

# **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

**CARLOS ANDRÉ BIRNFELD**

**JANAÍNA RIGO SANTIN**

**JOSÉ SÉRGIO SARAIVA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos André Birnfeld; Janaína Rigo Santin; José Sérgio Saraiva – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-724-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

---

#### **Apresentação**

O Grupo de DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 20 de junho de 2023, durante o VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI..

As apresentações foram divididas em três blocos de exposições, sendo que, em cada um dos mesmos, houve, pelos autores presentes, a exposição dos respectivos artigos aprovados, em sequência, sendo, ao final de cada bloco, aberto espaço para o respectivo debate.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressaltando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à Revista DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma.

No primeiro bloco foram apresentados e debatidos os artigos a seguir descritos:

O artigo **A CONSENSUALIDADE NA RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A RESOLUÇÃO ADEQUADA DOS CONFLITOS COMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AO INTERESSE PÚBLICO**, de autoria de Abner da Silva Jaques, Murilo Pina Bluma e Jorge David Galeano Rosendo, objetiva esclarecer a necessidade da Administração Pública, nas esferas nacional, estaduais e municipais, em transformar seu modo de conduta frente aos conflitos originados de seus Contratos Administrativos, privilegiando os meios mais eficientes e adequados para resolver litígios, e em observância ao interesse público e ao desinteresse em disputas judiciais muito longas.

O artigo **A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ E A TRANSPARÊNCIA NA ERA DIGITAL**, de autoria de Renato Evangelista Romão , Barbara Taveira dos Santos, destaca que a participação cidadã e a transparência são fundamentais para a democracia e que a era digital trouxe novas possibilidades para a promoção desses valores, ressaltando que a internet e as redes sociais permitem um maior engajamento cívico e acesso à informação, o que pode resultar em maior controle social sobre as ações governamentais. Ressalva entretanto que a exclusão digital, a polarização política e a segurança dos dados são desafios a serem

enfrentados, se fazendo necessário um comprometimento de todos os setores da sociedade para garantir que a participação cidadã e a transparência na era digital sejam meios para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

O artigo **AS LEIS DO ESTADO E O ESTADO CONTRA AS LEIS: O PROBLEMA DA ATUAÇÃO CONTRA LEGEM PELOS AGENTES PÚBLICOS**, de autoria de Marcelo Garcia da Cunha, destaca que nas democracias da contemporaneidade a lei é o fator jurídico-normativo que confere previsibilidade ao convívio social e que além da lei, haveria uma realidade caótica e incompatível com a ideia de sociedade. Nesta perspectiva, destaca que ao mesmo tempo que impõe a lei, o Estado também se encarrega de obrigar ao seu cumprimento e que essa regra é quebrada de forma paradoxal quando o próprio Estado viola sua ordem jurídica. Assim, como objetivo geral, o artigo se propõe a apontar os efeitos resultantes da postura contra legem do Estado, ao passo que os objetivos específicos abrangem a identificação de fatores aptos a impedir ou mitigar a ocorrência do problema. Destaca, por derradeiro, que o critério da discricionariedade, que orienta certas ações do Poder Público, não autoriza uma arbitrária mitigação da força do princípio da legalidade.

O artigo **DA CORRUPÇÃO À BRASILEIRA: O ESQUECIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO E DA DIGNIDADE HUMANA PELA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, de autoria de Raul Lemos Maia , Laís Machado Porto Lemos e Edilson Vitorelli Diniz Lima, destaca que o princípio da dignidade da pessoa humana trata do indivíduo como um ser digno e essencial pelo do Estado, ressaltando que face a corrupção existente no contexto brasileiro, esse princípio é levianamente deixado de lado. Destaca também que a história por trás da 'corrupção enraizada' da sociedade brasileira aponta a relação entre os atos corruptos e outras mazelas sociais. Nesta perspectiva o artigo aponta o afastamento da dignidade da pessoa humana como metaprincípio, quando o comportamento corrupto se expande na sociedade, exemplificando, neste íterim, a problemática da Lei de Improbidade Administrativa ao modificar as sanções no tocante às condutas culposas.

O artigo **DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO DIGITAL E SEU ASPECTO OBJETIVO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**, de autoria de Ronny Carvalho Da Silva, tem por objetivo analisar as consequências fáticas e jurídicas, para a Administração Pública, do reconhecimento de um direito fundamental à inclusão digital. A partir da análise no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, busca verificar o reconhecimento da existência do direito à inclusão digital como um Direito Humano, fazendo, ainda, uma análise sobre a internalização desse direito no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente sobre o aspecto objetivo do direito fundamental de inclusão digital e suas implicações para a Administração Pública. Por derradeiro, analisa o papel

conformador de políticas públicas de inclusão digital a ser exercido pelo princípio da eficiência, devendo ser tomado como verdadeiro vetor axiológico e hermenêutico visando a concretização do direito fundamental à inclusão digital, concluindo que o direito fundamental de inclusão digital impõe para a Administração Pública a necessidade do enfrentamento de grandes desafios para a implantação de uma administração pública digital, necessária para a concretização do referido direito fundamental.

O artigo **EMPREENDEDORISMO SOCIAL E ACCOUNTABILITY: O CONTROLE PARTICIPATIVO EXERCIDO PELO TERCEIRO SETOR**, de autoria de Lidiana Costa de Sousa Trovão , Igor Marcellus Araujo Rosa, procura investigar se o empreendedorismo social, como agente de monitoramento público-administrativo, atenderia aos pressupostos democrático-participativos esculpidos pela Constituição de 1988. Nesta perspectiva, o objetivo geral é a definição e a caracterização de accountability, visando apontar a capacidade de inspiração e maximização da consciência participativo-democrática no uso de alternativas de controle disponíveis através do empreendedorismo social. O artigo concluir que a participação popular na diretoria das Organizações Sociais se dá mediante representação no órgão colegiado de deliberações ou também chamado de Conselho de Administração, bem como que o terceiro setor é parte legítima para o controle, monitoramento e qualificação dos atos da vida pública, uma vez que ocupa um lugar de destaque na prevenção, combate, informação e conscientização comunitária, quanto à legalidade dos atos de gestão.

O artigo **ESTRATÉGIA DE GARANTIA DE CONFORMIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: REQUISITOS DA LEI DE PROTEÇÃO E DEFESA DO USUÁRIO E RECOMENDAÇÕES DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - CGU**, de autoria de Bruna Toledo Piza de Carvalho Magacho, ressalta que o compliance é um tema relevante na gestão de empresas privadas ou públicas e que objetiva garantir que as organizações cumpram com as leis, normas e regulamentos, promovendo ética e transparência em suas atividades. O artigo foca-se na gestão de empresas privadas prestadoras de serviços públicos, pressupondo que possuem um papel essencial na entrega de serviços públicos essenciais à população. Assim, investiga o processo de implementação de programas de compliance e como pode contribuir para uma gestão mais eficiente e responsável, com impacto positivo na qualidade dos serviços oferecidos. O artigo parte da premissa da manutenção da conformidade na gestão de contratos e garantia do cumprimento da Lei de proteção e defesa do usuário do serviço público (Lei Federal n.º 13.460/2017), destacando o conteúdo da norma que estabelece diretrizes para a gestão de contratos entre usuários e prestadores de serviços públicos, com o objetivo de garantir uma relação mais justa e equilibrada entre partes. Destaca aspectos indispensáveis para implementar um

programa de compliance efetivo, como definição de políticas claras e objetivas, capacitação de colaboradores, auditorias internas e avaliação constante dos riscos envolvidos. Na conclusão, apresenta um quadro com cinco pilares norteadores de programas de integridade: comprometimento da alta direção, análise de riscos, políticas e procedimentos objetivos, capacitação, conscientização e indicadores para monitoramento contínuo do sistema. Por fim, ressalta a importância do compliance e da gestão de contratos para garantir uma atuação ética, transparente e responsável das empresas prestadoras de serviços públicos, com impacto na qualidade dos serviços oferecidos ao cidadão.

