

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

FERNANDO DE BRITO ALVES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Fernando De Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-830-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

É uma grande responsabilidade apresentar os anais do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II” do XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO que ocorreu em BELÉM-PA, entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019, que tentarei desincumbir com o maior esmero possível.

Existem muitas intersecções entre o Direito Administrativo e a Gestão Pública, mas gostaria para os fins a que se propõem uma apresentação resgatar uma qualquer reflexão crítica sobre o tema deve partir da compreensão de que o direito administrativo não é o direito que regula a burocracia, nem, tampouco que as relações entre o direito administrativo e a gestão pública se esgotam na implementação das metodologias do new public management.

Quanto ao primeiro aspecto, diversos autores, como Hannah Arendt (no texto ‘Da violência’), por exemplo, consideram que as burocracias plenamente desenvolvidas se constituem verdadeiras zonas de indistinção, a burocracia é a forma de poder onde todos são privados de liberdade política, do poder de agir, já que o governo de ninguém não é a ausência de governo, onde todos são igualmente destituídos de poder temos uma tirania sem tirano.

Ao contrário, o direito administrativo que emerge dos colapsos das ditaduras da segunda metade do século passado na América Latina, surge comprometido com novas concepções de gestão pública, preocupada com a promoção de uma cultura republicana e a consolidação da democracia, além da modernização do Estado, promovendo transformações verticais (nas estruturas administrativas estatais), mas também horizontais (possibilitando um melhor acesso às instituições públicas e a participação popular).

Quanto ao segundo, embora em moda na década de 1990, o new public management reduzia as relações entre o direito administrativo e a gestão pública à adoção de um modelo gerencial de estado, como se as ações do Estado pudessem ser medidas por razões privadas, e por seu potencial resultado financeiro superavitário, independentemente da implementação de políticas públicas, da promoção da igualdade, da redução da pobreza e consequentemente da consolidação da democracia.

Foi muito gratificante coordenar o Grupo de Trabalho, tendo em vista que todos os autores assumiram essa perspectiva crítica e propuseram uma reflexão sofisticada sobre os temas que abordaram.

Uma questão interessante foi a presença de estudos de caso, como foram os artigos: i) “Da revolta da vacina ao século XXI – políticas públicas para a saúde e seus enfrentamentos em relação ao combate ao *aedes aegypti*”, que faz um estudo de caso sobre as políticas de controle da dengue no município de Iporá-GO desde o ano de 2016; ii) “A nova metodologia da média regional de cargos comissionados implantada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: um reflexo da teoria da complexidade?”, que faz uma análise crítica da metodologia utilizada pelo TCE/SP a partir de um caso de Jaú-SP; iii) “Bloqueio em conta pessoal de gestor público: um estudo das possibilidades de responsabilização em tutela antecipada”, que faz a análise de decisão judicial que bloqueou conta pessoal de gestor da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará; iv) “Esvaziamento da atividade típica estatal das agências reguladoras pela delegação do núcleo intangível do poder de polícia e corresponsabilidade estatal no dano superveniente: estudo de caso da barragem de Brumadinho”, que aborda a corresponsabilidade estatal nos casos em que as agências reguladoras transferem aos fiscalizados – jurisdicionados – parcelas intangíveis de seu ciclo de polícia. É de se destacar que mesmo nas abordagens mais teóricas, foi possível perceber uma preocupação com a aplicabilidade dos institutos e a efetividade do direito.

Ademais, foram apresentadas revisões bibliográficas interessantes como: i) “Contratação irregular de servidores temporários como ato de improbidade administrativa”, que ocorre com alguma frequência em todos os rincões do país; ii) “Confidencialidade na autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, que aborda questões relacionadas às obrigações de transparência da administração pública; iii) “A importância da participação e do controle social para a repulização da administração pública brasileira” sobre accountability e participação popular; iv) “Controle judicial dos atos administrativos discricionários e a separação dos poderes” e v) “A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa”, ambos sobre discricionariedade administrativa; vi) “A inovação do § 3, do art. 27 da Lei 13.303/2016: como interpretar e aplicar?” sobre a Lei das Estatais e contratos de patrocínio, e por fim, vii) “O atual desequilíbrio do pacto federativo brasileiro, os reflexos econômicos e os obstáculos para a efetividade dos direitos fundamentais sociais” sobre a evidente necessidade de se repensar o pacto federativo já que os municípios possuem inúmeros encargos além de suas capacidades financeiras de fazer frente às suas obrigações.

Os autores demonstraram uma sensibilidade singular com uma reflexão crítica e a apresentação de proposições para a melhoria técnica do direito administrativo com vistas a possibilidade de no futuro termos um Estado mais eficiente, mas não menos sensível com as demandas concretas dos mais pobres.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ESVAZIAMENTO DA ATIVIDADE TÍPICA ESTATAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELA DELEGAÇÃO DO NÚCLEO INTANGÍVEL DO PODER DE POLÍCIA E CORRESPONSABILIDADE ESTATAL NO DANO SUPERVENIENTE: ESTUDO DE CASO DA BARRAGEM DE BRUMADINHO

EMPTYING TYPICAL STATES ACTIVITIES OF REGULATORY AGENCIES THROUGH THE DELEGATION OF THE INTANGIBLE CORE OF THEIR POLICE POWER AND STATE'S RESPONSIBILITY IN PREVENTING DAMAGE: A CASE OF BRUMADINHO'S DAM

Bruno Ribeiro Marques

Resumo

Trata-se de estudo sobre corresponsabilidade estatal nos casos em que as agências reguladoras transferem aos fiscalizados - jurisdicionados - parcelas intangíveis de seu ciclo de polícia. Parte-se da premissa prevista na literatura de que a transferência do núcleo imutável da competência das agências implica em esvaziamento da atividade típica estatal tornando-a corresponsável no débito. Para tanto, faz-se uma revisão bibliográfica sobre: ciclo de polícia, corresponsabilidade estatal por omissão, competências das agências reguladoras e delegabilidade do ciclo de polícia. O enfoque é no método indutivo e objetiva convalidar a hipótese de responsabilização estatal no rompimento da barragem de Brumadinho, posteriormente, confirmada.

Palavras-chave: Responsabilidade estatal, Omissão, Delegação, Agências reguladoras, Ciclo de polícia

Abstract/Resumen/Résumé

The study focuses on state's co-responsibility in cases in which regulatory agencies transfer parts of intangible police power to its inspected. It is based on the premise that the transferring immutable nucleus of agencies competences implies on emptying the typical state activity making it co-responsible in the debt. To do so, a bibliographic review is done on police cycle, state co-responsibility for omission, competencies of regulatory agencies and police cycle delegability. The focus is on the inductive method and its objective is to validate the hypothesis of state's responsibility in the rupture of the Brumadinho's dam, which was subsequently confirmed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State responsibility, Omission, Delegation, Regulatory agencies, Police cycle

1. Introdução

O Estado democrático, como uma construção abstrata de uma sociedade organizada, tem passado por diversas fases. A primeira, de cunho liberal, tem origens na revolução francesa, sendo concebida como alternativa ao totalitarismo dos regimes monárquicos, até então, vigentes. Este modelo, estruturado nas ideologias de Montesquieu, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, objetivava uma separação tripartite dos poderes e postulava um modelo de governo com total absentismo estatal nas atividades econômicas, propriedade ou mercancia em atendimento aos interesses burgueses que derrubaram a ordem monárquica então vigente.

