*).

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 282/2015, do Município de Suzano. Norma responsável por desafetar bens municipais, de uso comum e/ou especial, com o fim de aliená-los sem dar destinação específica ao produto da venda. Vício formal de inconstitucionalidade. Conexão com matéria de jaez urbanística. Processo legislativo não contemplou a necessária participação popular previsto no art. 180, II, da Constituição Bandeirante. Mácula procedimental irremediável. Alteração da destinação de áreas municipais (verdes e institucionais) fora das hipóteses excepcionais previstas no art. 180, VII, da Constituição Paulista. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente, com modulação (TJSP - Órgão Especial – Des. Rel. Péricles Piza – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2067470-58.2016.8.26.0000 - data do julgamento - 30/11/2016).

⁶⁴⁴ <https://esaj.tjsp.jus.br/> [acesso em 25/12/16, às 23:30]

Comentário:

Uma área em que a questão da participação popular no processo de tomada de decisão estatal vem ganhando efetividade entre nós é na formulação de políticas públicas urbanas, para o que tem tido destaque o papel do Judiciário na garantia de que os instrumentos previstos para a intervenção cidadã nas escolhas administrativas sejam devidamente respeitados.

O julgado ora selecionado ilustra bem o fenômeno.

A situação objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2067470-58.2016.8.26.0000, julgada procedente por unanimidade do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é a seguinte: a Câmara Municipal de Susano aprovou a Lei Complementar municipal nº 285/2015, versando sobre **desafetação de vários bens públicos** de uso comum e/ou especial, os quais seriam alienados, sem que houvesse destinação específica para o produto da venda.

Instados a se manifestar sobre o tema em ação promovida pelo Partido Trabalhista Brasileiro, os Desembargadores entenderam que *“a norma encontra-se eivada de mácula procedimental irremediável, proveniente do vício formal de inconstitucionalidade, vez que o processo legislativo não contemplou a necessária participação popular em seu trâmite”*.

Os parâmetros usados para o controle de constitucionalidade do referido tipo normativo foram os artigos 180, II e 191 da Constituição Estadual, que assim dispõem:

Artigo 180 - No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

II - a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes.

Artigo 191 - O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico⁶⁴⁵.

Note-se que, embora o julgado trate de processo legislativo irregular, a matéria que subjaz à lei inconstitucional é de índole estritamente administrativa, já que atinente à

⁶⁴⁵ <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao-0-05.10.1989.html> [acesso em 26/12/16, às 10:30].

gestão de bens públicos, sede em que a lei, desprovida das características de generalidade e abstração, corresponde a instrumento para a ação do Poder Executivo.

E quanto a tal aspecto o pronunciamento da corte foi inequívoco, conforme se constata das palavras do Desembargador Péricles Piza:

No caso em apreço, a Lei Complementar Municipal no 282/2015 inaugura regras com consequências urbanísticas, porquanto são relativas ao uso, destinação e ocupação do solo e, assim, trazem alteração significativa da realidade urbana do município de Suzano.

Ora, se a lei é determinante para se verificar as características de áreas municipais (institucionais e verdes), torna-se evidente a conexão material com a temática característica das leis urbanísticas, evidenciando a estreita observância da referida participação.

É o que bastaria para declarar a norma inconstitucional (p. 6 do acórdão⁶⁴⁶)

Ainda que vejamos com reserva a segunda parte do acórdão que faz referência a uma segunda razão pela qual a desafetação pretendida pela lei impugnada não seria possível⁶⁴⁷, sem dúvida alguma verifica-se uma disposição de o Poder Judiciário assegurar o direito de os indivíduos serem ouvidos e tentarem influenciar escolhas governamentais que, impactantes no meio em que vivem, digam-lhes respeito.

⁶⁴⁶ <https://esaj.tjsp.jus.br/> [acesso em 26/12/16, às 11:00]

⁶⁴⁷ A segunda razão estaria na vedação supostamente absoluta advinda do inciso VII do art. 180 da Constituição do Estado de São Paulo, cuja redação é a seguinte: “*as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos alterados*”. Na linha do que já expusemos em outras passagens deste estudo (em especial item 3.1.2.3 *supra*), por vezes proibições legais são ignoradas pela dinâmica da realidade e, à vista da força com que esta se impõe, o simples reafirmar retórico da lei sem a adesão voluntária de parcela significativa da população a seus termos pode ser inócuo. Diante de um quadro como o exposto, talvez a única alternativa que reste ao gestor público e ao legislador seja a busca de uma nova conformação jurídica que vise assegurar o interesse público em um contexto fático que evoluiu à margem do direito estatal então vigente, o que deverá ocorrer, segundo os pressupostos de governança ora defendidos, de forma dialogada com todos aqueles potencialmente afetados pelas alterações propostas.

CONCLUSÃO

Nesta tese buscamos propor um modelo jurídico de atuação administrativa que compatibilizasse os postulados da *legalidade* e da *eficiência*, pelo qual os gestores públicos pudessem ver no Direito que rege seu agir um aliado para a construção de escolhas ótimas no exercício das competências que lhes são conferidas pela ordem constitucional vigente.

O simples afirmar que a Administração Pública brasileira enfrenta sérios gargalos para se transformar num autêntico espaço de realização de Justiça chega a ser tautológico, não trazendo qualquer novidade para todos aqueles que estão sujeitos à sua esfera de influência.

Pela nossa pesquisa, aliás, a surpresa foi justamente constatar em obras clássicas que se debruçaram sobre a experiência burocrática do Brasil colônia retratos de problemas que atravessaram os séculos e que persistem, tal qual em sua origem, na contemporaneidade.

Já o vaticinar a premência de que esses óbices à *boa administração* sejam removidos para garantia de legitimidade do nosso Estado, evitando-se, assim, esgarçamento ainda maior do nosso tecido social, imaginamos que seja tarefa que toca particularmente ao estudioso do Direito.

Afinal de contas, se uma das causas para a ineficiência da Administração supostamente está nas leis que a disciplinam, conforme argumento reiteradamente veiculado pela advocacia pública na defesa da Fazenda em juízo, é importante saber o que quem se dedica ao aprendizado e harmonização do nosso ordenamento jurídico tem a dizer a respeito.

Atendendo a esse chamado, nossa investigação rumo à construção dos pressupostos e instrumentos da *governança pública*, forma de ação estatal pensada como aderente ao imperativo de aprimoramento do exercício da função administrativa no território nacional, começou por analisar qual seria o efeito jurídico da positivação do princípio da eficiência na Constituição de 1988.

Sobre o ponto, formulamos no Capítulo 1, reiterando no Capítulo 2, as seguintes perguntas:

A previsão da eficiência em *Lei* é condição suficiente para levar os gestores a perseguirem resultados na realidade compatíveis com esforço dispendido para alcançá-los? Ou então: a alteração legislativa basta para que estes excluam das alternativas presentes em seu processo de tomada

de decisão aquelas que, apesar de aparentemente encontrarem lastro na lei escrita, ofendem-lhe o espírito, sua razão de ser?

Apesar de aparentemente estarmos diante de questões retóricas, já que é bastante intuitivo que só a existência de lei que determine a ação estatal eficiente não é capaz de revolucionar a realidade da prestação de serviços públicos (em sentido amplo) em nosso país, a reflexão proposta cumpre uma função nada evidente.

Ainda existe entre nós uma fé inabalável de que todos (ou quase todos) os impasses enfrentados pelos governantes e governados para a construção de uma sociedade mais justa e próspera passam por algum tipo de reforma legislativa, em especial constitucional.

Ao seu tempo (que, como sabemos, ainda não passou) a Emenda Constitucional nº 19/1998 refletiu essa aspiração, e trouxe para nosso direito escrito, em seu nível hierarquicamente mais elevado, o que já decorreria do bom senso, do que seria o mínimo de se esperar de uma organização política estruturada de modo a garantir as condições de progresso material e espiritual de seus membros.

Nada obstante, após termos percorrido as lições de diversos autores que trataram do tema e refletido sobre apontamentos da jurisprudência sobre vícios identificados no conduzir dos afazeres públicos pelos nossos gestores, concluímos que a inovação trazida à Carta Política pode não ter sido inócua.

Mas para tanto, como não poderia deixar de ser, tudo dependerá da aplicação que os intérpretes darão ao “novo” postulado da ação administrativa, evitando que os sentidos extraídos da lei para o seu agir impliquem resultados disparatados ao exercício de suas funções.

Esse primeiro passo para o agir eficiente estatal, de acordo com o exposto no Capítulo 2 desta tese, já poderia ter sido dado antes da reforma do nosso direito escrito com tal propósito, por meio de sua adequada interpretação conjugada com as demais fontes do Direito, à luz do que já há muito é dito por juristas atentos ao fato de que o Direito serve a uma realidade (e não o contrário).

De qualquer modo, considerando o prestígio que textos de lei têm, ao menos formalmente, entre muitos de nossos gestores e acadêmicos, havendo enunciado textual na Constituição a respeito (o que na legislação já havia pelo menos desde o Decreto-lei nº 200/1967), não vemos qualquer margem para que se recuse a necessária compatibilização

entre os princípios da legalidade e da eficiência no cumprimento de tarefas pelos nossos servidores públicos.