O artigo GOVERNANÇA E COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA MUNICIPAL CARIOCA: PROGRAMA RIO INTEGRIDADE COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE A CORRUPÇÃO, de autoria de Livia De Araújo Corrêa, traz uma análise da política pública de combate à corrupção na administração pública municipal carioca, instituída inicialmente através do Decreto Rio 45.385/18, e posteriormente através do atual Decreto Rio 48.349/2021, analisando os benefícios que programas de Integridade na Administração Pública trazem para a melhor prossecução do interesse público, bem como na efetivação da política pública de combate à corrupção. Para tanto, faz uma análise da política pública de combate a corrupção, demonstrando a importância da avaliação ex ante para se atingir a efetividade da política prevista no Decreto Rio nº 48.349/2021, demonstrando que normas complexas, como aquela estatuída no Decreto Rio nº 45.385/18, se tornam difíceis de serem implementadas e possuem baixa efetividade. Neste cenário, utiliza como parâmetro a lei estadual 10.691/2018, recentemente alterada pela Lei 11.187/2020, que institui o Programa de Integridade Pública do Governo para todos os órgãos e entidades da Administração Pública, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo Estadual de Mato Grosso, analisando como esse trabalho pode ser efetivamente instituído no Rio de Janeiro. Por derradeiro, analisa de que forma a cultura de governança pública corporativa – atualmente tão necessária e utilizada no Brasil pós Operação Lava Jato por empresas privadas, públicas e sociedades de economia mista – pode ser implementada e devidamente adequada à realidade estrutural da administração.

O artigo IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA DAS CONTRATAÇÕES PARA A CONSECUÇÃO DE COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS, de autoria de Samuel Almeida Bittencourt, destaca que o Estado, por meio de suas contratações, figura como importante consumidor capaz de movimentar a economia e estimular o mercado. Destaca que a recente Lei 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos, avançou nesse sentido, estimulando a função regulatória das compras públicas para o alcance do objetivo de desenvolvimento nacional sustentável. Considerando esse cenário, o artigo tem como objetivo analisar a importância da governança das contratações para a consecução de

compras governamentais sustentáveis, destacando que o mesmo permite demonstrar a importância do estabelecimento de diretrizes e instrumentos de governança, por parte da alta administração dos órgãos públicos, para a consecução de políticas públicas por meio das compras realizadas pelo Poder Público.

No segundo bloco foram apresentados e debatidos os artigos a seguir descritos:

O artigo JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA COMO PARADIGMA DA GESTÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA, de autoria de Maristela Valeska Lopes Braga Dias, destaca que a sociedade contemporânea, movida pela inovação tecnológica e pela maior conscientização dos direitos individuais, impulsionou o Estado e o Direito a ingressarem num processo dinâmico de reformas com vistas a superar os novos desafios em busca de legitimidade das ações governamentais, aumentar e fortalecer os canais de comunicação com a sociedade e antecipar medidas que assegurem as prestações sociais. Ressalta que a Administração Pública tradicional, diante do novo arcabouço é compelida a promover uma adequação dos seus parâmetros de atuação, antes pautados na legalidade estrita, para alcançar todo o conjunto de princípios constitucionais, com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais, adequando-se ao princípio da Juridicidade.

O artigo OS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL, de autoria de Ronny Max Machado , Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Rafael Khalil Coltro, destaca que a privatização nos presídios é uma realidade no Brasil, que, contudo, ainda carrega consigo uma série de questionamentos, críticas e dúvidas quanto a sua efetividade, necessidade e funcionamento, tendo em vista sua recente implementação. Ressalta que o sistema carcerário, por sua vez, enfrenta críticas ainda maiores, dada as condições estruturais e de operacionalização do processo de ressocialização que a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Execuções Penais consagram, e a questão da superlotação carcerária. A partir desse cenário, procura investigar quais seriam os aspectos negativos e positivos da privatização dos presídios no Brasil. A este problema, apresenta algumas respostas no intuito de promover o debate sobre o tema e possibilitar maiores reflexões sobre soluções propostas para um aprimoramento do sistema carcerário nacional, em especial para tentar minimizar a superlotação existente nos presídios do país, e apontar se a privatização é mesmo um meio de sanar ou, ao menos, minorar tais problemas.

O artigo JUROS DE MORA E SUBVINCULAÇÃO DOS PRECATÓRIOS DO FUNDEF: O USO DISCRICIONÁRIO DOS RECURSOS, de autoria de Brenno Silva Gomes Pereira e Paulo Roberto Barbosa Ramos, busca compreender o complexo uso dos recursos públicos oriundos dos precatórios do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino

Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), levando em consideração a sua vinculação constitucional, bem como suas subvinculações, de modo a refletir sobre o correto uso dos recursos decorrentes dos juros de mora desse processo judicial. Destaca que, quanto à aplicação destes recursos, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de garantir o pagamento dos honorários advocatícios dos causídicos que atuaram na ação principal, devendo o percentual estipulado em contrato calculado sobre o valor auferido, tendo incidência tão somente na parcela referente aos juros de mora. Pondera, contudo, que os recentes julgados não esclareceram conquanto ao seu uso em situações diversas que não ao pagamento de honorários advocatícios que, de uma forma ou de outra, ainda estaria vinculado ao benefício buscado para a educação. Isso porque, em todas as discussões depreendidas até o presente momento, em virtude da neófito atualização legislativa, a doutrina e jurisprudência tem se depreendido tão somente em torno das discussões referentes a tais honorários advocatícios, inobstante a existência de ações que não tenham sido protocoladas por escritórios privados. Observa que não se esclareceu de que forma se daria o manejo contábil desses recursos, em qual (quais) conta(s) seriam alojados, nem mesmo qual Tribunal de Contas seria responsável por seu controle externo, sendo estes os objetivos do artigo.

