

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL - UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

Maritana Mello Bevilacqua

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVA TUTELA ADMINISTRATIVA: UMA
PROPOSTA DE RELEITURA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
NA DESCONTINUIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Santa Cruz do Sul
2020

CIP - Catalogação na Publicação

Bevilacqua, Maritana

O direito fundamental à efetiva tutela administrativa: : uma proposta de releitura dos atos de improbidade administrativa na descontinuidade das políticas públicas / Maritana Bevilacqua. – 2020.

146 f. ; 0 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2020.

Orientação: Prof. Dr. Janriê Reck.

1. Direito fundamental à efetiva tutela administrativa. 2. Improbidade administrativa. 3. Políticas públicas. 4. Dever-poder. I. Reck, Janriê. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

Maritana Mello Bevilacqua

O direito fundamental à efetiva tutela administrativa: uma proposta de releitura dos atos de improbidade administrativa na descontinuidade das políticas públicas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito. Área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck

Santa Cruz do Sul
2020

Maritana Mello Bevilacqua

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVA TUTELA ADMINISTRATIVA: UMA
PROPOSTA DE RELEITURA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
NA DESCONTINUIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito. Área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Dr. Janriê Rodrigues Reck
Professor orientador – UNISC

Dra. Caroline Müller Bitencourt
Professora examinadora – UNISC

Dr. Flávio Garcia Cabral
Professor examinador – membro externo

Santa Cruz do Sul

2020

AGRADECIMENTOS

A construção de um texto, por mais singelo que seja, exige inspiração e transpiração. Desde cedo fui introduzida ao fato de é a quantidade de tempo e esforço empreendidos que delimitam o êxito em alcançar uma meta. E por essa valiosa lição e exemplo agradeço aos meus pais Onira e João Nei, que sempre dispuseram de seus recursos financeiros e emocionais para suportarem todos os meus objetivos. Agradeço à minha irmã Morgana, uma empolgada e sincera motivadora das minhas ideias, além de excelente revisora de textos!

Meu marido Cláudio, meu amor, que além de estar sempre ao meu lado nesses dez anos de convivência, conseguiu compreender minha falta de tempo e angústias sempre com palavras de tranquilidade, conforto e otimismo. Obrigada por jamais perder a fé em mim.

A todos os amigos e colegas da Procuradoria Federal em Santa Catarina por toda ajuda para que o meu ingresso no mestrado fosse possível. Às amigas que me acompanham de longa data e aquelas que fui conhecendo ao longo desses dois últimos anos: Raquel e Alice, Danielle, Daiane, Gabriela, Cássia e Daianne. A amizade de vocês é fundamental, ainda que o contato diário já não seja tão frequente em razão dos rumos que a vida de cada uma tomou.

Aos funcionários e professores do curso de Mestrado em Direito da UNISC, e às professoras Denise e Caroline pela parceria e pelas lições acadêmicas que se tornaram exemplos para mim. Ao meu professor e orientador Janriê, pelas excepcionais instruções, aulas, leituras, paciência, inúmeras mensagens trocadas e colaboração. A tua ajuda e as tuas orientações me guiaram nesses últimos dois anos e foram essenciais para o êxito dos trabalhos, especialmente para que essa pesquisa em particular tivesse saído do plano das ideias para a concretização.

RESUMO

Essa pesquisa dedica-se a um tema que, a despeito de tímido, vem ganhando espaço na doutrina e jurisprudência brasileiras, especialmente pela repercussão que a atuação da Administração Pública para a promoção de políticas públicas pode causar na sociedade. O contraponto a essa visão otimista é a inegável ocorrência de atos de improbidade administrativa, que por vezes acabam por eclipsar as boas condutas, aquelas que prestigiam o direito fundamental à efetiva tutela administrativa. A temática do direito fundamental à efetiva tutela administrativa está vinculada à linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, que ocupa-se de estudar a nova postura do Estado de interventor e executor de políticas públicas tendentes à correção de desigualdades, e de concretizador de direitos não apenas considerados individuais, mas também sociais e coletivos, como moradia, saúde, saneamento e educação. Assim, a proposição indagativa que deu o norte para a pesquisa foi a seguinte: a descontinuidade ou a alteração de um instrumento de política pública pode implicar, a partir de certos critérios como a falta de motivação para o ato, falta de publicidade, ausência de impessoalidade, dentre outros, ato de improbidade administrativa sob a ótica do direito à efetiva tutela administrativa no contexto da Constituição Federal de 1988? Para tanto, adotou-se o método hipotético-dedutivo para a abordagem, ante a possibilidade vislumbrada de testar-se hipóteses a partir da inferência dedutiva, e como método de procedimento o bibliográfico, também eleito como técnica de pesquisa. O trabalho foi dividido em três partes: o primeiro capítulo tratará do liame entre o dever-poder de realização de políticas públicas e o direito à efetiva tutela administrativa; o segundo versará sobre a conexão entre políticas públicas, e os atos de improbidade administrativa por interrupção ou alteração dos instrumentos daquelas; e o último se dedicará à estabelecer critérios interpretativos da Lei de Improbidade Administrativa a partir dos reflexos derivados do direito à efetiva tutela administrativa nas decisões que se refiram à continuidade ou suspensão dos instrumentos de políticas públicas. A conclusão é de que o direito à efetiva tutela administrativa ressaí da conjuntura constitucional brasileira, instrumentalizada por um dever-poder imbuído aos agentes públicos para a implantação e execução das políticas públicas. Os direitos fundamentais – inclusive os sociais, que são o principal foco das políticas públicas – expandem-se para conformação do atuar administrativo. A inadequação entre a decisão do gestor público que opte pela alteração substancial ou

descontinuidade de um dos instrumentos de política pública e o direito fundamental à efetiva tutela administrativa pode implicar em ato de improbidade administrativa, cabendo averiguar, de qualquer maneira, o elemento volitivo exigido pela lei de regência. A verificação da decisão adotada perpassa pela análise efetuada pelo agente público, cabendo averiguar se as suas razões denotam que tenha escolhido “a” resposta certa dentre as possíveis. Do contrário, e em se tratando de políticas públicas e sua relevância, a decisão pela descontinuidade ou alteração perpetrará um ato de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Direito fundamental à efetiva tutela administrativa. Improbidade administrativa. Políticas públicas. Dever-poder

ABSTRACT

This research focuses on a theme that, despite not being central, has been increasingly relevant to the Brazilian jurisprudence and doctrine, especially due to the repercussion of the performance of Public Administration regarding the promotion of public policies. The counterpoint to this optimistic view is the undeniable occurrence of acts of misconduct in public offices, which sometimes end up eclipsing the good conducts, i.e., those which respect the fundamental right to effective administrative tutelage. This issue regarding the fundamental right to effective administrative tutelage is encompassed by the line of research of the Contemporary Constitutionalism - which studies the novel position of the State as intervening in and executing public policies prone to correct inequalities, and as implementing rights not only considered as individual, but also social and collective ones, such as housing, health, sanitation, and education. Thus, the question guiding this research was "Can discontinuing or altering a public policy imply - based on certain criteria such as lack of motivation to the act, lack of publicity, absence of impersonality, among others – an administrative improbity act under the light of the right to effective administrative tutelage, according to the 1988 Federal Constitution? To answer this the hypothetical-deductive method was used as an approach, due to the assumed possibility of testing hypotheses based on deductive inference; as a procedure method, the bibliographic one was used, also selected as the research technique. This study was divided into three parts: the first chapter will deal with the connection between the duty-authority of implementing public policies and the right to effective administrative tutelage; the second one will focus on the connection between public policies and administrative improbity acts due to their discontinuation or alteration; and the last one will establish interpretation criteria of the Law of Administrative Improbity based on the consequences originated in the right to effective administrative tutelage, more specifically about decisions related to continuing or suspending public policies. The conclusion is that the right to effective administrative tutelage comes from the Brazilian constitutional setting, equipped with a duty-authority transferred to the public agents so they can implement and enforce the public policies. The fundamental rights – including the social ones, which are the main focus of the public policies – are expanded to conform with the administrative performance. The mismatch between the public agent's decision who chooses to substantially alter or to discontinue a public policy and the fundamental right to effective

administrative tutelage may imply an act of administrative improbity, demanding an investigation, in any event, of the volitional element required by the law governing it. Verifying the decision made is part of the analysis by the public agent, and one has to know whether his/her reasons demonstrate he/she has chosen “the” right answer among the possible ones. Otherwise, and concerning public policies and their relevance, deciding to discontinue or alter them will characterize an act of administrative improbity.

Keywords: Fundamental right to effective administrative tutelage. Administrative Improbity. Public Policies. Duty-authority.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|------------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 2 | O DEVER-PODER DE REALIZAR A COMPETÊNCIA EM POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVA TUTELA ADMINISTRATIVA..... | 12 |
| 2.1 | O dever-poder de realização da competência em políticas públicas..... | 13 |
| 2.2 | O direito à efetiva tutela administrativa na ótica do Constitucionalismo Contemporâneo..... | 25 |
| 2.3 | A dimensão objetiva do direito à efetiva tutela administrativa e sua relação com a atividade do administrador público..... | 37 |
| 3 | AS POLÍTICAS PÚBLICAS: IMBRICAÇÕES COM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... | 44 |
| 3.1 | A tutela da probidade administrativa no cenário brasileiro..... | 44 |
| 3.2 | A Lei de Improbidade Administrativa e a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro..... | 51 |
| 3.3 | As políticas públicas e a atividade do administrador público: parâmetros para uma análise da interpretação da moralidade administrativa por ofensa a direito fundamental..... | 62 |
| 4 | A CONFORMAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PERANTE O DIREITO À EFETIVA TUTELA ADMINISTRATIVA..... | 74 |
| 4.1 | A teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin enquanto meio teórico de elucidar a prática de ato de improbidade por violação ao direito à efetiva tutela administrativa..... | 74 |
| 4.2 | A configuração do ato de improbidade administrativa no caso de descontinuidade de políticas públicas..... | 86 |
| 4.3 | Uma proposta de contornos/limites a serem observados para a descontinuidade/interrupção de uma política pública perante o direito à efetiva tutela administrativa..... | 99 |
| 5 | CONCLUSÃO..... | 115 |

| | | |
|----------|-------------------------|------------|
| 6 | REFERÊNCIAS..... | 129 |
|----------|-------------------------|------------|

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa lida com a inquietante temática da improbidade administrativa e das políticas públicas, alinhavadas com o direito fundamental à efetiva tutela administrativa. Ao longo do processo de pesquisa e escrita deste trabalho, passou-se por uma das piores crises sanitárias e de saúde públicas já vivenciadas pelo povo brasileiro, o que trouxe à lume, com ainda mais intensidade, a extrema necessidade do direito fundamental à efetiva tutela administrativa entrar, em definitivo, nas pautas jurídicas, legislativas e administrativas.

O direito salientado, mais do que nunca, mostrou sua vertente potencial para o direcionamento da atividade dos agentes públicos - o que não significa que tenha sido fator decisivo para as diversas decisões que precisaram ser adotadas nesse período de anormalidade, reforçando-se, pois, o uso do adjetivo “potencial”.

A latência desse direito fundamental, que ainda está ganhando espaço na doutrina e na jurisprudência pátria, não lhe retira a imediata incidência, tampouco a evidente influência que exerce sobre toda gama de atividades estatais. Ainda, espraia suas consequências para a Lei de Improbidade Administrativa, um dos mais agudos problemas dos quais padece o Estado brasileiro.

Nessa toada, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar, a partir da identificação do direito fundamental à efetiva tutela administrativa no desenho constitucional, que tal postulado encerra balizamentos a serem observados pelos gestores públicos quando pretendam alterar a execução de uma política pública – ou seja, dos seus instrumentos -, e que a inobservância - a partir de premissas que foram delineadas ao cabo da pesquisa - pode ensejar ato caracterizável como improbidade administrativa.

O tema proposto, ao reconectar direito fundamental à efetiva tutela administrativa, improbidade administrativa e políticas públicas, desponta relevante no horizonte que se avizinha, pelo que se analisará mais do que meros aspectos descritivos – tentar-se-á se aportar certos raciocínios interpretativos, a partir de uma postura reflexiva. Concatena-se, assim, com a linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo, que se ocupa de estudar a nova postura do Estado interventor e executor de políticas públicas tendentes à correção de

desigualdades, com relevância ao seu papel de concretizador de direitos - não apenas considerados individuais, mas também sociais e coletivos.

As relações sociais, diante dessa perspectiva contemporânea, estão cada vez mais complexas e sofisticadas, exigindo que a legislação acompanhe essas mudanças fáticas, inclusive pela percepção de novos direcionamentos aos direitos fundamentais, demandando dos pesquisadores um debruçar-se mais apurado para responder a essas novas demandas.

O objeto da pesquisa se alinha com a expertise do professor orientador Janriê Rodrigues Reck, pois se contextualiza no Estado Democrático de Direito e tem por pano de fundo o controle da atividade administrativa para consecução dos direitos fundamentais, inserindo-se no campo de pesquisa da intersecção entre Direito Administrativo Social e o Estado Democrático de Direito.

O problema que comanda a pesquisa é o seguinte: há possibilidade de conformar-se como ato de improbidade administrativa a decisão pela descontinuidade ou alteração de um instrumento de política pública, a partir da construção de certos critérios pela ótica do direito à efetiva tutela administrativa no contexto da Constituição Federal de 1988? A hipótese é a de que as políticas públicas têm por escopo o alcance de prestações materiais relativas aos direitos sociais e as alterações e interrupções operadas em sua execução, ainda que localizadas dentro de um âmbito de discricionariedade, precisam pautar-se pelo direito à efetiva tutela administrativa sob pena de configurar-se ato de improbidade administrativa.

O marco teórico traz entremeios entre Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Direito Administrativo e Constitucional. Com maior preponderância pauta-se em três grandes eixos, com matrizes teóricas que se entrelaçam, quais sejam: (1) reconhecimento e identificação do direito à efetiva tutela administrativa, a partir das considerações de Daniel Wunder Hachem; (2) da teoria do discurso de Klaus Günther para a análise da tutela da probidade administrativa no cenário brasileiro, frente à novel alteração levada a cabo pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; (3) do Direito como integridade de Ronald Dworkin para a construção dos critérios interpretativos da Lei de Improbidade Administrativa.

Para a abordagem do tema, optou-se pelo método hipotético-dedutivo, que se consubstancia pela verificação de uma lacuna de conhecimento, sobre a qual se elabora a hipótese de que a descontinuidade de um instrumento de política pública pode implicar em ato de improbidade administrativa, a ser testada a partir da inferência

dedutiva. O método hipotético-dedutivo se justifica pelo fato de que é necessário o aprofundamento das consequências do reconhecimento do direito à efetiva tutela administrativa, testando quais as consequências/influências exercidas em relação à Lei de Improbidade Administrativa.

Como método de procedimento, manejou-se o bibliográfico, pelo estudo dos institutos, fenômenos e processos que permeiam a temática dos direitos fundamentais e da improbidade administrativa no contexto do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal de 1988. A técnica de pesquisa também é a bibliográfica, pela coleta de dados através da documentação indireta (livros, artigos, pareceres, dentre outros). A pesquisa jurisprudencial que é operada ao longo da pesquisa apenas é feita para fins qualitativos, sem ter escopo de efetuar-se um estudo de caso.

O trabalho estrutura-se em três capítulos. No primeiro deles, a pesquisa dedica-se a contextualizar a atuação dos agentes públicos frente ao dever-poder dos quais são imbuídos. A partir dessa constatação, passa-se a identificar e individualizar o direito fundamental à efetiva tutela administrativa, com pontuais indicações de experiências europeias, mas com foco no Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988. Por fim, explora-se, a partir da existência concreta do direito fundamental em testilha, a sua dimensão objetiva, conectando-a à atividade administrativa.

O segundo capítulo versa sobre a improbidade administrativa propriamente, alvorecendo pela exposição da tutela da probidade administrativa no ordenamento jurídico, sinalando-se as controvérsias mais recorrentes que incidem sobre a Lei de Improbidade Administrativa. Adentra-se, especificamente, no elemento anímico demandado para a configuração do ato de improbidade administrativa, uma vez que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro exerce influência sobre tal circunstância e, por seu turno, acaba refletindo na resolução do problema da pesquisa. Ainda, perscruta-se a moralidade administrativa, ante a afinidade estreita com a probidade e a alta carga de abstração que a ela se atribui. Parte-se, então, para a identificação de critérios interpretativos para verificação de quebra dessa moralidade administrativa por ofensa à direito fundamental.

O terceiro capítulo dedica-se ao estudo da teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin, enquanto referência para suportar a hipótese ventilada na origem da pesquisa. A teoria de Dworkin se descortina no primeiro subtópico, a partir da exposição das ideias principais desse autor, conectando-as com a realidade brasileira.

Segue-se, então, ao exame da configuração de atos de improbidade administrativa em caso de políticas públicas, a partir de exemplo reais e hipotéticos descritos e analisados. Ao cabo, pelo somatório dos referenciais teóricos, apresenta-se critérios de interpretação para a Lei de Improbidade Administrativa, tomando em conta o direito fundamental à efetiva tutela administrativa como moldura para essa atividade.

O tema escolhido para a pesquisa encontra-se ainda tímido dentro da doutrina e jurisprudência brasileira. Existem trabalhos já publicados em relação ao reconhecimento do direito à efetiva tutela administrativa com notas de jusfundamentalidade, mas ainda carece de aprofundamento quais são as consequências práticas que se pode extrair em virtude disso, notadamente com relação ao seu impacto nas políticas públicas - que, doutro giro, é tema que tem ganhado bastante relevância na área acadêmica. Pretende-se, com esta pesquisa, lançar novas luzes sobre a potencialidade do direito fundamental à efetiva tutela administrativa, propiciando que outros acadêmicos possam aprofundar a temática e enraizá-la no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o estudo do tema proposto, pelas suas possibilidades e efeitos, guarda especial relevo à sociedade, a qual é a destinatária das ações promovidas por uma Administração Pública eficiente, apta a concretizar e respeitar os direitos fundamentais, e a possibilidade de coerção aos agentes públicos que se comportem em desacordo com essas diretrizes se revela de especial interesse, com ênfase, na proposta aqui delimitada, à Lei de Improbidade Administrativa.

2 O DEVER-PODER DE REALIZAR A COMPETÊNCIA EM POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À EFETIVA TUTELA ADMINISTRATIVA

O atuar da Administração Pública está sempre sob os holofotes, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual encarcerou o agir administrativo às amarras dos preceitos legais constitucionais, de acordo com o artigo 37, *caput*. As atividades da Administração Pública ganham matizes, contornos e limites de um direito administrativo social, voltado à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Sem embargo, a higidez dos atos e escolhas da Administração Pública nem sempre é mantida, o que gera a sensação de descumprimento daquela finalidade primordial, demandado a sua correção. O enquadramento da questão fica melhor esclarecido por um exemplo prático.

Em 8 de março de 2010, em Santa Maria/RS, começaram as obras de um hospital regional, o qual tinha por objetivo desafogar as filas de pacientes do Sistema Único de Saúde da região central do estado, abrangendo cerca de 500 mil pessoas de 300 municípios. Transcorreram-se 6 anos para que a instalação ficasse pronta, tendo sido entregue em 2016. Todavia, apenas em meados de 2018 é que o hospital, que conta com 20 mil metros quadrados, finalmente passou a atender a população, através de um único ambulatório para tratamento de pacientes com doenças crônicas (ARANGUIZ, 2018), situação que somente se alterou drasticamente pela necessidade de expansão imediata dos atendimentos prestados diante da pandemia de Covid-19 no início do ano de 2020¹. Ou seja, para que o complexo hospitalar, peça fundamental na política pública de saúde do estado do Rio Grande do Sul e dos municípios da região central, começasse a operar com capacidade (quase) plena de atendimento, foram necessários dez anos e alguns muitos milhões de reais.

Perante os fatos noticiados, a dúvida que se impõe é a seguinte: em sendo a saúde uma questão central para União, Estados e Municípios (art. 196 da Constituição Federal), qualificando-se como um direito fundamental de todos (art. 6º da Constituição Federal), é concebível que se demore dez anos para a instalação correta e adequada de um hospital que, pretensamente, deve atender 500 mil pessoas? Seria

¹ O anúncio da liberação de recursos para a abertura de leitos no hospital regional aconteceu em 18/03/2020, mais de 10 anos após o começo da obra. A medida pode ser conferida no sítio eletrônico da Secretaria da Saúde do estado do Rio Grande do Sul, no link: <https://saude.rs.gov.br/governo-anuncia-recursos-para-o-hospital-regional-de-santa-maria>.

tal contexto compatível com o Estado Democrático de Direito e a função esperada da Administração Pública em termos de execução, eficiência e efetividade de políticas públicas para a promoção e garantia dos direitos fundamentais?

A pesquisa se inicia, com o objetivo de elucidar essa questão, a partir do descortinamento do conceito de política pública, de dever-poder de realização dessa competência e o direito fundamental à efetiva tutela administrativa. Tais ponderações serão nucleares para o deslinde do problema de pesquisa, o que demanda uma análise detida, efetuada nas próximas linhas.

2.1 O dever-poder de realização da competência em políticas públicas

A Constituição Federal de 1988, que instituiu um Estado Democrático de Direito, expressa, em diversas passagens, a constante preocupação que deve ser dedicada à temática da saúde, impondo o dever aos entes federados de garantir que esse direito básico seja acessível a todos. A sujeição da ação estatal em termos de direito à saúde ao texto constitucional é bastante precisa e clara, o que acaba respondendo às nossas perguntas iniciais (expostas no introito desse capítulo) com um sonoro “não”.

A adoção dessa postura crítica não prescinde, contudo, de um debruçar-se, ao menos nesse momento inicial, sobre a doutrina tradicional. Ferraz Junior (1998), em obra dedicada à dogmática jurídica, conclui que ela se presta a funcionar como uma instância de conhecimento orientada à delimitação da consistência da decidibilidade, operando as condições do juridicamente possível. Nessa toada, calha consignar que essa pesquisa se utiliza da doutrina tradicional, em diálogo constante com autores atuais, de modo que se possa alcançar uma postura reflexiva a partir desse intercâmbio.

Compreende-se que o Estado de Direito tem por diferencial a sujeição ao panorama legal que se descortina pela atuação do Poder Legislativo, em harmonia com a execução a ser efetuada pelo Poder Executivo, e o controle desses atos pelo Poder Judiciário. Estado de Direito, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2017), é a confluência das ideias de Montesquieu e de Rousseau: este porque defendia a soberania popular e, sendo todos os indivíduos iguais, todo o poder a eles pertence, de sorte que o Estado receberia parcelas desse poder, concedidas pelos seus titulares; e aquele colabora na medida em que defende que o detentor do poder tende a dele abusar, por isso é preciso que o poder tenha o poder, situação ideal que seria atingida

pela repartição de poderes: aquele que faz a lei não pode ser o mesmo que a cumpre e nem que as julgue.

A atual Constituição brasileira, logo em seu art. 1º, enuncia que todo poder emana do povo e, no art. 2º, delimita a tripartição do poder. Ainda, consagra uma ordenação normativa com vistas ao atendimento de uma série de finalidades impostas ao Estado e aos seus agentes, o que caracteriza a atribuição de uma função. Assim, a função é uma situação jurídica existente, previamente identificada por uma lei, com uma finalidade a cumprir e que deve ser atendida no interesse alheio de quem a atende, manejando poderes essenciais para tanto. Possível divisar, assim, que o poder é exercido em razão de uma função, alheio à vontade de quem o maneja, porque é um dever e, “então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da idéia (sic) de dever* (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 13-14, grifo do autor).

Por tal razão é que aos agentes públicos concede-se uma espécie de poder, enquanto instrumento para a consecução de um dever, qual seja, a da finalidade que deve ser observada e que está estatuída em lei, e que atua “[...] como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.” (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 15). A função administrativa desponta como tendo um caráter funcional, o que acaba guiando todos os atos² emanados pelos agentes públicos.