O segundo passo no caminhar em direção à governança, a nosso ver, também não dependeria de alteração legislativa expressiva, bastando a incorporação à cultura das repartições públicas do que defendemos como pressupostos do modelo de atuação executiva, muitos dos quais decorrentes da própria aplicação teleológica da lei, conforme os valores albergados em nossa Carta Política.

Ao se exigir da autoridade pública respeito ao cidadão, aos seus direitos e expectativas legítimas quanto ao exercício de Poder, o que se faz é explicitar algo que decorre de qualquer organização que se pretenda republicana, democrática e racional do Estado.

Na mesma linha estão outros deveres do gestor lembrados no Capítulo 3 desta tese, como o da ação proporcional, de diálogo e harmonização de sua conduta com a das demais esferas de governo e de prestação de contas à população, com o tratamento adequado das demandas que lhe são apresentadas pelos indivíduos em nome dos quais este exerce suas atividades.

Já quanto ao terceiro passo nessa jornada pela governança, entendemos que algumas das questões colocadas neste estudo ainda merecem um melhor tratamento pela doutrina, além de depender, como todas as demais, da vontade administrativa (leia-se de governantes e de integrantes do funcionalismo) para sua implementação adequada.

A boa administração, tal como desenhada neste estudo, vai além do se evitar o despropósito. É necessário que a gestão do bem comum persiga o ótimo no rendimento de suas tarefas, para o que o Direito também tem um relevante papel a desempenhar.

Assim, a procedimentalização do iter decisório a cargo do gestor deve virar realidade. O cumprimento de etapas antes da formulação de escolhas que repercutirão na vida de milhares de pessoas, abrindo-se a oportunidade de estas se manifestarem a respeito, apesar de comandos constitucionais e legais expressos entre nós, ainda se vê com pouquíssima frequência nas rotinas das repartições públicas.

De acordo com o exposto em nossa pesquisa, ouvir o cidadão em tais circunstâncias não é só sinal de respeito com o indivíduo, como também corresponde a um valioso instrumento para aprimoramento da decisão a ser feita pela autoridade, ampliando sua visão sobre os fatos a merecerem sua intervenção e acerca de alternativas possíveis de solução para os impasses que pretende superar.

Da mesma forma, o ideal de exercício dialógico do Poder, com o emprego preferencial do consenso à ação unilateral como método para a satisfação de pautas de interesse coletivo, ainda enfrenta sérios obstáculos para conseguir algum espaço no dia a dia dos afazeres públicos.

Além da justificativa teórica encampada nesta tese, seriam úteis estudos detalhados sobre os efeitos econômicos da judicialização de toda e qualquer matéria envolvendo a Administração, o que necessariamente deveria incluir os custos estimados de tal política em termos globais (ou seja, para financiamento tanto Judiciário como do Executivo para o cumprimento de tal ônus), já que os prejuízos para a cidadania decorrentes da prática nos parecem evidentes.

Finalmente, tecemos algumas observações que entendemos pertinentes para aprimoramento dos órgãos de controle na sua função de contribuir para um melhor exercício da atividade administrativa. O tema certamente inspira novos estudos, sobretudo no que diz respeito ao desenho institucional de formas adequadas de interação entre controlador e controlado que, favorecendo a boa administração, não implique a cooptação do fiscal pelo fiscalizado.

Feitas tais considerações, é chegada a hora de nos despedirmos desta pesquisa, na esperança de que este esforço acadêmico possa de algum modo contribuir para que alcancemos um novo patamar de Administração Pública em nosso país, no qual o Direito (mais do que a lei) possa servir de instrumento não só para coibir desvios, como também para a construção de escolhas ótimas pelos nossos gestores.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Susan Rose-. Étude d'impact et analyse coûts-avantages: qu'impliquent-elles pour l'élaboration des politiques publiques et les réformes législatives *in Revue Française d'Administration Publique - RFAP*, n. 140, p. 787/806, Mayenne : ENA, 2011.

ADAMS, Luís Inácio Lucena; MARTINS FILHO, Luiz Dias. A Transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as propostas normativas de lei autorizadora *in SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*, v. 1, p. 15/42, Belo Horizonte: Fórum, 2008 (acessível em www.direitodoestado.com, 03/01/17, às 23:00).

ALCARAS, Jean-Robert; MARCHAND, Christèle; MARREL, Guillaume; NONJON, Magali. La « performance sociale » comme horizon? Les directeurs départementaux de l'aide et de l'action sociales et leurs perceptions de la managérialisation *in Revue Française D'Administration Publique – RFAP*, n. 140, p. 757/771, Mayenne: ENA, 2012.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano: Giuffrè, 1958.

ALLEGRETTI, Umberto. *Diritti e stato nella mondializzazione*, Troina: Città Aperta, 2002.

_____. *L'amministrazione – dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano: Giuffrè, 2009.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira *in Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, n. 68, p. 76/85, São Paulo: RT, jul.-set. 2009.

_____. *Contrato administrativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Responsabilidade do Estado *in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de direito administrativo*, v. 7, p. 215/443, São Paulo: RT, 2014.

_____. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*, São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria geral do direito administrativo – temas nucleares*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2012.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria geral do direito administrativo – o novo regime do Código de Procedimento Administrativo*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2015.

AMAN JR, Alfred C. ; MAYTON, William T. *Administrative law*, 2. ed., St. Paul: Minn, 2001.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. O Princípio da Eficiência do Direito Administrativo *in Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 5 mar./abr./mai. Salvador: 2006 (disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-5-MAR%C7O-2006-CARLOS%20CINTRA.pdf>, acesso em 18/12/16, às 23:30).

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*, v. II, Coimbra: Almedina, 2010 (reimpressão de edição de 2001).

_____. *Curso de direito administrativo*, v. I, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2011 (reimpressão de edição de 2006).

AMARAL FILHO, Marcos J. T. do. *O ombudsman e o controle da administração*, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo/Ícone, 1993.

_____. Ouvidor geral – o ombudsman brasileiro *in* ALMEIDA, Fernando D. M. de (et al.)(coord.). *Direito público em evolução – estudos em homenagem à professora Odete Medauar*, p. 275/281, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos*, Coimbra: Almedina, 2007.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*, Coimbra: Almedina, 1998.

APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. O novo paradigma da consensualidade administrativa e a atuação dos advogados públicos *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARAÚJO, Glaucio R. B. De; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses A. (coord.). *48 visões sobre a corrupção*, p. 367/380, São Paulo: Quartier Latin, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos *in Revista Forense*, v. 389, ano 103, p. 3/ 17, Rio de Janeiro: Forense, jan.-fev. 2007.

_____. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradições entre órgãos administrativos *in Boletim de Direito Administrativo – BDA n. 5*, p. 552/561, São Paulo: NDJ, maio 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós- positivista do princípio da legalidade *in Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, ano 16, n. 15, p. 7/21, São Paulo: RT, out.-dez. 2008 – B.

_____. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade *in* SOUZA NETO, Cláudio P. De; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*, p. 295/310, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. O princípio da eficiência *in* MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*, p. 375/381, São Paulo: Atlas, 2012-B.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio *in Revista do Serviço Público – RSP*, n. 3, ano 48, p. 104/132, set./dez. 1997 (disponível em <http://antigo.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fGraacad48.pdf>, 14/12/16, às 11:00).

ARANA, Jaime Rodríguez-. El ciudadano y el poder público – el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración, Madrid: Editorial Reus, 2012.

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. *Participação democrática na administração: o procedimento de reforma do plano diretor da cidade de São Paulo – fase do executivo – gestões Kassab (2006-2012) e Haddad (2013-2016)* – Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

ARNAUD, André-Jean. *La gouvernance – un outil de participation*, Paris : LGDJ, 2014.

ARISTÓTELES. *Politics*, trad. Benjamin Jowett, Mineola-New York: Dover Publications, 2000 (autor viveu no século IV a.C.).

ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, ed. 2., Heidelberg: Springer, 2006.

AUBY, Jean-Bernard. Remarques préliminaires sur la démocratie administrative *in Revue Française D’Administrations Publique – RFAD*, n. 137-138, p. 13/19, 2011.

_____; BUGNY, Delphine Dero-. Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime *in* AUBY, Jean Bernard; ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la (sous la direction de). *Droit administratif européen*, p. 473/490, Bruxelles: Bruylant, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

AZOULAI, Loïc. Le principe de bonne administration in AUBY, Jean Bernard; ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la (sous la direction de). *Droit administratif européen*, p. 493/518, Bruxelles: Bruylant, 2007.

AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático in *Opinião Pública*, v. 14, n. 1, p. 43/64, Campinas: junho de 2008 (texto disponível em formato digital em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000100002 - 31/08/16, às 10:00).

BARAK, Aharon. *Proportionality – constitutional rights and their limitation*, trad. Doron Kalir, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BARNES, Javier. Administrative procedure in transformation in BARNES, Javier (editor). *Transforming administrative procedure*, 2. ed., p. 15/41, Sevilla: Global Law Press, 2015.

BARON, Catherine. La gouvernance: débats autour d'un concept polysémique in *Revue Internationale de Théorie du Droit et the Sociologie Juridique – D&S*, n. 54, p. 329/351, Paris: LGDJ, 2003.