O artigo **MODELO ESTRUTURADO DE GOVERNANÇA NO SETOR PÚBLICO: UMA VISÃO PARA ALÉM DA EFICIÊNCIA**, de autoria de Danúbia Patrícia De Paiva, Adriana Ferreira Pereira e Helena Patrícia Freitas, destaca que compliance ou governança são termos relativamente novos que vêm sendo utilizados para reforçar o compromisso constitucional do Estado como garantidor da aplicação da lei. O artigo busca, a partir destes termos, reforçar ideais de condutas “corretas” a serem adotadas. Explicita que são práticas apresentadas, num primeiro momento, para os setores empresariais, mas que atualmente foram também expandidas para os setores públicos. Ressalta que ao mesmo tempo, surgiram legislações para regular este novo ambiente, como o Marco Civil da Internet, a Lei Anticorrupção, a Lei de Licitações e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Explica que todas essas leis, associadas ao compliance, visam o desenvolvimento harmônico e sustentável da sociedade digital, cada vez mais dinâmica e passível de transformações. A partir desse contexto, tem como problema de pesquisa como garantir que as políticas de governança no setor público traduzam democraticidade? Destaca, em resposta, que em cenários disruptivos, é essencial o estabelecimento de regras de conduta a valorizar eficiência e isonomia, principalmente em ambientes caracterizados por recursos tecnológicos e que boas práticas precisam estar estabelecidas em manuais de conduta e códigos de ética próprios, para que não sejam ferramentas de privilégios, favorecimento ou mesmo imunidades ilegais, demonstrando a necessidade de se definir regras para a fiscalidade de políticas de governança no setor público, para além da justificativa fundada exclusivamente na eficiência.



O artigo MUDANÇAS OCASIONADAS COM A NOVA REGULAMENTAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO (DECRETO N.º 11.129/2022), de autoria de Elias Marques De Medeiros Neto e Ariane Almeida Cro Brito, apresenta as mudanças ocasionadas com a nova regulamentação da Lei Anticorrupção (Decreto n.º 11.129/2022), através da análise de literatura e jurisprudência, de dados da Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Biblioteca do Conselho da Justiça Federal, Supremo Tribunal Federal, Escola Superior do Ministério Público da União, Banco de Teses USP, Portal de Periódicos CAPES. Conclui que o Decreto n.º 11.129/2022 conservou a estrutura e a linha já utilizada pelo decreto anterior e trouxe novidades e complementações importantes referentes à responsabilização administrativa e multa, acordo de leniência e programa de integridade.

O artigo O INQUÉRITO CIVIL E A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, de autoria de Márcio De Almeida Farias, traz como objetivo analisar de forma crítica o instituto do Inquérito Civil, que é um instrumento de atuação do Ministério Público brasileiro, a partir das alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92). Para tanto, inicialmente, apresenta algumas considerações preliminares acerca do Inquérito Civil, tais como o conceito, natureza jurídica, fundamentos constitucionais e legais, além do caráter facultativo e dispensável. Em seguida, analisa as regras legais acerca da instauração, instrução e arquivamento do Inquérito Civil, que estão previstas na Resolução n.º 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público. Por fim, analisa os dispositivos da Lei n.º 8.429/92 alterados pela Lei n.º 14.230/2021, sobretudo os dispositivos relacionados com prazos de suspensão da prescrição dos atos dolosos de improbidade administrativa e de prazos de conclusão e de prorrogação dos inquéritos civis destinados a apurar atos de improbidade administrativa. Conclui que as alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa, em relação ao Inquérito Civil foram positivas e estão de acordo com os princípios constitucionais, especialmente a garantia da razoável duração do processo.

O artigo O NOVO PERFIL DA FUNÇÃO JUDICANTE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS APÓS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO STF, de autoria de Laiz Araújo Russo de Melo e Silva, destaca que nos últimos dez anos, os Tribunais de Contas vivenciaram uma sucessão de reveses em suas atribuições, seja por atuação do Congresso Nacional, ao alterar a Lei de Inelegibilidade, seja por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal, sobre a prescrição dos processos submetidos à análise do controle externo e sobre a competência para julgamento dos atos de gestão dos Prefeitos Municipais. Ressalta que com isso, o Tribunal passou a adotar uma jurisprudência ainda mais defensiva, por vezes, até mesmo negando a aplicação dos entendimentos do STF e que paralelamente a isso, a atuação dos Tribunais de Contas passou a abranger com mais intensidade outros temas alheios às prestações de contas

de recursos públicos, nos quais se incluem, mas não se limitam, a instalação de esgotamento sanitário, implantação de regime de previdência complementar, gestão florestal, eliminação de lixões, dentre outros. Desta forma demonstra que verificam-se novos contornos da função judicante dos Tribunais de Contas, principalmente após as limitações impostas pelo Supremo Tribunal Federal, que colocam sob perspectiva a aplicabilidade das proposições da Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB para instaurar novos parâmetros no julgamento do processo administrativo sancionador, destacando que ainda não parece ter sido totalmente aceita pelas Cortes de Contas.

O artigo O PANORAMA DO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO, de autoria de Denise Beatriz Magalhães de Figueiredo Carvalho e Glaucia Maria de Araújo Ribeiro, tem por foco analisar o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, suas motivações e implicações bem como fomentar o debate e o estudo acerca do tema, com o objetivo de demonstrar que apenas a lei não é instrumento suficiente para interpretar e auxiliar o administrador público. Assim, a análise da constitucionalização do Direito Administrativo trazida pelo estudo procura fazer um panorama do referido ramo do Direito sob a égide do princípio da legalidade, ressaltando suas transformações e mudanças de paradigma com o transcurso do tempo, investigando a tendência da juridicidade do ordenamento jurídico, investigando a Teoria da Autolimitação Administrativa e averiguando o crescente protagonismo judicial. Traz como conclusão a percepção do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, prevendo uma releitura de seus fundamentos estruturantes.

O artigo O PÓS-CRISE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: ANÁLISES E PERSPECTIVAS PARA O SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL, de autoria de Jander Rocha da Silva, destaca que nos últimos anos, a crise fiscal vem dominando grande parte das discussões e agendas envolvendo o setor público nacional. Ressalta que, nesse sentido, impulsionados por uma perspectiva de crise, os entes vêm buscando constantes processos de modificação e modernização das suas respectivas estruturas administrativas, com vistas assim a adequar às despesas públicas aos seus premidos orçamentos. Explica que, no entanto, é no Estado do Rio Grande do Sul que a crise fiscal vem pautando a agenda dos sucessivos governos, ao menos nos últimos 50 anos. Diante desta questão posta, o objetivo do artigo é traçar brevemente o panorama histórico da crise, passando em um segundo momento pela análise das reformas propostas a partir do ano de 2015, bem como pelos resultados obtidos com elas.

No terceiro bloco foram apresentados e debatidos os artigos a seguir descritos:

O artigo O TRIBUNAL DE CONTAS COMO INSTÂNCIA DE ARTICULAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, de autoria de João Paulo Landin Macedo, destaca que a configuração institucional articulada pela Constituição Federal de 1988 confere especial destaque à função de controle exercida pelo Tribunal de Contas. Ressalta que esse redimensionamento das instituições de contas reflete a tentativa de captar as transformações de paradigma do Direito Administrativo e da Administração Pública operadas nas décadas finais do século XX. Explica que nesse cenário, assume destaque o papel das instituições de controle na interação horizontal com os órgãos públicos na implementação das políticas públicas, levando ao questionamento acerca da possibilidade de articulação interinstitucional entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública nos processos deliberativos concernentes às políticas públicas. Assim, objetiva delinear o marco teórico que fundamenta as formas de articulação interinstitucional no desenvolvimento da ação governamental, para então verificar a possibilidade de inserção dos Tribunais de Contas como potenciais atores participantes das redes de governança, bem assim avaliar quais instrumentos à disposição das Cortes de Contas podem ser empregados (ou reorientados) para tal desiderato. Com vistas a corroborar a hipótese trabalhada, foram mobilizados dois exemplos empíricos de atuação dos órgãos de controle que refletem o veio articulador.