Essa noção é incorporada por Ohlweiler (2007), ao aduzir que a Constituição Federal 1988 sustenta ser o Estado o protagonista para o desenvolvimento de ações públicas que pretendam resgatar as promessas não cumpridas da modernidade. E dessa constatação “[...] exsurge o dever-poder da Administração de construir políticas públicas eficientes para tal mister, bem como criar as condições de possibilidade para sua materialização” (Ohlweiler, 2007, p. 275).

Carvalho Filho (2018) ao tratar sobre o poder dito discricionário, leciona que ele se reveste de uma espécie de prerrogativa conferida ao agente público para eleger, quando verificar várias condutas possíveis, aquela que seja mais conveniente e oportuna para o interesse público. Ainda, explicita que haveria duas limitações a esse

² De início, cumpre frisar que não se desconhece a existência de celeuma que envolve a discussão sobre o termo “ato administrativo”, havendo autores que o restringem a certos procedimentos com atributos específicos de veracidade, legitimidade e autoexecutoriedade, e outros que se valem para uso em geral (contratos, regulamentos, portarias, certidões, etc.). Nesta pesquisa, deixa-se assentado que o termo “ato” ou “ato administrativo” será utilizado de forma geral, abrangendo toda espécie de decisão adotada pela Administração Pública que não se enquadre como ato político ou ato de governo.

poder discricionário: a adequação da conduta eleita à finalidade exposta na norma legal, e a análise dos motivos que impulsionaram a tomada da decisão.

O contraponto a esse poder discricionário seriam os atos a serem emanados de forma vinculada, os quais contam com todos os seus elementos previstos antecipadamente em lei, descabendo emissão de juízo sobre conveniência e oportunidade. Todavia, Carvalho Filho (2018) refuta a ideia de que exista um poder vinculado, contraposto ao poder discricionário, uma vez que não há conferência de qualquer prerrogativa de direito público ao agente incumbido de emitir o ato vinculado, o qual é obrigado a adotar a conduta preconizada em lei.

Hely Lopes Meirelles (1998), compartilhando de posição semelhante, elucida que a norma legal predispõe sobre a competência, elementos e requisitos para a formação de atos vinculados, decorrentes de um poder vinculado. Doutro giro, apregoa que o “Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo” (MEIRELLES, 1998, p. 104), sendo vinculado, todavia, aos requisitos legais no que tange à competência, à forma, e à finalidade.

Di Pietro (2019) identifica o poder discricionário com a hipótese na qual, perante um caso concreto, a atuação do agente público demanda a apreciação dos critérios de oportunidade e conveniência para a escolha da solução dentre as possíveis, sendo qualquer das escolhas válida. Em contraponto, a atuação é vinculada quando a própria lei estabelece apenas uma singular solução para certo fato, escapando da margem de apreciação subjetiva do agente.

Em artigo específico sobre a temática, Di Pietro (2007, p. 2) esmiúça a questão da discricionariedade, definindo que a escolha que incumbe ao agente público deve ser efetuada “[...] segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade (*sic*), razoabilidade, interesse público, sintetizados no que se convencionou chamar de *mérito* do ato administrativo”.

Almeida (1967), em estudo sobre a mesma temática, explora a ideia de que vinculação e discricção não são faces opostas de uma mesma moeda, senão expressam graus diferentes do princípio da legalidade. Conquanto ambos os poderes (discricionário e vinculado) tenham por objetivo dar vida à atividade estatal, a diferença reside no estabelecimento de uma “[...] certa área de escolha (opção), dentro da qual

há várias soluções igualmente legais; podem oferecer unicamente uma solução legal. Trata-se respectivamente do *discricionário* e do *vinculante*” (ALMEIDA, 1967, p. 463).

Contudo, a noção tradicional de poder discricionário como sendo aquele que concede uma margem de escolha ao agente público, o qual pode selecionar a opção que considere mais conveniente e adequada dentre aquelas possíveis, sendo indiferente aquela que for escolhida, não é considerada adequada por alguns autores. Schapiro (2016), à guisa exemplificativa, mais recentemente, propõe que a discricionariedade é uma escolha política de atribuição de competência (o legislador é que acaba definindo uma maior ou menor burocracia, impondo a vinculação ou a discricionariedade para o agente público).

Também destoa da posição tradicional Juarez Freitas (2013, p. 425), que indica ser a discricionariedade administrativa uma competência administrativa para, no plano concreto, avaliar e escolher “[...] as melhores consequências, mediante justificativas válidas, fática e juridicamente aceitáveis, observando os requisitos da efetividade do direito fundamental à boa administração pública”. Saddy (2015a), em trabalho dedicado ao tema, acaba por concluir que a discricionariedade existe, mas a eleição da prioridade/alternativa é ato vinculado, que deve convergir para a atenção à legalidade, à legitimidade e à licitude.

Retomando-se as bases tradicionais, tem-se a doutrina de Bandeira de Mello que conclui, em acertada posição, que mesmo o ato discricionário, descendente de um poder “discricionário”, acaba necessariamente tendo vinculação com o dever de se atingir a finalidade legal que se pretende seja alcançada. E, “Só assim poderá ser corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um “poder” discricionário” (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 15, grifo do autor).

O aludido autor propõe que, ao contrário do que vinha sendo reiteradamente repetido pela doutrina, seja o poder discricionário identificado como aquele que atinja a solução perfeita para o caso existente no mundo concreto,

Ou seja, a variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discricção *não significa que **todas** estas soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação*. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 979, grifo do autor).

Ainda, apregoa que a discricionariedade pressuposta pela regra legal é uma condição essencial, mas não suficiente para que se verifique a discricionariedade no caso concreto, pois as particularidades da situação acabam por excluir as possíveis soluções elencadas abstratamente pela lei, até que reste uma única possibilidade que cumpra a finalidade também prevista pela lei (BANDEIRA DE MELLO, 2013).

O tema da discricionariedade e sua vinculação ao dever-poder de atendimento da finalidade legal enseja a investigação das causas que predisõem a sua manifestação. Bandeira de Mello (2017) elenca três fatores: 1) decorrente da hipótese da norma; 2) decorrente do comando da norma; e 3) decorrente da finalidade da norma.

A primeira hipótese diz respeito aos fatos do mundo real que dão ensejo à previsão normativa. Isto é, quando a situação concreta é a mesma prevista em uma lei. A segunda hipótese é atinente à concessão de uma competência para decidir qual a melhor alternativa perante a circunstância, como emitir ou não o ato, por exemplo. A última hipótese é aquela que verte pela imprecisão e fluidez das palavras utilizadas na lei, a qual se vale de conceitos plurissignificativos como segurança pública e moralidade pública.

A discricionariedade do administrador, ao largo do que apregoa a doutrina tradicional, para o autor em análise, se manifesta no conteúdo do ato ou na omissão em se adotar um ato (BANDEIRA DE MELLO, 2017). Logo, a sondagem do denominado mérito do ato administrativo é imprescindível para que se tenha um controle sobre tais atos. Na mesma esteira, Mendonça e Meireles (2015, p. 310) assinalam que tanto o motivo quanto o objeto de um ato precisam estar correlacionados com um objetivo público intrínseco que, a seu turno, deve residir em uma escolha fática “[...] capaz de fundamentar o resultado imediato do ato administrativo, de forma a alcançar uma específica finalidade exigível para o caso concreto (promoção da saúde, saneamento básico, educação, etc.)”.

A questão do uso de conceitos fluídos e imprecisos, para Bandeira de Mello (2017), é passível de pacificação pelo fato de que é possível se extrair que eles possuem algum conteúdo determinável, mínimo. De tais conceitos, preleciona o citado autor, retira-se uma zona de certeza positiva, para a qual não há oposição em relação ao cabimento da aplicação do signo linguístico que os designa. Também compreendem uma zona de certeza negativa, para a qual se pode ter certeza das hipóteses que o conceito não abrange. Nada obstante, a interpretação desses

conceitos indeterminados também deve ser feita em relação ao plexo de normas jurídicas, já que não se interpreta regra de forma isolada - seria o mesmo que interpretar “mão” sem saber o que é “braço” (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

Portanto, a utilização dos conceitos considerados imprecisos não é obstáculo ao agente público para que não escrutine, dentro das possibilidades em abstrato contidas na lei, aquela que pode ser a ideal para o caso concreto, tomando em conta a interpretação em relação ao todo e também das zonas de certeza e de negação de aplicação desses signos de linguagem. Acompanhando essa posição, Di Pietro (2014) afirma, discorrendo sobre a evolução do conceito de discricionariedade, que mesmo o emprego de termos indeterminados não induz à conclusão de que sempre haverá margem de apreciação à Administração Pública. Há casos tais em que os elementos de fato permitem saber, sem sombra de dúvidas, qual seria a solução unívoca para o caso concreto.

Doutro giro, quando a norma deduz um único comportamento para uma situação, o faz em termos de vinculação, pois já antevê que aquele é o comportamento ótimo esperado. Quando a situação regulada acaba em termos discricionários, não significa concluir que ela abriu mão do comportamento ótimo que atenda à sua finalidade. Para Bandeira de Mello (2017), a discricionariedade, nesse caso, é a prova de que se impõe o comportamento ótimo, e já o faz assim para propiciar que o administrador atinja, de forma excelente, a finalidade legal³.

Perante este estado de coisas, Bandeira de Mello (2017) afirma que o afinamento da atividade administrativa com os princípios do Estado de Direito é imperativo, de forma que seja uma atividade através da qual se busca a satisfação dos fins predeterminados pela lei. O poder conferido ao agente público se revela, sob tal viés, como um instrumento impossível de ser suprimido, pois sem tal ferramenta não há como existir o desenlace do dever atribuído ao cargo público - qual seja, a busca da satisfação da finalidade legal, consubstanciada no interesse alheio, da coletividade. E acaba concluindo que “[...] o administrador não dispõe de poderes-deveres, como às vezes se diz, mas de *deveres-poderes*, locução que expressa com

³ O seguinte excerto da obra de Bandeira de Mello (2017, p. 33, grifo do autor) bem elucida a posição defendida pelo doutrinador: “Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivela para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, *nos casos de discricionariedade*, perante o *dever jurídico* de praticar, *não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente* aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.”

maior fidelidade que a anterior a verdadeira índole de suas competências” (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 54). Rechaça, pois, a tradicional ideia de se enfatizar os poderes administrativos em detrimento dos deveres administrativos, que devem sempre preponderar e permear a atividade dos agentes públicos.

Pelas mesmas razões é que Bandeira de Mello (2017) invoca a sua teoria do desvio de poder, pela qual ao agente público compete o manejo do plexo de poderes administrativos com vistas ao fim legal insculpido pela norma. Em caso de desacoplamento da ação com o fim legal, há violação da lei, o que atrai o controle do ato (seja administrativamente, internamente) ou judicialmente (controle externo). E, neste caso, não será um controle de mérito, senão de legalidade, posto que o ato originado de um poder discricionário não ponderou o dever legal imposto pela norma.

É interessante a posição de Saddy (2015b), que acaba verificando uma dicotomia na discricionariedade, aliando a clássica doutrina com o posicionamento de Bandeira de Mello. Preceitua aquele que a discricionariedade potencial configuraria a aludida “liberdade” conferida pela lei ao agente público, possibilitando que ele escolha realizar ou não o ato dentre as opções oferecidas disjuntivamente pela lei, de forma que eleja aquela que melhor atenda ao interesse público. A discricionariedade efetiva seria a opção política que o agente público poderia efetuar dentre as possibilidades alternativas e disjuntivas estatuídas em lei, as quais seriam válidas ou inválidas conforme atendessem a finalidade legal no caso em concreto.

Arremata Saddy (2015b, p. 112) que a discricionariedade somente se confirmará se todas as indicações apostas no ato forem válidas, a serem aferidas no caso concreto pois, “caso tenham-se estatuições válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma discricionariedade potencial passível de não ser confirmada *a posteriori* pela realidade concreta”. O autor ainda menciona que a discricionariedade potencial possui a característica de ser um dever-poder “[...] toda vez que a ideia de dever girar em torno de uma finalidade a ser cumprida, qual seja, os interesses públicos” (SADDY, 2015b, p. 112), enquanto que a discricionariedade efetiva é a manifestação das configurações de um poder, capaz de converter a vontade em ação desejada conforme os preceitos legais.

A ampliação da atuação estatal frente às demandas sociais e do mercado, que atuam através dos meios de comunicação, mobilização social, lobbies e do Poder Judiciário para se fazerem ouvir, implicou na progressiva complexidade das tarefas da Administração Pública. O espaço de discricionariedade, bem observa Perez (2018),

foi alargado, pois é mais difícil ao legislador antever as hipóteses de incidência para cada futura, incerta e modificável circunstância. A flexibilização do atuar administrativo – ou seja, a discricionariedade – acaba sendo uma forma de propiciar uma adaptação do Direito Administrativo às modernas e complexas contendas sociais.

Inclusive, cabe a observação de que o Poder Legislativo, na conformação constitucional brasileira, usufrui de uma maior margem de discricionariedade para legislar e, inclusive, optar que a densificação material do ato fique ao encargo infraconstitucional⁴. Essa técnica, como afirmado acima, pode se dar pela forma de reconhecimento de espaço discricionário de edição de atos ao encargo do agente público que atue mais próximo do problema social que se enfrenta – como no caso do desenho de uma política pública⁵ -, capaz de avaliar a melhor disposição dos recursos disponíveis⁶.

A noção de centralidade da atividade administrativa calcada no dever de atendimento das finalidades legais ainda é pouco explorada pelos órgãos de controle externo à Administração Pública. O Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, reiteradamente profere decisões fazendo alusão ao poder-dever da Administração Pública de controlar seus próprios atos, como se pode verificar, por todas, na decisão

⁴ Bitencourt (2013), interpretando a obra de Canotilho, bem observa que o campo de liberdade do legislador não lhe confere a prerrogativa de mais-querer um fim ou outro, e somente se verifica discricionariedade legislativa para a opção pelos meios disponíveis à concretização dos escopos planificados pela Constituição.

⁵ Perez (2018, p. 32-33) confirma esta conclusão ao exemplificar que as políticas públicas são um campo fértil para a proliferação de atos discricionários, bem demonstrado na seguinte passagem: “A edição de atos normativos, de planos ou de políticas públicas pela Administração Pública também são exemplos frequentes e extremamente relevantes de atuação discricionária. Nesses casos, delega-se a uma autoridade pública, a um órgão ou a uma agência a edição de atos de repercussão geral, desde que observadas diretrizes gerais fixadas em lei. Como essas diretrizes são normas geralmente de caráter pouco preciso, amparadas em conceitos indeterminados ou decorrentes de meras molduras legais para a atuação do administrador, este acaba tendo uma relativamente ampla margem de liberdade para editar normas que adequem essas diretrizes à realidade social e econômica de cada momento histórico, cada localidade do país, cada setor econômico ou de cada serviço ou atividade pública ou de interesse público objeto de políticas, planos ou regulação.

⁶ Tal concepção tem sido revisitada por alguns autores, como é posição de Ricardo Marcondes Martins (2019, p. 463), para quem “É perfeitamente possível que a lei seja incompleta, abrindo margem de escolha no plano abstrato, e, no plano concreto, o Direito admita uma única solução — a competência será vinculada, apesar da incompletude da norma abstrata. Por outro lado, é possível que a lei seja completa, não abrindo margem de escolha no plano abstrato, e, no plano concreto, o Direito admita duas ou mais soluções. É tanto possível que o Direito exija o afastamento da solução legal, e imponha uma outra solução, gerando, também, uma competência vinculada; como também que o Direito aceite, no caso concreto, duas ou mais possibilidades, configurando-se uma competência discricionária. Disso não decorre que o Legislador não exerça papel algum na configuração da competência discricionária. Quanto mais completa for a lei, maior o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador; quanto mais incompleta for a lei, menor o peso desse princípio formal. Portanto, a incompletude legislativa gera um indício de discricionariedade administrativa, a ser confirmado no caso concreto; a completude legislativa, ao revés, gera um indício de vinculação”.

proferida na Ação Originária 1.483, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, em 20 de maio de 2014:

O Supremo Tribunal já assentou que diante de indícios de ilegalidade, a Administração deve exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em contrariedade ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, as súmulas 346 e 473 deste Supremo Tribunal: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" (Súmula 346). "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (Súmula 473) (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

Mais recentemente, todavia, percebe-se que talvez esteja ocorrendo uma alteração dessa percepção na Corte em questão. No ano de 2016, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468/DF, de relatoria do ministro Luiz Fux, verifica-se o uso da locução "dever-poder" para se referir, justamente, às hipóteses elucidadas por Celso Antônio Bandeira de Mello como possíveis de configurarem o desvio de poder, quais sejam:

- 1) quando o agente possui a competência para a expedição do ato, mas a finalidade que busca atingir é alheia ao interesse público, como um fim pessoal ou de perseguição a alguém, por exemplo;
- 2) quando o agente possui a competência, busca a finalidade pública, mas não é aquela específica da competência utilizada (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

E, na ação direta de inconstitucionalidade em comento, o Supremo Tribunal Federal (2016, www.stf.jus.br) destacou que a noção de desvio de finalidade tem como referência o falseamento do dever-poder atribuído ao agente público, mesmo que ele esteja atuando nos limites de sua atribuição, mas voltado para finalidade não imposta ou não requestada pela ordem jurídica ou pelo interesse público.

A despeito de lançar mão do reconhecimento, a princípio, da existência de um dever-poder correlacionado com as funções públicas (e alterando, assim, a ideia tradicional de poder-dever),⁷ o Supremo Tribunal Federal acabou julgando improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que questionava a redução

⁷ Registre-se que a busca efetuada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, pela palavra-chave "dever-poder", entrega resultado com 19 acórdãos, dos quais três deles são posteriores ao ano de 2016. Entretanto, nenhum dos acórdãos traz, em sua fundamentação, qualquer explicitação sobre o conceito ou a atribuição do dever-poder aos agentes públicos, restringindo-se a fazer menção genérica na ementa do acórdão.

orçamentária destinada a órgãos e programas “[...] em decorrência de um contexto de crise econômica e fiscal” (BRASIL, 2016, www.stf.jus.br).

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, registra diversos acórdãos, com diferentes temáticas, em que reconhece a existência do dever-poder. Por exemplo, identifica-se um conjunto de acórdãos que asseguram existir um dever-poder compartilhado entre os entes federados⁸ em matéria de fiscalização ambiental⁹. Encontram-se, também, decisões que justificam a existência de um dever-poder dos municípios em promover a proteção do patrimônio histórico e cultural¹⁰ e de regularização de loteamentos urbanos¹¹; dos agentes públicos¹² e dos entes federados¹³ em promover a execução dos títulos executivos em favor do erário; e um dever-poder de transparência atribuída aos órgãos e entes públicos¹⁴.

Essa noção de dever-poder que se depreende da Constituição Federal de 1988, aliado ao extenso rol de direitos fundamentais, trouxe um feixe de posições jurídicas destinado ao indivíduo, que passou a ter a possibilidade de, individualmente, postular perante o Judiciário esses direitos elencados em face da Administração Pública, inclusive. Essa noção de individualidade também se alastrou para o Direito Administrativo, trazendo alguns problemas em termos de efetivação do próprio dever-poder.

Não raro, observa Hachem (2013), a busca pela efetividade judicial de um direito fundamental que deveria ter sido objeto de uma ação calcada no dever-poder da Administração Pública, implica em entrave ao planejamento regular das políticas públicas, pois acaba direcionando, unilateralmente, o uso dos recursos públicos que, a princípio, teriam destinação universal. Para além, Hachem (2013) ainda externa a preocupação com a possibilidade de privilegiar-se aqueles que ostentem condições de acesso ao Poder Judiciário, em detrimento, justamente, da população que

⁸ A questão da competência dos entes federados não é o objeto dessa pesquisa, mas, sobre isso, confira o artigo de “Observação pragmático-sistêmica da competência como decisão coordenadora de ações”, de autoria de Janriê Rodrigues Reck, contido no livro *Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018b. *E-book*. Disponível em: <http://www.essenelmondo.com/pt/direito-politicas-publicas-e-matriz-pragmatico-sistematica-ebook124.php>. Acesso em: 23 abr. 2020. p. 32-51.

⁹ Confira-se, sobre o tema, os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: Agravo Interno no Recurso Especial 1676465/SP; Recurso Especial 1795788/RS; Recurso Especial 1728334/RJ; Recurso Especial 1376199/SP.

¹⁰ Recurso Especial 1749038/RS.

¹¹ Recurso Especial 1164893/SE e Agravo Regimental no Recurso Especial 1540753/SP.

¹² Recurso Especial 1685341/MA.

¹³ Recurso Especial 1594361/RS.

¹⁴ Recurso Especial 1505923/PR.

necessita dos programas e projetos sociais levados a cabo pelo Estado. Arremata, ainda, que a satisfação das necessidades básicas do cidadão (como moradia, alimentação, educação, saúde, previdência e assistência social) somente podem ser atingidas a partir de um conjunto de ações, a serem operadas no âmbito da Administração Pública (HACHEM, 2013).

Nesse ponto cumpre mencionar a ponderação de Gabardo (2009), para quem existe um confronto, que soa bastante primitivo, entre bem e mal, sendo aquele a sociedade civil e este o Estado, compreendido como burocrático e ineficiente. A grande discussão, e que iremos aprofundar nos próximos tópicos, é que questões complexas que envolvem o atuar administrativo estão sendo reduzidas a uma hiper simplicidade, o que leva à tomada de decisão de forma rápida e sem o necessário debruçar-se – aqui, especialmente, sobre o essencial fim que se deve obter -, gerando consequências não projetadas, e mal versando o dever-poder.

O aludido “inchaço” discricionário, descrito linhas acima, atrai, por sua vez, um ainda maior controle jurisdicional sobre a atividade do agente público forçado a, por um dever-poder, efetuar a escolha administrativa, e ser chamado à responsabilização em virtude disso¹⁵. Na questão das escolhas públicas¹⁶ repousa, pois, um aspecto deveras importante da conjuntura constitucional, tanto para que se atinja os fins propostos à República Federativa do Brasil, quanto para um efetivo controle dessa atividade. Não por outra razão que, conforme já mencionado, essa pesquisa tenciona demonstrar ser possível a eleição de critérios interpretativos para, no recorte aqui efetuado, averiguar a conduta ímproba em termos de interrupção/modificação substancial de um instrumento de política pública.

¹⁵ O protagonismo do Poder Judiciário nas últimas décadas é objeto de diversos estudos e esquia a essa pesquisa. Todavia, se considera importante mencionar, com Perez (2018, p. 52), que “[...] transformar juízes, por mais bem preparados que sejam, em administradores públicos ou em condutores dos destinos da máquina pública chamada Administração produziria graves falhas no funcionamento da democracia. No Estado Democrático de Direito, a Administração Pública, ainda que *weberianamente* formada por uma vasta e, até certo ponto, impessoal burocracia estável, também é liderada por políticos eleitos escolhidos diretamente pelo povo, a partir das normas fixadas pelo respectivo sistema político-eleitoral”.

¹⁶ Vanice do Valle (2020, p. 116), em reflexão sobre a temática das escolhas públicas e seu controle jurisdicional, apregoa que “a virtude, como se sabe, não repousa nos extremos. Se o reconhecimento de uma liberdade plena ao administrador para a formulação de escolhas públicas insuscetíveis de controle se afigura quando menos perigoso (se não arbitrário); a transposição de juízos de conveniência e oportunidade para as estruturas de controle se apresenta como alternativa antidemocrática. A mesma Constituição que confere direitos, cria também as estruturas (instituições) vocacionadas à sua (projeto transformador nela veiculado) implementação. Ora, se outra instituição age substitutivamente, tem - se aí também infidelidade constitucional”.