BARROS, Laura Mendes Armando de. *Participação democrática e fomento nos conselhos deliberativos*, São Paulo: Saraiva, 2016.

BARTOLI, Annie; KERAMIDAS, Olivier; LARAT, Fabrice; MAZOUZ, Bachir. Vers un management public éthique et performant in *Revue Française D'Administration Publique – RFAP*, n. 140, p. 629/639, Mayenne: ENA, 2011.

_____ ; BLATRIX, Cécile. *Management dans les organisations publiques – défis et logiques d'action*, 4. ed., Paris: Dunod, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BEÇAK, Rubens. *Democracia – hegemonia e aperfeiçoamento*, São Paulo: Saraiva, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Plebiscito e referendo em matéria administrativa in MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene P.; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e administração pública – estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, p. 19/32, São Paulo: Atlas, 2013.

BERNARDES, Marcele Berger. *Democracia na sociedade informacional*, São Paulo: Saraiva, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Poder de polícia – ordenação – regulação – transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BIRBAUM, Pierre. *Les sommets de l'État – essai sur l'élite du pouvoir en France*, Paris : Édition du Seuil, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed., trad. por Maria Celeste C. J. Santos com rev. técnica de Claudio de Cicco, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *O positivismo jurídico - lições de filosofia do direito*, trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; e Carlos E Rodrigues, São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Dalla struttura alla funzione*, Bari: Laterza, 2007 (primeira publicação em 1977).

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, trad. por Carmen C. Varriale e al.; v. 1, 13. ed., Brasília: Ed. UNB, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política*, trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo/Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2014 (tradução de edição de 1985).

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Brasiliense, 2013.

_____. *Ética e política*, 3. ed., Milano: Mondadori, 2013-B.

_____. *Democracia e segredo*, trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Editora Unesp, 2015.

_____. *O futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo*, trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz & Terra, 2015-B.

BOGUMIL, Jörg; JANN, Werner. *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland – Einführung in die Verwaltungswissenschaft*, 2. Auf., Wiesbaden: VS Verlag, 2009.

BON, Pierre. L'association du public aux décisions prises par l'administration in *Revue Française de Droit Administratif - RFDA*, n. 1, année 32, p. 27/34, Paris: Dalloz, jan.-fev. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BONILHA, Daniel. La economía política del conocimiento jurídico in *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 1, p. 26/59, jan. 2015.

BORGES, Aline Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico – ReDAE*, n. 9 – fev./mar./abr. – 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-ALICE%20GONZALEZ.pdf> [16/07/16, às 18:00].

BONNET, Baptiste. L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et confiance légitime in *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, n. 4, année 29, p. 718/721, Paris: Dalloz, jui.-août. 2013.

BOTTINI, Fabien. L'impact du New public management sur la réforme territoriale in *Revue Française de Droit Administratif - RFDA*, n. 4, année 31, p. 717/725, Paris: Dalloz, jui.-août. 2015.

BOUSTA, Rhita. *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris: L'Hartman, 2010.

BRAIBANT, Guy. Administration et participation in *Revue Internationale de Sciences Administratives – RISA*, n. 1-2, p. 159/165, 1978.

BRELÀZ, Gabriela de ; ALVES, Mário Aquino. O processo de institucionalização da participação na Câmara Municipal de São Paulo: uma análise das audiências públicas do orçamento (1990-2010) in *Revista de Administração Pública -RAD*, 47(4), p. 803/826, Rio de Janeiro, jul./ago. 2013

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Ricardo Luiz Pereira; BRELÀZ, Gabriela de; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Administração pública brasileira no século 21: seis grandes desafios in *Revista do Serviço Público – RSP*, v. 67, p. 7/28, edição especial, Brasília: ENAP, dez. 2016.

BURDEAU, Georges. *L'État*, Paris: Éditions du Seuil, 1970.

BUTTERWEGGE, Christoph. *Krise und Zukunft des Sozialstaates*, 5. Auf., Wiesbaden: Springer VS, 2014.

CAILLOSSE, Jacques. Le droit administratif contre la performance publique? in *L'Actualité Juridique - Droit Administratif – AJDA*, n. 3, p. 195/211, Paris: Dalloz, mar. 1999.

_____. Les figures croisées du juriste e du manager dans la politique française de réforme de l'État in *Revue Française de Administration Public – RFAP*, n. 105-106, p. 121/134, ENA: Paris, 2003 – disponível em <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2003-1.htm> [29/11/16, às 11:00].

_____. *La constitution imaginaire de l'administration*, Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 2008.

_____. Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d' « objectifs » in FAURE, Bertrand (sous la direction de), *Les objectifs dans le droit*, p. 13/27, Paris: Dalloz, 2010.

_____. Performance et droit de l'administration in ALBERT, Nathalie (sous la direction de). *Performance et droit administratif*, p. 5/17, Paris: LexisNexis, 2010-B.

CAILLOSSE, Jacques. Le juge administratif et la question de l' « efficacité » in *Revue du Droit Public – RDP*, n. 1, p. 27/51, Paris: LGDJ, 2013.

_____. La révision générale des politiques publiques et la question de l' « usager » in *Revue Française de Droit Administratif - RFDA*, n. 3, p. 499/504, Paris: Dalloz, mai-jun. 2013-B.

_____. *L'État du droit administratif*, Paris: LGDJ, 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*, São Paulo; Max Limonad, 1997.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* in *Revista de Administração Pública – RAP*, v. 24, n. 2, p. 30-50, Rio de Janeiro, 1990.

CANANEA, Giacinto della. Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario in SANDULLI, Maria Alessandra (a cura di). *Codice dell'azione amministrativa*, p. 20/34, Milano: Giuffrè, 2011.

CANE, Peter. *Administrative law*, 5. ed., Oxford: Oxford University Press, 2011.

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*, n. 61, p. 705/722, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2008.

CARNAES, Mariana. O Clientelismo e os Cargos Comissionados: Impacto na Eficiência da Administração Pública, São Paulo, 2014, disponível em <http://abdet.com.br/site/o-clientelismo-e-os-cargos-comissionados-impacto-na-eficiencia-da-administracao-publica/>, acesso em 18/12/16, às 23:30.

_____. *Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no direito brasileiro*, São Paulo: Contracorrente, 2015.

CARVALHO, Raquel. O Direito à informação administrativa procedimental, Porto: Publicações Universidade Católica, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 24. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CASSESE, Sabino. *Burocrazia ed economia pubblica – cronache degli anni 70*, Bologna: Il Mulino, 1978.

_____. *Lo stato introvabile – modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma: Donzelli, 1998.

_____. *Le basi del diritto amministrativo*, 5. ed. Torino: Giulio Einaudi editore, 1998-B.

_____. L'arena pubblica – nuovi paradigmi per lo stato in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, p. 601/649, Milano, 2001.

_____. La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, p. 13/41, Milano, 2007.

_____. *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3. ed., Milano: Giuffrè, 2009.

_____. *A crise do Estado*, trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale, Campinas: Saberes, 2010.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de Sciencia da administração e direito administrativo*, Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1914.

CHAMBAT, Pierre; FOURNIAU, Jean Michel. Débat public et participation démocratique in VALLEMONT, Serge (sous la direction de). *Le débat public: une réforme dans l'État*, Paris, LGDJ, 2001.

CHEVALIER, Emilie. *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles: Bruylant, 2014.

CHEVALLIER, Jacques. La gouvernance: un nouveau paradigme étatique? *in Revue Française de Administration Public – RFAP*, n. 105-106, p. 203/217, ENA: Paris, 2003 – disponível em <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2003-1.htm> [29/11/16, às 11:00].

_____. *Science administrative*, 4. ed, Paris: PUF, 2007.

_____. *L'État post-moderne*, 3. ed., Paris: LGDJ, 2008.

_____. Rapport de synthèse (Performance et droit administratif) *in* ALBERT, Nathalie (sous la direction de). *Performance et droit administratif*, p. 293/306, Paris: LexisNexis, 2010.

_____. *L'État*, 2. ed., Paris: Dalloz, 2011.

CHIEPPA, Roberto; GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuali di diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2011.

CHITI, Mario P. Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma? *in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, p. 301/320, 2000.

_____. *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna: Clueb, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 3. ed., São Paulo: RT, 2011.

_____. O cidadão, a Administração Pública e a Constituição *in* CLÈVE, Clèmerson M. (coord.). *Direito constitucional brasileiro – organização do Estado e dos poderes*, p. 316/337, São Paulo: RT, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O direito e o avesso *in Dossiê Crise do Congresso – Revista Estudos Avançados*, v. 23, n. 67, p. 7/22, São Paulo: IEA, 2009 [Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300002&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 1806-9592. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142009000300002>, 17.04.16, às 19:00].

CONTI, José Mauricio; CARVALHO, André Castro. O controle interno da Administração Pública brasileira: a qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal *in Direito Público –DPU*, n. 37, p. 201/220, SI(sem indicação): Síntese, jan.-fev. 2011.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997.

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra: Almedina, 2001.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 2003.

CORSO, Guido. *Manuale di diritto amministrativo*, 5. ed., Torino: Giappichelli, 2010.

COSTA, Judith Martins-. A boa fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale) *in* COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 187/224, São Paulo: Saraiva, 2002.

COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*, São Paulo: Saraiva, 2013.