O artigo UMA ANÁLISE DA FUNÇÃO SEMI-NORMATIVA DA ANP EM UM CONTEXTO DE MUDANÇA DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E SEUS DESDOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS, de autoria de Maíra Villela Almeida e Julia Brand Bragantin, tem como objeto o contexto de publicação da Resolução ANP nº 846/2021, que dispôs sobre uma nova institucionalização do procedimento de participação social na Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, agora por meio de videoconferência. Para tanto, foram analisados cinco processos administrativos correlatos ao tema no âmbito dos sistemas de busca Pesquisa Pública SEI-ANP e Legislação ANP. Primeiro, parte da Resolução ANP nº 812/2020, que flexibilizou as exigências regulatórias decorrentes do Covid-19 e suspendeu a participação social na Agência enquanto perdurasse a pandemia. Segundo, apenas a Audiência Pública retornou ao contexto da Agência por meio da Resolução ANP nº 822/2020, embora por meio da videoconferência, excluindo a consulta pública e a tomada prévia de contribuições, todas as três até então previstas como instrumento de manifestação do setor regulado. Destaca que pelo seu retorno, a ANP destacou o já em curso processo de revisão da Resolução ANP nº 5/2004 e da Instrução Normativa nº 8/2004, instrumentos normativos que disciplinavam a participação social. Em um contexto de pandemia do Covid-19 e posterior retomada da participação social na Agência, dessa vez institucionalizando a videochamada, o artigo analisa em que medida a permissão da participação social por outro instrumento fez a ANP estar em consonância com

o Marco das Agências Reguladoras Federais, Lei nº 13.848/2019, sobretudo pelo estudo do processo que deu origem ao novo Regimento Interno da Agência.

O artigo DESAFIOS PARA EFETIVAÇÃO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO ATRAVÉS DA UTILIZAÇÃO DAS FERRAMENTAS DIGITAIS DE CONTROLE SOCIAL, de autoria de Natasha Yasmine Castelo Branco Donadon e Ygor da Silva Sarmanho Vasconcelos, destaca que na legislação pátria, a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) tem alcançado progressos significativos em relação ao acesso à informação - decorrente do princípio constitucional da publicidade previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal Brasileira - onde a transparência tornou-se regra e o sigilo exceção, segundo o art. 5º, inciso XXXIII da CF/88. Ressalta que o estabelecimento da transparência é efetivado através da divulgação de informações das mais diversas naturezas e de expressivo interesse social, sem prévio requerimento, proporcionando maior interação e democratização na relação entre o cidadão comum e o Governo de todas as esferas federativas.

O artigo DIREITO MUNICIPAL, ECOCIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, de autoria de Janaína Rigo Santin, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Laura Vitoria Dos Santos, disserta acerca da relação entre Ecocidadania, Direito e Desenvolvimento Sustentável, evidenciando a interligação destes conceitos na história dos Municípios brasileiros por meio do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). Para tanto, o artigo analisa os dispositivos contemplados na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, a fim de demonstrar que a participação popular nas questões políticas e ambientais em âmbito local pode proporcionar o aprimoramento democrático e a adoção de práticas sustentáveis, melhorando a qualidade de vida local e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, por meio da cooperação do ente público, do setor produtivo e da população. Observa que apesar de ser um direito fundamental assegurado tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional, o direito à participação popular em questões ambientais referentes à formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano nos municípios, infelizmente, ainda não ocorre de maneira efetiva. Traz uma análise doutrinária referente aos pressupostos que contribuem com o aprimoramento da Ecocidadania e da participação popular e social no desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, como esse tema é aplicável nos municípios brasileiros.

O artigo OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A LEI 13655/18, de autoria de Manoel Ilson Cordeiro Rocha, Cildo Giolo Junior e José Sérgio Saraiva destaca que a indeterminação dos conceitos jurídicos é uma questão insolúvel e antiga, conseqüente da subjetividade da linguagem jurídica e da

plurisignificância dessa linguagem. Pondera que no Direito Administrativo a questão é agravada por conta da separação de poderes e do controle externo jurisdicional. Ressalta que o administrador é desafiado continuamente a aplicar o direito em situações abertas, contempladas no espectro geral da discricionariedade administrativa, mas está sujeito ao controle legal. Observa que é recorrente a tentativa de parametrização para a atividade de interpretação desses conceitos, por vezes considerado uma quimera. Afirma que o direito brasileiro inova nesse sentido com a lei 13655/18 e com a adoção do consequencialismo, sendo a hipótese trazida pelo estudo a de que o resultado da lei tem seus méritos, mas foi insuficiente, não garante uma solução segura. Por derradeiro, recomenda um resgate dos cânones de interpretação e uma incorporação normativa da longa experiência internacional sobre o tema.

Após mais de três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Carlos André Birnfeld

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE

Janaína Rigo Santin

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO (UPF) e UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL (UCS)

José Sérgio Saraiva

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

## **AS LEIS DO ESTADO E O ESTADO CONTRA AS LEIS: O PROBLEMA DA ATUAÇÃO CONTRA LEGEM PELOS AGENTES PÚBLICOS**

### **THE LAWS OF THE STATE AND THE STATE AGAINST THE LAWS: THE PROBLEM OF ACTING AGAINST LEGEM BY PUBLIC AGENTS**

**Marcelo Garcia da Cunha <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

Nas democracias da contemporaneidade a lei é o fator jurídico-normativo que confere previsibilidade ao convívio social. Além da lei, haveria uma realidade caótica e incompatível com a ideia de sociedade. Ao mesmo tempo que impõe a lei, o Estado também se encarrega de obrigar ao seu cumprimento. Essa regra é quebrada de forma paradoxal quando o próprio Estado viola sua ordem jurídica. À vista disso, a questão nuclear que se impõe tratar aqui, mediante uma metodologia dedutiva, diz respeito aos efeitos disso decorrentes. Como objetivo geral propõe-se apontar os efeitos resultantes da postura contra legem do Estado, ao passo que os objetivos específicos abrangem a identificação de fatores aptos a impedir ou mitigar a ocorrência do problema. Qualquer ilegalidade cometida pelos agentes investidos de poderes estatais denota um rompimento do dever moral ao qual o Estado de modo inarredável está submetido. Além disso, pela natural ascendência do Estado no contexto social, tal postura corrompe o ânimo do cidadão comum, como sujeito moral, a agir conforme os preceitos ditados pela lei. A infringência da lei pelo Estado, ademais, revela uma irremediável contrariedade à Constituição. O critério da discricionariedade, por fim, que orienta certas ações do Poder Público, não autoriza uma arbitrária mitigação da força do princípio da legalidade.