A tese dominante discursava que o Estado se comprometesse em exercer algumas poucas atividades tidas como indelegáveis, tais como a capacidade legislativa e jurisdicional, em oposição ao intervencionismo econômico ilimitado próprio dos regimes absolutistas de outrora (LEAL e RECK, 2018, p. 51).

Ocorre que a inércia estatal em face das demandas da população acabou por gerar distorções e abismos sociais levando à ruptura do modelo, então, vigente com sua subsequente reformulação, dando origem, assim, ao que se denominou de Estado Social.

Nestes termos, a migração do Estado Liberal para o Social, no início do Século XX, proporcionou a busca de uma igualdade material objetivando a construção de uma sociedade “[...] mais equânime, com a introdução de direitos sociais, culturais e econômicos. [...] Se antes o absentismo era a regra, no Estado Social, a igualdade almejada exige a atuação estatal [...] na imposição de obrigações positivas do Estado.” (FREITAS FILHO e PEREIRA, 2016, p. 45).

Havia, portanto, que se corrigirem distorções do modelo liberal predecessor, por meio de um maior intervencionismo estatal na economia e na propriedade, consagrando diversos direitos sociais, até então, estranhos ao modelo liberal (direitos constitucionais de segunda geração) e cujo expoente foi a Constituição alemã de Weimar de 1919, é o denominado Estado Social da Sociedade, Estado Social dos Direitos Fundamentais ou, ainda, Estado Social dos Excluídos (*welfare state*) (STRECK e MORAIS, 2010, p. 70-74; BONAVIDES, 2001, p. 30).

Contudo, a crescente demanda da população por serviços públicos, em oposição ao limite de recursos, cada vez mais acentuado, do Estado, acabou, novamente, por levar a ruptura desse novo modelo.

Para o Ministro Barroso (2002, p. 288) ao longo da década de 90, o tamanho, o papel e o excesso de atividades do Estado “passaram para o centro do debate. [...] O intervencionismo

estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público atuava como protagonista do processo econômico.”

Nasce, assim, nas palavras do ex-ministro Bresser Pereira, a ideologia neoliberal cuja tese prescrevia uma retomada ao absenteísmo estatal do modelo predecessor como forma de se frear o constante endividamento governamental do modelo social, então, em declínio (PEREIRA e SPINK, 2005, p. 237).

Ademais, o modelo neoliberal não se assentava unicamente como alternativa ao forte endividamento estatal, mas, sobretudo, em países da América Latina, como o Brasil, o Estado era visto como pouco eficiente; era, antes de tudo, um caro fornecedor de serviços de qualidades inferiores àqueles proporcionados por organizações privadas. Se “por um lado a crise fiscal implicou na necessidade de reformar e reconstruir o Estado, de outro, a globalização tornou imperativa a tarefa de redefinir suas funções.” (PEREIRA e SPINK, 2005, p. 237).

O Estado, então, precisava ter suas atividades reformuladas. Fazia-se imperativo que o Estado passasse a exercer uma menor participação no domínio econômico e focar seu exercício nas atividades que ou não interessavam ao setor privado, por não representar rentabilidades atrativas, ou não podiam ser delegadas ao setor privado, neste caso, por haver nítido conflito de interesses entre grupos econômicos e partes hipossuficientes tais como: segurança, saúde, educação, atividade jurisdicional e atividade legislativa, abstendo-se, assim, de fornecer bens e serviços públicos que podiam ser, paralelamente, atribuídos à iniciativa por meio de concessões, delegações e permissões (SUNDFELD, 2000, p. 28-30).

Para o Estado brasileiro, tal perspectiva teve como “instrumento divulgador o Plano Diretor de Reforma do Estado.” (ROSA, 2001, p. 244).

Da mesma forma, foram atenuados diversos monopólios estatais e se estabeleceu o Programa Nacional de Desestatização (PND)¹ (BRASIL, 1990; BRASIL, 1997).

Ocorre que a transferência dos serviços públicos à iniciativa privada, sem qualquer interveniência do poder público, acabaria por retomar as mazelas do modelo liberal originário, em que grupos econômicos subjogavam parcelas menos favorecidas da sociedade, gerando-se elevadas taxas de desigualdades de renda o que teria sido a própria razão de colapso daquele modelo original.

Isto ocorre porque há atividades tão essenciais como: fornecimento de água, luz e combustíveis que o aumento exorbitante de preços, unilateralmente, não gera uma diminuição

¹ PND: Criado pela Lei 8.031/90, posteriormente substituída pela lei n. 9.491/97.

acentuada no consumo em vista à própria essencialidade do serviço prestado. É o que se denomina, em economia, de elasticidade.

Para estes serviços, a lei da oferta e procura² não é perfeitamente aplicável o que acaba por prejudicar um extrato significativo da sociedade.

Havia, assim, um aparente paradoxo: se o Estado não era eficiente na prestação dos serviços essenciais e tinha diminuída qualquer possibilidade de ampliação da capacidade produtiva em face do elevado endividamento das empresas estatais, também, não poderia delegar tais serviços sem qualquer fiscalização dos agentes econômicos sob pena de prejudicar um extrato significativo da sociedade, em especial, a população de baixa renda, o que acabaria por reduzir, ainda mais, os índices de IDH³ de países em desenvolvimentos.

A solução foi a adoção de um modelo misto em que o Estado, antes fornecedor de serviços, passaria a exercer um papel de fiscalizador, regulador, da atividade econômica, cujo objetivo era coibir eventuais abusos por parte dos agentes hiperssuficientes (PEREZ, 2000, p. 60-63).

Nasce, assim, o modelo gerencial neoliberal. Desta feita, se no Estado liberal o governo é mero coadjuvante da economia e no modelo social efetivo protagonista, no neoliberalismo, o Estado é transmutado para uma espécie de árbitro em que o governo atuava, tão somente, quando e onde existissem distorções no mercado ou capital.

Para tanto, necessitava-se de instituições públicas sólidas e imparciais, com capacidade técnica, operacional e financeira para, efetivamente, fazer valer os direitos dos menos favorecidos.

É o período em que surgem, na América Latina, as chamadas agências reguladoras, autarquias em regime especial, possuidoras de quadro técnico de pessoal e independência político-financeira dos seus órgãos instituidores - Ministérios - a que se encontravam vinculados sem qualquer subordinação (CUÉLLAR, 2002, p. 154-157).