Nesse ponto, e antes de adentrar-se nos demais temas, é imperioso que se traga à baila o conceito de política pública. Maria Paula Dallari Bucci (2006) discorre que a compreensão das políticas públicas enquanto categoria jurídica surge com a preocupação em concretizar os direitos humanos, especialmente os direitos sociais, típicos do século XX pois, mesmo com o alastramento dos direitos fundamentais, verificou-se, em medida semelhante, um alargamento das formas de opressão pelo próprio Estado e pela economia. Nessa toada, Bitencourt e Reck (2018a) pontuam que a Constituição Federal de 1988 não estabelece a conceituação de política pública, pelo que cabe a construção discursiva de tal postulado.

Na doutrina nacional, diversos conceitos para o termo “políticas públicas” podem ser encontrados, a exemplo de Schmidt (2018), para quem a política pública é uma coleção de decisões e ações tomadas por órgãos públicos e organizações sociais, ligados entre si, que se propõe a combater um problema político. Bucci (2006) caracteriza a política pública como o programa de ação governamental, produto de um concatenado de processos legalmente institucionalizados (eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, e de ordem processual legislativa, administrativa e judicial), cujo intento é a coordenação dos meios dispostos ao Estado e aos entes privados para a consecução de fins social relevantes e determinados politicamente.

Oswaldo de Carvalho (2019), em uma perspectiva mais pragmática, assume que as políticas públicas são a corporização de dois deveres imbuídos ao Estado pela Constituição Federal de 1988, quais sejam: o dever de proteção aos direitos fundamentais e o dever de promoção desses direitos. Dessa conjuntura, para o autor, a ação estatal perde a sua concepção de ser meramente executora de normas para, com as políticas públicas, assumir o desempenho de funções comunitárias flexíveis, caracterizáveis pelos fins a que se prestam, os quais são mutáveis e incompletos ante a complexidade e a evolução da vida (CARVALHO, 2019).

Secchi (2014, p. 2), em posição mais sucinta, apregoa que “uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público”, reconhecendo que qualquer definição acaba sendo arbitrária, a partir de certas preferências por esse ou aquele nó conceitual, como denomina.

Tomando em conta essa ausência de parametrização unívoca quanto ao conceito de políticas públicas, mas considerando a necessidade de delimitação para a finalidade dessa pesquisa, toma-se em apreço aquele formulado por Reck (2006),

que propõe que as políticas públicas demandam uma análise complexa, a partir de um discurso coerente e organizado, que sucede a uma demanda social, com engajamento em nível de poder administrativo para que se verifique faticamente, com efeitos ao longo de um período de tempo, sendo possível identificar um discurso de autorreferência entre os fins e os meios – conectando medidas aos valores a serem atingidos.

As políticas públicas são, pois, uma unidade de decisões políticas e jurídicas que articulam instrumentos para o alcance da finalidade pretendida, a exemplo da criação de legislação; fomento, regulação, serviços públicos; obras públicas, intervenções na propriedade privada e na economia, poder de polícia e programas administrativos (BITENCOURT; RECK, 2018b)¹⁷. Tal conceito acaba por abranger a complexidade das decisões que envolvem uma política pública e, concomitantemente, orienta critérios para distingui-la de outros programas ou direitos fundamentais, razão pela qual, como adiantando, será adotado para os fins propostos nessa pesquisa.

A associação da ideia de finalidade da norma legal com a atividade da Administração Pública, e a atribuição de deveres-poderes aos agentes públicos para consecução desse arranjo, descamba na outorga de uma imposição, de cunho constitucional, de um direito fundamental à boa administração pública e, ainda mais especificamente, a um direito fundamental a uma efetiva tutela administrativa. As engrenagens desse direito passarão a ser, nas próximas linhas, a preocupação primordial.

2.2 O direito à efetiva tutela administrativa na ótica do Constitucionalismo Contemporâneo

¹⁷ Bitencourt e Reck (2018b, p. 120) elencam um exemplo a bem elucidar a forma pela qual os instrumentos dão forma à política pública: “A política pública de saúde é um exemplo de como uma política pública lida com uma pluralidade de instrumentos. Ao mesmo tempo que existe uma Lei Orgânica da Saúde, a qual traça objetivos fundamentais, uma série de mecanismos nesta política atua para concretizá-los. Assim, existem tipos penais que repreendem determinadas condutas, como não notificar a existência de doenças ou colocar no mercado remédios adulterados e falsificados. A Administração Pública regula o setor de remédios estabelecendo padrões mínimos de qualidade; faz o mesmo com o plano de saúde. O poder de polícia é utilizado para reprimir práticas de particulares que atentem contra condutas saudáveis, por exemplo, por parte da União em punir empresas poluidoras e, por parte do Município, em multar quem descarta lixo em terrenos baldios. O serviço público de saúde é extremamente complexo (LUHMANN, 2007); dentro dele, é possível observar múltiplas dimensões. A partir do serviço público, faz-se um processo preventivo e curativo de doenças, em pequena e em larga escala, com pouca ou muita complexidade. Finalmente, é possível observar iniciativas esparsas, como uma campanha publicitária aqui e ali”.

A relação entre Estado e sociedade sempre repercutiu nos contornos e delimitações do Direito Administrativo, revelando-se fundamental para a matriz constitucional, inclusive a brasileira. A importância dessa relação expressa-se pelo vasto tratamento dispensado à matéria pela Constituição Federal de 1988, e pela atenção específica do legislador constituinte ao desejar o seu bom funcionamento, de forma que possa atuar sem corrupção, sem desperdício de recursos públicos e respeitando o indivíduo como sujeito portador de direitos.

Por esse motivo se faz necessária a reflexão sobre o papel desempenhado pelo Direito Administrativo e seus institutos afins, notadamente as suas finalidades e o alcance potencial e real que se pode obter a partir dele ante o incremento constitucional de atribuições e feições que lhe foi dedicado no contexto constitucional. Para tanto, é necessária a retomada da ideia de Direito Administrativo enquanto meio principal para concretizar os direitos fundamentais, especialmente em tempos de pós-verdade e hipervaidades, condições que têm inundado o Direito Administrativo e, por consequência, o espaço do interesse público (RECK; BITENCOURT, 2019).

Muñoz (2012) bem ilustra essa roupagem que se pretende trazer ao Direito Administrativo neste trabalho, o qual atua como uma espécie de dique de contenção frente às pressões ao atuar da Administração Pública em prol de benefícios empresariais, de dominação política ou de mera utilidade, apontando que resta superada (ou em superação) a ideia de privilégios e prerrogativas que envolviam a atividade administrativa, dotando-a de uma face mais humana, comprometida com a melhora das condições de vida a partir do manejo de técnicas e instituições que possui ao seu dispor.

Nesta mesma linha argumentativa, Osório (2019) observa que a “crise” em que mergulha o Direito Administrativo não é fenômeno isolado, ela também impacta o poder político, desfragmentando-o, e obrigando a repensar as concepções tradicionais de soberania. Assim, é possível perceber que o papel o Estado precisa ser resgatado, e o Direito Administrativo cumpre função primordial nessa tarefa árdua que se precisa enfrentar.

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988, passa-se a adotar a concepção de Estado Democrático de Direito, que não é a simples junção dos conceitos de Estado de Direito e de Estado Democrático, mas uma contaminação dos valores democráticos sobre todos os componentes do Estado e do ordenamento jurídico, o qual precisa se ajustar ao interesse coletivo, sendo um promotor de justiça social,

adequando-se para refletir uma superação ao estado capitalista, individualista e monista sob o crivo político (SILVA, 2002).

A legalidade, no Estado Democrático de Direito, arroga-se na busca de efetiva igualdade, através de intervenções que possam alterar e contrabalançar essas situações de contraste, orientando-se pelos princípios da constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais e coletivos, justiça social como instrumento de correção da desigualdade, igualdade a partir de uma rearticulação para uma sociedade justa, divisão de poderes/funções, legalidade, segurança e certeza jurídica (STRECK; MORAIS, 2014).

Passa-se a conceber, ao lado do Estado Democrático de Direito, o fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo¹⁸, cujas características mais marcantes residem na normatividade, superioridade e centralidade das disposições constitucionais, e pela integração de valores e opções políticas, com ênfase nos direitos fundamentais (BARCELLOS, 2005). Apoiando-se no Estado Democrático de Direito, o Constitucionalismo Contemporâneo ganha campo fértil, pois a intenção de ambos os fenômenos é de modificação da realidade.

E, uma das consequências desses dois fenômenos é a constitucionalização do Direito Administrativo, o qual, por essência, passa a ser subordinado à Constituição Federal e à legalidade democrática (SILVA, 2002), restringindo a discricionariedade aos espaços que estejam circunscritos às finalidades legais e aos fins constitucionalmente estabelecidos (BINENBJOM, 2014). Passa-se a invocar o caráter determinante dos direitos fundamentais como pauta da Administração Pública, pontuando Moreira Neto (2011, p. 20) que

Assim é que, no campo do Direito Administrativo, as relações entre o Estado, como administrador de interesses públicos constitucionalmente postos a seu cargo, e os seus administrados, credores da realização desses interesses, também devem pautarem-se, além da observância das regras legais emanadas dos órgãos legitimados, por princípios de direito, que expressam esses valores indispensáveis e irrenunciáveis das sociedades democráticas.

Streck e Moraes (2014) apontam que o Estado de Direito adita um conteúdo social à juridicidade liberal, como forma de restrição da atividade estatal, tornando a

¹⁸ Carbonell (2000) expressa que o constitucionalismo se caracteriza por ser um instrumento contramajoritário, que limita o poder dos legisladores para tomar decisões, especialmente ao regulamentarem um rol de direitos fundamentais que não podem ser modificados, e pelo controle de constitucionalidade.

lei o instrumento de ação em concreto do Estado, cuja seguridade reside na efetividade e promoção de certas ações projetadas pelo ordenamento jurídico. Carvalho (2019) predica que tal Estado está, de forma clara, comprometido com os direitos fundamentais e com a mudança social, não os levando em conta apenas como interesses ou aspirações éticas.

José Afonso da Silva (2002), destacando o papel da lei no novel Estado Democrático de Direito, aduz que ela passa a sujeitar-se ao império do Direito, o qual tem por propósito a perseguição de conceder condições aos socialmente desiguais. Perante tal contexto, deduz-se ser necessária a releitura do Direito Administrativo, tomando-o uma idealização que privilegia o seu comportamento de concretizador de direitos¹⁹. Hachem (2013), concordando com Gabardo (2009), firma posição no sentido de que a Constituição Federal de 1988 carrega um dever, à Administração Pública, de afastamento dos entraves para o alcance dos objetivos fundamentais, inclusive pela criação de circunstâncias reais e efetivas para essa implementação em concreto. Tal dever acaba influenciando no Direito Administrativo, que precisa nortear-se para uma postura inclusiva, de redução das injustiças e desigualdades (HACHEM, 2013).

Exsurge, daí, o papel primordial da Administração Pública, agora encarregada expressamente pelo texto constitucional de materializar “[...] os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc.” (BARCELLOS, 2005, p. 90). É a partir dessas considerações que surgem os primeiros estudos sobre a existência de um direito fundamental à boa administração - ou, como melhor especifica Daniel Wunder Hachem (2014), um “direito à tutela administrativa efetiva”.

O direito fundamental à boa administração já se encontra, de longa data, arraigado em ordenamentos jurídicos europeus, como o da Itália e da Espanha. A Constituição Italiana determina, no artigo 97, no capítulo dedicado à Administração

¹⁹ Moreira Neto (2011, p. 23), destacando que um dos vetores orientadores do Direito Administrativo contemporâneo é o princípio da realidade, pelo qual se assume a premissa de acertar o compasso entre realidade e direito, adverte que “[...] o sistema legal-administrativo não pode se constituir em um repositório de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas em instrumento sério de cumprimento da ordem jurídica, na disciplina possível da realidade da convivência humana. A desatenção a este princípio se comunica nefastamente a toda a ordem jurídica, pois concessões à irrealidade levam ao descumprimento habitual das normas, ao desprestígio da autoridade constituída e à banalização da lei, e daí, como na advertência de Agustín Gordillo, afinal, à desmoralização de todo o sistema”.

Pública, que “*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*”²⁰ (ITÁLIA, 1947, <http://www.senato.it>). A expressão “*buon andamento*” é entendida como a indicação do dever de atendimento aos elementos da boa administração.

No mesmo compasso, a atual Constituição Espanhola (ESPANHA, 1978, <https://www.boe.es>) enuncia, implicitamente, o dever de “*buona administración*”, tendo por bases legais a conjugação dos artigos 31 e 103, que elucidam que a atividade administrativa deve ser orientada pela objetividade e imparcialidade, e de acordo com os princípios da eficácia, eficiência, economia e coordenação, proibindo-se arbitrariedades. Ponce (2005), ao tratar do tema, adverte que o dever de boa administração já era aplicável na seara contratual, mas o conceito para sua aplicação à seara pública acabou não sofrendo construção legal.

O direito à boa administração pública pode ser depreendido, para além dos ordenamentos internos dos países europeus, também a partir de alguns diplomas vigentes no plano internacional. Dentre eles, destaca-se a Carta de Nice (ou Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), datada do ano 2000 que, no artigo 41, expressamente utiliza-se do termo “*right to good administration*”, elencado, em seus incisos, os seguintes direitos: 1) direito de ter seu pleito analisado de forma imparcial, justa e em tempo razoável; 2) direito de ser ouvido antes da tomada da decisão; 3) direito de ter acesso aos seus dados que constem de registros públicos; 4) direito de ter uma decisão motivada; 5) direito de ser ressarcido por danos causados pelo poder público; e 6) direito de se dirigir a qualquer das instituições da União Europeia em uma das línguas oficiais e no mesmo idioma obter resposta (PARLAMENTO EUROPEU, 2000, <https://eur-lex.europa.eu>). Fragale (2019) destaca que o direito em comento não se esgota nas hipóteses enumeradas, as quais são meramente exemplificavas.

Ainda no “velho continente” encontra-se o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, aprovado pela Resolução de 06 de setembro de 2001 do Parlamento Europeu. O documento em testilha revela, em seus 27 artigos, diversas condutas a serem estritamente observadas pelas instituições e administradores públicos, como o direito de ter indicadas as possibilidades para solicitar a revisão de uma decisão (artigo 19); direito de ser notificado da decisão (artigo 20); direito de requerer informações (artigo 22); direito de ter acesso a registros adequadamente armazenados (artigo 24);

²⁰ Em tradução literal: “Os ofícios públicos são organizados conforme a lei, de modo que seja propiciado o bom andamento e a imparcialidade da administração pública”.

direito de noticiar qualquer violação ao Ombudsman (artigo 26), dentre outros (PARLAMENTO EUROPEU, 2001, <https://www.ombudsman.europa.eu>).

Comentando o Código Europeu de Boa Administração, Ponce (2005) destaca que os direitos ali previstos não são restritos aos cidadãos europeus, podendo ser utilizado por qualquer pessoa física ou jurídica, residente ou não no espaço da União Europeia. Faz, ainda, uma interessante reflexão sobre o direito à boa administração, sugerindo que no afã de executá-la e na ausência de procedimentos especificados por lei para guiar o administrador público, pode-se gerar uma má-administração, o que acaba por ocasionar a revisão dos atos pelo Poder Judiciário (PONCE, 2005).

A despeito dos estudos que já vêm sendo realizados, o conceito de boa administração remanesce como um construto em desenvolvimento. A própria expressão “boa” pode remeter a diversas vertentes filosóficas pela escolha da palavra (como, por exemplo, por que não se utilizar a palavra excelente? Ou o adjetivo ótimo?), assim como incursão por argumentos morais (o que seria considerado “bom”?) e éticos, dificultando a conformação a um enunciado fechado (FERNANDES, 2017). A preocupação em não transmudar um conceito que ainda permanece em aberto em algo que poderia justificar condutas classificadas como “má-administração” é válida, especialmente se voltados os olhares ao Direito Administrativo (seja pela expectativa do bom trato com a coisa pública, seja pela previsão de sancionamento aos agentes públicos).

Todavia, também se reputa pertinente a necessidade de assegurar-se a integridade da conduta administrativa, que é operacionalizada, em última análise, por pessoas. E, conforme expõe Gil (2013), ainda que colaborem para o aprimoramento da atividade administrativa, a tipificação de condutas penais ou sanções administrativas aos gestores públicos, e o cumprimento estrito da legislação administrativa, são insuficientes para assegurar-se uma boa administração pública, o que demanda estudos aprofundados sobre o direito fundamental em voga.

O vetor principal a ensejar a maior demanda por estudos sobre o direito à boa administração revela-se, de acordo com Rodríguez-Arana Muñoz (2012), pela alteração da ótica do papel do cidadão, que passa a ter função central nas construções e direcionamentos a serem adotados pelo Direito Administrativo e, conseqüentemente, pela Administração Pública. Esclarece, nesse viés, que o cidadão deixa de ser mero espectador da máquina pública para se tornar protagonista no papel de influenciador e avaliador das políticas públicas.

Da experiência internacional, pode-se inferir que não apenas o direito à boa administração é uma realidade como conta com certos balizamentos legais, que lhe confere contornos específicos e propicia segurança ao próprio administrador público na execução de seu ofício, a despeito da ausência, repita-se, de uma construção teórica findada do conceito. No cenário brasileiro, é ainda incipiente a tratativa do tema, embora, adiante-se, inegável a existência desse direito (fundamental) à boa administração, cuja investigação deve iniciar-se, sem sombra de dúvidas, pela Constituição Federal de 1988.

Kohls e Leal (2015, p. 190) destacam que, a despeito do texto constitucional não encartar a expressão “boa administração pública”, está “diluído através de outros princípios e diretrizes estabelecidas, que conduzem a uma administração pública proba, eficiente, transparente e capaz de assegurar e de desenvolver ações voltadas à concretização dos direitos fundamentais”.

Com efeito, de uma leitura apurada do arcabouço constitucional, pode-se extrair, com segurança, que de fato o direito à boa administração, implicitamente, encontra-se presente no ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios estruturantes da cidadania (artigo 1º, inciso II) e dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), previstos na Carta de 1988, espraiam seus efeitos ao longo de todos os dispositivos constitucionais, e irradiam-se para os demais diplomas legislativos. Não por outra razão que, com o fito de bem atender tais bases estruturantes, tem-se o extenso rol de direitos fundamentais do artigo 5º que, aliás, conta com a valiosa previsão do parágrafo 2º, a chamada “cláusula de abertura”, permitindo que se alce ao patamar da jusfundamentalidade outros direitos que não estejam expressamente previstos no texto (BRASIL, 1988).

A Administração Pública resta obrigada, assim, a também seguir as diretrizes estruturantes preconizadas pela Constituição Federal, o que nos oportuniza trazer à baila a previsão contida no artigo 37, *caput*, que elucida o núcleo mínimo de obrigações consistentes nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988). Mas, não apenas aos postulados específicos é que deve ser orientada a atividade administrativa, senão ainda pelos próprios princípios fundamentais da República brasileira, traçando-se condutas que propiciem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação das desigualdades; a promoção do bem-estar social e a abolição de qualquer forma discriminatória (BRASIL, 1988).

De acordo com Carvalho (2013), a boa administração ostenta caráter dúplice, que implica o necessário respeito aos direitos fundamentais, pela proteção da confiança, da boa-fé, da transparência, e o dever de prestação de serviços públicos que atendam critérios de eficácia e eficiência na implantação de políticas públicas democraticamente elegidas. Bandeira de Mello (2013), a seu turno, trata o direito à boa administração em sua base principiológica²¹ e o conecta com o exposto dever de eficiência contido no artigo 37 da Constituição, considerando que esse é uma faceta daquele. Juarez Freitas (2009), por exemplo, assevera que se trata de tomar a administração pública como eficiente e eficaz, observadora de seus deveres, que atue de forma transparente, imparcial e com respeito à moralidade, participação social e responsabilidade por suas condutas.

Moreira Neto (2011) depreende que a boa administração é um direito cívico do administrado, plasmado na cidadania, sendo um dever daquele que se dispõe a gerir os recursos públicos²². Outra construção teórica brasileira sobre o direito em comento o correlaciona com o atendimento dos interesses sociais e necessidade dos cidadãos, através de serviços públicos eficientes e eficazes, instrumentalizados a partir de ações organizadas e coordenadas, sendo produto da concepção político-jurídica adotada pelo Brasil (CASIMIRO, 2016). Vanice do Valle (2010) anota que, após a centralidade do texto constitucional e a consolidação da democracia, é na busca por efetividade de direitos fundamentais que desponta o direito à boa administração pública, traduzindo-se para o fato de que é no âmbito da função administrativa que realmente ocorre a seguridade efetiva daqueles.

A nota de jusfundamentalidade do direito à boa administração, a seu turno, decorre da construção doutrinária observada por Ingo Wolfgang Sarlet (2015) no trilhar de que existem tanto direitos fundamentais expressamente positivados no texto constitucional, quanto direitos fundamentais que estão atrelados à noção de Constituição material e dizem respeito às decisões centrais sobre a sociedade e a sua

²¹ Considerando-o também sob um viés principiológico, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2011, p. 34), para quem “o princípio da boa administração coroa este elenco principiológico, aqui exposto mais com sentido exemplificativo do que exaustivo, como uma das mais recentes formulações a ascender aos textos doutrinários da Disciplina, a enfatizar em diplomas pós-modernos, o primado da pessoa humana e de seus respectivos direitos fundamentais”.

²² Em obra posterior, Moreira Neto (2014) arremata que a boa administração decorre do comando do art. 37, caput, e art. 70, caput, ambos da Constituição Federal, que consagram a eficiência, legitimidade e economicidade como guias da gestão administrativa, cujo resultado deve ter a proibidade do manejo e aplicação dos recursos públicos, de forma que a distribuição acuda os interesses públicos visados. Deduz, então, que a formulação, o planejamento e a orçamentação devem ser elevadas ao nível político-administrativo no contexto do Estado Democrático de Direito.

estrutura. O autor ainda alerta que não basta a relevância do bem jurídico protegido para reconhecê-lo enquanto direito fundamental, cabendo averiguar a expressividade do bem jurídico sob a ótica da perspectiva do constituinte. Nesse particular, o direito fundamental à boa Administração Pública é, pois, uma escolha do constituinte, hierarquizado em termos de ordenamento jurídico (pois consta implicitamente na Constituição Federal de 1988), e resguarda bem jurídico relevante materialmente (diz respeito às configurações básicas do próprio aparato estatal brasileiro).

Além disso, o reconhecimento desses direitos jusfundamentais (implícitos ou alocados em diplomas diversos) pauta-se na cláusula de abertura do artigo 5º, §2º da Constituição Federal, a qual celebra a abertura material da Constituição Federal para abarcar a maior proteção possível de ser concedida, inclusive para eventuais direitos não expressamente rotulados no texto ou para outros consagrados em diplomas internacionais. Santos (2017) reflexiona que a atividade de identificar tais direitos jusfundamentais exige a demonstração de que eles se fundam no regime adotado pela Constituição para aquela matéria e nos princípios constitucionais.

De todo o conjunto de elementos expostos, pode-se afirmar, baseando-se na abertura propiciada pelo artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, que o direito à boa administração pública é um direito fundamental, ainda que não expresso nas exatas palavras dentro do texto constitucional (CABRAL, 2017), vez que decorre do regime constitucional outorgado à Administração Pública, e dos princípios constitucionais já declinados. E seu conceito, embora possa soar abrangente e fluído, consiste em certificar que as atividades desenvolvidas pela Administração Pública tenham sempre por finalidade o atendimento pleno dos direitos fundamentais, de forma que o agir seja sempre comedido pelos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito, conceito do qual retira seu fundamento axiológico (FERNANDES, 2017). Vincula, dessa maneira, a atividade jurídico-administrativa, própria e primordial do Estado Democrático de Direito, revelando metas e indicadores gerais que são comuns para todas as tarefas administrativas, e de indicadores e metas específicos que precisam ser observados antes da execução da gestão administrativa (MOREIRA NETO, 2011).