**Palavras-chave:** Estado, Lei, Constituição, Agentes públicos, Discricionariedade

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

In contemporary democracies, the law is the legal-normative factor that provides predictability to social life. In addition to the law, there would be a chaotic reality incompatible with the idea of society. At the same time that it imposes the law, the State is also responsible for enforcing its compliance. This rule is broken in a paradoxical way when the State itself violates its legal order. In view of this, the core issue that must be addressed here, through a deductive methodology, concerns the resulting effects. As a general objective, it is proposed to point out the effects resulting from the position against legem of the State, while the specific objectives cover the identification of factors capable of preventing or mitigating the occurrence of the problem. Any illegality committed by agents invested with state powers denotes a breach of the moral duty to which the state is

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela; Doutor e Mestre em Direito pela PUCRS; Membro da Social Science and Humanities Research Association.

irrevocably submitted. In addition, due to the natural ascendancy of the State in the social context, such posture corrupts the spirit of the common citizen, as a moral subject, to act according to the precepts dictated by the law. Infringement of the law by the State, moreover, reveals an irremediable contravention of the Constitution. Finally, the criterion of discretion, which guides certain actions by the Government, does not authorize an arbitrary mitigation of the force of the principle of legality.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** State, Law, Constitution, Public agents, Discretion

## 1 INTRODUÇÃO

Para bem se conduzir nas suas relações existenciais, o indivíduo necessita de normas orientadoras de suas ações. Nas democracias modernas, a lei é o fator jurídico-normativo que confere previsibilidade ao convívio social.

O fenômeno da coletividade seria inviabilizado diante da inexistência de preceitos gerais, estabelecidos por uma autoridade com poder de coercibilidade, pois do contrário cada sujeito pautaria sua conduta guiado pelo livre arbítrio e por subjetivismos de variada ordem.

Além da lei, ou mesmo diante de sua inexistência, haveria uma realidade caótica e incompatível com a ideia de sociedade.

Ao mesmo tempo que impõe a lei, o Estado também se encarrega de obrigar ao seu cumprimento.

Essa regra é quebrada por uma situação paradoxal e que emerge do fato de o próprio Estado, através de decisões, ações e omissões de seus agentes, violar a sua própria ordem jurídica.

Trata-se de problema que ultrapassa a percepção mais comum que decorre dos casos de corrupção, nos quais, comprovado o fato, a infringência da lei é algo que se revela inquestionável.

Há situações, talvez as mais recorrentes, em que as ilegalidades estatais são perpetradas nas práticas cotidianas de governo e da administração pública a ponto de passarem até mesmo despercebidas, exceto quando a própria administração reconhece o erro ou nos casos em que o Poder Judiciário determina a correção da ilegalidade.

À vista disso, a questão nuclear que se impõe tratar aqui diz respeito aos efeitos problemáticos ocasionados pela atuação *contra legem* do Estado.

Tais efeitos, como hipótese de trabalho, envolvem fundamentalmente o campo da moralidade e da esfera jurídica, com consequências, em ambos os casos, perniciosas à harmonia social, em razão da erosão de um modelo que deveria guiar a conduta de todos os cidadãos e também devido à impossibilidade de uma reposição ao estado anterior à ilegalidade perpetrada.

A metodologia utilizada no estudo é a dedutiva, com foco no estado atual do tema abordado.

O objetivo geral situa-se no apontamento dos efeitos resultantes da postura *contra legem* do Estado, enquanto que os objetivos específicos abarcam a identificação de fatores aptos a impedir ou mitigar a ocorrência do problema.



O texto envolve, inicialmente, um questionamento acerca da função e dos destinatários da lei, abrangendo a dinâmica do poder modulador da lei e quem são os agentes morais e os atores sociais submetidos à observância dos comandos legais no âmbito do Estado contemporâneo.

Na sequência, são pontuados, em tópicos distintos, os efeitos morais e jurídicos decorrentes do descumprimento da lei pelo próprio Estado, principalmente se considerada a sua posição ascendente sobre os cidadãos e a nuclearidade do princípio constitucional da legalidade.

O espaço à ingerência da subjetividade dos agentes públicos no ato de aplicar a lei é objeto de abordagem específica, na qual são delineados a extensão e os limites da discricionariedade a eles conferida pelo sistema jurídico.

Ao final, são tecidas as conclusões que a matéria comporta.

## **2 A LEGALIDADE COMO PARADIGMA VIGENTE: A FUNÇÃO E OS DESTINATÁRIOS DA LEI**

O paradigma ideológico surgido a partir do final do século XVIII impôs a lei estrita como um marco inviolável nas relações sociais.

Desde aquele marco histórico, a lei, tal como já havia sentenciado Montesquieu (2004, p. 85), passa a retratar a razão humana.

A sujeição à arbitrariedade, característica da monarquia absoluta da antiga sociedade estamental, cedeu lugar para a sujeição à lei (VALDÉS, 2010, p. 41).

As codificações que se seguiram, sobrepondo-se à divinização do direito e cultuando acima de tudo a razão, estavam amparadas no projeto iluminístico de regular todo e qualquer ato humano de modo a concretizar o ideal da segurança jurídica, alicerce fundamental para a então incipiente sociedade de mercado.

Paolo Grossi (2005, p. 100) realça que, naquele clima histórico, os códigos traduziam, em nível normativo, os valores políticos então dominantes e por isso serviam como instrumentos de um rigoroso absolutismo jurídico.

Os direitos não se revelavam em substância, mas em forma jurídica, notadamente a forma da lei, em observância à apregoada segurança (ZAGREBELSKI, 1992, p. 59) que se impunha diante da emergência dos novos tempos.

Essa necessidade de previsibilidade, contudo, era algo que exigia - e ainda exige - um constante esforço cognitivo por parte do legislador, pois deveria estar aberto a apreender, de maneira mais ampla possível, uma infinidade de circunstâncias vivenciais passíveis de serem normatizadas. O direito, acima de tudo, se forma e se transforma de acordo com a realidade social (BOBBIO, 1996, p. 46).

Esse projeto, contudo, estava destinado ao fracasso, pois, por mais esforçado e previdente que se fizesse o legislador, a ideia de uma ordem jurídica orientada a tudo regerar era evidentemente impossível de qualquer realização prática.

Mesmo a lei vigente não estava imune às incertezas humanas, visto que a interpretação implicaria um contínuo processo de readequação e reformulação de seu sentido.

A própria interpretação não se revela definitiva e absoluta, pois a variedade e a permanente mutação das relações existenciais colocam o intérprete constantemente sob questões que se renovam de maneira sucessiva, a depender da época em que se efetiva (LARENZ, 2012, p. 443; ENGISCH, 2008, p. 182).

A atividade interpretativa está condicionada a uma escolha entre as muitas possibilidades que ressaltam do texto (LARENZ, 2012, p. 283), cuja moldura, conforme conhecida metáfora utilizada por Kelsen (1998, p. 388), deve ser preenchida pelo ato de aplicação.

Isso reforça a dificuldade de implementação da ideia de segurança jurídica, situada muito mais no campo das intenções abstratas que na esfera da realidade em concreto.

A inexistência de única resposta para uma infinidade de questões jurídicas confirma a fragilidade da concepção de segurança.

O próprio Kelsen (1998, p. 396) reconhece como um ficcionismo a defesa de uma única interpretação como correta em razão do caráter plurissignificativo da maioria das normas jurídicas, o que, na sua concepção, não anula sua construção teórica positivista, pois o limite hermenêutico situa-se no âmbito do quadro normativo.