Contudo, para exercer tais atividades com imparcialidade e serem evitadas interferências políticas-econômicas nas áreas de decisões técnicas tomadas, o legislador ordinário acabou por garantir-lhes uma série de prerrogativas como: contencioso administrativo de suas decisões⁴, além de certa autonomia financeira, esta última, concedida por meio da

² A Lei da Oferta e Procura estabelece que o aumento do preço do produto gera uma diminuição na demanda, fazendo a rentabilidade do ofertante cair proporcionalmente ao incremento do valor estipulado desestimulando-o.

³ IDH: Índice de Desenvolvimento Humano: avalia, entre outras coisas, a renda média da população.

⁴ O contencioso administrativo das agências reguladoras se refere ao fato de que, por serem autarquias técnicas, a invalidação de suas decisões, pelo judiciário, só seria admissível quando violarem pressupostos constitucionais, como ampla defesa ou devido processo legal, não cabendo qualquer revisão de mérito das decisões tomadas, sob pena de ofensa à discricionariedade administrativa.

estipulação de taxas reguladoras⁵ unilaterais, cujo objetivo seria custear suas atividades com total autonomia dos repasses governamentais (OLIVEIRA, 2009, p. 162).

Igualmente, foram-lhes atribuídas prerrogativas de executar suas próprias decisões sem interferência jurídica (aqui tratada como poder de polícia), além da prerrogativa de poder regulamentar, com relativa independência, os setores que lhe foram atribuídos (poder normativo infralegal).

Acreditava-se que se creditando às agências uma maior independência funcional dar-se-ia maior credibilidade aos investidores o que resultaria em uma maior atratividade do capital externo sobre os serviços públicos que estavam sendo privatizados. É o que a doutrina denomina de diminuição do risco de captura⁶.

Porém, nem sempre as agências reguladoras são capazes de fiscalizar todos os atores dos quais são encarregadas o que tem gerado certo questionamento na doutrina sobre uma eventual responsabilidade estatal por omissão das agências nos casos de desastres sociais e ambientais, em especial, naqueles de grandes empreendimentos, bifurcando em correntes antagônicas de pensamento no direito administrativo moderno.

Alguns autores defendem que a obrigatoriedade da fiscalização estatal (e das agências reguladoras, por paralelismo) haveria de observar a reserva do possível⁷.

Para estes, o Estado, carente de recursos e pessoal, não teria como ser onipresente em todos os empreendimentos. Tal posicionamento tem origens no Tribunal Constitucional Federal Alemão - *Vorbehalt des Möglichen* - (CRITSINELIS, 2017, p. 123-125) o qual preleciona que a efetiva presença governamental somente seria exigível no chamado mínimo existencial (*Existenzminimum*), ou seja, o governo deveria estar presente somente nas atividades essenciais e indispensáveis a dignidade da pessoa humana. Por tal perspectiva, haveria um núcleo intangível de utilidades e serviços públicos que deveriam ser, obrigatoriamente, ofertados pelo governo e dos quais as agências reguladoras não fariam parte.

Já outros autores entendem que a presença das agências reguladoras na fiscalização dos grandes empreendimentos seria obrigatória por representar atividade típica estatal e razão

⁵ As taxas reguladoras são tributos cobrados pelas agências com previsão no Código Tributário Nacional e vinculados às atividades do poder de polícia que exercem e para custeio destas.

⁶ O risco da captura preleciona que as agências reguladoras podem ser capturadas por interesses que não da sociedade, seja de grupos econômicos, seja do próprio governo que as instituiu, deixando de ser um órgão eminentemente técnico e passando a ser instrumento de manutenção de interesses de certos grupos ou mero meio de controle inflacionário pelo governo.

⁷ Reserva do possível é uma denominação dada a capacidade fiscalizadora das agências que, em vista às limitações de pessoal e do elevado tamanho dos setores sob sua “jurisdição”, acabam por ter suas capacidades fiscalizatórias reduzidas e cujas atividades acabariam se realizando por meio de amostragem.

última de sua criação. Advogam desta tese, por exemplo, Souza e Faria (2018, p. 111) ao analisarem o rompimento da barragem de Mariana/MG.

O tema ainda não foi pacificado e há argumentos convincentes das duas correntes.

A par da divergência exposta, é de se esclarecer que o tema se torna ainda mais complexo quando se analisam eventuais responsabilidades autárquicas⁸ sob a ótica das delegações de competências exclusivas das agências. Isto é, quando se inclui a variável: transferência de parte do poder de polícia da agência reguladora a terceiros, passando-a de ente estatal indispensável à homologadora de laudos realizados por terceiros.

Trata-se de um tema ainda pouco explorado em dissertações, teses e artigos, nacional e internacionalmente que não havia demandado reflexões significativas na doutrina, mas que ganhou relevância acadêmica e prática, recentemente, com o rompimento da barragem de Brumadinho em Minas Gerais, em especial, em vista à discussão que tem sido gerada na mídia sobre uma eventual participação da Agência Nacional de Mineração - ANM - no desastre.

No caso, a ANM teria permitido que uma empresa (Tüv Süd), estranha aos quadros da agência, realizasse o laudo de estabilização do talude rompido. A discussão que se gerou nos estudiosos de direito administrativo perpetrava-se na possibilidade de ANM ser responsabilizada por ter transmitido parcela indelegável de seu poder de polícia.

No relatado, a Vale S.A, então fiscalizada pela agência mineradora, teria contratado uma empresa - Tüv Süd - para confirmar a estabilidade da barragem de Brumadinho e cujo laudo acabaria por ser homologado pela agência o que, em tese, desvirtuaria alguns princípios de direito administrativo, em vista a se tratar de atividade precípua de Estado, indelegável.

Nestes termos, o tema retoma uma velha discussão da doutrina: a (in)delegabilidade de parte do poder de polícia o que, por sua vez, retoma o estudo dos ciclos de polícias (parcelas do poder de polícia administrativa).

Nestes termos, o presente estudo tem por objetivo averiguar, em hipótese, eventual responsabilidade estatal da ANM, não por omissão, tema demonstrado controverso em vista à já mencionada reserva do possível, mas sob o enfoque da delegação de parte imutável do poder de polícia por parte da autarquia.

Portanto, esse estudo parte do problema de pesquisa: tendo a agência de mineração permitido a Vale S.A contratar um particular - Tüv Süd - para fiscalizar a estabilidade da barragem, tal delegação não teria se transmutado em delegação de um núcleo intangível do

⁸ As agências reguladoras são, todas elas, por força de lei, autarquias em regime especial.

poder de polícia da própria ANM, ou seja, não teria havido um esvaziamento da competência exclusiva e indelegável da autarquia, tornando-a corresponsável no dano?