CRAIG, Paul. *Administrative law*, 6. ed., London: Thomson Reuters, 2010.

CRISTI, Éric. *La réforme de l'État*, Paris: Vuibert, 2007.

CRUET, Jean. *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908 (<https://archive.org/stream/laviedudroitetl00cruegoog#page/n12/mode/2up>, 19/01/16, às 00:15 – obra digitalizada).

_____. *A vida do direito e a inutilidade das leis*, 3. ed., (sem tradutor mencionado), Leme: Edijur, 2008 (original de 1908).

CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração *in* MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*, p. 382/404, São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Poder de polícia – compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação do seu exercício a entes privados*, Ribeirão Preto: IELD, 2014.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Audiência pública e urbanismo – a audiência pública como instrumento de participação popular na formação e controle de políticas voltadas à ordenação da cidade *in Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, ano 15, n. 52, p. 39/62, Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2014-B.

_____. Responsabilidade pessoal do servidor por dano causado a terceiro no exercício da função administrativa *in Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, ano 3, n. 7, p. 85/112, jan./abr. 2014-C.

_____. Lei e regulamento: apontamentos sobre o caráter inovador inerente a todas as formas de manifestação do poder normativo estatal *in Boletim de Direito Administrativo – BDA*, n. 31, ano 7, p. 856/864, São Paulo: NDJ, jul. 2015-A.

_____. Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos? *in Revista de Contratos Públicos- RCP*, ano 4, n. 7, p. 9/18, Belo Horizonte; Fórum, mar./ago. 2015-B.

_____. Vinculação da Administração à Constituição – alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde *in Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura – EPM*, ano 16, n. 40, p. 9/20, São Paulo: EPM, abril-junho de 2015-C.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; VIANA, Camila Rocha Cunha. Pactos regulatórios: a regulação positiva, o direito administrativo e a busca de resultados *in Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, v. 20, ano 3, p. 79/98, São Paulo: RT, set.-out. 2015.

CUSTOS, Dominique. Le statut du responsable public et la réception de la notion d' « accountability » *in* AUBY, Jean Bernard (sous la direction de). *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, p. 275/285, Paris : Dalloz, 2010.

DAHL, Robert A.. *Polyarchy – participation and opposition*, New Haven/London: Yale University Press, 1971.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade *in* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*, p. 211/231, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública *in Interesse Público – IP*, ano 6, n. 29, p. 101/116, Porto Alegre: Notadez, jan.-fev. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*, São Paulo: Saraiva, 2007.

DAUGERON, Bruno. La démocratie administrative dans la théorie du droit public *in Revue Française D'Administrations Publique – RFAD*, n. 137-138, p. 21/37, 2011.

DEBBASCH, Charles. *Science administrative*, Paris: Dalloz, 1971.

_____ ; COLIN, Frédéric. *Droit administratif*, 10. ed., Paris: Economica, 2011.

DEFARGES, Philippe Moreau. *La gouvernance*, 5. ed., Paris: PUF, 2015.

DEGOFFE, Michel. *Droit administratif*, Paris: Ellipses, 2008.

DELAUNAY, Bénédicte. La réforme de la participation du public *in L'Actualité Juridique – Droit Administratif – AJDA*, n. 6, p. 344/350, Paris: Dalloz, fev. 2013.

DELHOSTE, Marie –France. Démocratie participative: De l'échec de l'organisation étatique à l'avenir du projet citoyen *in Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, n. 5, p. 1061/1070, Paris: Dalloz, sep.-oct. 2007.

DEVILLER, Jacqueline Morrand-. Les performances de la domanialité publique: critères, consistance, utilisations *in ALBERT, Nathalie (sous la direction de). Performance et droit administratif*, p. 211/226, Paris: LexisNexis, 2010.

_____. *Droit administratif*, 12. ed., Paris: Montchretien, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito administrativo*, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007-B.

_____. Da constitucionalização do Direito Administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa *in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes no Direito Administrativo*, p. 175/196, São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Parcerias na administração pública*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Fontes do direito administrativo *in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de direito administrativo*, v. 1, p. 183/208, São Paulo: RT, 2014.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Audiência pública na gestão democrática da política urbana *in* DALLARI, Adilson de A.; DI SARNO, Daniela C. L. *Direito urbanístico e ambiental*, 2. ed., p. 43/59, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: por uma concretização da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra: Almedina, 1996.

DUBOS, Olivier. Performance, droit administratif et droits européens: transmutation *in* ALBERT, Nathalie (sous la direction de). *Performance et droit administratif*, p. 35/51, Paris: LexisNexis, 2010.

DUGUIT, Léon. *L'État – le droit objectif et la loi positive*, Paris: Dalloz, 2003 (obra original de 1901).

_____. *Manuel de droit constitutionnel*, Paris: Dalloz, 2007 (obra original de 1923).

DWORKIN, Ronald. *La democracia posible*, trad. Ernest Weikert García, Barcelona: Paidós, 2008.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade *in* *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 56, p.47/70, abr.-jun. 1959.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*, trad. Cláudia Sant'Ana Martins, São Paulo: Editora Unesp, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3. ed., Madrid: Civitas, 1989.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. I, 14. ed., Madrid: Thomson, 2008.

ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de derecho administrativo*, v. 1, Buenos Aires: Depalma, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2009.

EVEILLARD, Gweltaz. Intelligibilité et simplification du droit *in* *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, n. 4, p. 713/719, jui./aôu. 2013.

EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. A jurisdição administrativa francesa e o Conseil d'État in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ALVES, Angela L. A.; NAHAS, Fernando W. B.; MELONCINI, Maria Isabela H. (coord.). *Temas atuais de direito público: diálogos entre Brasil e França*, p. 303/316, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, atualizado por Gustavo Binenbojm, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006 (última reedição do original em 1984).

FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, Parte I, Milano: Giuffrè, 1953.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*, 3. ed., São Paulo: Globo, 2001.

FAURE, Bertrand. Les deux conceptions de démocratie participative in *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, n. 4, p. 709/712, jui./aôu. 2013.

FEARON, James D. Deliberation as discussion in ELSTER, Jon (edited by). *Deliberative democracy*, p. 44/68, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

FERRARA, Rosario. L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza in CONTIERI, Alfredo; FRANCIOSI, Fabio; IMMORDINO, Maria; ZITO, Alberto (a cura di). *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, v. II, p. 3/44, Napoli: Scientifica, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *Função social da dogmática jurídica*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

FERREOL, Gilles. Organisation et changement: l'exemple du système français in SEDJARI, Ali (sous la direction de). *Administration, gouvernance et décision publique*, p. 371/390, GREY: Ed. L'Harmattan, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

FIORITTO, Alfredo. Il linguaggio delle amministrazioni pubbliche in FIORENTINO, Luigi (a cura di). *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, p. 403/422, Milano: Giuffrè, 2009.

FISHKIN, James. The televised deliberative poll: an experiment in Democracy in *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, v. 546, p. 132/140, July 1996.

FLAUSS, Jean- François. L'apport de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administratif in *Revue Française d'Administration Publique - RFAP* n. 137-138, p. 49/58, Paris: ENA, 2011.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*, trad. Sabino A. Gendin da 8. e.d, Barcelona: Editorial Labor, 1933.

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*, trad. Michel Fromont, Bruxelles: Bruylant, 1969.

_____. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, München: C.H. Beck, 1973.

FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*, São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O princípio constitucional da moralidade e a nova interpretação do direito administrativo in BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; e ROSAS, Roberto (org.), *Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha – Teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição*, p. 119/151, Rio de Janeiro: Renovar, 2009-B.

_____. Direito fundamental à transparência e à boa administração pública in *Anais da XX conferência nacional dos advogados – Estado Democrático de Direito X Estado Policial – Dilemas e desafios em duas décadas da Constituição*, v. 2, p. 1173/1181, Brasília: OAB, 2009-C.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2009-D.

_____. Boa administração é aplicar a Lei Fundamental de ofício in SOUZA, Arivaldo S. de; SANTOS, Guilherme; MACHADO, Hugo de B.; MARTINS, Ives G. da S. (coord.). *Direito tributário – estudos avançados em homenagem a Edvaldo Brito*, p. 807/828, São Paulo: Atlas, 2014.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa in MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*, p. 327/351, São Paulo: Atlas, 2012.

_____; ROCHA, Iggor Gomes. Burocracia e eficiência administrativa in CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Direito constitucional brasileiro – organização do Estado e dos poderes*, p. 243/259, São Paulo: RT, 2014.

GALLIGAN, D. J. *Discretionary powers – a legal study of official discretion*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

GALVÃO, Gabriel de Mello. Efetividade do controle extrajudicial de legalidade na administração pública: um exercício de comparação entre o modelo brasileiro e o modelo francês in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ALVES, Angela L. A.; NAHAS, Fernando W. B.; MELONCINI, Maria Isabela H. (coord.). *Temas atuais de direito público: diálogos entre Brasil e França*, p. 317/338, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GARBAR, Christian-Albert. Performance et contractualisation de l'action publique in ALBERT, Nathalie (sous la direction de). *Performance et droit administratif*, p. 133/154, Paris: LexisNexis, 2010.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil – direito fundamental*, 2. ed., São Paulo: RT, 2004.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GAUDIN, Jean-Pierre. La gouvernance moderne, hier et aujourd'hui: quelques éclairages à partir de politiques publiques françaises in *Revue Internationale des Sciences Sociales – RISS*, p. 51/60, n. 155, mar. 1998.