Hachem, indo além, reconhece que, coordenada por uma relação de espécie e gênero, o direito fundamental à boa administração abarca o direito fundamental à efetiva tutela administrativa, voltado específica e exclusivamente ao exercício da função administrativa “[...] direcionada à satisfação de direitos do cidadão pela

Administração Pública, que deverá ser desempenhada de maneira célere, integral, eficaz e igualitária” (2014, p. 289). E propõe um conceito interessante para o direito (fundamental) à efetiva tutela administrativa, o qual baseia-se nas premissas de que o cidadão possui o direito de receber, da Administração Pública, em prazo razoável, a valia de seus direitos, de maneira célere, completa e igualitária; a adoção de todas técnicas e instrumentos que sejam suficientes para o cumprimento dessa obrigação, inclusive permitindo ao administrador agir mesmo em casos de lacuna da lei (ou contra essa); e a vedação da tomada de decisão que albergue interesse estatal secundário divorciado dos direitos fundamentais.

Hachem (2014) prossegue observando que o direito fundamental à boa administração tem vertido influência sobre o Direito Administrativo, enfatizando a condição do cidadão na sua relação com o poder público. O direito fundamental à efetiva tutela administrativa, de maneira semelhante, tende à aceitação de que a Administração Pública carrega função instrumental, de apresto para a proteção dos direitos fundamentais. Arremata que

Em síntese: o direito à tutela administrativa efetiva nada mais é do que a contrapartida da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais incidente sobre a Administração Pública, e dos princípios constitucionais da eficiência e da impessoalidade administrativa. Nesse sentido, cuida-se de um direito materialmente fundamental porque, consoante o segundo (ii) critério tratado no ponto (b.1), ele se encontra implícito em um enunciado normativo do Título II da Constituição: o art. 5º, §1º. Este, ao determinar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais ostentam aplicação imediata, traduz-se em um comando normativo que pode ser examinado sob dois vieses distintos: um objetivo, do Poder Público, que se depara com o dever de cumprir imediatamente as obrigações oriundas desses direitos; e outro subjetivo, do cidadão, que titulariza um direito a que as disposições jusfundamentais sejam prontamente cumpridas pelos Poderes Públicos. Um direito, por conseguinte, subentendido em uma previsão do catálogo de direitos fundamentais. No campo do Poder Judiciário, esse aspecto subjetivo se volta ao Estado-Juiz e se afigura como o direito à tutela judicial efetiva. Na esfera da Administração Pública, ele se dirige ao Estado-Administração e se apresenta como o direito à tutela administrativa efetiva (HACHEM, 2014, p. 293-294).

O apoio legal para o reconhecimento do direito fundamental à efetiva tutela administrativa reside na interpretação coordenada do artigo 5º, §2º da Constituição Federal que, conforme já mencionamos, possibilita a abertura material do ordenamento jurídico; do artigo 5º, §1º e artigo 37, *caput*, também da Constituição Federal, na medida em que se garante a aplicação imediata dos direitos fundamentais, a ser executada de forma eficiente e impessoal pela Administração Pública; do artigo

1º, incisos II e III e artigo 3º, incisos I a IV, da Constituição Federal, os quais delimitam a cidadania e a promoção da dignidade da pessoa humana como razão de ser do aparato do Estado e da sociedade brasileira (HACHEM, 2014).

Mas não apenas da Constituição Federal é que se infere a existência de um suporte jurídico que fundamenta o direito em testilha. O artigo 2º, inciso III, alíneas a e b do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto nº 592/1992²³, reforçam e ratificam tal posicionamento pois estipulam ser dever do cidadão, perante a Administração Pública, receber e solicitar a proteção efetiva dos seus direitos humanos, tarefa que não é exclusiva do Poder Judiciário.

O objetivo no reconhecimento desse direito fundamental à efetiva tutela administrativa, para Hachem (2014) reside em reconhecer o protagonismo do cidadão em suas relações com o Estado, incorporando-se (ainda mais) a função instrumental da Administração Pública de aparato para a tutela dos direitos fundamentais. A partir disso, três as principais considerações que vertem do reconhecimento desse direito:

(1) A primeira consequência do direito fundamental à efetiva tutela administrativa - que será aprofundada no próximo tópico desse capítulo -, revela-se como a incidência imediata do direito em comento a partir da dimensão objetiva de que se dotam os direitos fundamentais. Em sendo reconhecido o direito à efetiva tutela administrativa enquanto tal, ele irá congrega sua face objetiva e, por conta dela, espelhará uma forma de atuação ao Poder Público, de interpretação para a lei infraconstitucional, e de incidência imediata sobre as atividades administrativas;

(2) A segunda consequência é a imposição de aprimoramento da função administrativa, de forma que se volte como via principal de concretização dos direitos fundamentais, capaz de atender as necessidades com um olhar pelo coletivo (HACHEM, 2014). Os direitos fundamentais, quando invocados a partir da via judicial, deixam de atingir a coletividade de forma igualitária, porquanto a decisão judicial apenas possui efeitos entre as partes, é mais seletiva (no sentido de que exige alguns requisitos para o ingresso com a demanda), com acesso mais dificultoso (seja pelas

²³ A redação do aludido inciso 3, §2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos encarta o seguinte: “3. Os Estados-Partes do presente pacto comprometem-se a: a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; b) garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;”.

regras de competência, seja pelo pagamento das custas e honorários advocatícios ou de peritos). As prestações obtidas a partir da via judicial são, portanto, alcançáveis apenas por aqueles que dispõem dos meios para tanto, nada obstante digam respeito (ou interfiram) a direitos que seriam devidos à coletividade;

(3) A terceira consequência é a pró-atividade do agente público em termos de proteção ao direito do cidadão, ampliando a esfera de proteção e deixando a lei em sentido estrito de ser um obstáculo²⁴. E isso porque a lei deve ser observada pelo agente público enquanto forma de limitação para impedir que ele agride os direitos fundamentais no exercício dos seus deveres funcionais, não sendo possível suscitar tal argumento como justificativa para a sua responsabilização nos casos em que atue para a implementação legítima desses direitos (HACHEM, 2014).

E sintetiza Hachem (2014) que, quando aplicadas essas premissas ao campo dos direitos fundamentais sociais, vertem quatro elementos principais: direito ao devido processo administrativo; direito à regulação das normas que veiculem direitos fundamentais; direito ao serviço público adequado e; direito à implementação de políticas públicas.

A ênfase será preconizada com relação ao quarto desdobramento a partir do campo dos direitos fundamentais, ou seja, no direito à implementação de políticas públicas, tema a ser desenvolvido ao longo dos demais capítulos dessa pesquisa.

A concepção de um direito à efetiva tutela administrativa se coaduna, de forma ótima, com a ideia de deveres-poderes atribuídos à Administração Pública. Os deveres-poderes, à medida que servem à consecução da finalidade legal, perseguindo o interesse público e buscando sempre e incondicionalmente a melhor solução para os casos concretos, acabam instrumentalizando o direito à efetiva tutela administrativa, a qual carrega o conteúdo dos deveres constitucionais de garantia, proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais. Há, pois, uma perfeita

²⁴ Encampando a ideia de Hachem no sentido de que cabe ao agente público ser proativo e criativo, Perez (2018, p. 189) bem elucida a falta de segurança jurídica para tanto, identificando que “Ora, parece evidente que, a partir de um contexto normativo e institucional que não inspire segurança jurídica ao administrador público, estimulem-se os agentes públicos a prostrar-se na inércia. Nesse contexto, criatividade, ousadia, inovação ou, até mesmo, a mera realização são vocábulos carregados de perigo, pois não há o que se faça ou como se faça que, em tese, não possa ser atacado a partir de concepções subjetivas dos agentes ou órgãos controladores. Logo, o não fazer – que naturalmente desperta menos atenção dos meios de comunicação de massa e dos controladores – parece ao administrador uma zona de conforto. Mas isso é só aparência, pois o não fazer acaba por gerar um sem número de conflitos jurisdicionais em face da Administração”.

simbiose entre dever-poder e direito fundamental à efetiva tutela administrativa, reforçando a existência, em termos constitucionais, desse último.

O reconhecimento explícito do direito à efetiva tutela administrativa descortina, como consequência da sua fundamentalidade, a dimensão objetiva que ele guarda e suas consequências. Ressalte-se que a ocorrência da dimensão objetiva é pedra-de-toque para o entendimento do fenômeno de irradiação dos efeitos de um direito fundamental às demais normativas que compõe o ordenamento jurídico, uma vez que os direitos não se limitam a serem apenas posições subjetivas do cidadão em face da indevida ingerência do Estado.

2.3 A dimensão objetiva do direito à efetiva tutela administrativa e sua relação com a atividade do administrador público

É preciso analisar que, no contexto do segundo pós-guerra e as trágicas experiências vivenciadas pelo nazismo, o espaço da jurisdição constitucional foi expandido e, com isso, a leitura da Constituição passou a exigir a busca por um fundamento valorativo e racional (VICTORINO, 2007). Verificou-se, que para evitar um (novo) esmorecimento dos textos constitucionais, passou-se a adotar uma ideia de valores vinculantes pela e para a constituição, assim como para as demais leis, tomando o texto constitucional como uma referência em termos de valores e diretivas (LEAL, M.C.H, 2007).

Os direitos fundamentais são feixes de posições jurídicas, existindo, para um mesmo direito fundamental, diversos deveres de naturezas distintas (ALEXY, 2017), ressaíndo daí a sua multifuncionalidade. Assim, um mesmo direito pode englobar um direito subjetivo (apto a gerar uma obrigação exigível individualmente em face do Estado) como um plexo de atribuições orientadas à atuação estatal, caracterizando-se como deveres objetivos que propiciem condições fáticas e jurídicas para o resguardo e exercício dos direitos (HACHEM, 2014).

Bonavides (2019) esclarece essa alteração de eixo de atenção: se o que antes ocupava a centralidade das constituições era a divisão de poderes e a limitação da ingerência estatal, não mais se verifica com o “novo direito constitucional”, cuja preocupação primordial passa a ser os direitos fundamentais. A inovação residia, portanto, nos ideais humanistas, transmutando a noção de homem-servo para a

noção do homem como um fim em si mesmo, que é detentor de uma plêiade de direitos fundamentais, cujo assento reside na dignidade da pessoa humana e no Estado Democrático de Direito (BINENBJOM, 2014).

Barroso (2011) defende a permanência do protagonismo do Estado na história moderna, afirmando que inexistente qualquer evidência de que ele será extinto ou que esteja sendo relegado a um papel secundário. Ainda que se tome por central os direitos fundamentais, a questão permanece em torno dos deveres de abstenção ou de atuação ativa da Administração Pública, sendo reconhecida a indispensabilidade do Estado na entrega da prestação positiva e da proteção aos direitos fundamentais.

Exsurge, nesse cenário, a tônica da face objetiva dos direitos fundamentais pelo caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958, no qual se discutiu a aplicação dos direitos fundamentais a relações de cunho privado, ante a dimensão objetiva que congregam (TAVARES, 2018). A partir de tal julgamento a condição objetiva dos direitos fundamentais ganhou novos ares e passou a ser objeto de estudo.

O referencial conceitual de dimensão objetiva resta em aberto. Sarlet (2015, p. 149) destaca que tal faceta agrega aos direitos fundamentais a qualidade de “[...] princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica”. Realça, ainda, que a dimensão objetiva não é um contraponto ao aspecto subjetivo, mas que se trata de discernir que os direitos fundamentais carregam conteúdo normativo.

As normas de direitos fundamentais adquirem, por tal ótica, o status de princípios basilares da ordem constitucional, tornando-se o âmago do Estado Democrático de Direito, atuando como limite e como orientação da ação estatal. Importa afirmar, ainda, que o direito fundamental não seja considerado fundamentalmente em sua perspectiva subjetiva (de cunho mais individualista), mas indicando que o bem tutelado por ele é um valor que forma a base do Estado Democrático (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000).

Quanto aos efeitos da dimensão objetiva, sob uma visão valorativa, cita Sarlet (2015) que eles trazem um senso de responsabilidade comunitária, alicerçado na conclusão de que sendo os direitos fundamentais valores primordiais da sociedade, acabam por ultrapassar a esfera individual de cada sujeito. Uma outra implicação, preconizada pelo aludido autor, também diz respeito à eficácia dirigente que

congregam em atribuição ao Estado, que resta vinculado de forma permanente ao dever necessário de concretização e realização dos direitos fundamentais.

E, quando observada sob uma visão jurídica, tem-se o efeito da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, os quais passam a fornecer balizamentos para a interpretação (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000) e aplicação do direito infraconstitucional²⁵. Outra função atribuída é o direcionamento de um dever ao Estado de proteção dos direitos fundamentais, cabendo a ele zelar, inclusive de forma preventiva, em face dos poderes públicos, particulares e até de outros Estados (SARLET, 2015).

Paulo Neto (2010) agrega às observações retro postas que a dimensão objetiva implica reconhecer que os direitos fundamentais guardam uma eficácia derogatória da legislação infraconstitucional que com eles sejam incompatíveis, defendendo - embora em posição minoritária - que mesmo sem a declaração de inconstitucionalidade caberia a não aplicação desse normativo. Elenca a proibição de retrocesso social por inconstitucionalidade de norma que verse sobre direitos sociais, e a tarefa jurídico-subjetiva de justiciabilidade dos direitos fundamentais. Informa, como outro efeito, o dever de concretização dirigido ao legislador, de forma mais acentuada no que toca aos direitos sociais, pois,

Com efeito, a maioria dos direitos fundamentais sociais que exigem a implementação de políticas públicas e programas, não os tem suficientemente definidos no próprio texto constitucional que os contempla, de modo que a vinculação do Poder executivo, nestas hipóteses, é, ordinariamente, mediata, exigindo-se - mas também habilitando -, primariamente, então, do Poder legislativo que densifique e concretize normativamente tais políticas e programas, definindo, entre outros, critérios quantitativos e qualitativos de fornecimento e recebimento das prestações fáticas envolvidas (PAULO NETO, 2010, p. 246-247).

Nesse ponto, já ressaltamos evidente a íntima correlação entre o direito fundamental à efetiva tutela administrativa e as políticas públicas: à Administração Pública, enquanto constitucionalmente encarregada da tutela dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, é imposta a guarda do direito à efetiva tutela

²⁵ Canotilho, ao tratar sobre os métodos de interpretação constitucional, e já adiantando o processo de eficácia irradiante dos direitos fundamentais (embora não se utilizando desta expressão) elucida que “sob o ponto de vista metódico, é indispensável salientar que interpretar uma constituição não se reconduz apenas à fundamentação do ‘decidir jurídico’ de casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional com base na constituição (metodologia tradicional); significa também estruturar operadores de concretização (= modos ou regras de densificação) válidos para a aplicação das normas constitucionais pelo legislador e pela administração - *metódica jurídica*” (2006, p. 1208).

administrativa, pautando sua atuação através dessa ótica - o que não significa dizer, entretanto, que apenas pela via das políticas públicas é que os direitos sociais encontram guarida material, havendo que rememorar-se os serviços públicos, os incentivos fiscais, e a própria atuação da sociedade civil (BITENCOURT, 2013).

Barcellos (2005) apregoa que a relação aqui exposta está imbricada da seguinte maneira: a Constituição acaba por estabelecer como finalidade essencial a promoção dos direitos fundamentais, sendo as políticas públicas a forma pela qual essa finalidade pode ser atingida, dependendo, todavia, de um gasto público que, a seu turno, pressupõe escolhas. Tais escolhas, prossegue a autora, estão vinculadas pela Constituição em matéria de políticas públicas.

Juarez Freitas (2015a), no contexto suscitado de direitos sociais e políticas públicas²⁶, deduz que do direito fundamental à boa administração agrava-se o necessário controle qualitativo das decisões adotadas pela Administração Pública, as quais, embora ainda dentro de um plano discricionário, acabam delimitadas pela exigência imposta ao gestor público de avaliar e escolher a solução que melhor contorno traga àquele direito, indicando razões fáticas e jurídicas robustas. E sintetiza que o reconhecimento do direito em testilha força o gestor público a refletir sobre as escolhas que fará, pois terá de fundamentá-las, não bastando a mera indicação de dispositivos de leis para tanto.

Hachem (2014) pondera que um dos efeitos primordiais do reconhecimento do direito à efetiva tutela administrativa é permitir ao administrador público que, dispondo dos mesmos fundamentos que poderiam ser utilizados por uma autoridade judicial para revisar ou impor um ato administrativo, possa lançar mão desta autorização concedida pelo direito fundamental, evitando a judicialização desnecessária da questão - e entregando, de forma mais eficaz e igualitária a tutela pretendida e necessária ao cidadão. E, prossegue o autor, o reconhecimento do direito à efetiva tutela administrativa possui(rá) o condão de aprimorar a atividade administrativa, propiciando que os direitos fundamentais sejam protegidos e promovidos de forma

²⁶ Registre-se que não há coincidência conceitual entre “direitos sociais” e “políticas públicas”. Enquanto aqueles sugerem efetivação, sem imposição de limitações em abstrato, essas sugerem promoção, agir orientado, e escolha de alocação de recursos orçamentários e humanos. Os direitos sociais, contudo, valem-se das políticas públicas como forma de serem efetivados (BITENCOURT, 2013).

universal - e em contraponto às decisões de cunho judicial, que atingem um número determinado de pessoas e excluem outras tantas²⁷.

O catálogo de direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais (art. 6º), contidos na Constituição Federal de 1988, acabam exigindo da Administração Pública um agir com finalidade, vinculando a atividade dos agentes públicos a esse regime constitucional de dever-poder (explicitado linhas acima). Schier (2016), nessa toada, inteira que direitos como saúde, educação, previdência social, condições de infraestrutura e tantos outros, são direitos sociais a partir da concepção erigida pela Constituição Federal de 1988 e, portanto, demandam a criação de políticas públicas.

As políticas públicas acabam sendo um cerne primordial para o alcance da finalidade imposta pela Constituição Federal como dever-poder ao agente público²⁸. A regularidade no tempo, o envolvimento de um ou mais objetivos, órgãos e atos de planejamento de execução caracterizam a política pública (BITENCOURT; RECK, 2018a). Demanda-se do administrador público uma gestão de políticas públicas, e uma boa gestão, pois (BITENCOURT; RECK, 2018a, p. 29)

[...] o quanto se compreender que política pública está ligada aos direitos fundamentais ou ainda a direitos fundamentais sociais, a atuação dos poderes públicos será, em certa medida, mais vinculada e, conseqüentemente, mais passível de controle. Há diferença se o conceito demonstrar que é um campo de atuação da discricionariedade administrativa; logo, menor é a margem de controle. Toda gestão é suscetível a um controle; quanto mais eficaz essa gestão se demonstrar, menor será a interferência sofrida; logo, poderão ser observadas otimização da tomada de decisão e concretização das necessidades dos administrados.

A opção que resta ao agente público é, portanto, focar-se no planejamento, enquanto administrador probo, impessoal e eficiente, que atende os anseios de uma

²⁷ “Tratam-se muitas vezes de decisões desmedidas e incongruentes, que acabam por colocar em xeque o prosseguimento das políticas públicas, atravancando o planejamento regular das ações administrativas voltadas à universalidade da população e prejudicando o emprego racionalizado dos recursos públicos. Ademais, a busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais unicamente pela via do Poder Judiciário pode implicar a atribuição de privilégios a alguns poucos indivíduos que têm maiores condições de acesso à jurisdição, em prejuízo dos cidadãos em geral, em especial daqueles desprovidos de informação e meios financeiros suficientes, e que seguem dependendo dos programas e projetos sociais levados a efeito pela Administração” (HACHEM, 2013, p. 351).

²⁸ Carvalho (2019, p. 783), a partir de observação semelhante, consigna que “[...] a natureza constitucional dos direitos sociais esparge a sua força contribuindo decisivamente para a forma como as políticas públicas são implementadas ao aparecer estas como o mais importante dos instrumentos de operacionalização dos deveres positivos de direitos fundamentais. De onde se extrai que é por meio das políticas públicas que o Estado concretiza os direitos fundamentais e, assim, protege, garante e promove o acesso individual aos bens jusfundamentais”.

sociedade contemporânea e democrática, e que perscruta estratégias para o enfrentamento de dilemas sociais, construindo metas e definindo recursos que, aplicados em termos de políticas públicas, viabilizarão e garantirão o exercício de direitos fundamentais (CASIMIRO, 2016).

Retomando-se o exemplo identificado no introito deste capítulo, percebe-se que de nada adianta a atitude do administrador que, perante a política pública de saúde, destina recursos para a construção de um hospital sem que, após a finalização do prédio, não tenha (previamente) previsto a forma de instrumentalizar a operação como um todo: compra de equipamentos, escolha de quantidade de leitos comuns e de leitos de tratamento intensivo, concurso para recrutamento dos profissionais.

Assim, o dever-poder a ele concedido exige que seja coordenada e planejada a ação, englobando os serviços, as obras públicas, a forma de intervenção na propriedade (quando necessária), a regulação, o poder de polícia sobre a atividade executada, e o serviço público em si - sem o qual se torna inócua a ação administrativa, pois não se entrega a prestação à população e, por consequência, não se atinge a finalidade constitucionalmente imposta, enfraquecendo a proteção e a promoção dos direitos fundamentais.

À toda evidência do que foi exposto até aqui, é possível afirmar que, reconhecendo-se como fundamental o direito à efetiva tutela administrativa, a sua dimensão objetiva acaba reforçando e justificando a condição de promotor de direitos fundamentais conferida ao agente público, pela via da formulação, execução e planejamento das políticas públicas. O dever-poder que a ele é concedido acaba sendo um instrumento para a consecução dessa atividade constitucionalmente imposta de garantia e fomento dos direitos fundamentais, uma vez que carregado através de norma jurídica constitucional, que goza de força jurídica e de caráter hierárquico superior no ordenamento jurídico.

Barroso (2011), discorrendo sobre a normatividade das regras constitucionais, apregoa que não se trata de uma sugestão, recomendação, aconselhamento ou alvitração, mas senão de comandos, mandamentos e ordens, cuja inobservância deflagra mecanismos de coação para o cumprimento (mesmo que forçado), inclusive pela previsão de consequências pela insubmissão. Logo, o direito fundamental à efetiva tutela administrativa, enquanto norma constitucional, vincula o agente público e é de observância obrigatória, cabendo o sancionamento pela inobservância.

Bitencourt e Reck (2018b) ainda comentam sobre a impossibilidade de ter-se um retrocesso em políticas públicas, consubstanciado pelo princípio do não retrocesso. Realmente, se as políticas públicas estão intimamente relacionadas com os direitos fundamentais, e não é possível subtrair direitos fundamentais, a lógica prescreve que as políticas públicas também não podem ser simplesmente suprimidas ou interrompidas. Assim, atrai-se o segundo viés sobre o qual se dedica essa pesquisa, qual seja, a questão do controle desse ato de escolha em termos de improbidade administrativa.

A eleição de uma alternativa pelo administrador público, no exercício do seu dever-poder, desponta como peça-chave para o sucesso da política pública enquanto instrumento de materialização de direitos fundamentais. Para enfrentar a resposta adequada a ser dada pelo gestor, propõe-se lançar mão da teoria formulada por Ronald Dworkin, a qual sugere que para casos difíceis existe uma resposta certa. Antes, porém, necessária uma incursão no cenário da tutela da probidade e da moralidade administrativa no contexto jurídico nacional, objeto do próximo capítulo desta pesquisa.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS: IMBRICAÇÕES COM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como exposto no capítulo antecedente, verifica-se, a partir da Constituição Federal de 1988, a atribuição de um dever-poder aos agentes públicos para que cumpram com as suas competências, dentre elas a consecução das políticas públicas – entendidas como a unidade de decisões que se voltam a uma finalidade, operada a partir do concatenamento dos instrumentos que estão à disposição do Estado.