Para tanto, o presente estudo é dividido em três etapas. Na primeira, é feita uma revisão bibliográfica sobre: a) poder de polícia, b) poder regulamentar das agências reguladoras, c) ciclo de polícia, d) responsabilidade estatal por omissão e d) (in)delegabilidade de parte do ciclo de polícia. O objetivo é evidenciar os principais estudos e jurisprudências já produzidas sobre estes temas e se pesquisar eventuais correlações entre responsabilidade estatal e delegação de poder de polícia. Procura-se, num primeiro momento, identificar as hipóteses em que a delegação do poder de polícia é capaz de gerar responsabilidades das agências reguladoras.

Numa segunda etapa, é realizado o estudo do caso do rompimento da barragem de Brumadinho, o objetivo é averiguar se o caso em análise se enquadraria numa das hipóteses de incidência de responsabilidade estatal por delegação do poder de polícia previstas na literatura. O estudo tem base documental de natureza exploratória e parte dos dados oficiais publicados no Ministério Público de Minas Gerais - Recomendação n. 11/2019⁹ - e no Poder Judiciário de Minas Gerais em que tramitam os autos: Autos da Ação Civil Pública n. 5000435-60.2019.8.13.0461¹⁰, ou seja, tem por meios - instrumentos - metodológicos: análise de discursos, de decisões e de documentos.

A terceira e última etapa é a conclusão que tem por foco corroborar ou refutar a hipótese inicial posta de ter havido eventual responsabilização da Agência de Mineração no dano, por não ter, ela própria, certificado a estabilidade do talude de Brumadinho, cujo laudo fora realizado por uma empresa contratada pela Vale S.A (Tüv Süd), portanto, estranha à relação mineradora-agência.

O tema é complexo ao direito porque envolve discussões sobre atribuições e prerrogativas das auditorias independentes (como a realizada pela empresa Tüv Süd) e suas relações com o direito administrativo moderno. Trata-se de um tema ainda pouco explorados no direito, por ser relativamente recente, havendo, portanto, pouca referência bibliográfica produzida, em especial, sobre temas que relacionem poder de polícia, responsabilidade estatal e auditorias independentes.

⁹ Sítio de onde se retiraram as informações da Recomendação n. 11/2019 do MP consta nas referências bibliográficas.

¹⁰ Sítio do Conselho de Justiça, Conjur, com o teor completo da ação civil pública consta nas referências bibliográficas.

A metodologia aplicada na pesquisa parte do método, predominantemente, hipotético-indutivo¹¹, ou seja, após uma revisão bibliográfica sobre o tema responsabilidade estatal na delegação do poder de polícia verifica-se, a partir do caso concreto sob investigação, quais teorias melhores explicariam o fenômeno descrito dentre aquelas revisadas.

Procura-se, assim, corroborar a hipótese inicial de responsabilidade estatal da agência no caso em estudo. O estudo é teórico e tem por objetivo, tão somente, acrescentar conhecimento e discussões às áreas interdisciplinares entre responsabilidade estatal por omissão e poder de polícia, ao que se tem denominado interrelação entre direito privado e direito administrativo. Não se tem, aqui, pretensões de se esgotar o tema, mas, tão somente, contribuir aos estudos já produzidos e aqueles que futuramente vierem.

2. Poder de polícia, poder regulamentar das agências reguladoras, ciclo de polícia e sua (in)delegabilidade (uma revisão bibliográfica-doutrinária)

De pouca serventia seria atribuir competências às agências reguladoras, sem que o legislador não as dotasse de certas prerrogativas aptas a lhes concretizar o poder outorgado.

Para tanto, o Estado acabou conferindo-lhes garantias aptas a possibilitarem impor, unilateralmente, suas vontades, ao que, historicamente, denominou-se poder de polícia e dos quais são espécies: o poder regulamentar de polícia e o poder fiscalizador-sancionatório de polícia (TÁCITO, 1952, p. 8-11).

No que tange ao poder regulamentar de polícia, a professora Di Pietro enumera o que se tem denominado de “agencificação” compreendida como “a outorga de função regulatória às agências reguladoras como uma tendência do Direito Administrativo.” (DI PIETRO, 2006, p. 54).

Para o Professor e Ministro Barroso (2002, p. 296): “procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre valorações políticas”. A lei, assim, passou a atribuir certa liberdade às agências para que pudessem regulamentar, por meio de atos infralegais – portarias e instruções normativas –, o caráter técnico do setor a que foram incumbidas e cujos pronunciamentos se mostravam compulsórios aos seus fiscalizados.

¹¹ O método indutivo parte do caso particular para generalizações. É, contudo, predominante, neste estudo, porque, em alguns casos, é possível que a teoria (caso geral) passe a descrever o caso singular - método dedutivo -. Assim, pelos autores de metodologia, são raros os estudos puramente indutivos, havendo, na maioria das vezes, vários métodos aplicados à pesquisa, com a preponderância de alguns.

Não se trata de um poder ilimitado, mas dimensionado na própria delegação, não cabendo às agências impor regulamentações que extrapolem o limite legal do poder transmitido, pois “se a discricionariedade em determinados casos constitui faculdade de ação da atividade administrativa, certo é que não pode ser confundida com arbitrariedade, já que a presença de limites ao seu exercício permite o controle judicial.” (WACHELESKI, 2016, p. 296). Daí, também, porque se costumou estabelecer que “polícia sem interesse público é arbítrio. Polícia sem benefício a direitos é restrição desnecessária.” (MARRARA, 2015, p. 261).

A prerrogativa de regulamentar os setores é condição necessária, mas, ainda, insuficiente ao pleno exercício por parte das agências das atividades que lhes foram incumbidas. De fato, demandava-se algo mais para as autarquias, exigiam-se algumas prerrogativas que lhes permitissem fazer valer, de fato, suas decisões.

Para tanto, o legislador acabou conferindo-as o poder de verificar, unilateralmente, o cumprimento de suas decisões - poder fiscalizatório -, além da prerrogativa de sancionar eventuais descumprimentos. A tais prerrogativas passou-se a denominar ciclo de polícia.

Este é subdividido em quatro subciclos: a) ordem de polícia, b) consentimento de polícia, c) fiscalização de polícia e d) sanção de polícia (MOREIRA NETO, 2001, p. 388).

O primeiro é a prerrogativa legal que se atribui ao ente de estabelecer normativos compulsórios aos seus jurisdicionados, o segundo é a atribuição que tem a agência de conceber aceitabilidade estatal às atividades exercidas pelos particulares, são as licenças e alvarás de funcionamento. O terceiro é a prerrogativa dada a administração para verificar o fiel cumprimento das normas e o último é a aplicação da penalidade em caso de descumprimento. Destes, apenas o primeiro e o quarto seriam indelegáveis. O primeiro porque emanado da competência do Estado legiferante e o último por se tratar de poder sancionatório típico de império, intransmissível.

No que tange, especificamente, a delegabilidade na fiscalização, há de se estabelecer uma diferenciação entre atividades fins (indelegáveis) e meios (delegáveis). Nestes termos, os atos materiais não se consubstanciam em sanção, mas meros instrumentos para que o Estado exerça seu poder punitivo. Nas palavras de Marrara (2015, p. 265): “atos materiais - como a execução da fiscalização - configuram meios [...] já os atos liberatórios, os atos sancionatórios, as medidas cautelares e os atos normativos configuram atividades fins.”