_____. *Gouverner par contrat*, 2. ed., Paris: Sciences Po Presses, 2007.

_____. *La démocratie participative*, 2. ed., Paris: Armand Colin, 2013.

GÉRARD, Patrick. *L'administration de l'État*, Paris : LexisNexis, 2014.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa fé da administração pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, v. I e II, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1993.

GIRGLIOLI, Pier Paolo. Burocracia in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, trad. por Carmen C. Varriale e al.; v. 1, 13. ed., p. 124/130, Brasília: Ed. UNB, 2009.

GIUFFRIDA, Armando. *Il “diritto” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino: G. Giappichelli, 2012.

GODBOUT, Jacques T. *La participation contre la démocratie*, Montréal: Liber, 2014.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança global e regimes internacionais*, São Paulo: Almedina, 2011.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra: Almedina, 2008.

_____. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da “new public governance” in GONÇALVES, Pedro Costa (et al.). *O governo da administração pública*, Coimbra: Almedina, 2013.

GORDILLO, Agustín. *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid: Civitas, 1981.

_____. *Tratado de derecho administrativo*, T. 1, 7. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas - el método en derecho - la administración paralela*, T. 6, Buenos Aires: FDA, 2012, disponível em <http://www.gordillo.com/tomo6.html> [10/08/16, às 10:00].

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito*, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Equidade, razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade in *O direito posto e o direito pressuposto*, 9. ed., p. 275/286, São Paulo: Malheiros, 2014.

GRISTI, Éric. *La réforme de l'État*, Paris: Vuibert, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Eficiência administrativa: alargamento da discricionariedade acompanhado do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e responsabilização dos agentes públicos – um paradigma possível? *in Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, ano 4 – n. 10, p. 121/149, Belo Horizonte: Fórum, jan.-abr. 2015.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e flexibilidade – uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUERZONI FILHO, Gilberto. Burocracia, tecnocracia, pseudoburocracia e a Constituição de 1988: tentativas e perspectivas da formação de uma burocracia pública no Brasil *in Revista de Informação Legislativa – RIL*, n. 128, ano 32, p. 43/62, Brasília: Senado Federal, out./dez. de 1995.

GUGLIELMI, Gilles J.; MARTIN, Julien (sous la direction de). *La démocratie de proximité*, Paris: Berger-Levrault, 2013.

GUICHOT, Emilio. El consejo de transparencia y buen gobierno *in* GUICHOT, Emilio (coord.). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno – estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, p. 331/351, Madrid: Tecnos, 2014.

GUILLAUME, Henri; DUREAU, Guillaume; SILVENT, Franck. *Gestion publique: l'État et la performance*, Paris: Presses de Sciences Po – Dalloz, 2002.

HABERMANN, Gerd. *Der Wohlfahrtsstaat – Ende einer Illusion*, München: Finanz Buch Verlag - FBV, 2013.

HANSEN, Jürgen. *Die Institution des Ombudsmann*, Frankfurt am Main: Athenäum, 1972.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, 12. ed., Paris: Dalloz, 2002 (reimpressão de original de 1933).

_____. *Principes de droit public*, Paris: Dalloz, 2010 (obra original de 1910).

HELD, David. *Models of democracy*, 3. ed., California: Stanford University Press, 2006.

HERLITZ, Nils. Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione *in* PIRAS, Aldo (a cura di). *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione*, p. 341/375, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1971.

HERMET, Guy. La gouvernance serait-elle le nom de l'après démocratie ? in HERMET, Guy ; KAZANCIGIL, Ali ; PRUD'HOMME, Jean-François (sous la direction de). *La gouvernance – un concept e ses applications*, p. 17/47, Paris: Karthala, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2010 (reimpressão de edição de 1995, 1. ed. de 1936).

HOURSON, Sébastien. Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire: le précédent administratif in *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, p. 743/754, Paris: Dalloz, jui./aoû., 2013.

IMMORDINO, Maria. Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa in CONTIERI, Alfredo; FRANCARIO, Fabio; IMMORDINO, Maria; ZITO, Alberto (a cura di). *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, v. II, p. 57/93, Napoli: Scientifica, 2010.

ISSA, Rafael Hamze. *O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras*, Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-Fadusp, 2015.

_____. Os procedimentos de autorização estudos (PMIs e MIPs): a moralidade da aproximação público-privado na definição, estruturação e modelagem de contratos administrativos in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARAÚJO, Glaucio R. B. De; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses A. (coord.). *48 visões sobre a corrupção*, p. 229/252, São Paulo: Quartier Latin, 2016.

JÉGOUZO, Yves. De la « participation du public » à la « démocratie participative » in *L'Actualité Juridique Droit Administrative – AJDA*, p. 2314/2315, Paris: Dalloz, 11 décembre 2006.

JÈZE, Gaston. Théorie générale des contrats de l'administration in *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, p. 680/721, Paris: Marcel Giard, 1930.

_____. *Les principes généraux du droit administratif – le fonctionnement des services publics*, T. 3, 3. ed., Paris: Dalloz, 2011 (reimpressão de original de 1926).

JOUVE, Bernard. La démocratie en métropoles: gouvernance, participation et citoyenneté in *Revue Française de Science Politique – RFSP*, n. 2, v. 55, p. 317/337, avr. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo in ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, p. 65/85, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

KAUFMAN, Ester. E-gobierno en Argentina: crisis, burocracia y redes *in América Latina Puntogob: casos y tendencias in gobierno electrónico*, p. 151/187, Santiago: AICD-OEA, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999 (primeira publicação em 1934).

_____. *Reine Rechtslehre*, 2. ed., Wien: Verl. Österreich, 2000-A (primeira publicação em 1934).

_____. *A democracia*, trad. Ivone Castilho Benedetti (et. al.), 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000-B.

KERCHOVE, Michael van de. Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité *in* KLEIBER, Morand (et al.). *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles: Facultés universitaires Saint-Louis, 1981.

KOPP, Ferdinand O. *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 5. Auf., München: C. H. Beck, 1991.

LACAVA, Chiara. I controlli *in* FIORENTINO, Luigi (a cura di). *Le amministrazione pubbliche tra conservazione e riforme*, p. 375/422, Milano: Giuffrè, 2009.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 11. ed., München: C.H. Beck, 1976.

LASSALLE, Ferdinand. *Qu'est-ce qu'une constitution?*, Arles: Sulliver, 1999 (original de 1863).

LAUBADÈRE, André de. *Droit public économique*, 3. ed., Paris: Dalloz, 1979.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Coronelismo, enxada e voto – o Município e o regime representativo no Brasil*, 7. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012 (texto publicado pela primeira vez em 1948).

LECA, Jean. Sur le rôle de la connaissance dans la modernisation de l'État et le statu de l'évaluation *in* *Revue Française d'Administration Publique - RFAP*, n. 66, p. 185/196, avril-juin 1993.

LEVY, Evelyn. Desafios contemporâneos à gestão pública BASSOTTI, Ivani M.; SANTOS, Thiago Souza (org.). *Tópicos essenciais sobre a gestão pública*, p. 43/67, São Paulo: Escola de Governo e de Administração Pública - Egape, 2016

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, 5. ed., São Paulo: RT, 1982.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos *in Revista do Serviço Público – RSP*, nº 2, ano 49, p. 5/31, abr.-jun. de 1998 (disponível em <http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/1490/1998%20Vol.49,n.2%20J%FAnior.pdf?sequence=1> , 18/12/16, às 15:00].

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A carta da democracia – o processo constituinte da ordem pública de 1988*, Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.

LOPES, Pedro Moniz. *O princípio da boa fé e decisão administrativa*, Coimbra: Almedina, 2011.

LOTTA, Gabriela Spanghero. Políticas públicas: novos desafios à luz das transformações do Estado *in* BASSOTTI, Ivani M.; SANTOS, Thiago Souza (org.). *Tópicos essenciais sobre a gestão pública*, p. 15/41, São Paulo: Escola de Governo e de Administração Pública - Egape, 2016.

MACHETE, Rui Chancerelle de. *Estudos de direito público*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MAIORANO, Jorge L. *El ombudsman – defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*, Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1987.

MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada – a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*, Curitiba: Juruá, 2014.

MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Buenos Aires: Depalma, 1994.

MALARET, Elisenda. Droit, administrations publiques et NTCI : vers la restructuration de l'espace public. Les instruments pour la construction d'une démocratie dialogique *in* Études en l'honneur de Gérard Timsit, p. 413/431, Bruxelles: Bruyant, 2004.

MALBERG, Raymond Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris: Dalloz, 2004 (original de 1922).

MARC, Yann Arzel Durelle-. Le « citoyen administratif »: les données théoriques et historiques d'une quadrature *in Revue Française de Droit Administratif - RFDA*, n. 1, p. 7/12, Paris: Dalloz, jan.-fév. 2008.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES JUNIOR, José Jair. A negociação prévia à formalização dos contratos públicos como estímulo preventivo à corrupção *in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARAÚJO, Glaucio R. B. De; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses A. (coord.). 48 visões sobre a corrupção*, p. 181/212, São Paulo: Quartier Latin, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica *in Fórum Administrativo – FA*, v. 100, p. 85/93, Belo Horizonte: Fórum, 2009 - A.