A fluidez do direito aplicável, adverte Karl Larenz (2012, p. 415), oferece margem até mesmo à livre apreciação do julgador.

Embora na contemporaneidade os sistemas jurídicos estejam muito próximos e reciprocamente influenciados, o que se concretiza essencialmente através do empréstimo ou recepção de institutos estrangeiros (ANCEL, 1980, p. 77), a lei ainda simboliza um fator

preponderante de modulação das relações sociais nos países democráticos, principalmente naqueles que seguem a matriz civilista.

No sistema jurídico brasileiro, a legislação mantém uma posição de ascendência, embora seja forçoso admitir que nos últimos anos os precedentes judiciais venham ocupando um espaço gradativamente mais amplo como aspecto determinante na resolução dos conflitos.

Nesse contexto, o cidadão orienta sua conduta não apenas pela literalidade típica do direito legislado, mas também pelo que dizem os tribunais no exercício de sua atividade hermenêutica.

Nesse cenário, a pessoa humana ocupa um lugar destacado entre os destinatários a quem são endereçadas as leis. A ela são creditados e debitados os direitos e deveres estruturantes do convívio social e do sistema jurídico.

Essa posição nuclear da pessoa humana, dentro da ordem jurídica brasileira, encontra expressão no art. 1º, inciso III, da Constituição, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundantes da República.

A lei também regula as relações protagonizadas pelas chamadas pessoas jurídicas, como associações, sociedades, partidos políticos e organizações sociais em geral. Aliás, esses entes somente adquirem existencialidade jurídica a partir da previsão e incidência da lei.

Além disso, e não poderia ser diferente, as entidades que instrumentalizam as ações do Estado igualmente estão sujeitas à observância da lei, o que abrange a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além dos demais órgãos despersonalizados juridicamente que também compõem toda a aparelhagem do Poder Público.

O descumprimento da lei, em qualquer hipótese, constitui um fenômeno que causa consequências perniciosas não apenas aos sujeitos diretamente envolvidos, mas também atinge a sociedade como um todo, porque desestabiliza seus alicerces morais, e isso assume uma dimensão ampliada quando se sucede no âmbito dos órgãos e entes públicos.

Ademais, os custos gerados pela alta litigiosidade judicial do Poder Público são arcados pela própria sociedade, principalmente se forem levados em conta os aspectos atinentes à quantidade extraordinária desses litígios, que sobrecarregam o aparelho judiciário, e o fato de a lei processual impor os encargos de sucumbência aos entes públicos nos casos em que restam vencidos no processo judicial, situação que, em última instância, onera o próprio

cidadão.

Para além desses aspectos, há outros efeitos que inclusive podem denotar maior densidade social e por isso merecem abordagem específica.

### **3 O PROBLEMA MORAL DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DA LEI PELO ESTADO**

No Estado de Direito, pautado na ideia de superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens (BOBBIO, 2000, p. 18), incumbe aos próprios agentes do Poder Público se arrogarem como exemplo a ser seguido pelos cidadãos, zelando pelo cumprimento das leis emanadas dos órgãos competentes.

A moralidade na esfera pública não pode ser fracionada, no sentido de valer incondicionadamente para certos casos e ser mitigada ou anulada em relação a outras situações.

O Estado que impõe ao cidadão a observância e cumprimento de suas leis, sob pena de forçá-lo a tanto e impor-lhe penalidades, está não apenas juridicamente vinculado a cumpri-las, mas também possui o dever moral para assim proceder.

Diante de seus cidadãos, o Poder Público deve atuar com retidão, lealdade e honestidade (RODRÍGUEZ-ARANA, 2013, p. 52).

Na concepção de Kant (2011, p. 178), o Estado é constituído por um conjunto de pessoas submetidas a leis jurídicas. Kelsen (1998, p. 316) vai além, pois para ele a ideia de Estado, livre de toda metafísica e de toda mística, está vinculada a uma ordem de conduta humana.

Como organização política, o Estado é a própria ordem jurídica (KELSEN, 1998, p. 317), ou, ao menos, condição de sua existência (GREZ, 2006, p. 30).

À vista disso, é possível afirmar que a situação gerada por uma ilegalidade cometida em nome do Estado retrata uma realidade que se contrapõe ao próprio conceito de Estado.

O argumento no sentido de que os atos contrários à lei não são praticados pelo Estado, ente incorpóreo e abstrato, mas, sim, são levados a efeito pelos agentes investidos de atribuições públicas, não equaciona o problema. Isso porque é em decorrência dessa investidura, juridicamente válida, que o ato possui natureza estatal.

A dinâmica prática revela que o Estado somente atua através das ações de seus

agentes. Independente de sua natureza, o dano causado por ilegalidade cometida pelo agente público, no exercício de suas funções, resulta na responsabilização do Estado.

O dever moral que está em jogo, quando se fala no cumprimento da lei no âmbito do Poder Público, envolve dois aspectos fundamentais.

O primeiro diz respeito ao fato de que ao Estado incumbe a tarefa de emitir as leis que governam os atos da vida civil e, conseqüentemente, fiscalizar seu cumprimento.

Na expressão de Rawls (2003, p. 128), o Estado detém o monopólio da força legal. Na medida em que o descumprimento da lei ocorre pelos próprios agentes encarregados de diligenciar pela sua efetividade, é inevitável um desgaste ou mesmo uma erosão dos alicerces morais que sustentam a autoridade do Estado diante do cidadão comum.

O segundo aspecto refere-se aos efeitos disso decorrentes no ânimo dos demais sujeitos sociais.

As instituições públicas possuem uma inegável ascendência não apenas jurídica, mas acima de tudo moral sobre os indivíduos a elas submetidos.

A presunção de legitimidade dos atos praticados pelo Poder Público, resultante direta do princípio da boa-fé (RODRÍGUEZ-ARANA, 2013, p. 51), resulta não somente da lei, mas também da sua elevada posição no contexto da sociedade, justificada no interesse público subjacente a tais atos.

A observância das leis é, em definitivo, algo inerente ao interesse público, pois a almejada pacificação social, abstraindo os idealismos exacerbados que esse tema suscita e que o distanciam da realidade, depende, em boa medida, do fato de as leis serem cumpridas de maneira universalizada.

Quanto menos esse fenômeno se concretizar, tanto mais haverá conflitos causadores de instabilidade no convívio social.

Quando o Estado não observa suas leis, desconsiderando sua função de instância mediadora dos conflitos e das contradições da sociedade civil (WEBER, 1999, p. 133), inevitavelmente está tensionando a ambiência social e contribuindo, com isso, para o aumento da litigiosidade.

A relativização da força moral do Estado, resultante de uma postura refratária ao cumprimento de preceitos legais, confere ao cidadão uma falsa prerrogativa de estar autorizado a assim também proceder nas relações entabuladas com seus pares.

Obviamente que a integralidade das distorções de natureza moral de uma dada sociedade não pode ser atribuída ao referencial negativo que eventualmente advém das instituições públicas.

O cumprimento das regras jurídicas está diretamente relacionado às virtudes morais dos indivíduos para se oporem aos estímulos em sentido contrário.