Dessa conjunção de fatores ressaí a ocorrência do direito fundamental à efetiva tutela administrativa, especificamente voltado ao Poder Executivo, que demanda seja a atividade administrativa orientada para a atenção, promoção e concretização igualitária e espontânea dos direitos fundamentais. Assim é que começa a ser delineada a segunda etapa dessa pesquisa, uma vez que é preciso aprofundar a relação entre esse direito fundamental à efetiva tutela administrativa, as políticas públicas por seus instrumentos e a responsabilização dos agentes públicos, incumbidos, repise-se, do dever-poder de realizar as competências em políticas públicas.

O capítulo que se avizinha tem por escopo a investigação do cenário jurídico da improbidade administrativa no cenário brasileiro, aprofundando-se duas das questões mais pertinentes ao recorte que se dedica essa pesquisa: a configuração do elemento subjetivo do ato (ou seja, dolo e culpa) e a de quebra da moralidade administrativa, ante a alta carga de abstração do aludido princípio.

3.1 A tutela da probidade administrativa no cenário brasileiro

A par do que já foi exposto até o momento, resta evidente que ao gestor público foi imposto um encargo de magnitude constitucional, daí advindo a questão da sua responsabilização como consequência desta importante tarefa. A inquietude com a garantia de bom trato da coisa pública remonta a períodos anteriores na história brasileira, tendo-se iniciado em 1941, pelo decreto-lei federal 3.240, que já continha previsão de empenhamento daquele que causasse prejuízo ao erário. Posteriormente, a temática da responsabilidade foi estabelecida em bases constitucionais pelo texto de 1946, e mantida pelo Ato Institucional nº 14 de 1969, até o amadurecimento pela regulação disposta na atual Constituição Federal de 1988 (MORAES, 2016).

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 vaticina que cabe a observância, por todos os entes federados, em todos os níveis, dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e da eficiência. E o parágrafo 4º do mesmo dispositivo enuncia que os atos de improbidade administrativa serão puníveis, na forma prevista em lei, com a perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário. Formou-se, assim, um sistema normativo de proteção da probidade administrativa (FERREIRA, 2019), composto, nuclearmente, pela Lei nº 8.429/92 (LIA – Lei de Improbidade Administrativa), Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública)²⁹. Focar-se-á, para os fins almejados por este trabalho, na Lei nº 8.429/92, denomina Lei de improbidade Administrativa (ou apenas LIA).

O aludido diploma foi promulgado pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello, em meados de 1992, período de bastante turbulência na história da política brasileira, a qual amargava notórias denúncias de corrupção³⁰. Consta, da exposição de motivos formulada pelo Ministro da Justiça à época, Jarbas Passarinho, que a lei objetivava resgatar compromissos de campanha do Presidente, inserindo-se no marco da modernização do país, a qual poderia ser alcançada por meio da instrumentalização do procedimento para apuração das práticas de atos de corrupção sem usurpação das garantias constitucionais do investigado (BRASIL, 1991, www.camara.leg.br). A exposição de motivos ainda assevera que o texto submetido à apreciação para promulgação estipularia, de forma clara, os casos de enriquecimento

²⁹ Além dessas leis, outros diplomas legais que também convergem atenção para a probidade administrativa: Lei nº. 8.112/1990, que prevê sanções aos agentes públicos por atos de improbidade e corrupção; Lei nº. 1.079/1950, que prevê os crimes de responsabilidade; Decreto-Lei nº. 201/1967, que trata dos crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores; capítulo XI do Código Penal, que tipifica os crimes contra a Administração Pública; Lei nº. 12.813/2013, que trata do conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal; Lei Complementar nº. 135/2010, que impede a candidatura de pessoas condenadas por corrupção ou improbidade; Lei nº. 10.683/2003, que criou a Controladoria-Geral da União, para assessorar a Presidência da República neste aspecto, e que atualmente é regulamentada pela Lei nº. 13.844/2019; Lei nº. 12.846/2013, denominada de Lei Anticorrupção; Decreto nº. 1.171/1994, que aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público do Poder Executivo Federal; Código de Alta Conduta da Administração Federal. Para além, ainda pode-se citar como atuantes para a finalidade de proteção da probidade administrativa os Conselhos de Ética na órbita de cada Poder, em todas as esferas federativas, a atuação do Ministério Público enquanto fiscalizador da lei, e dos Tribunais de Contas, que realizam o controle orçamentário dos gastos públicos.

³⁰ A corrupção (sendo a improbidade uma de suas facetas) se estrutura e arraiga, conforme observam Garcia e Alves (2013), desde os idos tempos do Brasil colônia. Para tais autores (2013, p. 91), “Os índices intoleráveis de corrupção hoje verificados em todas as searas do poder são meros desdobramentos de práticas que remontam a séculos, principiando pela colonização e estendendo-se pelos longos períodos ditatoriais com os quais convivemos. A democracia, longe de ser delimitada pela norma, é reflexo de lenta evolução cultural, exigindo uma contínua maturação da consciência popular”.

ilícito, os quais se sobressaíam como o calcanhar-de-Aquiles da Administração Pública.

Neste ponto, é preciso reconectar a improbidade administrativa com o direito fundamental à efetiva tutela administrativa. Garcia e Alves (2013), discorrendo sobre o que denominam de “boa gestão administrativa”, asseveram ser necessário dispensar atenção à satisfação do interesse público e à observância dos regulamentos jurídicos da atividade com a qual se pretenda satisfazer aquele. Por isso, concluem que a probidade administrativa é o amálgama que combina meios e fins, dando-lhes uma unidade de sentido e, por isso, “a improbidade aponta não só para uma desconsideração dos fins, como, também, para uma situação de ruptura entre meios e fins” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 208).

Tendo em vista o escopo da Lei de Improbidade Administrativa, não há óbices em afirmar-se que ela tutela, em última análise, os próprios direitos fundamentais - pois a gestão da coisa pública deve estar inspirada na concretização dos ideais republicanos que, a seu turno, dão condições para a efetivação dos direitos fundamentais. E a efetivação dos direitos fundamentais é o ponto fulcral a ser atingido pelo Estado Democrático de Direito, sendo a concepção que baseia a atuação da Administração Pública, reforçando a ideia de dever-poder dos agentes públicos – os quais, quando atuarem à margem desse objetivo, precisam ser responsabilizados.

A responsabilização do agente público, como sintetizam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013), é, no contexto delineado pela Constituição Federal de 1988, uma derivação da noção de democracia, de gerenciamento de interesses alheios, o que prestigia a possibilidade de punição daqueles acometidos desse *munus*. Os deveres de prestação de contas e de transparência são derivados dessa lógica e, justamente por conta disso, “descumpridos os deveres, há de incidir a sanção correspondente. Inexistindo sanção, ter-se-á o enfraquecimento da própria concepção de dever” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 109).

Reforçando tal concepção, Welge (2015, p. 66) ressalta a importância na adoção de padrões éticos de conduta pública, cabendo a existência de uma lei que puna as infrações, pois “elevar a moralidade ao status de princípio constitucional constitui um passo importante para a tutela da moralidade, mas inócuo se não se refletir no ordenamento”.

A efetiva punição depende, como ressaltado, do conteúdo da Lei nº 8.429/92, que padece, de longa data, de sérias controvérsias doutrinárias em relação à

generalidade dos conceitos e das condutas estipuladas como ímprobos. Adverte Osório (2019) que o próprio conceito de improbidade administrativa é indeterminado na legislação, exigindo do intérprete um esforço intelectual e hermenêutico para o sistematizar, sendo que a opção pela tipologia aberta é necessária para se evitar manobras e estratégias que impeçam a subsunção integral da conduta às hipóteses enumeradas. Esse trilhar é defendido por Lima e Lima Neto (2015, p. 5), que salvaguardam que

Não é possível objetar sobre a abertura cognitiva dos tipos em face de uma suposta insegurança jurídica. Mesmo em matéria de direito penal, onde em jogo está a liberdade humana – diferente, portanto, das sanções por improbidade –, existem tipos abertos (v.g. em geral os tipos culposos). Não se deve mais admitir os discursos utópicos, por vezes interessados, de um fechamento normativo quando trabalhamos com interpretação de textos (no plural mesmo), de fatos e da subsunção. O ser humano, asseverou Nietzsche (1983, p. XII), está destinado à multiplicidade, e a única coisa permitida é sua interpretação.

José Afonso da Silva (2002, p. 649) predica que a probidade administrativa é uma forma especial de moralidade administrativa, “[...] qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”. Nesse viés, o autor citado parece desconsiderar que pode ocorrer violação dos deveres de probidade sem que ocorra dano e/ou enriquecimento, como no caso de transgressão dos princípios da Administração Pública, que trataremos mais adiante. Pazzaglini Filho (2018) entende que o conceito de improbidade administrativa é a atuação descompassada com a lei, assinalada pela imoralidade, má-fé e falta de probidade no trato da coisa pública.

Do vertido doutrinariamente com relação ao conceito, é possível notar que o ponto em comum entre os autores é a indicação de que a improbidade administrativa se singulariza pela falta de bom predicado para com o erário e seus regramentos durante a atuação do agente público no exercício das suas funções. A Lei de Improbidade Administrativa, nesse diapasão, categoriza três espécies de atos de improbidade: no artigo 9º elenca que se considera ato de improbidade administrativa o enriquecimento ilícito; no artigo 10, trata-se do ato que cause prejuízo ao erário; e no artigo 11 do ato que ofende os princípios da Administração Pública. Após a promulgação da Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016, incluiu-se o

artigo 10-A, que tipificou como ímprobo o ato que incorretamente aplique ou conceda benefício financeiro ou tributário³¹.

A primeira controvérsia que se precisa enfrentar, para os fins deste trabalho, é o alcance que a Lei de Improbidade Administrativa possui com relação aos potenciais agentes ativos da conduta ímproba. Dispõe o seu artigo 2º que pode ser sujeito ativo todo aquele que for agente público, assim compreendido como o sujeito que exerce, “[...] ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função [...]”³².

Osório (2019) explica que, para os fins colimados pela lei em comento, agentes públicos são as pessoas físicas que possuem vínculo com a organização pública, que desfrutam de uma posição de confiança e, por isso, estão obrigados à perseguição do interesse público a partir dos limites do ordenamento jurídico. Inexiste dúvida de que os servidores públicos – assim entendidos aqueles que ocupam cargos públicos, como servidores de quaisquer dos Poderes, membros do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Magistratura e da Defensoria Pública – estão submetidos à Lei de Improbidade Administrativa. Da mesma forma, ocupantes de funções públicas (como cargos de confiança) e estagiários também estão sujeitos às penalidades.

A mais ululante desavença neste ponto é a abrangência da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos que podem ser penalizados por crimes de responsabilidade – Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Carvalho Filho (2018) esclarece existirem três correntes que capitaneiam o conflito, e que merecem a devida atenção.

A primeira corrente perfilha a opinião de que a ação de improbidade administrativa e suas cominações são independentes da ação para responsabilização na forma da Lei nº 1.079/1950, sendo possível o processamento e julgamento, em

³¹ Não se olvide, ainda, que o artigo 52 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) acresceu uma quinta categoria, qual seja, a improbidade decorrente de ação ou omissão relativamente a certos deveres decorrentes deste diploma.

³² Como o foco da pesquisa recai sobre os agentes públicos, não se adentrará na possibilidade de responsabilização do sujeito privado nas penalidades da Lei de Improbidade Administrativa, a teor do art. 3º. Entretanto, tal tema também é controverso, ante a verossimilhança que as condutas ímprobas que podem ser perpetradas com a colaboração de particulares e aquelas dispostas na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), debandando para um possível *bis in idem*. Sobre a temática, veja-se FORTINI, Cristina; SHERMAN, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.57614. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57614/35888>. Acesso em: 13 out. 2020.

razão do mesmo fato, pelas duas vias (nesse sentido: GARCIA; ALVES, 2013; MARTINS JUNIOR, 2003). A segunda corrente entende não ser passível de processamento por improbidade o agente que pode ser submetido ao crime de responsabilidade da Lei nº 1.079/1950, pois as sanções de improbidade carregam um conteúdo penal de certa forma, e é vedada a dupla capitulação pelo mesmo fato.

Por fim, há uma terceira opinião sobre o tema, a qual pondera que as ações podem ser processadas de forma harmoniosa, apenas cabendo a exclusão, na sentença condenatória civil por ato de improbidade administrativa, das penas que sejam de natureza política (ou seja, a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos), pois essas são efeitos da sentença condenatória do delito de responsabilidade. Tal posicionamento³³ é subscrito, exemplificativamente, por Carvalho Filho (2018), Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013), Pazzaglini Filho (2018), Fábio Medina Osório (2019) e Dwight Ronzani (2007), os quais arrematam que não se verifica na Constituição Federal nenhum dispositivo que excepcione os agentes políticos da responsabilização por improbidade administrativa e, portanto, a lei infraconstitucional não pode assim proceder.

Revisitando o tema na jurisprudência pátria, tem-se o paradigmático julgado pelo Supremo Tribunal Federal na longínqua data de 13 de junho de 2007, na Reclamação 2138/DF, através da qual cristalizou aderência à segunda corrente aqui mencionada³⁴.

Também sobressai como relevante a Reclamação 2790/SC julgada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 02 de dezembro de 2009. Neste caso, o tribunal admitiu que agentes políticos podem ser responsabilizados por improbidade administrativa, exceto o Presidente da República que, em concordância com o artigo

³³ Na Reclamação 2.138/DF, julgada em 13 de julho de 2007 pelo Supremo Tribunal Federal, os Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa adotaram este entendimento, o qual foi minoritário.

³⁴ Conforme a seguinte elucidativa passagem da ementa do acórdão: “[...] II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição. II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) [...]” (BRASIL, 2007, www.stf.jus.br).

85, inciso V, da Constituição Federal de 1988 é capitulado por crime de responsabilidade. Apesar disso, consignou o Superior Tribunal que caberia a manutenção da competência do tribunal superior em caso de prerrogativa de foro, vez que a Constituição Federal não criou imunidade para os agentes políticos, não podendo serem excepcionados em razão de interpretação ou de aplicação de lei infraconstitucional.

Equacionadas as razões de fundamentação de cada posição sobre o tema, acaba-se por compreender que a terceira opinião é sobressalente com relação às demais, pois realmente o artigo 37, §4º da Constituição Federal não faz ressalva qualquer para os agentes políticos. Logo, caso não fosse plausível a possibilidade de cumulação do sancionamento do agente político tanto por improbidade quanto por crime de responsabilidade, caberia a expressa ressalva no ponto. Ademais, as penas cominadas ao crime de responsabilidade não são de todo coincidentes com as sanções previstas para os atos de improbidade, pelo que inexiste a dupla punição levantada por parte da doutrina, até mesmo porque inexecutável, por exemplo, a suspensão dos direitos políticos em duplicidade, e entendimento diverso poderia albergar a incorporação ao patrimônio pessoal do agente transgressor de bens adquiridos com a conduta ímproba (MARTINS JUNIOR, 2003).

Outro ponto que, de muito, causa intenso debate doutrinário é o elemento anímico que permeia a conduta ou omissão do agente público para fins de configuração do ato como ímprobo. De forma geral, a doutrina refere que os atos que importem em enriquecimento ilícito (artigo 9º) e violação de princípios (artigo 11) demandam a demonstração de dolo para caracterização, e não admite a forma culposa (nesse sentido: CARVALHO FILHO, 2018; PAZZAGLINI FILHO, 2018; GARCIA; ALVES, 2013). Justificam seu posicionamento afirmando que o resultado lesivo à Administração Pública não prescinde do nexu volitivo do agente, o que se denota a partir da omissão legal em mencionar a culpa como configuradora. De modo diverso, e porquanto expressamente indicado no *caput* do artigo da Lei de Improbidade Administrativa, o ato de causa prejuízo ao erário resta materializado tanto pelo dolo quanto pela culpa (GARCIA; ALVES, 2013).

O prolongamento sobre a configuração do dolo e da culpa será objeto do próximo tópico, o qual ganha especiais contornos com a promulgação da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que inseriu novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – dentre eles o polêmico art. 28, e reacendeu o debate sobre a extensão

desta parcela subjetiva do ato de improbidade administrativa. E, no subcapítulo seguinte, dedicar-se à análise da possibilidade de configuração de quebra da moralidade administrativa, sob o viés de improbidade administrativa, a partir do direito fundamental à efetiva tutela administrativa.

3.2 A Lei de Improbidade Administrativa e a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Os critérios de verificação das condutas ou omissões elencadas na Lei de Improbidade Administrativa apresentam caráter aberto, especialmente os artigos 10 e 11, e acabam propiciando uma interpretação construtiva, embora sem espaço para responsabilizações objetivas dos agentes, havendo que se ter o critério subjetivo (dolo ou culpa) para a configuração do ato (MORAES, 2016; LIMA; LIMA NETO, 2015; PAZZAGLINI FILHO, 2018; GARCIA; ALVES, 2013). Inclusive, neste ponto, cabe a interessante questão sobre o dolo e a culpa atribuíveis ao gestor público para fins de enquadramento no multicitado diploma legal.

A questão da incursão no elemento subjetivo do ato de improbidade é premente, pois esta é a pedra-de-toque para a efetiva responsabilização do agente público. Não basta, e a lei é clara no ponto, a mera transgressão do dever legal, senão acompanhada da averiguação do dolo ou da culpa (quando cabível nessa modalidade). Assim, é impossível não deixar de atentar para esse importante ponto ao longo desta pesquisa, dado o seu objetivo principal.

Para se adentrar no ponto do elemento anímico do agente público que pratica ato supostamente ímprobo, imperiosa é a investigação sobre as modificações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), operadas pela Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018. O tema do elemento volitivo veio, com mais fulgor, à lume novamente, e reacendeu as discussões, especialmente pela novel redação do artigo 28, que passou a prever que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (BRASIL, 2018).

A regulamentação desse dispositivo deu-se através do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019 que, mais enfaticamente, assevera em seu artigo 12 que o agente público somente haverá de ser responsabilizado em caso de comprovado dolo ou erro grosseiro, assim entendido aquele erro manifesto, evidente e inescusável, cabendo

as mesmas hipóteses para fins de direito de regresso previsto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal (BRASIL, 2019).

O projeto de lei nº 349, de 2015, que culminou na alteração acima declinada, teve tramitação inicial no Senado Federal e, conforme parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), tinha por objetivo obter uma melhor performance da atividade decisória em todos os níveis da federação, para todos os Poderes e órgãos de controle, garantindo, com isso, “[...] a eficiência e segurança jurídica na criação, interpretação e aplicação das normas de Direito Público” (BRASIL, 2017, www.senado.gov.br). A opinião final da CCJC, exarada no mesmo parecer já citado, foi no sentido de que a inclusão das normas gerais para orientar a atividade administrativa era bem-vinda e poderia trazer uma coerência ao sistema e unificar conceitos de direito penal ao direito administrativo (inclusive o sancionador), que não dispõe, por uma opção histórica, de um código administrativo. Com relação ao (atual) artigo 28, o citado relatório menciona apenas que versa sobre tema relevante relacionado à responsabilização dos agentes públicos, por decisões e opiniões técnicas, em caso de dolo ou erro grosseiro.

Nas razões que justificam a inclusão da previsão na proposta legislativa, traz-se à tona argumento de que um dispositivo dessa monta diminuiria a possibilidade de controle de órgãos autônomos em relação a pareceres e opiniões que não obtivessem “aprovação” pelo órgão de controle da Administração Pública (BRASIL, 2017, www.senado.gov.br). Di Pietro (SENADO FEDERAL, 2015), comentando a então pretendida modificação, observou que ela era necessária ante a instabilidade que reinava nos tribunais superiores sobre a temática. Ainda, cogitou que tal evitaria que os órgãos de controle chamassem à responsabilização os pareceristas que partilhassem opinião diversa sobre a interpretação jurídica, arrematando que

Por isso mesmo, sua responsabilização depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro. De outro modo, faltarão aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, consideradas essenciais à justiça pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. O fato é que, se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência (que constituem fontes do direito), não há como responsabilizar o advogado pela opinião manifestada em parecer jurídico nem a autoridade que, com base nele, proferiu a decisão (SENADO FEDERAL, 2015, p. 38).

A proposta legislativa, enviada à Câmara dos Deputados (alterando-se para projeto de lei nº 7.448, de 2017), não sofreu mudanças e foi aprovada pela Casa. A par dessas razões introdutórias, nota-se que a intenção do legislador, a princípio, era circunscrita às decisões e pareceres técnicos emitidos pelos agentes públicos, nada relacionando-se com os atos de improbidade administrativa propriamente ditos. Todavia, é preciso ponderar que a repercussão, naturalmente, seria muito mais abrangente, já que a alteração foi injetada em norma que pretende ser usada como guia interpretativo das demais disposições jurídicas.

Dois posicionamentos distintos surgiram desde o advento da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no ponto: o primeiro argumentando que o artigo 28 acabou por derogar parcialmente a Lei nº 8.429/1992 no que tange à previsão de sancionamento pela modalidade culposa, e o segundo, em contraponto, suscitando que a delimitação do artigo 28 não se aplica às sanções de improbidade ante a falta de respaldo constitucional (art. 37, §4º) e pelo critério da especialidade das leis.

Binenbjom e Cyrino (2018), por exemplo, defendem que a ideia de um administrador médio, como denomina o Tribunal de Contas da União - assim entendido aquele que atua de forma irrepreensível e que evita punições por ser sempre probo, - ou tem uma postura estritamente burocrática (em uma conotação ruim) ou não existe. Nessa linha de pensamento, os autores consideram falaciosa a afirmação de que o aludido artigo 28 seria incompatível com o regime estatuído pelo artigo 37, § 6º da Constituição Federal, que admite ação regressiva em face de quem, por dolo ou culpa, causar prejuízo à Administração Pública. Ponderam que culpa e dolo são conceitos que podem ser conciliados, vez que a culpa pressupõe um engano, e o engano puro e simples deve ser perdoado, ao passo que o artigo 28, ao mencionar expressamente o “erro grosseiro”, limita a forma de valorar-se a culpa no caso concreto (BINENBJOM; CYRINO, 2018).

Ainda, Consideram ser injusta a crítica ao artigo 28 no que tange à repercussão prejudicial que ele pode causar à Lei de Improbidade Administrativa posto que, a exemplo do que fez com o §6º do mesmo artigo 37 da Constituição Federal, acaba por apenas definir que a “culpa” deve ser admitida como “erro grosseiro” para fins de aplicação da mencionada lei (BINENBJOM; CYRINO, 2018). Na mesma toada, tem-se a posição do Tribunal de Justiça do Paraná que, inclusive, chegou a emitir enunciado com o seguinte teor:

O artigo 10 da Lei nº 8.429/92 deve ser interpretado à luz do artigo 28 da LINDB (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), com as alterações feitas pela Lei nº 13.655/18, não mais sendo admitida a caracterização de ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário quando o agente atua com culpa simples ou leve; apenas mediante dolo ou erro grosseiro, equivalente este à culpa grave nos termos do Decreto nº 9.380/19 (PARANÁ, 2018, www.tjpr.jus.br).

A corrente contraposta observa que o artigo 28 da LINDB contraria o disposto no artigo 37, §4º e §6º, da Constituição Federal, os quais preveem, respectivamente, o sancionamento dos atos de improbidade administrativa e o ressarcimento ao erário em caso de dano por dolo ou culpa, uma vez que delimitaria ambas hipóteses à ocorrência de dolo e erro grosseiro. Tal entendimento foi, inicialmente, endossado pelo Tribunal de Contas da União, que emitiu parecer sobre a alteração legislativa alegando que “Pela proposta, o agente público pode ser negligente, imprudente e imperito que nada lhe acontecerá, pois estará isento de responsabilidade” (2018, www.tcu.gov.br).

A posição radical do Tribunal de Contas da União é temperada por aqueles que defendem que deveria haver uma divisão entre o direito ressarcitório e o direito sancionador administrativo. Enquanto aquele tem natureza de recomposição de um dano (e não de pena), o artigo 28 da LINDB em nada afeta a pretensão, que se mantém tal como prevista pela Constituição Federal no artigo 37, §6º (ou seja, por dolo e culpa, tal qual expressamente enunciados). Já para as modalidades sancionadoras (como a Lei de Improbidade Administrativa e as penalidades de multas e inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança), o artigo 28 da LINDB refinaria a interpretação do seu aplicador, exigindo erro grosseiro ou dolo (CRUZ; BORGES, 2018).