Assim, por exemplo, a instalação de radares de automóveis, pela doutrina, seria delegável por representar mera atividade meio de auxílio à administração (3º subciclo de

polícia), já a multa (4º subciclo de polícia) e a portaria do Detran¹² que regularia a hipótese de incidência sancionatória (1º subciclo de polícias) seriam indelegáveis por representar efetivos atos legais-punitivos de cunho estatal de poder de império.

Se a doutrina converge que atividades fiscalizatórias, por serem atividades meio, seriam suscetíveis de delegação, o mesmo não acontece com o regime jurídico sobre a quem se poderia delegar.

Alguns autores entendem que a delegação da fiscalização deva se dar somente na relação contratual entre agência reguladora e sua prestadora de serviço, outros admitem possível que o próprio jurisdicionado contrate terceiro para o fiscalizar. Nestes termos, em seus estudos sobre o tema Marrara (2015, p. 270) assenta que:

“Abreu Dallari parece defender ideia distinta à de Bandeira de Mello no tocante à remuneração. Ao exercer a atividade técnica ou instrumental em nome do Estado, o particular poderia ser remunerado pelo poder público que o contratou ou pelo administrado, isto é, pelo particular diretamente interessado na obtenção da situação jurídica [...].

O trabalho executado é meio, instrumento ou ônus a ser suportado. De maneira semelhante se manifesta Marçal Justen Filho para quem o monopólio estatal [...] não significa vedação a que algumas atividades materiais acessórias ou conexas ao exercício do poder de polícia sejam transferidas ao exercício de particulares. [...] No entanto, uma vez que o ato se mostre apenas material, nada impedirá seu exercício por terceiros.”

Enfim, se os autores convergem sobre a possibilidade de delegação de atividades instrumentais como a fiscalização, divergem sobre a possibilidade de a remuneração desta se dar por meio de um contrato celebrado entre os jurisdicionados¹³ das agências e terceiros sem qualquer relação com a autarquia.

Contudo, mesmo para aqueles que admitem a fiscalização por empresas não prestadoras de serviços às agências, seus posicionamentos são uníssomos em um ponto: qualquer que seja a relação contratual na fiscalização, não se admitem conflitos de interesse entre fiscalizador e fiscalizado. Ou seja, não é cabível que o fiscalizador se torne refém dos interesses do fiscalizado.

Aliás, é para garantir esta total independência que o jurista Bandeira de Mello (2010, p. 296) *apud* Marrara (2015, p. 270) refuta, veementemente, a possibilidade de um ente estranho e sem qualquer contrato com a autarquia poder exercer o poder fiscalizatório, subordinando-se, nesses termos, aos interesses do jurisdicionado com quem contratou e passou a dever obrigações

¹² DETRAN: Órgão estatal incumbido de regular o trânsito - Departamento Nacional de Trânsito -.

¹³ O termo jurisdicionado das agências é empregado, corriqueiramente, na doutrina, para designar o ente que está sob sua fiscalização e que deve obediência a seus normativos.

recíprocas. Para o jurista, a existência de contratos de fiscalização fora das relações diretas com as autarquias representa nítido conflito de interesses inadmissíveis, incompatíveis, assim, com o poder de polícia de cunho eminentemente estatal - corrente dominante -.

Corroborando a tese do jurista, o fato de as agências serem dotadas de taxas de regulação de natureza tributária, concebidas exatamente para fazer frente a eventuais gastos com contratações ulteriores nas suas atividades meios. Para os adeptos dessa corrente, não haveria sentido em se garantir uma taxa regulatória às agências e, paralelamente, se delegar a um ente estranho o exercício fiscalizatório.

Este conflito doutrinário sobre delegabilidade do poder de polícia foi tema da dissertação de mestrado de Marcos Roberto Franco em que se expõe que:

“Já há muito se consolidou a noção de que os atos que expressam o poder de polícia, por serem dotados de atributos da supremacia, geralmente, não poderiam ser delegados a particulares. Justamente, por esta razão (por ter como fundamento a supremacia da Administração), a princípio, não poderiam ser transferidos a terceiros, sob pena de restar ferida a isonomia entre os particulares. [...] Vale o registro de que há inclusive atos materiais que podem ser expedidos por meio de máquinas, de modo automático, sem que haja qualquer ofensa a direitos ou a princípios que gerem o poder de polícia [...].

[...] É certo que devem limitar-se à colheita de dados, conferências, medição, identificação de pessoas e documentos e procedimentos semelhantes. Os atos que não expressam uma coerção, por não constituírem o cerne do ato de polícia, não precisam, necessariamente serem praticados por agentes públicos [...]” (Franco, 2012, p. 102-108).

Em que pese o autor admitir a delegação, há passagens em que este adverte sobre a incompatibilidade da delegação com o princípio da impessoalidade, assim seriam “passíveis de delegação os atos precedentes ou posteriores aos atos decisórios que, em geral, limitam-se a mera constatação e que, por isso, não ponham em risco a impessoalidade.” (FRANCO, 2012, p. 103). De fato, a impessoalidade, como princípio da Constituição Federal não pode ser sopesado por parte da Administração Pública que lhe deve observância, razão pela qual, havendo qualquer conflito de interesses entre o particular contratado e o interesse público há de prevalecer este último. (PIREZ, 2006, p. 227).

É neste o fundamento que se embasou Bandeira de Mello (2006, p. 797) para, em nova obra e, vez mais, em um artigo publicado (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 07), reafirmar a incompatibilidade da delegação de parte do ciclo de polícia para contratos que não sejam firmados diretamente entre a autarquia e seu direto prestador de serviço.

O tema ainda não foi pacificado e há argumentos favoráveis e contras nas duas correntes doutrinárias. Assim, para o caso específico dos desastres ambientais e eventuais responsabilidades de agências reguladoras, o direito administrativo mostra-se, ainda,

incompleto o que torna necessário um estudo sobre: a) responsabilidades civis por omissão e b) eventuais condutas objetivamente impostas e previsíveis das agências no decorrer de suas atividades típicas, bem como um estudo que c) envolva a interdisciplinariedade entre temas afins ao direito privado (como responsabilidade civil estatal) e sua interrelação com direito administrativo, tema a ser desenvolvido no próximo tópico.

3. Responsabilidade estatal por omissão e sua relação com as auditorias independentes – o Estado Garantidor –

A responsabilidade por omissão estatal tem sido objeto de debate de publicações nacionais e internacionais.

Dentre estes estudos, há o caso particular em que o Estado se apresenta como garantidor da ordem e segurança pública que, há muito, tem despertado a atenção da doutrina alemã.