Ciente dessa realidade, Kant (2011, p. 283) realça inclusive as dificuldades decorrentes de impulsos da natureza que assolam o espírito humano no cumprimento do dever, alertando para a necessidade de cada sujeito desenvolver a capacidade de combatê-los e vencê-los através da razão.

Para Rousseau (2017, p. 37), a maior parte dos males da vida em sociedade resulta de desvios de espírito e, por isso, poderiam ser quase todos evitados.

Seja como for, como antes mencionado, em decorrência da posição ascendente do Estado, a sua postura reticente de cumprir os comandos normativos corrompe irremediavelmente as estruturas morais da sociedade.

#### **4 O PROBLEMA JURÍDICO DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DA LEI PELO ESTADO**

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal impõe ao Poder Público obediência, entre outros, ao princípio da legalidade. Na dinâmica jurídica concebida por Kelsen (1998, p. 247), pela qual a ordem jurídica se revela uma construção escalonada de níveis diversos de normas jurídicas, a Constituição representa o escalão mais elevado do direito positivo, pois é dela que se irradia o fundamento de validade das demais normas, que lhe são inferiores.

Tendo em conta essa estrutura escalonada de normas e considerando a imperatividade do princípio da legalidade aos agentes públicos, percebe-se que qualquer ato contrário à lei por eles perpetrado resulta, em última instância, numa ofensa à Constituição.

O agente público que aplica ao particular uma multa indevida, porque a situação em concreto está descrita na legislação como hipótese de exceção à incidência da penalidade, não comete apenas um ato contrário à lei, pois ao não observar a legalidade, que lhe é incondicionada em razão da sua investidura funcional, vai além, ingressando numa violação de estatura constitucional.

O mesmo sucede quando o administrador que ocupa um cargo político, decorrente de

escolha popular, desvia de forma imotivada verbas destinadas por força de lei especificamente à qualificação do ensino público para atender demandas de natureza diversa, ainda que sejam também revestidas de interesse público.

No âmbito das instituições públicas, aliás, o descumprimento da lei por agentes investidos em cargos públicos de maior densidade política, assume uma dimensão ampliada, pois a qualidade de gestores políticos confere a eles a prerrogativa de emitir comandos que regulam o destino das pessoas.

À vista disso, os efeitos de um ato ilegal por parte de um sujeito investido em cargo político, pela sua característica universalidade, tendem a ter maior magnitude que os efeitos de um ato concreto realizado por um servidor público ocupante de um cargo de natureza meramente técnica-funcional.

O fato de a contrariedade à Constituição, nesses casos, ocorrer de modo reflexo, porque pressupõe, em momento anterior, uma infringência a uma norma legal, não implica uma mitigação do problema, pois a afronta indireta, assim como uma lança que atravessa dois alvos em sequência, não perde seu caráter ofensivo ao texto constitucional.

Uma vez que a observância das regras legais envolve o interesse público, pois seria ilógico pensar-se de forma diversa, é possível afirmar que uma ilegalidade cometida pelas próprias estruturas do Estado distorce esse princípio de maneira muito mais grave do que quando perpetrada por particular, pois este atua, no geral dos casos, diversamente do agente público, num círculo jurídico de limitadas proporções subjetivas.

Os indivíduos que operam com o sistema público titularizam em variada medida os poderes estatais e, nessa condição, incumbe a eles assegurar que as leis sejam efetivamente aplicadas nas suas operações cotidianas (OECD, 1999, p. 20).

A despeito da imposição da legalidade estrita no âmbito do Poder Público, impõe-se questionar se pode o agente do Estado deixar de cumprir a lei por considerá-la injusta.

Suponha-se que em vez de aplicar uma multa de caráter pecuniário, tal como prevista invariavelmente na lei, em razão de uma infração flagrada por um agente público de fiscalização, a autoridade administrativa decida emitir apenas uma advertência ao infrator, por considerar injusta a aplicação da multa.

Há espaço jurídico admissível para o agente público, agindo de acordo com suas percepções pessoais, afastar a incidência da lei, ou mesmo aplicá-la de modo alternativo com o

que diz a literalidade do comando legal?

A resposta a essa questão requer uma análise da extensão e limites da chamada discricionariedade administrativa.

## **5 A DISCRICIONARIEDADE CONFERIDA AOS AGENTES PÚBLICOS: EXTENSÃO E LIMITES**

O convívio em sociedade impõe limites à conduta dos indivíduos, pois do contrário, se todos tivessem ampla liberdade para seguir suas vontades pessoais, de maneira a agir como, quando e onde bem entendessem, seria impossível uma harmonização entre a infinidade de situações que resultaria dessa liberdade.

O homem vive sob regras, que são ditadas formalmente pelas autoridades estabelecidas, e também é obrigado a observar padrões que costumeiramente se impõem nas relações sociais.

A liberdade é apenas ilusória dentro de uma estreita rede de regras de conduta (BOBBIO, 1996, p.15). Entretanto, o homem, em boa parte do seu convívio social, não é sujeito de uma predestinação fatal (SICHES, 1973, p. 135), haja vista que dispõe de uma certa margem de escolha dentre as possibilidades que se lhe oferecem.

É nesse contexto que a discricionariedade ressalta como um poder de escolha entre certas alternativas (BARAK, 1995, p. 16).

A legitimidade das opções é traço delimitador entre o exercício da discricionariedade e o ato de arbitrariedade, que não pressupõe qualquer padrão pré-determinado.

Um déspota exercita o seu poder sem qualquer delimitação anterior, recaindo as suas ações políticas não sobre opções socialmente aceitas, mas de acordo somente com a voz da sua consciência. A ideia de discricionariedade não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições (DWORKIN, 2002, p. 51).

A inexistência de restrições abriria espaço para a arbitrariedade.

O debate acerca da discricionariedade assume contornos de grande relevância na atuação dos agentes públicos, principalmente em face do corte que se faz entre atos vinculados e atos discricionários.

É a especificidade do ato que permite a tais agentes maior ou menor maleabilidade na sua atividade, assim como é ela que dimensiona a amplitude da ingerência externa sobre a



atuação do Estado.

Aquele que está investido num cargo ou função de natureza pública mantém, por óbvio, os seus sentimentos e suas concepções pessoais. A atividade pública não está imune às sensibilidades e sutilezas do espírito humano.

Aliás, seria até mesmo pernicioso se assim não se sucedesse, pois o serviço público é realizado por sujeitos morais e destinado à satisfação das necessidades existenciais de outros sujeitos morais.

Enterría e Fernández (1999, p. 447) referem que no ato vinculado há um processo aplicativo da lei que não deixa resquício a juízo subjetivo, exceto a verificação do suporte fático para contrastá-lo com o tipo legal, que regula o conteúdo do ato de modo preciso e completo.

Ao deparar-se com um ato vinculado, o administrador deve necessariamente escorar-se no modelo legal, sob pena de, distanciando-se do caminho assinalado na lei, ser invalidada sua atuação.

Convém ponderar, entretanto, que a atividade administrativa, principalmente na contemporânea sociedade tecnológica, em que as relações se desenvolvem na base da celeridade e da imprevisibilidade, impõe certa flexibilização para enfrentar adequadamente as variáveis e múltiplas exigências que emergem no contexto social.