Após a publicação da lei aqui analisada, o próprio Tribunal de Contas da União, no julgamento do acórdão nº 2.391, em outubro de 2018, acaba por efetuar a divisão entre ressarcimento ao erário e penas administrativas para fins de interpretação do corrente artigo. Tratava-se de um julgamento de tomada de contas especial, pelo órgão pleno, que objetivava estabelecer se houve ou não pagamentos maiores do que os devidos à empresa contratada para realizar transporte logístico à Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), com a aquiescência dos gestores públicos envolvidos na operação e fiscalização do ajuste.

Os ministros entenderam que houve culpa grave de um dos investigados, pois ele omitiu-se do dever de fiscalizar o contrato que originou os pagamentos indevidos e, ainda, teria dispensado expressamente a apresentação de documento essencial que propiciaria verificar a quilometragem rodada por cada veículo (e, assim, pagar o preço ajustado e realmente rodado pelo veículo). Tal irregularidade, conforme se depreende do voto, não poderia ser enquadrada “[...] como falha formal, ainda mais diante dos vultosos gastos incorridos em virtude dessa conduta”, e não demandaria a comprovação de dolo para que fosse efetivado o ressarcimento ao erário, pois (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018, www.tcu.gov.br)

[...] a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário (Acórdãos 9004/2018-1ª Câmara, 635/2017-Plenário, 2781/2016-Plenário, dentre outros).

A partir dessa consideração percebe-se que o TCU acaba por adotar o entendimento de que o artigo 28 da LINDB trouxe modificações para a seara sancionatória, sendo que o dolo e o erro grosseiro são causas que configuram a conduta passível de punição, mas não admitiu que a regra interpretativa fosse estendida ao dever de reparação do erário, que permanece fiel ao disposto nos termos da Constituição Federal. O voto conclui que o erro grosseiro é aquele que emerge da falta de observância do dever de cuidado, sendo uma espécie de culpa grave, e faz distinção entre o erro grosseiro (com diligência abaixo do normal); o erro sem qualificação (com diligência normal) e o erro leve (aquele que acontece mesmo com diligência acima do normal).

Porém, é preciso averiguar a questão mais a fundo, de forma mais técnica. Para compreender adequadamente a discussão, é necessário partir-se da concepção de que há diversas definições de dolo e culpa, concebidas por estudiosos de várias áreas do direito. No ramo do Direito Civil, por exemplo, Flávio Tartuce (2018) identifica que dolo é o uso de artifício ardiloso cujo objetivo é enganar alguém para se beneficiar com esta conduta. Para Rizzardo (2015), o dolo é um erro intencional, perfectibilizado através de manobras que não são grosseiras ou imperceptíveis *prima facie*, buscando o proveito próprio ou alheio.

Na seara penal, o dolo é caracterizado como o desejo e o conhecimento de realizar a ação/omissão que caracteriza o ilícito penal, sendo composto por um elemento volitivo (vontade) e um subjetivo (consciência de agir ou não para atingir certo fim) (GRECO, 2017). A culpa, a seu turno, é conceituada como sendo a conduta que, sem possuir a intenção de produção de um resultado danoso, acaba gerando-o por conta da inobservância de um dever objetivo de cuidado (PACELLI; CALLEGARI, 2018). Mirabete (2001), melhor explicitando a posição doutrinária majoritária, informa que a culpa, para fins de tipicidade penal, é a ação ou omissão que repercute em uma situação antijurídica, a qual não era desejada, mas previsível de ocorrer, e que poderia ter sido evitada se adotada a devida atenção³⁵. Cita, parafraseando o Código Penal, artigo 18, que são modalidades de culpa a negligência, a imprudência e a imperícia.

Na esfera administrativa sancionatória, especialmente para fins de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, o que se afigura é uma ausência de definição legal de dolo e culpa. A doutrina, de forma geral, acaba indicando que o elemento subjetivo que permeia as condutas ímprobadas é uma espécie de má-fé que qualifica a conduta/omissão do agente (conforme anteriormente anotado).

O Superior Tribunal de Justiça acabou construindo um conceito jurisprudencial, entendendo que o dolo que requer a Lei de Improbidade Administrativa para conformação de seus atos é o elemento subjetivo voltado ao especial fim de agir, qual seja, de cometer a ilegalidade, a exemplo do que pode ser extraído do Recurso Especial n. 1528102/PR, do seguinte excerto do acórdão, assim redigido

[...] 4. Quanto à presença do elemento subjetivo, é certo que essa Corte de Justiça possui o entendimento de que o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas. Precedentes do STJ (BRASIL, 2017, www.stj.jus.br).

³⁵ A "devida atenção" mencionada por Mirabete (2001), assim como o "dever objetivo de cuidado" utilizado por Pacelli e Callegari (2018) são expressões usuais na doutrina penalista. Mirabete (2001) explica que ela se refere à adoção de cautelas necessárias para o bem viver em sociedade, de forma a se evitar a causação de dano a bem jurídico alheio por conta de uma ação não pensada. Pondera, o autor, que a lei não possui condições de contemplar todas as condutas/omissões humanas potencialmente causadoras de prejuízo, pelo que acaba por distinguir quais cuidados e deveres cabem ser adotados (como a regulamentação para certas profissões da área da saúde, por exemplo). Por conta disso, prossegue, é preciso que no caso concreto se verifique a posição do agente, analisando-se se ele tomou as contracautelas possíveis e se ele possuía condições de verificar eventual risco que sua conduta ou omissão poderia causar, e não pura e simplesmente a ocorrência do dano.

No que tange ao elemento culpa, o STJ acaba analisando caso a caso, mas de forma geral considera que ela é configurada pela violação do dever de cautela, a partir do que se pode observar, à guisa exemplificativa, do exarado em voto no Agravo em Recurso Especial n. 1.520.734/PB, no qual o ministro Francisco Falcão deduz que

[...] Assim, na medida em que o recorrido dispensou a realização de licitação e de concurso público para a contratação de contadora, motorista e zeladora, apesar da obrigatoriedade legal, evidenciando não ter agido com a cautela necessária a fim de verificar se efetivamente estavam presentes as condições legais que afastavam a exigibilidade, entendo presente o elemento subjetivo culpa (BRASIL, 2019, www.stj.jus.br).

Nada obstante, essa construção jurisprudencial de conceitos não pacificou a questão, como se mencionou no raiar deste tópico – tanto que foi levada a cabo a modificação pretendida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ante a especificidade da questão suscitada, e cingindo-se ao objetivo desta pesquisa, cumpre-nos pontuar aspectos da teoria do discurso compartilhada por Günther (2004), a partir da qual podemos divisar uma compreensão mais técnica do tema.

O filósofo alemão advoga que toda norma implica referência a uma situação de aplicação, das suas consequências e os efeitos colaterais dessa aplicação. Se fosse dado tempo infinito para se perceber todas as nuances da norma observada (o que seria a condição ideal), seria possível prever todas as consequências e efeitos. Mas, o próprio autor reconhece que não é possível se atingir essa condição ideal, embora não descarte que possa acontecer (papel contrafactual). Desenvolve, então, a tese de que é diferente afirmar que se justifica uma norma imparcialmente, de afirmar que se aplica uma norma a um caso imparcialmente (GÜNTHER, 2004).

Günther acaba notando que se uma norma parte de um princípio de universalização, ou seja, é formulada a partir de uma conjuntura em que todos os envolvidos possam assentir, sob as mesmas circunstâncias, com as consequências e os efeitos colaterais, ela é válida. Esta é a tese da universalização denominada de “fraca” por Günther (2004), e a qual se contrapõe à tese que ele chama de “forte”, defendida inicialmente por Habermas.

A tese forte de universalização (“U”) considerava que era possível, no discurso de fundamentação, incorporar e antever, *ex ante*, todas as situações de aplicação possíveis, o que foi refutado por Günther, que demonstrou a inviabilidade dessa condição ideal, ante a finitude do tempo. A tese fraca propõe que o interesse maior é

a fundamentação imparcial para a norma, e não a definição *a priori* de todas as situações de aplicação (BRESOLIN, 2016).

Nesse compasso, desse conjunto de normas válidas (operadas a partir da tese da universalização), perante uma situação de mundo concreto, é possível que mais de uma norma seja apropriada para essa mesma situação, ocorrendo um choque. Por isso, acaba advogando a conveniência de ter-se um conceito normativo de coerência, o qual será bastante próximo daquele de integridade de Ronald Dworkin, que será explorado no próximo capítulo.

A coerência é uma exigência de racionalidade, capaz de conduzir a um sistema de princípios (e de regras) que sejam válidos, e cujas validades estão escoradas em pretensões de validades normativas (de correção, no caso), posto que são resultado de discursos universalizantes, que consideram os interesses de cada um dos sujeitos envolvidos (PEDRON, 2008). A coerência, a seu turno, exigiria que a validade só fosse atribuída às normas oriundas de um processo de discurso de justificação. Mas Günther (2004) determina que não é possível hierarquizar essas normas, todas elas apresentam o mesmo grau de validade. Tal situação implica, por óbvio, a questão premente: se todas as normas são válidas e passíveis de aplicação, como saber qual deve ser aplicada em um caso específico?

Günther (2004, p. 69-70) prossegue em seu raciocínio, afirmando que a mera descrição fática do caso não seria suficiente, e demandaria uma reconstrução coerente, a ser atingida a partir do discurso de aplicação, o que ocasiona o inevitável aparte entre discurso de justificação e discurso de aplicação, pois

Para a fundamentação, é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Importa se é do interesse de todos que cada um observe a regra, visto que uma norma representa o interesse comum de todos e não depende de sua aplicação, mas dos motivos apresentados para que ela tenha de ser observada por todos como uma regra. Em contraposição, para a sua aplicação, cada uma das situações é relevante, ou seja, não importa se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamental é se e *como* a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação, deve-se adotar, "como se estivéssemos naquela situação", a pretensão da norma de ser observada por todos em toda situação (isto é, como uma regra), e confrontá-la com cada uma de suas características.

Reck e Bitencourt (2018a), em resultado das ponderações efetuadas por Klaus Günther, asseveram ser correto afirmar que para o discurso de justificação da norma

acaba se estabelecendo a expressão da universalização de um princípio moral, encetando um sentido de imparcialidade a ser conferido às pessoas e aos processos de constituição de validade. Compartilhando da mesma posição, Bresolin (2016, p. 348) apregoa que discurso de justificação ocupa-se apenas da norma em si, e não da aplicação para cada possível situação, ressaltando ser importante verificar, também, “[...] se é do interesse de todos que cada um observe a regra, uma vez que a norma representa o interesse comum e os motivos que são possíveis de ser apresentados, para que ela seja observada por todos como uma regra”.

Nesse contexto de busca pela norma válida adequada ao caso concreto³⁶, Günther constrói a sua teoria a partir da compreensão do Direito como um caso especial de discurso moral. E tal conjuntura teórica leva em conta que o desejo de generalizar o aceite da fundamentação moral de uma premissa tenciona alcançar uma plateia universal, enquanto ao Direito, através dos discursos de aplicação, cumpre a tarefa de adequar e dar efetividade a *standards* de conduta (RECK; BITENCOURT, 2018a).

Há, assim, na atividade do intérprete do Direito, a ser conduzida pelo discurso de aplicação, todo um espectro de normas válidas a serem consideradas, as quais foram previamente determinadas pelas escolhas do legislador através do discurso de justificação - e que não podem ser ignoradas -, cabendo fornecer, então, uma justificativa adequada para a correção do caso do mundo concreto (RECK; BITENCOURT, 2018a). O plexo de normas a serem examinadas pelo juiz decorre, portanto, das especificidades do caso concreto, e a aplicação imparcial do direito deriva da noção de que está se adotando norma produzida a partir da participação dos seus destinatários (PEDRON, 2008).

Dois são os momentos que precisam ser vencidos, portanto: o primeiro é deparar-se com o conjunto de normas válidas e dentre elas selecionar aquelas que tratem sobre o tema do caso em concreto analisado; enquanto na segunda etapa é que se irá justificar a utilização dessa ou daquela norma.

Retrocedendo-se aos primórdios da discussão, ainda para a fase de proposição da alteração legal, rememore-se que a fundamentação suscitada na proposição do projeto, encampando a posição de estudiosos do tema, era a de revelar-se necessária a conferência de maior segurança jurídica e uniformidade às fases decisórias

³⁶ A teoria de Günther se aproxima muito da teoria de Ronald Dworkin e seu “juiz Hércules”, que será objeto de análise no próximo capítulo dessa pesquisa.

administrativas. A discussão *in abstracto*, que se configurou como sendo o discurso de justificação da teoria de Günther, com relação especificamente ao artigo 28, intentava a restrição da possibilidade de responsabilização do gestor por seus pareceres e opiniões técnicas que não compartilhassem da mesma interpretação que os órgãos de controle. Havia um quê de facticidade por detrás do argumento do Tribunal de Contas da União e o seu conceito de “administrador médio”, posto que a alteração legal tinha sido descortinada ante a interpretação, por meio de um discurso de aplicação.

Cumprir destacar que essa vinculação com os fatos concretos que ensejaram a fundamentação do artigo 28 da LINDB não desnaturam a imparcialidade esperada pelo discurso de fundamentação apregoado pela teoria de Günther. Isso porque, a despeito do discurso de fundamentação não ser baseado em casos concretos, mas sim em um pano de fundo que conforma seu modo de interpretação e fundamentação para um veredicto de validade, não implica que a construção desse juízo de validade não possa estar dentro de um paradigma, “[...] pois os paradigmas condicionam qualquer interpretação. Há muito, sabe-se que não há interpretação desconectada dos fatos em geral, porque o intérprete está inserido na história” (RECK; BITENCOURT, 2018a, p. 118).

Assim, verifica-se que o legislador anteviu apenas a hipótese da responsabilização dos pareceristas em seu discurso de justificação, cabendo avaliar se, por conta do discurso de aplicação, a ser efetuado *a posteriori*, caberia a aplicação do artigo 28 da LINDB às hipóteses de sancionamento de condutas ímprobas da Lei de Improbidade Administrativa - ou seja, se elas remetem à restrição imposta pelo novo artigo.

O legislador injetou o artigo 28 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, por sua natureza, pretende ser um guia interpretativo das demais disposições jurídicas, espalhando efeitos por todo o ordenamento jurídico. No que concerne especificamente à improbidade administrativa, em sede constitucional, o artigo 37, § 4º da Constituição Federal é silente sobre o elemento anímico. Diversamente, o parágrafo 6º do mesmo artigo 37, ao tratar sobre o ressarcimento ao erário, é bastante claro quando estipula que é devida a recomposição em casos de dolo e em casos de culpa.

Infere-se, portanto, que o legislador constituinte remeteu ao legislador infraconstitucional a especificação das condutas ímprobas, assim como do elemento

subjetivo, que tanto pode ser apenas de forma dolosa, como admitir forma culposa. E, a Lei de Improbidade Administrativa, ao exemplificar as condutas e omissões que ensejam responsabilização, traz, de forma implícita, os elementos subjetivos que precisam ser verificados em concreto: para os artigos 9º e 11, exige-se a presença do dolo, e para o artigo 10 a presença de culpa³⁷ ou dolo.

Assim, a novel redação do artigo 28 da LINDB em nada altera a interpretação conferida aos dispositivos da Lei nº 8.429 em relação à penalização por condutas culposas, uma vez que tal capitulação possui estamento constitucional – é dizer que as condutas culposas permanecem sendo puníveis quando verificadas, nos termos do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, vez que era faculdade do legislador infraconstitucional estatuir as modalidades subjetivas pelas quais haveria de ser aplicada a sanção.

Doutro vértice, ante a natureza que assume a LINDB perante o ordenamento jurídico, resta inegável que, ao efetuar-se a seleção, dentre as normas válidas, para um caso concreto de possível ato de improbidade administrativa por conduta dolosa, haverá a remissão da particularidade “dolo” ao novo artigo 28. Destarte, para que seja verificada, no caso concreto, o ato de improbidade administrativa previsto ou no artigo 9º ou no artigo 10 da Lei nº 8.429, será necessário que reste demonstrada a atuação dolosa (o elemento volitivo de agir com especial fim) ou que tenha o agente incorrido em erro grosseiro, nos exatos termos propostos pela nova disposição da LINDB.

E, reafirme-se, ainda que o discurso de justificação para a validação do dispositivo tenha sido fundado na possibilidade de responsabilização dos agentes públicos que emitem opiniões técnicas, não se afasta a possibilidade de que seja aplicável a outras situações - tal como para fins de configuração de um ato de improbidade administrativa na modalidade dolosa -, pois, retomando-se a teoria de Günther, tem-se que

³⁷ Registre-se que não se desconhece a posição de Cammarosano e Pereira (2013), para quem os tipos subjetivos da Lei de Improbidade Administrativa não são compatíveis com as estatuições constitucionais sobre o tema. Para o mencionado autor, a improbidade é uma forma qualificada de ilegalidade, orientada para um fim vedado pelo ordenamento jurídicos e, portanto, se demanda móvel específico, uma conduta culposa não ter tal elemento agregado. Todavia, o elemento subjetivo da improbidade, conquanto ao menos até o advento da Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não contasse com definição específica para a seara administrativa, aproxima-se daquela concepção erigida para o Direito Penal, com sólida doutrina e jurisprudência no ponto. Há, ainda, que se discordar do aludido autor na medida em que a Constituição Federal não veda a capitulação por conduta culposa, remetendo ao legislador infraconstitucional a eleição dos elementos do ato de improbidade.

[...] a problemática que a ética do discurso sempre deixou clara é que o conhecimento dos participantes nos discursos nunca se dá nas condições ideais, o que significa dizer que é sempre limitado, e o tempo também é finito, sendo que as pessoas não podem deliberar infinitamente; logo, a dimensão da justificação passa a necessitar da dimensão da aplicação no tocante à situação fática que requer adequação da norma, buscando sua concretização. Repete-se: enquanto os discursos de fundamentação estão ligados com a ideia dos discursos morais que buscam dar validade a norma a partir do assentimento dos interlocutores na ação comunicativa que se desenvolve na esfera pública, os discursos de aplicação como pretensão de adequação e juridicidade estão mais voltados à solução do caso concreto, sendo que os discursos de fundamentação têm a vantagem justamente de estarem, de certo modo, desconectados de problemas concretos, ganhando, com isso, capacidade de prestar atenção no que é certo *prima facie* (RECK; BITENCOURT, 2018b, p. 105-106).

Fica, pois, claro, que à luz da teoria discursiva de Günther, o discurso de fundamentação do novo artigo 28 da LINDB, mesmo que não previsse a situação de aplicação a atos de improbidade administrativa, acaba, por conta do discurso de aplicação, que se baseia nas singularidades do caso concreto - e, neste particular, com especial ênfase no fato de que a alteração foi adicionada à lei de interpretação do ordenamento jurídico -, remetendo aos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa que admitem a modalidade dolosa, em nada repercutindo sobre o sancionamento pela modalidade culposa quando admissível.

A partir dessas considerações sobre a tutela da probidade administrativa, pode-se avançar para um terceiro ponto sensível e essencial para o deslinde da problemática a que se propõe: a análise das possibilidades interpretativas cabíveis para a moralidade administrativa por ofensa a direito fundamental – neste caso, o direito fundamental à efetiva tutela administrativa. O esforço concentra-se, pois, em averiguar a extensão interpretativa que se pode obter a partir do conceito de moralidade que esteja em descompasso com o direito fundamental em tela.

3.3 As políticas públicas e a atividade do administrador público: parâmetros para uma análise da interpretação da moralidade administrativa por ofensa ao direito fundamental

Dentre os princípios que norteiam a atividade administrativa está o da moralidade administrativa, contido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. O seu conteúdo é pautado por diversas interpretações doutrinárias (e jurisprudenciais) e, para os fins propostos por esta pesquisa, ele será destacado justamente pela sua alta

carga de abstração e dificuldade em densificar, e especialmente pela preocupação doutrinária em o descolar do princípio da legalidade, o que atrai a possibilidade de o analisarmos a partir do direito fundamental à efetiva tutela administrativa enquanto marco interpretativo para tanto.

Miragem (2013, p. 228) bem sintetiza a relevância e a preocupação com a moralidade administrativa, admitindo que mesmo

No atual estágio do desenvolvimento e aplicação dos sentidos emergentes do princípio da moralidade na experiência jurídica brasileira, o principal desafio parece residir na correta dimensão da sua eficácia jurígena, sobretudo de criação ou especialização de deveres de conduta da Administração e seus agentes em vista da proteção dos interesses dos administrados. Isto porque, embora tenha na proteção da legalidade um de seus aspectos mais relevantes (a ação ilegal da Administração pressupõe-se imoral), tem sua utilidade destacada justamente nas situações em que a ausência de lei não elimina a existência do dever jurídico, que emerge diretamente do princípio constitucional. Tal eficácia, contudo, deve ser reconhecida e aplicada em consonância com a obtenção de uma densidade normativa que assegure uma relativa estabilidade e previsibilidade, conatural à noção de moralidade administrativa, cujo conteúdo e significado têm seus fundamentos no sentido comum da ação correta e leal, a partir da compreensão que lhe reconhece a comunidade.

Para aprumar o rumo que se precisa percorrer até se atingir essa delimitação de conteúdo, e sem perder de vista a finalidade desta pesquisa, cumpre consignar, inicialmente, com Bitencourt e Reck (2018a), que as políticas públicas ocorrem no mundo fático por uma ação administrativa, pressupondo a existência de órgãos e orçamento, a partir da utilização de todo o plexo administrativo disponível (poder de política, serviço público, fomento, dentre outros), o que implica realizar uma escolha dentre as alternativas acessíveis - as quais, nem sempre, possuem claros delineamentos.

As políticas públicas não são, pois, atos insulares, senão fazem parte de programas do Estado, guiadas por prioridades vinculantes elucidadas pela Constituição Federal, dependentes da conduta de diversos atores para serem implementadas (FREITAS, 2015a)³⁸. O direito fundamental à efetiva tutela

³⁸ Em outro estudo, Freitas (2015b, p. 201), debate que "em definitivo, cumpre assimilar que o conteúdo das políticas públicas não pode ser estipulado exclusivamente por governantes ou legisladores, com a coadjuvância opaca e subalterna dos outros atores constitucionais, pois a Constituição, por mais ambígua e contraditória, não é pacote onírico de promessas soltas ao vento, ao sabor da faculdade de querer dos líderes políticos. Em outras palavras, a Carta, à vista da sua continuidade normativa, reclama acatamento seguro contra volatilidades. Trata-se de acolher o caráter heterônimo da tábua constitucional de prioridades conformadoras e limitadoras de preferências contingentes".

administrativa atua, no contexto, como guia para essa escolha, inclusive como escudo protetor ao administrador público demandado a optar em face de questionamentos vindouros.

Para que assim ocorra, não basta a mera estipulação legal de balizamentos ao gestor público, os quais precisam ter em seu campo de horizonte que a decisão deve caber dentro da moldura da moralidade administrativa, inclusive em termos de escolhas no campo das políticas públicas. Tais escolhas, a depender da forma como atingem ou não a finalidade maior que envolve a proteção/promoção dos direitos fundamentais, podem implicar na responsabilização do agente público – a depender, ainda, como referido, do elemento subjetivo que permeia o ato – por violação à moralidade administrativa e, como consequência, configurar-se um ato de improbidade administrativa.

De qualquer forma, o que se repisa é que o direito administrativo precisa ser lido a partir das luzes vinculantes emanadas da Constituição Federal de 1988, valorizando-se o princípio da probidade nas decisões administrativas (FREITAS, 2008). A orientação primordial da Administração Pública deve ser a implementação e fomento dos direitos fundamentais, não mais se admitindo atos baseados unicamente em adequação legal estrita (ou seja, formal), mas que estejam atentos ao sistema valorativo extraído da Constituição (CARVALHO, 2013).