_____. Do contrato administrativo à administração contratual *in Revista do Advogado*, n. 107, p. 74/82, dez. 2009 – B.

_____. *Bens públicos – função social e exploração econômica – o regime jurídico das utilidades públicas*, Belo Horizonte: Fórum, 2009 – C.

_____. Os grandes desafios do controle da Administração Pública *in Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, ano 9, n. 100, Belo Horizonte: Fórum, abr. 2010 (versão digital).

_____. A superação do ato administrativo autista *in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord). Os caminhos do ato administrativo*, p. 89/113, São Paulo: RT, 2011.

_____. A bipolaridade do direito administrativo e a sua superação *in SUNDFELD, Carlos A.; JURKSAITIS, Guilherme J. (org.). Contratos públicos e direito administrativo*, p. 353/415, São Paulo: Malheiros, 2015.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação *in MARRARA, Thiago (org.). Princípios de direito administrativo*, p. 159/179, São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação *in MARRARA, Thiago (org.). Princípios de direito administrativo*, p. 280/300, São Paulo: Atlas, 2012-B.

MARTÍNEZ, Agustí Cerrillo. La gobernanza hoy: introducción in MARTÍNEZ, A. C. (coord.). *La gobernanza hoy: 10 textos di referencia*, p. 11/36, Madrid: INAP, 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa – publicidade, motivação e participação popular*, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Princípio da eficiência in DI PIETRO, Maria S. Z. (coord.). *Tratado de direito administrativo*, v. 1, p. 483/517, São Paulo: RT, 2014.

MATOS, Fernanda; DIAS, Reinaldo. *Governança pública - novo arranjo de governo*, Campinas: Alínea, 2013.

MAURER, Harmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. ed., München: Verlag C. H. Beck, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, I e II, 3. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1924.

MAYNTZ, Renate. *Über governance – Institutionen und Prozesse politischer Regelungen*, Frankfurt/Main: Campus Verlag, 2009.

MEDAUAR, Odete. O controle da Administração Pública pelos Tribunais de Contas in *Revista de Informação Legislativa – RIL*, ano 27, n. 108, p. 101/126, out./dez. 1990.

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

_____. *A processualidade no direito administrativo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2008.

_____. *Direito administrativo moderno*, 18. ed., São Paulo: RT, 2014.

_____. *Controle da administração pública*, 3. ed., São Paulo: RT, 2014-B.

_____. *Direito administrativo moderno*, 20. ed., São Paulo: RT, 2016.

_____. *O direito administrativo em evolução*, 3. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 9. ed., São Paulo: RT, 1983.

_____. *Direito administrativo brasileiro*, 16. ed., São Paulo: RT, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito administrativo*, 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, 3. ed., v. I, São Paulo: Malheiros, 2007 (reedição de 2. ed. publicada em 1979).

MELONCINI, Maria Isabela Haro. Participação popular na formulação de políticas públicas nacionais de recursos hídricos *in* CUNHA FILHO, A. J. C. da; NERY, A. R. de F.; OLIVEIRA, A. T. da M. (coord.). *A crise hídrica e o direito – racionalidade jurídica a serviço da complexidade socioambiental*, p. 317/343, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MENCIO, Mariana. *O regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo *in* *Revista de Direito Administrativo – RDA*, nº 265, Belo Horizonte: Fórum, jan.-abr. 2014 (versão digital).

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias* - dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, 2013 (acessível em [www.teses.usp.br/.../dissertacao_mestrado_final Priscila Faricelli de Mendonca.pdf](http://www.teses.usp.br/.../dissertacao_mestrado_final_Priscila_Faricelli_de_Mendonca.pdf)., 03/01/2017, às 23:30).

MENDOZA, Xavier; VERNIS, Alfred. El Estado relacional y la transformación de las administraciones públicas *in* LONGO, Francisco; YSA Tamiko. *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI*, p. 37/62, Barcelona: Escola de Administración Pública de Catalunya, 2008.

MENEGALE, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá. O programa Minha Casa, Minha Vida: limites dos arranjos institucionais para uma política pública de habitação de interesse social *in* CUNHA FILHO, A. J. C. da; NERY, A. R. de F.; ARAÚJO, A. F. de (coord.). *Direito urbanístico – ensaios por uma cidade sustentável – da formulação de políticas à sua aplicação*, p. 283/286, São Paulo: Quartier Latin, 2016.

MENTEN, Arthur Scatolini. Finalidade e perfil do controle da administração pública in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ALVES, Angela L. A.; NAHAS, Fernando W. B.; MELONCINI, Maria Isabela H. (coord.). *Temas atuais de direito público: diálogos entre Brasil e França*, p. 383/400, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MERRIEN, François-Xavier. De la gouvernance et des États-providences contemporaines in *Revue Internationale des Sciences Sociales – RISS*, p. 61/70, n. 155, mar. 1998.

MESCHERIAKOF, A. S. Légalité, efficacité, équité, les avatars de la légitimité administrative: le cas français in *Revue Internationale des Sciences Administratives – RISA*, n. 2, v. 56, p. 359/381, Bruxelles : IISA, 1990.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*, trad. E. Jacy Monteiro, São Paulo: IBRASA, 1964 (original de 1861).

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2013.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*, São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MOCKLE, Daniel. Les principes de la nouvelle gouvernance public in GUGLIELMI, Gilles J.; ZOLLER, Élisabeth (sous la direction de). *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, p. 89/109, Paris: Édition Panthéon Assas, 2014.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência in *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, n. 31, p. 47/55, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Nepotismo em cargos político-administrativos in MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene P.; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e administração pública – estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, p. 260/298, São Paulo: Atlas, 2013.

MOLLÉ, Frédéric. *Généalogie de l'ascèse bureaucratique*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2006.

MONTEIRO, Vera. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência in SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*, São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*, I, Paris: Gallimard, 1995 (obra original de 1748).

MORAN, Michael. *Politics and governance in the UK*, 3. ed., Palgrave: London, 2015.

MORAND, Charles-Albert. Le droit de l'État providence – prolégomènes à une étude de la révolution juridique post-moderne in PIVA, Giorgio; SPANTIGATI, Federico (a cura di). *Nuovi motivi per la formazione del diritto*, p. 451/475, Padova: Cedam, 1988.

_____. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris: LGDJ, 1999.

MOREAU, Jacques. La loi et l'écriture du droit de la décentralisation in GUGLIELMI, Gilles J.; MARTIN, Julien (sous la direction de). *La démocratie de proximité*, p. 37/44, Paris: Berger-Levrault, 2013.

MOREIRA, Vital. *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo - princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/1999*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 209, p. 81/90, jul.-set. 1997.

_____. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro in *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, v.3, p. , Belo Horizonte: Fórum, 2001.

_____. *Mutações do direito público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Novo referencial no direito administrativo: do controle da vontade ao controle do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública in *Fórum Administrativo – FA*, ano 6, n. 67, Belo Horizonte: Fórum, set. 2006-B.

_____. *Curso de direito administrativo*, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Novas mutações juspolíticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

M'RAD, Hatem. *La gouvernance: entre le citoyen et le politique*, Paris: Harmattan, 2015.

MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *Políticas públicas – o controle judicial e o papel das funções essenciais à justiça*, Curitiba: Prisma, 2015.

NAGATA, Bruno Mitsuo. *Fiscalização financeira quanto à legitimidade*, dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, 2012.

NAQUET, Ariane Vidal-. *La transparence in AUBY, Jean- Bernard (sous la direction), L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, p. 639/654, Paris : Dalloz, 2010.

NEIL, Michael Mac; SARGENT, Neil; SWAN, Peter. *Law, regulation, and governance*, Oxford: Oxford university Press, 2002.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Serviço Público: o que é e para que serve? *in* Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 12, n. 1, p. 7/20, jul./dez. 2012.

NIETO, Alejandro. *La “nueva” organización del desgobierno*, Barcelona: Editorial Ariel, 2015 (1. ed. de 1996).

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. Roberto P. Saba, Barcelona: Gedisa, 1996.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia – o impacto de eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública *in Boletim de Direito Administrativo – BDA*, n. 7, p. 773/777, São Paulo: NDJ, 2009.

_____. A administração consensual como a nova face da administração pública do século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação *in Boletim de Direito Administrativo – BDA*, n. 4, p. 416/428, São Paulo: NDJ, abr. de 2009 – B.

OLIVER, Jose Maria Boquera. *Derecho administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1972.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico – modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, 3. ed., Granada: Comares, 2004.

_____. *Regenerar la democracia, reconstruir el Estado*, Madrid: Unión Editorial, 2012.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2007 (reimpressão de 2003).

_____. *Manual de direito administrativo*, v. I, Coimbra: Almedina, 2013.

PALASI, Jose Luis Villar. *Derecho administrativo*, T. 1, Madrid: Universidad de Madrid, 1968.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática de consensualidade in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*, p. 237/261, São Paulo: RT, 2011.