São autores como Schuleze-Fielitz, Wolfgang Kahl e Hoffmann-Riem cujos estudos e posicionamentos acabaram compilados na obra de Canotilho (2019) intitulada: A Responsabilidade do Estado por atos lícitos. Nesta: “O Estado de garantia transmuta-se num Estado responsável pela privatização e regulação da sociedade existencial. (*Gewährleistungsverantwortung*¹⁴).” (CANOTILHO, 2019, p. 24). O que lhe implica “assumir a responsabilidade de garantir, pelo menos, os *standards* razoáveis da realização da sociedade democrática.” (CANOTILHO, 2019, p. 25).

Assim, pelos entendimentos doutrinários trazidos pelo autor lusitano, quando o Estado passa a assumir uma postura de garantidor da ordem e paz perante a sociedade, passa a ter com essa uma responsabilidade qualificada, porque a população passa a depositar no modelo governamental a segurança de seus lares e famílias. Sendo incapaz garanti-las, o Estado passaria a responder por uma omissão qualificada pela frustração da confiança imposta é o que Canotilho (2019) denomina de responsabilidade do Estado garantidor.

No Brasil, o tema ainda é tratado de forma doutrinária porque “o direito positivo não apresenta solução normativa específica para as hipóteses de omissão.” (PINTO, 2008, p. 155 *apud* Braga Netto, 2019).”

¹⁴ Termo em alemão cujo original designa: O Estado Responsável pela garantia.

A jurisprudência também não é uníssona, os Tribunais Superiores, ora adotam a teoria objetiva¹⁵ ora adotam a teoria subjetiva¹⁷ na responsabilização estatal por omissão.

Enfim, em alguns casos, os Tribunais Superiores demandam a necessidade de se demonstrar o nexa causal entre a conduta: negligente, imprudente ou imperita do ente federado e o respectivo dano sofrido ou suportado (teoria subjetiva). Outras vezes, dispensam tal dilação probatória (teoria objetiva), sendo suficiente a provação da omissão estatal, o dano e o respectivo nexa causal.

Contudo, aponta Braga Netto (2019, p. 201-203) que, quer se adote um ou outro posicionamento, os resultados práticos seriam os mesmos, ao menos nos casos em que o Estado se mostrasse garantidor de um bem público relevante. Desta feita, se, por um lado, adotando-se a teoria subjetiva “não é qualquer omissão que faz surgir o dever de indenizar do Estado, [...] mas uma omissão juridicamente relevante [...] uma omissão inadequada, injusta à inação do Estado.” (BRAGA NETTO, 2019, p. 204), tal exigência passa a ser dispensável no Estado garantidor, tal qual já propunha Canotilho (2019) porque:

“Mesmo no STJ¹⁸ – onde atualmente prevalece a responsabilidade subjetiva na omissão estatal – em certos casos, reativa-se a tese da responsabilidade subjetiva, admitindo-se a aplicação da responsabilidade objetiva em determinadas situações: ordinariamente, a responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais.

Primero, quando a responsabilização objetiva do ente público decorre de expressa previsão legal, em microsistema especial. Segundo, quando as circunstâncias indicam a presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinárias e jurisprudência, do texto constitucional, precisamente, na hipótese da salvaguarda da saúde pública (STJ, REsp n. 1236863, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJ 27/02/2012). A tendência, pelo menos como regra, é que a responsabilidade civil nas omissões estatais se firme como sendo objetiva.” (BRAGA NETTO, 2019, p. 203-204).

Ou seja, havendo alguns bens públicos relevantes, tal qual a saúde pública, o Estado passaria a ser garantidor de tais indisponibilidades perante a sociedade, respondendo objetivamente pelo dano causado em sua omissão e em vista à frustração da confiança social que violou. Nesses casos, há um dever proativo mais rigoroso do qual o Estado não pode se afastar.

¹⁵ Vide, por exemplo: STF, RE n. 283.989, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ 13/09/2002) e STF, AgRg n. 363.999, 2ª T., DJ 25/04/03), citado por Braga Netto (2019, p. 200-201).

¹⁶ A teoria objetiva preleciona que para a responsabilização estatal dispensa-se o elemento culpa, sendo suficiente o dano, a conduta ativa ou omissa e o nexa causal entre estas.

¹⁷ Vide, por exemplo: STJ, AgRg no REsp n. 233.494, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., DH 19/02/13), citado por Braga Netto (2019, p. 200-201).

¹⁸ STJ: Superior Tribunal de Justiça.

Essa quebra de confiança se acentua ainda mais nos casos em que o Estado se omite na fiscalização do meio ambiente, resultado em danos, muitas vezes, irreparáveis, assim, no STJ, predomina: “a tese de que em matéria de proteção ambiental há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento do seu dever de fiscalizar tiver sido determinante para a concretização ou agravamento do dano (STJ, AgRg no Resp 1.001.780).” (BRAGA NETTO, p. 2019, p. 257).

A responsabilidade estatal, nestes casos, jamais pode ser afastada, tratando-se de verdadeira “responsabilidade solidária com execução subsidiária.” (BRAGA NETTO, 2019, p. 257), ou seja, com preferência de ordem.

É de se ressaltar, contudo, que pelo entendimento jurisprudencial trazido pelo autor o Estado não se furta à corresponsabilidade, figurando no polo passivo desde a peça inicial, apenas terá benefício de ordem em eventual execução civil, isto, em vista ao princípio da reparação integral dos danos ambientais que não podem ficar sem ressarcimento em eventual insolvência de seu degradador principal.

De toda a sorte, ambos os autores aqui tratados convergem que, uma vez o Estado assumindo um papel de garantidor de um bem público relevante, tal qual a vida em desastres ambientais, a sua responsabilidade por omissão como codevedor solidário não poderia jamais ser afastada, em vista à quebra de confiança depositada e a segurança jurídica frustrada na salvaguarda de bens indisponíveis tutelados.

Já no que tange a omissão estatal no poder de polícia, Franco (2012, p. 107), assevera que: “ao atribuir o exercício de um poder ou função a determinado agente ou órgão público, a lei impõe que tal desiderato seja cumprido fielmente, em toda a sua plenitude.”

Assim, considerando-se “adstrito ao princípio da legalidade administrativa e tomando-a como um poder-dever, qualquer omissão do Poder Público será tomado como afrontoso a lei, tomando a conduta do agente desidioso passível de ser exigida judicialmente.” (FRANCO, 2012, p. 107). Nestes termos, “se o Estado se omite, causando prejuízo ou colocando em risco os indivíduos ou seus direitos, fica sujeito a ver-se compelido a praticar o ato ou arcar com as consequências de sua omissão.” (FRANCO, 2012, p. 109).

Desta forma, no caso de insuficiência na prestação de poder de polícia, se o seu exercício é “dever do Estado, decorre desse dever o direito (a garantia) para o administrado de que seja prestado e a contento.” (FRANCO, 2012, p. 109). Bem por isso, na omissão da Administração, decorrerá o direito “[...] de se exigir o ressarcimento correspondente.” (FRANCO, 2012, p. 109).