O atuar administrativo só será válido, justificado e legítimo se harmônico com o conjunto de princípios e regras insculpidos na Constituição, de forma geral, e mais especificamente com os direitos fundamentais (BINENBJOM, 2014). Freitas (2015b, p. 2016) sintetiza que o entrelaçamento entre políticas públicas e discricionariedade administrativa é magnetizado pelo direito à boa administração, com o intuito de que “[...] as prioridades constitucionais vinculantes, graças ao controle (retrospectivo e prospectivo) de benefícios líquidos, alcancem empírica compatibilidade com os elevados padrões do desenvolvimento sustentável”.

Hachem (2014) observa que o gestor público, no exercício de seu dever-poder, precisa organizar a sua marcha de forma que possa atuar pró-ativamente em prol da concretização dos direitos fundamentais³⁹. Mas tal conduta não pode estar alheia aos

³⁹ Hachem (2014, p. 297) propõe que “assim como se experimentou um ativismo judicial, é preciso agora caminhar rumo a uma pró-atividade administrativa. Esse reconhecimento facilita as ações da Administração, pois os agentes não terão medo de serem acusados de contrariar a lei, de incorrer em improbidade administrativa, já que estarão acompanhados por um direito inscrito no ordenamento jurídico, e não apenas em uma linha teórica defendida por parcela da doutrina. As garantias judiciais

princípios norteadores do artigo 37 da Constituição Federal e, destacadamente, da moralidade administrativa, cujo conteúdo é de difícil aferimento em abstrato. Quando se observa os demais princípios contidos no artigo 37 – como a eficiência e a efetividade, pode-se imaginar parâmetros objetivos de aferição, como a estipulação de metas e seu preenchimento. Diversa é a situação da moralidade administrativa que, em um caso concreto e outro, pode estar ou não evidente a sua violação. A questão que se põe, neste ponto, é delimitar o que seria o núcleo da moralidade administrativa.

A imbricação entre Direito e moral é uma das mais tempestuosas discussões travadas – e isso de longa data -, mas precisa ser enfrentada para que se possa adequadamente tratar da moralidade administrativa, que não se identifica de forma total com a moral usualmente empregada no dia-a-dia. Esta, conforme Dimoulis (2006), pode ser definida como o plexo de convicções que possuem como objetivo a distinção entre bem e mal, à orientação da conduta do indivíduo conforme essa divisão, e à avaliação das condutas individuais, com a aplicação de sanções.

São diversas as correntes jurídicas que intentam resolver a tensão entre Direito e moral. Para os jusnaturalistas, o Direito se identifica com a moral, pois o Direito é aquilo que é natural, intersubjetivamente compartilhado, voltando à ideia de “fazer o bem”, com validade por si mesmo e que não depende de ação humana para ser criado ou reconhecido (DINIZ, 2009). Parte-se da ideia de que o homem possui direitos naturais, “[...] um espaço de integridade e de liberdade a ser obrigatoriamente preservado e respeitado pelo próprio Estado [...]” (BARROSO, 2011, p. 259).

Em evolução à opção jusnaturalista, toma-se a corrente positivista, a qual também possui diversas vertentes interpretativas. O positivismo em sentido amplo tem seu principal expoente em Hans Kelsen (1998), o qual formula sua “Teoria Pura do Direito” a partir do descolamento entre Direito e moral. Prescreve que o Direito é uma ciência própria, a ser aferida por critérios específicos, e que não se confunde com a moral, embora tanto as normas jurídicas quanto as normas morais estabeleçam, em seu dizer, regras sociais voltadas à regulamentação da conduta humana. Kelsen visiona que o Direito é oriundo de um fato social, que encarcera uma força coercitiva através da cominação de uma sanção, enquanto a norma moral não possui este último elemento (salvo reprovação dos demais componentes da sociedade pela ação ou

facilitam que os juízes, mediante um ativismo judicial, implementem as teorias constitucionalistas contemporâneas sem maiores receios. O mesmo não ocorre com os administradores públicos em geral”.

omissão que contrarie o preceito moral estipulado)⁴⁰. O citado autor ainda conclui que não existe uma moral absoluta, capaz de validar um sistema jurídico, mas diversas concepções morais comunitárias, o que impede que esteja vinculado àquela como critério de validade - posto que apenas a forma é essencial para fins de validade (KELSEN, 1998).

Mas, essa separação radical não se manteria indefinidamente como aporte teórico. Ronald Dworkin (que será mais bem explorado no próximo capítulo) retoma, com sua obra, a proeminência dos princípios na atividade jurídica. Afirma, com efeito, que todo sistema jurídico que pretende ser moralmente correto ou justo somente o será se contiver, ainda que implicitamente, a pretensão de correção (DIMOULIS, 2006). Assim, se o objetivo do Direito é o ajustamento da conduta humana conforme o justo e o correto, não pode se desvincular da moral – ou, do contrário, se o sistema não traz a pretensão de correção, não pode ser considerado Direito (DIMOULIS, 2006). As críticas ao positivismo são, contudo, ferrenhas⁴¹ e extensas, descabendo adentrar nelas para os fins desse estudo.

Avançando-se no tema, é preciso salientar que as considerações teóricas declinadas anteriormente cederam espaço para interpretações nada ortodoxas em solo pátrio. Emerson Gabardo (2017) acaba detectando que o pós-positivismo implicou na absorção, pelos tribunais pátrios, da ideia de que a interpretação deve corrigir o Direito pela moral. Todavia, reside problemática esta atuação judicial na medida em que o moralismo – assim entendida como a moral social, aquela derivada da expectativa da comunidade com relação a certo assunto – acaba impregnando o

⁴⁰ A distinção resta bem clara na passagem da obra *Teoria Pura do Direito* (2000, p. 71) em que apregoa o seguinte: “O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física”.

⁴¹ Como aquelas declinadas por Moreira Neto (2011, p. 19), que bem expressam uma síntese dessas opiniões adversas: Com efeito, o positivismo jurídico, que havia levado o formalismo e o dogmatismo jurídico a uma excessiva preeminência, minimizando a necessidade e a importância da axiologia e do conteúdo substantivo na aplicação da lei, havia abastardado a Ciência do Direito, ao desvinculá-la dos valores que sempre orientaram a sua formação, seu desenvolvimento e, principalmente, a sua aplicação, desde suas remotas origens. Haviam sido, assim, as suas próprias contradições do positivismo, que arrogava o status de ciência dita “pura”, por prescindir dos valores que a tornam humana, e, sobretudo, por seus catastróficos erros históricos, que, culminando com mais de meio século de incontáveis abusos do ser humano, que encontravam nas leis a vontade dos governantes de plantão e não a sua, auspiciosamente acabaram despertando a consciência dos povos para a necessidade de reinfundir os valores que haviam sido perdidos pelo Direito, esvaziado pela fria lógica dominadora do Estado-potência, que se instalara ecumenicamente, possibilitando o ressurgimento dos princípios jurídicos.

rumo das decisões judiciais e, desta forma, acaba-se deixando de lado a facticidade do caso concreto e adentrando-se em campo político. A interpretação da teoria, por si, acaba sendo deturpada como forma de incorporar um moralismo às decisões judiciais, claramente deformando a sua concepção inicial.

Cumprir trazer à baila, ainda, a teoria da argumentação jurídica, cuja expressão mais enfática se encontra na obra de Robert Alexy e Jürgen Habermas. A aposta é a de que seria possível construir-se uma decisão judicial racional a partir de uma teoria normativa (ou seja, a partir da ideia do que deve ser), seguindo-se as regras do discurso.

A ação comunicativa, para tal corrente doutrinária, é o ponto fulcral do processo: a questão da validade de uma proposição pode ser contraposta por outras razões que a desqualifiquem como válida, desde que os interlocutores exponham os seus argumentos e, com isso, propiciem que outros possam compreender, aceitar ou discordar – e desde que esses também demonstrem seus fundamentos para tanto (HABERMAS, 1997). Para Habermas (1997), se alguém pretende dizer “sim” ou “não”, resta necessário que o interlocutor esteja disposto a fundamentar a pretensão para a qual pretende aceitação/rejeição, pois aquele que se dispõe a agir comunicativamente requer contar com argumentos que possam ser aceitos em comum pelos demais participantes.

Habermas (1997), inclusive, pauta seu princípio de democracia de forma originária com o surgimento dos direitos fundamentais a partir da interligação entre o princípio do discurso (pelo qual considera que são válidas as normas que resultem do consentimento dos participantes de um discurso racional) e a forma jurídica, obtida a partir da distinção entre Direito e moral. O princípio do discurso de Habermas (1997, p. 142) é conceituado como “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. É nesse contexto que o autor apregoa que é o procedimento deliberativo que atenua a tensão entre facticidade e validade.

Conforme sintetiza Rogério Gesta Leal (2014), Habermas tem preferência por visualizar a moral como complementação ao direito, de forma a compensar alguns déficits de legitimidade a autonomia desse, através do engajamento social promovida por aquela – mais rigorosa, pois sob as luzes da universalização. Mas, “[...] após o desencantamento, permanece como poderosa motivação individual para ação, sem

todavia, maiores consequências sociais do seu descumprimento” (LEAL, R. G., 2014, p. 89).

Não por outra razão que o autor alemão constrói seu princípio de universalização justamente como um recorte entre Direito e moral que, ao mesmo tempo em que os distingue, também correlaciona a influência entre um e outro. Tal princípio de universalização acaba se constituindo como a possibilidade de compartilhar-se intersubjetivamente, desde que a partir de um discurso racional, certas premissas, e a partir delas obtenha-se um consenso em aceitar aquela máxima de conduta, inclusive os efeitos colaterais decorrentes (BITENCOURT; RECK, 2014).

Mas essa moral a qual se referem os teóricos do Direito não se identifica completamente com a moral administrativa aqui pautada, e tampouco com a própria proibidade administrativa – como adiantado em tópico antecedente –, a qual se assoma como uma de suas vertentes. A moral administrativa tem sua sistematização originariamente atribuída ao francês Maurice Hauriou, e servia para policiar o ato administrativo em termos de boa administração em sentido amplo, de violação à legalidade (LEAL, R. G., 2014). Posteriormente, a doutrina brasileira ampliou esta função da moralidade administrativa para abarcar a fiscalização em termos de objeto do ato administrativo, a ser efetuado a partir do conjunto de regras de conduta esperadas e atribuídas à Administração Pública.

Na doutrina nacional, é sempre citado o administrativista Hely Lopes Meirelles (1998) quando se trata de moralidade administrativa. Em sua lição, moralidade administrativa está relacionada ao elemento ético da conduta do agente público, o qual precisa decidir entre o que é legal e ilegal, da mesma forma que lhe compete optar entre o honesto e o desonesto.

Mas Giacomuzzi (2002) adverte que o mencionado autor cita como fonte de sua pesquisa artigo de um advogado português chamado Antônio Brandão, que teria compilado as ideias de Hauriou. Todavia, o artigo de Brandão, conforme Giacomuzzi (2002) não contém a correlata indicação das fontes bibliográficas. Por isso, elucida que a moralidade mencionada pelo artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal é, na realidade, a proteção ao desvio de finalidade, da legalidade interna do ato. Quanto à moralidade administrativa contida no artigo 37, trata-se da constitucionalização da boa-fé ao Direito Público, e sua consequente derivação à improbidade administrativa (GIACOMUZZI, 2002).

Moreira Neto (1992, p.11), por outro lado, considera as lições de Hariou e de Brandão para formular a sua concepção de moralidade administrativa, e sem identificar maiores problemas nesta fonte. Deduz, deste arquétipo, que o “vício de moralidade administrativa” – denominação utilizada pelo autor – ocorre quando há a prática de ato “[...] fundando-se em *motivo*: a) inexistente; b) insuficiente; c) inadequado; d) incompatível; e e) desproporcional”.

Humberto Ávila (2005), em trabalho dedicado à investigação da moralidade administrativa, reconhece a preocupação da Constituição Federal de 1988 com os “padrões de conduta” – ou seja, com a probidade do atuar da Administração Pública, aproximando moralidade de probidade. Sistematiza que esses padrões podem ser vertidos a partir de cinco óticas: 1) partindo-se do estabelecimento de valores fundamentais, que devem estar inseridos na atividade administrativa e que não devem ser restringidos sem justificativa; 2) instituindo uma maneira objetiva e impessoal para o atuar da Administração Pública, lastreado no Estado de Direito, separação de poderes e legalidade; 3) criando maneiras de proteção dos direitos fundamentais; 4) impondo critérios para acesso aos cargos públicos; e 5) impondo mecanismos de controle da atividade pública.

Carvalho Filho (2018) acaba não conceituando especificamente a moralidade administrativa, mas deduz que usualmente estará atrelado ao princípio da legalidade e da impessoalidade, repisando as impressões já declinadas por outros doutrinadores. Cammarosano (2006), em posição próxima à de Carvalho Filho, predica que a moralidade administrativa tem um conteúdo jurídico porque juridiciza valores extraídos da moral comum, com forte ligação à ideia de legalidade – inclusive, chega a ser enfático em concluir que a violação de moralidade administrativa é a violação da legalidade.

Aproximando a moralidade administrativa da concepção de controle dos atos (e, por consequência, do resguardo da probidade administrativa), Rangel (2006) deduz que o princípio constitucional da moralidade administrativa legitima a averiguação dos atos estatais e do comportamento dos seus agentes e órgãos (independentemente da esfera de poder). Na mesma toada, Emerson Garcia (2002, p. 164), aponta que a moralidade restringe e orienta a atividade administrativa, impedindo que os agentes públicos desconsiderem os valores emanados dos direitos fundamentais dos administrados, além de preservar os valores essenciais para uma sociedade justa e solidária, conferindo aos administrados “o direito subjetivo de exigir do Estado uma

eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso”.

E, seguindo a mesma linha de raciocínio, Souza Filho (2015) que apregoa existir diferença básica entre moralidade comum e moralidade administrativa, calcada na premissa de que aquela nem sempre se subsume à punição estatal, ao contrário da moralidade administrativa, pois é pressuposto que o cidadão deve controlar os atos que lhe digam respeito e que suscitem dúvidas quanto ao ponto. Também Miragem (2013) defende tal ponto de vista, ao explicitar que a moralidade administrativa é princípio geral e abrangente da atividade pública, que incide sobre a conformação e controle da ação, e na imposição de condutas aos agentes públicos, daí resultando um dever de probidade.

Controvérsias à parte sobre o surgimento e as fontes das quais se debruçam a doutrina brasileira, fato é que resta firmado, especialmente após a Constituição Federal de 1988, o destaque à moralidade administrativa, posto que a mera “[...] satisfação dos requisitos legais do ato não é suficiente, impondo-se ir adiante à análise da ação administrativa, no intento de investigar se, realmente, há interesse público nela, ou outro tipo de interesse divorciado” (LEAL, R.G., 2014, p. 99).

Pontua Freitas (2015a) que o principal desafio é justamente captar como uma decisão administrativa, que resguarde os requisitos formais para sua edição também consiga estar em conformidade com a teleologia de todo o ordenamento jurídico - e aí, inclusive, os direitos fundamentais, dentre eles o da boa administração pública (aqui englobado o direito à efetiva tutela administrativa). Deste complexo e intrigante relacionamento ressaí ser possível a formulação de parâmetros interpretativos da moralidade administrativa (a despeito de sua alta carga de abstração), a ser guiado em etapas sucessivas, a partir do direito fundamental à efetiva tutela administrativa enquanto marco interpretativo para tanto.

O primeiro destes parâmetros diz respeito à verificação da aderência da ação/omissão a algum direito fundamental. Na esteira do que vem sendo colhido nesta pesquisa, é preciso que seja averiguada a finalidade de se atingir a promoção ou proteção de algum direito fundamental, a partir da conexão entre dever-poder a que estão imbuídos os agentes públicos (BANDEIRA DE MELLO, 2017) e a dimensão objetivo do direito fundamental à efetiva tutela administrativa (SARLET, 2015;

HACHEM, 2014). Moral será o ato que congregar o viés finalístico de catapultar (para melhor) um direito fundamental.

O segundo parâmetro interpretativo é a verificação da justificativa do ato. A própria Constituição Federal de 1988 exige que os atos administrativos sejam publicizados, e o mesmo rumo segue as razões que o fundamentam. Logo, a falta de razões ou razões desvirtuadas (eivadas por interesses escusos à finalidade pública, ou inexistentes na prática) tornam o ato ilegal e imoral (SOBRINHO, 1993).

Moreira Neto (1992), ao pontuar a moralidade administrativa em relação à justificação de um ato, dispõe que ela não restará presente quando 1) o ato for praticado com base em motivo inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível e desproporcional (no sentido de ser valorado de forma não razoável os motivos, acarretando em resultado diverso daquele que visava o ato); 2) quando o objeto do ato for impossível (seja por incompatibilidade jurídica, seja por fática), desconforme para com o interesse público almejado ou ineficiente (comprometendo o interesse público ante a desproporção entre custos e benefícios).

Logo, a moralidade administrativa precisa estar estampada no ato administrativo, cuja justificação precisa estar atrelada a algum direito fundamental, ainda que de forma indireta, o que será controlável através das razões expostas pelo agente público – por exemplo, na denegação de acesso à informação, o ato que obste o cidadão de tomar conhecimento deste dado precisa informar por qual motivo se está mantendo o sigilo daquela informação, e essa justificação precisa encontrar ressonância em razões verídicas.

Um terceiro parâmetro seria a averiguação, quando o ato em análise se inserir em um contexto de política pública, da sua conformação material ao direito fundamental, objeto daquela. A má gestão de um dos instrumentos da política pública⁴² pode se caracterizar ou não como imoral, a depender da forma pela qual atrita com os tipos legais (seja da improbidade administrativa, seja dos próprios crimes de responsabilidade). A ausência de correspondência entre o que pretendia o ato a partir das razões dadas, e a natureza do objeto, para além da clara ilegalidade,

⁴² Reck (2018b), observando as políticas públicas a partir de uma matriz pragmática-sistêmica, identifica que, em sendo a política pública uma unidade de decisões políticas/jurídicas, não se pode dizer que existe apenas uma forma de se concretizar o plano traçado. A ideia é que as políticas públicas se valem de um aparato instrumental diverso, composto, usualmente, pelo seguinte: 1) criação de uma legislação penal, administrativa, civil, trabalhista, etc.; 2) fomento; 3) regulação; 4) serviços públicos; 5) obras públicas; 6) intervenção na propriedade privada e/ou economia; 7) poder de polícia; e 8) programas administrativos.

também configura imoralidade (GARCIA, 2002). Como arremata Miragem (2013), para quem a probidade é uma das faces da imoralidade, há que se ter como um dever dos agentes públicos a eficiência funcional, no sentido de demandar-se condutas concretas para a obtenção dos melhores resultados da ação administrativa.

O viés que se busca, para fins de interpretação de moralidade não é aquele do agente público claramente inábil, mas sim daquele que contraria a previsão legal ao determinar o rumo dos instrumentos da política pública por um ou outro caminho a partir de interesses outros que não o precípua dever-poder de realização do direito fundamental nuclear. Por isso, é essencial que se reafirme a imprescindibilidade do elemento anímico nos casos, especificamente, de ato de improbidade administrativa por ofensa ao direito fundamental à efetiva tutela administrativa decorrente da quebra de moralidade administrativa: a imoralidade do ato ou da omissão depende, de forma conexa, da ocorrência de culpa ou dolo (sendo que este último necessita ser interpretado, no compasso do que foi precedentemente exposto, a partir do artigo 28 da LINDB). O elemento teleológico não resta dissociado da moralidade administrativa (como acontece também na moralidade comum), pois em última análise o agente acaba quebrando a expectativa nele depositada pela sociedade⁴³, da qual é conhecedor.

Assim, e no esteio de Miragem (2013), pode-se afirmar que moralidade e probidade são noções que a Constituição enreda como pauta administrativa e como critério de controle para os agentes públicos, impedindo o vilipêndio de um *standard* de conduta considerado valioso.

Transpostas as noções necessárias que circundam a probidade e a moralidade administrativa, inclusive vertendo-se possíveis parâmetros interpretativos desse princípio para aferição de sua quebra quando ocorrer ofensa ao direito fundamental à efetiva tutela administrativa, cumpre-nos adentrar, por fim, no núcleo central do problema que norteia esta pesquisa.

⁴³ Kim e Porto (2014, p. 131-132), inclusive, chegam a defender a existência de um direito fundamental difuso de moralidade administrativa, aduzindo que “A moralidade administrativa alçou a posição de direito fundamental de cada cidadão, titular do poder, ao qual se deve prestar contas pela gestão adequada do patrimônio público. Por meio de uma atuação moralmente aceita, o gestor público deve administrar os bens e interesses do povo, não só sob o fundamento da existência de um dever funcional, mas essencialmente constitucional. Deve o homem público observar as normas para o bom desenvolvimento e manutenção das liberdades públicas, traçando políticas públicas de acordo com a finalidade e interesse primário da administração pública”.

O prumo aponta, a partir deste momento, para uma imersão na teoria de Ronald Dworkin e a possibilidade de sua utilização para fins interpretativos da Lei de Improbidade Administrativa, sempre tomando em consideração, como referência o direito à efetiva tutela administrativa. Os contornos e as possibilidades que se descortinam para esta temática são inúmeros e ainda pouco explorados, mas com certeza bastante promissores, o que se poderá verificar ao cabo das próximas páginas.

4 A CONFORMAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PERANTE O DIREITO À EFETIVA TUTELA ADMINISTRATIVA

O objetivo desse último capítulo reside na aferição da possibilidade de construção de critérios para configuração do ato de improbidade administrativa em face das decisões que interrompam ou alterem substancialmente os instrumentos que compõem uma política pública.

Na esteira dos conceitos construídos nos tópicos antecedentes, verifica-se que existe no ordenamento nacional um direito fundamental à efetiva tutela administrativa, que conduz a atividade administrativa – especialmente a do Poder Executivo – e, ainda, influencia a leitura da Lei de Improbidade Administrativa. A tomada da decisão que implica modificações na forma de execução dos instrumentos de uma política pública perpassa, pois, pelas diretrizes de tal direito fundamental, embora esteja sujeito a um âmbito discricionário.

Assim, a temática central desse capítulo será, justamente, tentar fornecer uma alternativa de conciliação entre discricionariedade administrativa, dever-poder, direito fundamental à efetiva tutela administrativa e atos de improbidade administrativa, a partir das bases teóricas fornecidas pelo Direito como integridade, ponto nodal para que se possa fornecer a resposta à pergunta originalmente formulada, qual seja: o direito fundamental à efetiva tutela administrativa impõe, em caso de suspensão ou modificação dos instrumentos de uma política pública, violação da probidade, atraindo a incidência da Lei de Improbidade Administrativa?

Passa-se, pois, à elucidação final do questionamento.

4.1 A teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin enquanto meio teórico de elucidar a prática de ato de improbidade por violação ao direito à efetiva tutela administrativa

Com esteio nos tópicos precedentes, resta consignado que a moralidade administrativa resta imperativa ao agente público no âmbito das políticas públicas, ainda que se trate de decisão conformada ao âmbito de discricionariedade. Demanda, também, que se salvguarde a probidade administrativa, obstaculizando condutas e omissões permeadas por dolo (na conformação dada pelo art. 28 da LINDB) ou culpa, cabendo observar, para as decisões a serem tomadas, a guia da efetiva tutela

administrativa e do respeito aos direitos fundamentais, particularmente quando se tratar de descontinuidade de instrumentos de política pública.

O direito fundamental à efetiva tutela administrativa, conquanto intimamente ligado à tutela das condutas probas dos gestores públicos, pode servir como autêntica moldura interpretativa, no compasso do que já se havia antecipado nas linhas anteriores, e ponto sobre o qual se trata esta seção final da pesquisa.