Essa necessidade não se compatibiliza com as restrições impostas por um sistema que estabelece exacerbada vinculação, sem abertura a soluções ponderadas de acordo com peculiaridades do caso concreto.

A variedade e multiplicidade das situações com que se defrontam os agentes do Estado exclui, em muitos casos, uma disciplina uniforme e precisa. Não seria útil uma rigorosa minuciosidade, porquanto poderia prejudicar a realização das finalidades visadas pela própria atividade pública.

Disso resulta uma permissibilidade jurídica para que o Poder Público atue sem as amarras de uma excessiva vinculação, de modo que, em consideração às circunstâncias concretas, encontre uma solução adequada e ajustada a cada caso.

Se a atuação discricionária do agente público se localiza na abertura que a lei lhe concede para escolher a solução que melhor se ajusta ao interesse público, é possível perceber uma certa vinculação do ato discricionário, o que inviabiliza a existência de uma

discricionariiedade pura no âmbito do Poder Público.

Com isso, é equivocado sustentar que não há como articular um controle de legalidade da discricionariiedade, pois a diferença entre atos administrativos vinculados e discricionários, a bem da verdade, se concretiza no maior ou menor grau de atrelamento ao princípio da legalidade.

A faculdade discricionária tem seus limites jurídicos não somente no nível das regras que conduzem os atos administrativos, mas alcança um patamar superior, mais especificamente os princípios constitucionais.

Para evitar uma excessiva ingerência externa nos atos dos agentes públicos, o exercício da discricionariiedade seria soberano nos aspectos atinentes à oportunidade e conveniência do ato praticado.

Nesse sentido, cabe somente ao poder administrativo, vencidos os limites estritos da legalidade, avaliar se a prática de um determinado ato é oportuna e conveniente ao interesse público. Essa avaliação, como se depreende, é essencialmente de cunho político, mais precisamente ligada à gestão governamental.

A fiscalização a ser exercida, segundo essa linha de raciocínio, ficaria limitada à esfera da legalidade, sem atingir o conteúdo do ato praticado.

À vista da cláusula contida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não há ato absolutamente insindicável, mais especificamente, inexistente, em tese e de modo apriorístico, ato exclusivamente político (FREITAS, 2000, p. 29).

Isso implica superar o perverso ciclo da discricionariiedade solta e quase imune a qualquer espécie de controle (FREITAS, 2015, p. 117).

Na medida em que a Constituição não imuniza da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, significa que, se a escolha realizada pelo agente público, na atividade discricionária, recair sobre opção que venha a atingir prejudicialmente a esfera jurídica legítima de terceiro, incumbirá ao Judiciário, quando instigado, revisar o ato, ainda que seja necessário analisar o seu conteúdo.

Em síntese, em decorrência da amplitude do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, é admissível o controle de atos discricionários do Poder Público quando divergentes do sistema jurídico.

Esse controle terá perfectibilização, acima de tudo, no nível principiológico, de

maneira a aferir a justiciabilidade da opção estatal.

Retomando ao questionamento acerca da possibilidade do agente público desconsiderar a lei por entendê-la injusta, a imposição constitucional do princípio da legalidade impede que assim proceda legitimamente, ainda que esteja imbuído das melhores intenções. Não é lícito ao agente público introduzir na lei o que ele deseja extrair dela (LARENZ, 2012, p. 493).

A discricionariedade não pode implicar a emergência de subjetivismos pessoais, facilmente suscetíveis ao cometimento de arbitrariedades.

A vida em sociedade é fatalmente permeada por situações de injustiça, em muitos casos amparadas em comandos legislados aos quais o indivíduo deve obediência, mesmo que ao custo de seu sacrifício pessoal.

O princípio da socialidade (NETO, 2017, p. 295), vetor das ações do Poder Público em prol dos valores coletivos, restaria inviabilizado se todos estivessem autorizados a se rebelar contra a aplicação ou incidência de lei que considerassem injusta.

No âmbito das sociedades democráticas, incumbe não aos sujeitos individualmente considerados, o que daria ensejo a desvios de matriz variada, mas às instituições designadamente competentes sanar as distorções que desequilibram e desestruturam o sistema democrático.

## **6 CONCLUSÃO**

No plano do paradigma jurídico vigente, a lei possui um caráter preponderante na modulação normatizante das relações sociais. Sua funcionalidade, por tal razão, revela-se determinante para a estabilidade social.

Nas democracias da modernidade, o Estado deve observar as leis tanto quanto ele mesmo submete seus cidadãos ao seu cumprimento.

Quando o Estado, por seus agentes, falha na consecução desse dever, emergem consequências de natureza variada.

O problema da violação de normas legais pelo Estado envolve efeitos que atingem a estruturação moral e jurídica da sociedade, além de configurar uma contradição irremediável devido à posição binária do Estado como titular da função de instituidor da ordem jurídica e como titular do poder coercitivo para fiscalizar e impor seu cumprimento.

Qualquer ilegalidade cometida pelos agentes investidos de poderes estatais, independentemente da dimensão do respectivo ato, denota um rompimento do dever moral ao qual o Estado está submetido de modo inarredável.

Além disso, pela natural ascendência do Estado no contexto social, tal postura corrompe o ânimo do cidadão comum, como sujeito moral, a agir conforme os preceitos ditados pela lei.

A infringência da lei pelo Estado, ademais, revela contrariedade à sua própria Constituição, ainda que isso ocorra reflexamente e independente da amplitude jurídica do ato violador.

Mesmo o critério da discricionariedade, que orienta certas ações do Poder Público, não autoriza uma arbitrária mitigação da força do princípio da legalidade, visto que, devido à sua estatura constitucional, se trata de princípio estruturante dos atos do Poder Público.

O agente público, seja ele um gestor político escolhido pelo voto dos cidadãos ou um técnico administrativo admitido por concurso público, está vinculado à lei até mesmo quando, no seu íntimo, esteja convencido de que é injusta.

Por fim, como o Estado atua através de seus agentes, incumbe a ele não apenas averiguar a competência técnica para o exercício da função pública, mas também deve avaliar, de modo criterioso, o caráter moral dos candidatos.

Esse encargo, em relação aos pretendentes a cargos de natureza estritamente política, recai sobre o escrutínio popular.

## **REFERÊNCIAS**

- ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980.
- BARAK, Aharon. *La discrezionalità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón *Curso de derecho*

- administrativo*. Tomo 1. Madrid: Civitas, 1999.
- FREITAS, Juarez. *O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 32, n. 2, abr.-jun. 2000.
- \_\_\_\_\_. *Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração*. Revista Sequências, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015.
- GREZ, Pablo Rodríguez. *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho*. Santiago: Universidad del Desarrollo, 2006.
- GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2005.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- MONTEQUIEU. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OECD - Organization for Economic Cooperation and Development. *European Principles for Public Administration*. Sigma Papers, n. 27, 1999. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5klm60zwdrrth-en>>. Acesso em: 23 set. 2021.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*. Misión Jurídica - Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Bogotá, n. 6, p. 23-56, enero-diciembre 2013.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Lafonte, 2017.
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Segunda edición. México: Porrúa, 1973.
- VALDÉS, Roberto L. Blanco. *La construcción de la libertad: apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.
- WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Giulio Einaudi, 1992.