Se dos autores e da jurisprudência citadas é possível extrair que o poder de polícia é uma obrigação estatal e que qualquer omissão estatal é causa suficiente a responsabilizá-lo por sua abstenção, também é possível extrair que a delegabilidade de parte do poder de polícia só é cabível nos atos acessórios que, cumulativamente, não só não subvertam o poder de império como não envolvam bens públicos tão relevantes - indisponíveis - em que o Estado apresentasse como garantidor, como aqueles que envolvam a saúde ou segurança pública.

Isto porque permitir a transmissibilidade de parte dos poderes, nesses casos, seria admitir conflito de interesses privados com o público, desvirtuando-se o princípio da impessoalidade e rompendo-se confiança da sociedade depositada no ente governamental.

No que tange, especificamente, a delegabilidade de parte do poder às auditorias independentes, é de se ressaltar que, recentemente, no informativo n. 842¹⁹ do Supremo Tribunal Federal - STF -, declarou-se a constitucionalidade da taxa de fiscalização do poder de polícia sobre auditorias independentes, as quais atestavam a regularidade das demonstrações financeiras das instituições a serem encaminhadas à CVM²⁰, ainda que tais auditorias não tivessem qualquer relação contratual com a autarquia. Este posicionamento do STF reforça a tese de que o poder de polícia engloba não somente os fiscalizados diretos das autarquias, mas qualquer entidade que lhes forneça, ainda que indiretamente, informações.

A par disso, é de se ressaltar que os balanços e demonstrações financeiras verificadas pelas auditorias independentes das instituições não envolvem relações do Estado garantidor, razão pela qual sua delegabilidade a terceiros, estranhos aos quadros da agência, tem respaldo doutrinário-jurisprudencial.

O mesmo não ocorre, por exemplo, com as chamadas “*blitz*” policiais ou mesmo com a verificação da segurança das instalações prediais pelo corpo de bombeiro ou, ainda, na fiscalização dos medicamentos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Nestes, o fato de a segurança pública e a incolumidade pública se apresentar em discussão como bens indisponíveis e intransmissíveis acaba por vedar qualquer pretensão de delegação fiscalizatória, ainda que parcial. São, esses, exemplos do Estado garantidor de Canotilho (2019).

Por todo o exposto, resta saber se a delegação, por parte da Agência de Mineração, no caso Brumadinho, teria representado esvaziamento de competência indelegável de poder de polícia de um Estado garantidor, conforme previsto na construção doutrinária e jurisprudencial exposta, tornado a agência, nestes termos, corresponsável no dano.

¹⁹ Sítio com inteiro teor do informativo consta nas referências.

²⁰ CVM: Comissão de Valores Mobiliários.

4. O estudo Caso de Brumadinho

Segundo dados oficiais contidos na Recomendação n. 11/2019 do Ministério Público de Minas Gerais, em 25 de janeiro de 2019, ocorreu o rompimento da barragem B1, na mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho-MG, empreendimento de responsabilidade da empresa Vale S.A desde 2002, com a liberação de 14 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minérios, causando a morte de centenas pessoas.

Após o rompimento da barragem da Samarco, em Mariana, da mesma empresa, em 2015, a Vale S.A teria adotado uma política de maior segurança de suas barragens, com a criação de um setor específico destinado a aperfeiçoar a gestão de risco destas e com a criação de painéis específicos, realizados por especialistas, que concluíram que a metodologia de segurança das barragens, até então utilizadas, não eram confiáveis.

Mesmo com esses painéis, a segurança da barragem de Brumadinho continuou a ser determinada pela empresa Geoconsultoria Ltda., contratada da Vale S.A, a qual fazia uso da metodologia já condenada pelos especialistas nos painéis.

A contratação de empresas especializadas pela Vale S.A para elaboração dos laudos de segurança de suas barragens atendia ao art. 16, III da Portaria n. 70.389/17 do DNPM, então autarquia federal, posteriormente transformada em Agência Nacional de Mineração - ANM - por meio da Lei Federal n. 13.575/2017.

Ato subsequente, outra empresa, agora Tüv Süd, contratada pela Vale S.A, em junho de 2018, teria apresentado nova declaração de estabilidade da barragem B1 por meio de outro relatório de revisão periódica apresentado ao DNPM, este, em atendimento ao artigo 13 da Portaria n. 70.389/17.

Tal declaração se dera mesmo com o conhecimento de que o fator de segurança calculado de 1,09, estava abaixo do recomendável de 1,3, tendo, ainda, tal declaração sido atestada e assinada pela Vale S.A.

Ato seguinte, outra empresa, a Tractebel, em setembro de 2018, ao tomar conhecimento dos estudos da empresa Tüv Süd sobre o coeficiente de segurança de 1,09 da barragem do Córrego do Feijão, em Brumadinho, teria declarado à Vale S.A que não poderia ser atestada a estabilidade daquele empreendimento em vista ao baixo coeficiente de segurança calculado por sua predecessora.

Desta declaração da nova consultoria externa resultou a declaração da Vale S.A de que a Tractebel não mais seria responsável por conduzir os trabalhos afetos à referida inspeção, tendo sido imediatamente substituída pela empresa Tüv Süd, a qual teria atestado a fiel

segurança do empreendimento, ainda que com um coeficiente de segurança de estabilidade aquém do recomendável.

Pelo que consta nos autos da Ação Civil Pública n. 5000435-60.2019.8.13.0461, que tramita pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com esta declaração da Tüv Süd, as operações na barragem continuaram e deu-se o desastre, fato amplamente divulgado nas mídias.

Ocorre que o art. 16 da Portaria n. 70.389/17 do DNPM²¹ estabelece que: “a inspeção de segurança regular de barragem deve ser realizada pelo empreendedor, observadas as seguintes prescrições [...]” (BRASIL, 2017).

Portanto, pelos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários expostos, independentemente de qual empresa fosse incumbida de assegurar a estabilidade da barragem, tal delegação, por parte da agência reguladora, jamais poderia ter-se dado, por diversos motivos já expostos pela doutrina.

De início, o empreendimento envolveria a garantia da saúde e segurança das pessoas, passando o Estado a garantidor da incolumidade pública, postura que demanda uma atitude mais proativa da agência o que, por si, inibiria qualquer possibilidade de delegação de seu poder fiscalizatório (CANOTILHO, 2019, p. 24; BRAGA NETTO, 2019, p. 200-204).

Ademais, a fiscalização do maciço envolve bens jurídicos indisponíveis como a segurança da população e das instalações e, portanto, são intransmissíveis pela confiança da população depositada na autarquia.

Além disso, há de se considerar as taxas regulatórias cobradas pelo DNPM (atual ANM), em valores proporcionais ao custo empreendimento, concebidas, exatamente, para atender as demandas da autarquia em eventuais consultorias necessárias no exercício de suas atividades típicas.

Por fim, restaria evidente o conflito de interesses particulares em contraposição ao público, desvirtuando-se o princípio da impessoalidade. Isto porque, no caso, a empresa Tüv Süd teria substituído a Tractebel somente pelo fato de ter emitido um laudo que, a descontento da Vale S.A, implicaria na paralização das atividades de mineração.