_____. *Sanção e acordo na administração pública*, São Paulo: Malheiros, 2015.

PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo in GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*, p. 83/97, São Paulo: RT, 1988.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*, v. I e II, 3. ed., Madrid: CEURA, 2000.

PATEMAN, Carole. Participatory democracy revisited in *APSA – Presidential Address*, v. 10, n. 1, p. 7/19, mar. 2012.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração burocrática à gerencial in *Revista do Serviço Público - RSP*, n. 47, Brasília: jan.-abr. 1996 (disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf> , 14/12/16, às 23:00).

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995 in D'INCAO, Maria Angela; MARTINS, Hermínio (org.), *Democracia, Crise e Reforma: Estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso*, p. 171/212, São Paulo: Paz e Terra, 2010 (disponível em http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2010/Os_primeiros_passos_reformar_gerencial_e_stado_1995.pdf, 16/12/16, às 9:00).

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Lógica jurídica: nova retórica*, trad. Vergínia K. Pupi, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PEREZ, Jesus Gonzalez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2. ed., Madrid: Civitas, 1989.

_____. *El administrado*, Santiago de Querétaro (México): FUNDap, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática – institutos de participação popular na administração pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. *Administrative law*, 3. ed., New York: New York Foundation Press, 1999.

PIERRE, Didier Jean-. L'avenir de la fonction publique in PARDINI, Jean-Jacques; DEVES, Claude (sous la direction de). *La réforme de l'État*, p. 67/79, Bruxelles: Bruyant, 2005.

PIGNATARO, Sergio. *Il principio costituzionale del “buon andamento” e la riforma della pubblica amministrazione*, Bari: Cacucci Editore, 2012.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMETO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? in *Revista de Administração Pública – RAP*, v. 43, n. 6, p. 1.343/1.368, Rio de Janeiro, nov./dez. 2009.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariade administrativa – dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, Rio de Janeiro: Campos Jurídico, 2009.

_____. *O Estado social e democrático e o serviço público*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A pós modernidade e o interesse público líquido in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*, ano 13, n. 52, p. 133/144, abr./jun. 2013.

PISTOR, Katharina; XU, Chenggang. Incomplete law in *NYUJ, International Law & Politics*, v. 35, p. 931/1013, 2002.

PLATÃO. *A república*, trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2014.

POGGI, Gianfranco. *La burocrazia – natura e patologie*, Roma-Bari: Laterza, 2013.

POLICE, Aristide. Principe e azione amministrativa in *SCOCA*, Franco Gaetano (a cura di). *Diritto amministrativo*, p. 191/213, Torino: Giappichelli, 2008.

PÜTTNER, Günter. *Verwaltungslehre*, 3. Auf., München: C. H. Beck, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*, São Paulo: RT, 1991.

RANIERI, Nina. *Teoria do Estado – do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*, Barueri: Manole, 2013.

_____. A qualidade da democracia – considerações teóricas in *TORRES*, Viviam de Almeida Gregori; *CAGGIANO*, Alvaro Theodor Herman Salem (org.). *Estudos de direito constitucional – homenagem à professora Monica Herman Salem Caggiano*, p. 297/312, São Paulo: Ield, 2014.

RAWLS, John. *A theory of justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1971.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Filosofia do direito*, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2016 (edição de 2002).

RENNÓ, Lucio R. Responsiveness in *GIOVANNI*, Geraldo di; *NOGUEIRA*, Marco Aurélio (org.). *Dicionário de políticas públicas*, 2. ed., p. 895/897, São Paulo: Editora da Unesp, 2015.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Direito urbanístico contratual – dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

REVILLA, José Cuesta. El principio de buena administración en España in CONTIERI, Alfredo; FRANCARIO, Fabio; IMMORDINO, Maria; ZITO, Alberto (a cura di). *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, v. II, p. 45/55, Napoli: Scientifica, 2010.

RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*, 7. ed., Paris: LGDJ, 2010.

RIVERO, Jean. La administration et le droit in *Revue Internationale des Sciences Administratives - RISA*, n. 1-2, p. 145/150, de 1978.

ROBBE, François. La démocratie représentative et participation in ROBBE, François (sous la direction de). *La démocratie participative*, p. 11/33, Paris: L'Harmattan, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro in *Revista de Informação Legislativa – RIL*, ano 34, n° 136, p. 5/28, Brasília: Senado Federal, out./dez. 1997.

ROCHET, Claude. Pour une logique de l'indiscipline – réflexions sur la éthique de la décision publique, autour du livre d'Alasdair Roberts *The Logic of Discipline* in *Revue Française D'Administration Publique – RFAP*, n. 140, p. 723/737, Mayenne: ENA, 2011.

ROMANO, Santi. *Lo Stato Moderno e la sua crisi*, Milano: Giuffrè, 1969.

ROSANVALLON, Pierre. *La contre-démocratie – la politique à l'âge de la défiance*, Paris: Éditions du Seuil, 2006.

_____. *La légitimité démocratique – impartialité, réflexivité, proximité*, Paris: Éditions du Seuil, 2008.

_____. *Le bon gouvernement*, Paris: Éditions du Seuil, 2015.

ROSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*, Paris: Flammarion, 2001 (reedição de obra publicada em 1762).

ROUVILLOIS, Frédéric. *Libertés fondamentales*, Paris: Flammarion, 2012.

RUBINSTEIN, Flávio. *Boa fé objetiva no direito financeiro e tributário*, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito? in *Revista dos Tribunais – RT*, v. 926, p. 533/547, dez. 2012.

SANCHEZ, Cécile Gode-. La démocratie participative, outil d'aide à la décision publique? in SEDJARI, Ali (sous la direction de). *Administration, gouvernance et décision publique*, p. 75/81, GRET: Ed. L'Harmattan, 2004.

SANDULLI, Aldo M. *Il procedimento amministrativo*, Milano: Giuffrè, 1964.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública – eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*, 2. ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

SANTINI, Andrea. *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Milano: Giuffrè, 2004.

SANTOS, Bruno Grego dos. Democracia e sustentabilidade: a participação popular na gestão pública ambiental in SANTOS, Bruno G.; BERNARDO, Leandro F.; FRACALOSSO, William (org.). *Temas avançados da advocacia pública: direito ambiental, sustentabilidade e advocacia pública*, p. 37/80, Maringá: Unicorpore, 2012.

_____. Controle social e responsividade dos orçamentos públicos in SANTOS, Bruno G.; CARVALHO NETO, Joaquim M. Paes de; BERNARDO, Leandro F.; FRACALOSSO, William (org.). *Temas avançados da advocacia pública – IV: advocacia pública e combate à corrupção*, p. 122/176, Curitiba-PR: ESA, 2014.

_____. *Transação extrajudicial na administração pública – tese de doutorado*, Universidade de São Paulo, 2015.

_____. Prevenção à corrupção no manejo de soluções consensuais de conflito pelo Estado in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARAÚJO, Glaucio R. B. De; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses A. (coord.). *48 visões sobre a corrupção*, p. 275/291, São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SANTOS, Fabio Gomes dos. *Audiências públicas administrativas no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema dos direitos fundamentais sociais in CANOTILHO, J. J. G.; CORREIRA, M. O. G.; CORREIA, E. P. B. (coord.), *Direitos fundamentais sociais*, p. 71/109, São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMIENTO, Daniel Ramírez-Escudero. *El soft law administrativo*, Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2008.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse – PMI*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHIRATO, Renata Nadalin Meirelles. Transparência administrativa, participação, eficiência e controle social: direito administrativo em evolução? in ALMEIDA, Fernando D. M. de (et al.)(coord.). *Direito público em evolução – estudos em homenagem à professora Odete Medauar*, p. 117/137, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*, p. 9/51, São Paulo: RT, 2010.

_____. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*, p. 115/144, São Paulo: RT, 2011.

_____. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na administração pública in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, 2. ed., p. 507/518, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011-B.

_____. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

_____; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito in *Revista Eletrônica da Reforma do Estado – ReRE*, n. 24, dez./jan./fev. 2011, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.PDF> [19/07/16, ÀS 10:00].

_____. O controle interno da Administração Pública e seus mecanismos in *Revista dos Tribunais – RT*, vol. 956, ano 104, p. 25-50, São Paulo: RT, jun. 2015.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*, 23. ed., São Paulo: Editora Brasiliense, 1999 (reimpressão de edição de 1994).

REIS, Fábio Wanderley. Clientelismo in GIOVANNI, Geraldo di; NOGUEIRA, Marco Aurélio (org.). *Dicionário de políticas públicas*, 2. ed., São Paulo: Editora da Unesp; Fundap, 2015.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro – noções preliminares*, Rio de Janeiro: Typografia de Pinheiro, 1866.

SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law*, 3. ed., USA: Aspen Law & Business, 1991.

SCOCA, Franco Gaetano. *Diritto amministrativo*, Torino: Giappichelli, 2008.

SEDJARI, Ali. Importance de l'évaluation de la decision publique et role de l'État in SEDJARI, Ali (sous la direction de). *Administration, gouvernance et decision publique*, p. 295/316, GRET: Ed. L'Harmattan, 2004.

SEDJARI, Ali; EL AKALAI, Omar. Le role des technologies d'information et de communication dans la prise des decisions in SEDJARI, Ali (sous la direction de). *Administration, gouvernance et decision publique*, p. 105/131, GRET: Ed. L'Harmattan, 2004.

SESIN, Domingo J. *Administración pública – actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires: Depalma, 1994.

SEVERI, Fabiana Cristina. Participação popular em órgãos da administração pública: perspectivas e desafios à luz dos debates sobre as características gerais e a efetividade das instituições participativas brasileiras in MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene P.; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e administração pública – estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, p. 173/187, São Paulo: Atlas, 2013.

SEVERINE, Tiago. Transação em matéria tributária no direito brasileiro? in *Revista Tributária e de Finanças Públicas – RTFP*, ano 17, n. 88, p. 235/268, São Paulo: RT, set.-out. 2009.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1987.

SICHES, Luis Recaséns-. La logique matérielle du raisonnement juridique in *Le raisonnement juridique*, p. 129/135, Bruxelles: Hubert Hubien, 1971.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 179/189, p. 51/67, Rio de Janeiro: FGV, jan.-jun. 1990.

_____. *Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português *in Estudos de direito civil brasileiro e português*, p. 43/72, São Paulo: RT, 1980.

SILVA, Eduardo Moreira da. *Clientelismo, cultura política e desigualdades sociais: tópicos do caso brasileiro após a “redemocratização”*, dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte: UFMG, 2007 (disponível em http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-895GJ6/disserta_o_eduardo_moreira_da_silva.pdf?sequence=1, 14/12/16, às 11:00).

SILVA, Ticiano Alves e; ARAÚJO, Liege Cunha. Teoria dos precedentes administrativos: uma apresentação *in Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, ano 3, n. 20, p. 123/135, set./out. 2015.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. Ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMOULIN, Vincent. La gouvernance et la action publique. Le succès d’une forme simmélienne *in Revue Internationale de Théorie du Droit et the Sociologie Juridique – D&S*, n. 54, p. 307/328, Paris: LGDJ, 2003.

SLOMSKI, Valmor; MELLO, Gilmar Ribeiro de; TAVARES FILHO, Francisco; MACÊDO, Fabrício de Queiroz. *Governança corporativa e governança na gestão pública*, São Paulo: Atlas, 2008.

SMITH, Melanie. *Centralised enforcement, legitimacy and good governance in the EU*, New York: Routledge, 2010.

SORRETINO, Ilario. Analisi economica del diritto, buon andamento e contratti pubblici *in CONTIERI, Alfredo; FRANCARIO, Fabio; IMMORDINO, Maria; ZITO, Alberto (a cura di). L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, v. II, p. 281/286, Napoli: Scientifica, 2010.

SMITH, Melanie. *Centralised enforcement, legitimacy and good governance in the EU*, New York: Routledge, 2010.

SOLÉ, Juli Ponce. El derecho a buena administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública *in Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, ano 2, n. 2, p. 305/321, Belo Horizonte, jan./dez. 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz *in* MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*, p. 487/501, São Paulo: Almedina, 2014.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados *in* PEREZ, Marcos A.; SOUZA, Rodrigo P. de. *Controle da administração pública*, p. 39/61, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SPINA, Giulio. *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

SPINELLI, Carla. Buona amministrazione, efficienza organizzativa e produttività del lavoro: poteri e responsabilità del dirigente pubblico *in* CONTIERI, Alfredo; FRANCIOSI, Fabio; IMMORDINO, Maria; ZITO, Alberto (a cura di). *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, v. II, p. 239/250, Napoli: Scientifica, 2010.

STOKER, Gerry. Cinq propositions pour une théorie de la gouvernance *in* *Revue Internationale des Sciences Sociales – RISS*, p. 19/29, n. 155, mar. 1998.

STRAUSS, Peter L. The place of agencies in government: separation of powers and the fourth branch *in* *Columbia Law Review*, v. 84, n. 3, p. 573/669, apr. 1984.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros, 2012.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública *in* *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico – ReDAE*, n. 23, – ago/set/out – 2010, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-CARLOS-ARI-JACINTHO-ARRUDA.PDF> [15/07/16, às 2:00].

_____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e seu controle *in* SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*, p. 277/285, São Paulo: Malheiros, 2013.

SUPIOT, Alain. *La gouvernance par les nombres*, Nantes: Fayard, 2015.

TÁCITO, Caio. Ombudsman – o defensor do povo *in* *Revista de Direito Público – RDP* n. 85, ano XXI, p. 43/51, São Paulo: RT, jan./mar. 1988.

TÁCITO, Caio. O controle da administração na nova Constituição do Brasil *in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Edição Comemorativa, p. 269/274, Rio de Janeiro: MPRJ, 2015 (republicação de texto publicado originalmente no v. 4 da revista, edição de jan./abr. 1968).

TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17, §1º da Lei de Improbidade Administrativa *in Revista dos Tribunais – RT*, ano 102, v. 927, p. 23/40, São Paulo: RT, jan. 2013.

_____. *Desequilíbrio de poder e conciliação – o papel do conciliador em conflitos previdenciários*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

TELLO, Diana Carolina Valencia; LIMA, Edison Vitorelli Diniz. A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento *in Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 262, p. 145/177, Rio de Janeiro: FGV, jan.-abr. 2013.

THOLEN, Berry. La participation citoyenne et la bureaucratisation *in Revue Internationale des Sciences Administratives – RISA*, n. 13, v. 81, p. 621/640, Bruxelles: Bruylant, set. 2015.

THUILLIER, Guy; TULARD, Jean. La bureaucratie révolutionnaire *in Revue Internationale des Sciences Administratives – RISA*, n. 2, v. 56, p. 438/447, Bruxelles : IISA, 1990.

TIMSIT, Gérard. *Archipel de la norme*, Paris: PUF, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*, I, Paris: GF Flammarion, 1981 (1ª publicação em 1835).

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes - simplificação e eficiência administrativa *in Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, ano 1, n. 2, Belo Horizonte: Fórum, mar.-abr. 2003 (versão digital).

_____. Novas medidas de recuperação de dívidas tributárias *in Revista Consultor Jurídico* (eletrônica), de 13 de julho de 2013, disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jul-17/consultor-tributario-novas-medidas-recuperacao-dividas-tributarias>? [04/01/2017, às 2:00].

TOURNEPICHE, Anne-Marie. La gouvernance in AUBY, Jean- Bernard (sous la direction de). *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, p. 263/273, Paris: Dalloz, 2010.

TRUCHET, Didier. *Droit administratif*, 4. ed., Paris: PUF, 2011.

UNGARO, Gustavo; CARVALHO, Guilherme Siqueira de. Participação, controle e transparência por meio das ouvidorias públicas in BASSOTTI, Ivani M.; SANTOS, Thiago Souza (org.). *Tópicos essenciais sobre a gestão pública*, p. 289/312, São Paulo: Escola de Governo e de Administração Pública - Egape, 2016.

URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*, T. 1, Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1862.

VALDIVIA, Diego Zegarra. La motivación como elemento esencial del acto administrativo in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*, p. 145/177, São Paulo: RT, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 252, p. 119/140, Rio de Janeiro: FGV, set./dez. 2009.

VAN LANG, Agathe. Le privatisation du usager in *Revue Française du Droit Administratif - RFDA*, n. 3, année 29, p. 494/498, Paris : Dalloz, mai-jun. 2013.

VANDELLI, Luciano. *Etica pubblica e buona amministrazione – quale ruolo per i controlli?*, Milano: FrancoAngeli, 2009.

VEDEL, Georges. Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione in PIRAS, Aldo (a cura di). *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione*, p. 81/198, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1971.

_____. *Droit administratif*, Paris: PUF, 1973.

VELARDE, Juan Luis de La Vallina. *La motivacion del acto administrativo*, Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.

VON JHERING, Rudolph. *Der Zweck im Recht*, 1. Band, Leipzig: Breitkopf & HÄRTEL, 1877 (<http://digital.ub.uni-duesseldorf.de/ihd/content/pageview/3607453>, 17/01/16, às 23:00 – obra digitalizada).

VON JHERING, Rudolph. *A finalidade do direito*, v. 1, trad. José Antônio Faria Correa, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

WADE, H.W.R.; FORSYTH, C. H. *Administrative law*, 11. ed., Oxford: Oxford University Press, 2014.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft – Herrschaft*, MWS I/22-4, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009 (original de 1922).

WOLF, Hans J.; BACHOFF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, trad. António F. de Sousa, 11. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

_____. *Politik als Beruf*, Stuttgart: Reclam, 1992 (original de 1919).

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos, justicia*, 10 . ed., Madrid: Trotta, 2011.

_____. *A crucificação e a democracia*, trad. Monica de Sanctis Viana, São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAMPETTI, Enrico. Comportamenti amministrativi e principi di buona amministrazione in CONTIERI, Alfredo; FRANCARIO, Fabio; IMMORDINO, Maria; ZITO, Alberto (a cura di). *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, v. II, p. 287/306, Napoli: Scientifica, 2010.

ZANOBINI, Guido. L'attività amministrativa e la legge in *Scritti vari di diritto pubblico*, p. 203/218, Milano: Giuffrè, 1955.

ZILLER, Jacques. Origines et retombées du principe de transparence du droit de l'union européenne in GUGLIELMI, Gilles J.; ZOLLER, Élisabeth (sous la direction de). *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, p. 25/45, Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2014.