Ou seja, a auditoria independente da Tüv Süd acabou sendo perpetrada por interesses que não os públicos.

Este fato, por si só, deveria ter levado a imediata e irretratável revogação da Portaria autorizativa, quando de seu conhecimento por parte da autarquia.

²¹ O site da Portaria encontra-se nas referências bibliográficas.

De toda sorte, o processo ainda não se concluiu e, até o momento, desconhece-se qualquer participação da agência no polo passivo.

Contudo, pelos entendimentos expostos, ao menos em tese, não se impediria ulterior participação da autarquia como litisconsórcio passivo (devedor) no desastre, isto porque, nos autos do caso, teria havido, de fato, uma delegação indevida de competências precípuas da autarquia que agiria, não em seu nome, mas na qualidade de um Estado garantidor da ordem e segurança pública o que, pelos autores pesquisados e pela teoria exposta, tal fato inibiria a transmissão, ainda que parcial, do poder de império de polícia.

5. Conclusão

Procurou-se, neste estudo, demonstrar que, em que pese a doutrina permitir a delegação de parte do poder de polícia das agências reguladoras a terceiros sem qualquer vínculo com a autarquia, tal delegabilidade é limitada não somente aos poderes conferidos, como sofre restrições de ordens públicas.

Tais restrições são ainda mais severas nos casos que envolvam o Estado garantidor de bens indisponíveis como a saúde e segurança pública, corolários do princípio da impessoalidade. Nestes casos, demanda-se uma maior proatividade estatal, inibindo-se a delegação.

Demonstrou-se, também, haver um núcleo intangível do poder de polícia das agências reguladoras e cuja terceirização poderia implicar na solidariedade passiva da agência em eventuais danos por omissão.

O estudo demonstrou que a doutrina tem tratado o tema de forma a restringir as hipóteses de delegabilidade do ciclo de polícia, exatamente, para se evitarem acidentes como o ocorrido em Brumadinho. Tais restrições à terceirização de parte do poder de polícia são, ainda, mais severas nos casos que envolvam empreendimentos com potenciais danos socioambientais (Estado garantidor).

O estudo de caso, por sua vez, confirmou a previsão hipotética-doutrinária de que, em grandes empreendimentos, pode haver conflito de interesses privados com o fim público perseguido, resultando na tendência de se refutar, em tais hipóteses, quaisquer possibilidades de transmissão do poder de polícia, ainda que parcial.

O estudo, também, demonstrou que, tendo a ANM transferido a terceiros, sem relação com a agência, parte intangível do poder de polícia conferido, pelos ensinamentos doutrinários-jurisprudenciais expostos, isto não a eximiria de poder ser demandada em juízo como

codevedora no dano, ao menos, em vista à ruptura da confiança depositada na agência sobre a segurança das barragens do país e considerando-se, ainda, o conflito de interesses privados existentes no caso, nitidamente, aqueles existentes entre a contratada pela Vale S.A e aqueles perseguidos pela autarquia, o interesse público, o que deveria ter levado à imediata e irretratável revogação da Portaria autorizativa.

Por fim, não se pretende, aqui, esgotar o tema, que não é pacífico, mas, tão somente, contribuir com o direito administrativo nos estudos já colocados e os que eventualmente vierem, por se tratar de um tema relativamente recente e que envolve variáveis como poder de polícia e responsabilidade estatal em casos de desastres sociais e ambientes de relevo.

6. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p-285-311, jul./set. 2002.

BRASIL, Departamento Nacional de Produção Mineral. Portaria n. 70.389 de 17/05/2017 do Diretor-Geral do DNPM. **Diário [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 17 mai. 2017. Disponível em: <http://www.anm.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-70-389-de-2017/view>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL, Lei n. 8.031 de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 abr. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL, Lei n. 9.491 de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 set. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL, Lei n. 13.575/2012 de 26 de dezembro de 2017. Cria a Agência Nacional de Mineração (ANM); extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); altera as Leis n° 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Lei n° 8.876, de 2 de maio de 1994, e dispositivos do Decreto-Lei n° 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). **Diário [da] República Federativa do Brasil**, Brasília 27 dez. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13575.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n° 842. STF, 2016. **Diário Oficial de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 06 out. 2016. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo842.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Serviços públicos e poder de polícia concessão e delegação. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Serviços públicos e poder de polícia: Concessão e delegação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 7, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/celso-antonio-bandeira-de-mello/servico-publico-e-poder-de-policiaconcessao-e-delegacao>. Acesso em: 03 ago. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAGA NETTO, Felipe. **Manual da responsabilidade civil do Estado à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Juspodium, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A responsabilidade do estado por atos lícitos**. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum: 2019.

CONJUR. TJ-MG-Interdita-Barragem-Vale-Ouro-Preto.pdf. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-mg-interdita-barragem-vale-ouro-preto.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

CRITSINELIS, Marcos Falcão. A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e sua transposição para o direito público brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 122-136, jan./abr. 2017.

CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 229, p. 153-176, jul./set. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FRANCO, Marcos Roberto. **O Poder de polícia no contexto atual**. 150 f. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FREITAS FILHO, Roberto; PEREIRA, Flora Regina Camargo. A eficácia da função social da propriedade pública. **Revista Universitas JUS**, vol. 27, n. 02, p. 43-56, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4309>. Acesso em: 03 ago. 2019.

LEAL, Rogério Gesta; RECK, Janrié Rodrigues. A regulação da contratação pública pelas agências reguladoras: limites e possibilidades. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, n. 19, p. 49-81, premier semestre, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3112555. Acesso em: 03 ago. 2019

MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 255-278, mai./ago. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAS. RECOMENDAÇÃO Nº 11/2019. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA96938453C016940F59C8F41C>. Acesso em: 23 jul. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Florence, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro, **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 47, 2009. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_157.pdf. Acesso em: 03 ago. 2019.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kelvin. **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro: origens, natureza e função. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, São Paulo, n.5, p. 59-66, 2000.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIREZ, Luís Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. Quatier Latin: São, Paulo, 2006.

ROSA, Renata Porto Adri de. Reflexões sobre a função reguladora das agências estatais, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 226, p. 243-250, out./dez. 2001.

SOUZA, Renata Martins; FARIA, Edimur Ferreira de. Análise da responsabilidade civil do Estado por omissão: estudo de caso sobre a acidentalidade provocada pelo rompimento da barragem em Marian/MG. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 8., 2018, Zaragoza. **Anais...** Zaragoza: Conpedi Law Review, 2018. p. 93-113.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO. Caio. O poder de polícia e sus limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, 1952.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. A discricionariedade do poder de polícia administrativa e os limites impostos pelo critério da proporcionalidade a partir dos direitos fundamentais. **Revista Pensamiento Jurídico**, Bogotá, n. 44, jul./dez. 2016.