Consoante lições de Canotilho (2006), um dispositivo constitucional é formado por dois elementos distintos: um programa normativo, assim entendido o conjunto de signos linguísticos que o compõe e o seu significado; e um domínio normativo, que abarca os dados da realidade que possuem correlação com aquela norma. Da conjunção interpretativa de ambos elementos se tem a norma constitucional (o objeto da interpretação), que ainda é geral e abstrata, precisando ser transformada em norma de decisão para que tenha normatividade (ou seja, concretude, efeitos).

Daí nota-se que o direito fundamental à efetiva tutela administrativa, em sendo enunciado constitucional, possui um domínio normativo - ou seja, um campo que abrange dados reais e concretos correlacionados a ele. A Lei de Improbidade Administrativa, quando violada, está inserida dentro desse domínio, uma vez que o ato de improbidade em si, muito mais do que confrontar princípios administrativos, admoesta os direitos fundamentais com seus nefastos efeitos.

Desponta, pois, o direito fundamental à efetiva tutela administrativa como orientador para a verificação da realização (ou não) no mundo concreto de uma conduta que se qualifique como ímproba, violadora da moralidade administrativa. Atua, também, como parâmetro de orientação para o próprio administrador público que, ao se deparar com uma situação que exija a adoção de uma conduta dentre várias possíveis, precisa selecionar não apenas aquela que seja a mais econômica, eficiente e eficaz, mas também aquela que atenda, da forma mais plena possível, o direito fundamental subjacente.

Para enfrentar a resposta adequada a ser dada pelo gestor, propõe-se lançar mão da teoria formulada por Ronald Dworkin, a qual sugere que para casos difíceis existe uma resposta certa, a partir da reconstrução interpretativa do caso, operada pelo “juiz Hércules”. Saliente-se que, a despeito da teoria em comento ter sido formulada para casos judiciais - pois esta era a esfera de trabalho das investigações do citado autor -, a concepção é passível de transposição para a esfera decisional administrativa, consoante demonstrado nas próximas linhas.

Repise-se, inicialmente, a ponderação de Hachem (2014) sobre o fato de que um dos efeitos primordiais do reconhecimento do direito à efetiva tutela administrativa é, justamente, permitir ao administrador público que, dispondo dos mesmos fundamentos que poderiam ser utilizados por uma autoridade judicial para revisar ou impor um ato administrativo⁴⁴, possa lançar mão desta autorização concedida pelo direito fundamental, evitando a judicialização desnecessária da questão - e entregando, de forma mais eficaz, a tutela pretendida e necessária ao cidadão. Prossegue o autor afirmando que o reconhecimento do direito à efetiva tutela administrativa possui(rá) o condão de aprimorar a atividade administrativa, propiciando que os direitos fundamentais sejam protegidos e promovidos de forma universal - e em contraponto às decisões de cunho judicial, que atingem um número determinado de pessoas e excluem outras tantas (HACHEM, 2014).

Na perspectiva do papel judicial para a efetivação do direito fundamental à efetiva tutela administrativa, precisa-se apontar a sua identificação com o viés procedimentalista. Habermas (1997), ao abordar a atuação do Judiciário, antevê que o caráter discursivo garante as condições para a deliberação pública sobre os princípios nos quais se escoram as decisões judiciais, precavendo da utilização de princípios conservadores ao extremo.

O filósofo, então, conclui que os direitos fundamentais não são passíveis de uma análise de custos e vantagens, a exemplo das normas que encontram sua determinação a partir de um discurso de aplicação. A tarefa judicial não consiste em atribuir valores concorrentes e suas medidas de realização, mas sim

[...] em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes. É preciso estabelecer um nexó racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema regras permaneça intocada em seu todo (HABERMAS, 1997, p. 323).

⁴⁴ Barcellos (2005, p. 92) aponta, sobre a questão das escolhas a serem efetuadas em termos de políticas públicas, que “A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária: salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais”. E arremata que “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas - que irá, ou não, realizar esses fins - deve estar totalmente infensa ao controle jurídico”.

É preciso salientar, todavia, que Habermas não incorpora de forma completa a teoria do “juiz Hércules” que será exposta na sequência, posto que o considera solipsista, e é justamente o caráter procedimental da teoria do discurso que pode atuar como antídoto. O princípio da democracia, caro para Dworkin, está, para Habermas, no mesmo nível que o princípio da moral (OLIVEIRA, 2006). Por tal razão, Habermas (1997, p. 323) propõe que

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas normas se juntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta.

Bitencourt e Reck (2018b, p. 117), na mesma toada, e com relação ao recorte delineado para essa pesquisa, expõem que a mera relação entre políticas públicas e direitos fundamentais é insuficiente, cabendo agregar o discurso que desvele uma “[...] coerência narrativa entre fins e os atos de fala necessários em sede de poder administrativo, ou seja, faz uma ligação causaliforme e comunicativa entre as medidas e os valores a serem alcançados”.

Logo, é o procedimento que conecta o papel do Poder Judiciário ao direito fundamental à efetiva tutela administrativa, posto que são as justificações manejadas que propiciam o resguardo da observância de tal postulado fundamental. E, portanto, para o viés escolhido para esse trabalho, o discurso que fundamenta as políticas públicas precisa estar entrelaçado com o direito fundamental à efetiva tutela administrativa, o que implica reconhecer ao administrador público o manejo dos mesmos instrumentos que seriam passíveis de utilização pelo Poder Judiciário frente ao mesmo caso concreto.

Tecidos os esclarecimentos necessários, é imperioso que se avance para a delimitação teórica da escolha pela resposta certa. A obra de Ronald Dworkin parte da concepção de que o positivismo jurídico não é a melhor teoria de direito disponível posto que, perante um *hard case*, concede ao juiz a possibilidade de decidir o caso tal qual considere ser adequado, e isso gera *new legal rights* – ou seja, a criação de novos direitos à mercê da lei expressa. Por conta dessa crítica, embasa sua teoria

numa construção interpretativista de Direito, inclusive redefinindo a relação daquele com outros campos como a política e a moral (FREITAS; COLOMBO, 2017).

O autor norte-americano em apreço invoca a ideia de que o escopo da atividade interpretativa é revelar a melhor obra de arte que uma obra pode ser, e não a converter em coisa diversa - o que ele denominou de hipótese estética. O método estético de interpretação desenvolvido pelo autor parte da ideia de transposição dos estudos interpretativos feitos no âmbito da crítica literária para o direito, não desprezando que qualquer estilo crítico-literário vai considerar a obra conforme as suas bases teóricas, também sofrendo influência da opinião pessoal de quem interpreta, especialmente sobre a coerência ou integridade na arte (DWORKIN, 2010).

Dworkin (2000, p. 222) especifica que a hipótese estética derivada da interpretação literária “[...] tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”. Sua sugestão contraria, pois, as teorias de interpretação com excessivo apego canônico ao texto, já que uma mesma história pode ser contada com palavras diferentes e, nem por isso, deixa de ser o que é e, “portanto, o estilo de interpretação de qualquer crítico literário será sensível às suas convicções teóricas a respeito da natureza de um texto canônico e das evidências que o corroboram” (DWORKIN, 2010, p. 223).

A interpretação não pode tornar uma obra reconhecida caso considere “[...] uma grande parte do texto irrelevante, ou muito da circunstância acidental, ou uma grande parte do tropo ou estilo não integrados e respondendo apenas a padrões independentes de escrita refinada” (DWORKIN, 2010, p. 20). A integridade da obra deve ser respeitada no processo de sua interpretação, não se podendo desprezar palavras ou frases por considerá-las irrelevantes, deve ser o conjunto tomado como um todo.

O conceito de interpretação para Dworkin é incontestado, na medida em que se trata da atividade de atribuir um valor. Controvertidos são os valores que orientam a qualidade da obra (THEODORO FILHO, 2016). E, nesse contexto, surge a comparação do direito como romance em cadeia, no qual cada juiz é um escritor singular de uma obra coletiva, em que os autores se sucedem nos capítulos seguintes. Para que essa obra não perca o objetivo final - que é ser coerente em sua integridade -, é preciso que cada “romancista” conheça os capítulos anteriores para ter uma visão coletiva da obra (DWORKIN, 2010).

A prática jurídica, a exemplo de uma interpretação literária, deve satisfazer aos requisitos de ajustar-se à prática jurídica anterior e mostrar seu objetivo ou valor. O Direito, entendido esse como uma empresa política, com o objetivo geral (caso exista algum) de coordenar esforços sociais e individuais, resolver conflitos, assegurar justiça (ou a combinação desses fatores), deve apresentar qual o valor de classificar-se um direito em aparte aos demais, demonstrando que essa é uma forma de melhor princípio ou orientação política (DWORKIN, 2010)⁴⁵.

Constata Dworkin que o direito é um romance cadenciado (*chain novel*), que precisa ser íntegro e, portanto, deve-se dar o adequado tratamento à intenção do autor, em uma visão coletiva. O romance em cadeia representa um empreendimento coletivo de uma atividade que se supõe individual. A dimensão coletiva vai exigir que o romancista jurídico, para escrever seu capítulo – ou seja, proferir a sua deliberação, transpondo para a atividade do administrador público e do Poder Judiciário -, precisa fazer com que seu veredito encaixe-se (*fits*) na história que vem sendo contada (e por essa razão necessita considerar os julgamentos anteriores), assim como exponha o ponto de vista do tomador da decisão (*value*) (ALMEIDA, 2013). Assim é que,

Segundo Dworkin, conforme se dá uma progressão na cadeia, aumenta proporcionalmente o grau de vinculação do intérprete/autor, do mesmo modo que um juiz que toma a última decisão se encontra mais vinculado aos anteriores precedentes do que os juízes que tomaram as decisões iniciais (RODRIGUES, 2005, p. 56).

Theodoro Filho (2016, p. 669) sintetiza que a responsabilidade de cada autor na proposta da *chain novel* carece de respeito à integridade e à coerência do que foi previamente escrito pelos demais coautores, sendo que a contribuição dada não pode estar destoante do conteúdo e forma, nem que descuide de compor uma teoria da interpretação até a posição em que já tiver sido escrito, “[...] na tentativa de estabelecer os propósitos, as intenções e os objetivos da obra, de modo que a sua contribuição sirva também para promover e estabilizar esses mesmos padrões”.

⁴⁵ A orientação política não é de livre escolha por quem interpreta, como pode parecer em um primeiro momento. Theodoro Filho (2016, p. 672), aduz que “A teoria política adotada por um determinado juiz, portanto, necessita de um vínculo histórico que justifique a sua validade, ou seja, a teoria deve ser capaz de analisar e valorar adequadamente a história institucional do sistema jurídico, apresentando-lhe propósitos, objetivos e intenções que possam razoavelmente ser depreendidos dos elementos que compõem esse sistema jurídico. Nessa medida, o cânon do sistema jurídico pode ser compreendido como as leis, os precedentes, as decisões, os princípios e as políticas que o compõem, tendo em vista a proposta dworkiniana de interpretação do sistema jurídico”.

Por tal concepção, reivindica-se que a melhor teoria política dá às intenções de juízes e legisladores anteriores um papel importante na interpretação - reforçando a ideia de romance em cadeia para o direito, em que cada juiz é o autor do capítulo seguinte e não pode se desacoplar da interpretação dada pelos capítulos anteriores (DWORKIN, 2010). A atividade decisória é, por consequência, tanto crítica - ao aplicar uma teoria política sobre o sistema jurídico para compreendê-lo em sua melhor interpretação histórica -, quanto criativa - criando um novo capítulo para o romance em cadeia do sistema jurídico (THEODORO FILHO, 2016). Ao juiz, enquanto “romancista”, resta um espaço entre aquilo previamente construído (uma espécie de tradutor) e o início de um novo romance, espectro que lhe confina e, ao mesmo tempo, lhe concede liberdade para criar (STRECK; MOTTA, 2018)⁴⁶.

O viés político - e não a intenção de cada autor em si - é que acaba sendo a força motriz da interpretação das leis e constituições, pois os atos jurídicos são formulados permeados por intenções dessa esfera específica - como, por exemplo, a lei norte-americana que proíbe a discriminação racial: um legislador/juiz que a compreenda como uma proibição total e que preze pela educação, considerará inconstitucional a segregação em escolas, já um juiz/legislador que não considere a educação um direito tão importante assim, mas entende que a discriminação é vedada, não verá problemas em considerar constitucional a segregação em escolas, já que o tema educação, para ele, não é politicamente tão relevante (DWORKIN, 2010).

O contexto normativo oferece, portanto, uma condição de validação da proposição jurídica, determinando a resposta correta para um caso difícil, e esse critério é intrínseco à prática interpretativa (DIAS, 2019), vez que “não há como compreender sem se comprometer criticamente com uma prática jurídica que diz respeito a todos os que vivem sob o *império do Direito*” (OLIVEIRA, 2009, p. 94). São os argumentos de princípios que ordenam a justificação de uma decisão, e a opção por aquele que se ajusta à melhor prática possível acaba dando a integridade preconizada. Essa ideia não é exclusiva do Poder Judiciário, sendo aplicável à seara da Administração Pública, a qual está pautada em princípios regentes – contidos no art. 37 da Constituição Federal, de forma preponderante -, e os quais são signos

⁴⁶ Esse posicionamento de Dworkin é um contraponto à concepção positivista - corrente que conta com autores como Hans Kelsen, Joseph Raz e Herbert L. A. Hart - que advoga a tese de que há ampla discricionariedade para se adotar quaisquer das alternativas possíveis em caso de lacuna ou omissão legislativa (DIMOULIS, 2006).

regentes para os agentes públicos para fins de tomada de uma decisão, conformando e informando a integridade tencionada.

Nesse ponto, é preciso salientar que Dworkin faz uma diferenciação entre princípios e políticas, bem explicitada na seguinte passagem de sua obra (2010, p. 36)

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Streck e Motta (2018, p. 64-65), sobre tal concepção, complementam que existe uma relação de complementaridade entre princípios e regras, embora ambos sejam padrões de julgamento vinculantes. Mas, os princípios desempenham um outro papel, qual seja, forneceriam a base para o dever judicial: identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam as regras.

A atividade administrativa demanda, pois, que os princípios sejam observados, posto que são os valores que enlaçam a comunidade, e cumprem a função de dar integridade. Concomitantemente, também se orienta pelas políticas, posto que a Constituição Federal prevê objetivos a serem atingidos, pelo que deflui o dever-poder imbuído aos agentes públicos. Mas a sistemática da *chain novel* precisa ser bem orientada.

A fim de exemplificar o funcionamento deste cadenciamento que dá integridade ao Direito é que Dworkin concebe o seu “juiz Hércules”⁴⁷. Hércules é apresentado como um magistrado hipotético que acata o Direito como integridade, e aceita que os julgadores precisam enfrentar questões políticas. Além, conhece as decisões judiciais anteriores e aceita seu papel de escritor deste conjunto histórico, sendo capaz de elaborar, para cada caso concreto, uma teoria apta a balancear toda a gama de princípios, leis e decisões anteriores (DWORKIN, 2014).

É evidente – e Dworkin reconhece essa realidade – que nenhum agente público humano será capaz de ser um “juiz Hércules” no mundo concreto. Mas, o utiliza como exemplo a ser seguido, posto considerar que o juiz que se dedica a ser um “Hércules”

⁴⁷ A compleição do Hércules dworkiano não deixa dúvidas que sua inspiração advenha do Hércules mitológico, reconhecido pela sua força e bravura, e por ter completado com êxito doze trabalhos que eram, aparentemente, impossíveis de serem alcançados por um mortal.

é aquele que está preocupado em compreender a história institucional do sistema jurídico e, por isso, mesmo quando suas decisões contrariam a vontade popular ou os objetivos expressos dos legisladores, é capaz de fornecer justificativas baseadas na integridade do ordenamento jurídico (THEODOR FILHO, 2016).

Da mesma forma que o “juiz Hércules”, nenhum legislador será capaz de antever todas as possíveis situações de aplicação do diploma legal confeccionado, pelo que poderá haver normas insuficientes para atender um caso concreto, ou até mesmo a aplicação de uma lei a uma situação não prevista originariamente. Rememore-se que, como exposto no capítulo 2 dessa pesquisa, Günther (2004) elucida que se a norma parte de um princípio de universalização (princípio U), confeccionada a partir da assunção de todos os envolvidos com suas consequências e efeitos colaterais, ela seria válida.

Tal estado de coisas é impossível, razão pela qual, havendo mais de uma norma válida aplicável *prima facie* a um caso concreto, é a exigência da racionalidade (coerência) que levará à escolha acertada, através da fundamentação (discurso de aplicação). Esse processo de interpretação, operado através do discurso, é o mesmo que será manejado pelo “juiz Hércules” – embora Dworkin não se valha nominalmente desse conceito de Günther, a despeito de ser evidente a proximidade teórica partilhada pelos autores⁴⁸.

Dworkin (2014) afirma, nesse viés, que cada juiz fundamenta sua decisão a partir de suas convicções próprias de sentido da prática do Direito, sendo que elas serão diferentes entre si. Contudo, ainda que diversas, elas convergem – ou ao menos deveriam – em razão dos princípios partilhados da comunidade em que estão inseridos (e que acaba sendo o conceito de Direito), os quais atuam como uma força gravitacional para esses órgãos julgadores, legisladores e executores. E essa integridade preconizada é não apenas dirigida ao juiz, mas aos legisladores, orientando-lhes para que as normas confeccionadas estejam voltadas para a

⁴⁸ O aporte de semelhança entre Dworkin, Habermas e Günther é sintetizado por Oliveira (2006, p. 246), que identifica três critérios de aproximação entre os autores, quais sejam: “[...] (i) alguns dos argumentos fundamentais que caracterizam a teoria da ação comunicativa, especialmente a figura do discurso racional como diálogo potencialmente irrestrito, parecem ser compatíveis com a idéia (*sic*) de que os tribunais podem funcionar como um “fórum do princípio”; (ii) Habermas é bastante explícito ao aceitar o modelo do direito como integridade de Dworkin como uma teoria capaz de demonstrar como a jurisprudência poderia compatibilizar as pretensões de segurança jurídica e correção normativa; (iii) o principal objetivo de Klaus Günther ao construir o “princípio de adequação”, tese que Habermas explicitamente adota, foi realizar algo como uma “procedimentalização” do modelo de Dworkin, reconstruir discursivamente as intuições que Dworkin haveria elaborado de modo solipsista”.

realização dos princípios morais e políticos da comunidade, assim como “[...] um princípio jurisdicional, que demanda que os aplicadores do direito respeitem o ordenamento jurídico como um conjunto coerente de princípios” (FREITAS; COLOMBO, 2017, p. 328-329).

Há que se buscar, destarte, uma interpretação de direito como integridade, lançando-se mão de princípios que propiciem a melhor interpretação que o direito positivo expressa, perseguindo a “melhor luz possível” (DWORKIN, 2007, p. 19), e que se amolda aos “[...] princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2014, p. 272)⁴⁹.

Dworkin assume, como parte dessa integridade, que a comunidade é um ente personificado e distinto dos seres humanos que a compõe, com princípios e responsabilidades morais próprias (e que não são coincidentes com a convicção moral dos seus componentes). Inclusive, reforça que personificação da comunidade é o que melhor justifica a responsabilização de agentes públicos por atos de corrupção, posto que eles agem em nome da comunidade, e todos os membros compartilham o sentimento de vergonha e culpa coletiva por aqueles atos injustos cometidos pelos representantes (DWORKIN, 2014). E essa mesma comunidade se vale de conceitos políticos (princípios em comum) consensuados como laço de união (DWORKIN, 2014), como a ideia de justiça, liberdade, equidade, democracia – mas discorda quanto ao conteúdo desses mesmos conceitos cabendo, justamente, a interpretação construtivista⁵⁰.

A referência a esses princípios comuns da comunidade espraia seus mandamentos para os agentes encarregados da confecção das leis e dos julgamentos, requerendo a integridade na legislação e a integridade no julgamento. Em ambos os casos, os valores políticos comuns dessa comunidade de princípios precisam ser

⁴⁹ Não por outra razão que Marques (2012), analisando a obra de Dworkin, conclui que o autor acaba por firmar posição no sentido de que as proposições são interpretações da história jurídica, articulando aspectos descritivos (como as coisas são) e valorativos (como elas deveriam ser).

⁵⁰ Como bem pontuam Streck e Motta (2018, p. 70), “Para Dworkin, uma afirmação conceitual sobre um *valor político* pretende mostrar o *valor intrínseco* a ele, oferecer uma certa descrição de seu valor que seja “comparavelmente fundamental, como forma de explicação, à estrutura molecular de um metal”; nesta vereda, se quisermos entender realmente o que é a democracia – ou o direito –, deveremos enfrentar a difícil questão de saber como identificar o *valor de um valor*, situando-o numa rede mais ampla de convicções. Valores políticos importantes não têm, pois, valor autônomo, mas *integrado*, no sentido de que sua caracterização mais precisa depende de se identificar a contribuição que ele dá a algum outro tipo de valor independentemente especificável”.

observados, e as leis e decisões necessariamente devem manter a coerência com aqueles (DWORKIN, 2014).

Dworkin, no Brasil, por vezes, tem sido erroneamente interpretado. Dimoulis (2006) adverte que existe a crença de que Dworkin confere ao juiz amplos poderes para decidir, mediante ponderação, qual a melhor solução para um caso difícil. Todavia, tal interpretação seletiva, assim considerada por Dimoulis - e posição com a qual se concorda -, não é o conteúdo da teoria do autor norte-americano, pois ele justamente detecta que os limites à discricionariedade (judicial, que é a esfera sobre a qual se debruça de forma precípua) estão nas exigências morais de cada comunidade, e a resposta certa está concatenada a uma prática interpretativa subjacente, que represente os melhores fundamentos da moralidade política da comunidade (DIAS, 2019)⁵¹.

Novamente lança-se mão da síntese levada a cabo por Streck e Motta (2018, p. 72), a qual bem expressa que

Para Dworkin, a noção de “direito como integridade” supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado; a ideia nuclear é a de que todos os direitos que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas.

A teoria de Ronald Dworkin, ainda que voltada essencialmente ao papel da decisão judicial e o enfrentamento dos casos difíceis, no particular caso deste estudo, serve para testar a veracidade da possibilidade de considerar-se o direito à efetiva tutela administrativa enquanto balizamento da atuação do gestor público. A interpretação é a ferramenta primordial capaz de dar integridade (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014), a ser operada por todos aqueles que praticam o Direito, como legisladores, políticos, estudiosos, os administradores públicos - e, para Dworkin (2014), até mesmo particulares como banqueiros e dirigentes sindicais.

Streck e Motta (2018) rememoram que a teoria de Dworkin se baseia na defesa dos direitos individuais (com ênfase para o direito à igualdade e equidade), posto que os considera as bases da democracia, enquanto essa pesquisa, ao ter por pano de fundo as políticas públicas, acaba tendo uma inclinação maior ao atendimento dos

⁵¹ Críticas há à teoria proposta por Dworkin, como aquela exposta por Neil MacCormick em sua obra “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito” (São Paulo: Martins Fontes, 2006) e Richard Posner, na obra “Problemas de Filosofia do Direito” (São Paulo: Martins Fontes, 2007).

direitos sociais. Tal constatação, entretanto, não prejudica o andamento das constatações que foram delineadas até o momento, já que no Brasil – diferentemente dos Estados Unidos da América, país de origem do escritor mencionado – os direitos sociais são direitos fundamentais, tais quais os direitos individuais. E, por isso, cabe aos agentes públicos o dever-poder de mantê-los em sua linha de horizonte para a adoção de decisões que envolvam as engrenagens das políticas públicas, as quais atendem tanto direitos individuais quanto sociais (sem excluir, claro, os demais direitos fundamentais classificados como direitos econômicos, sociais e culturais).

É a conjuntura da integridade do Direito que permeia o norte interpretativo que se pretende alicerçar nesta pesquisa. Se os compromissos principiológicos de nossa comunidade atuam como forças gravitacionais a compelir uma convergência de decisões dos agentes públicos, por certo que também influenciam o administrador público executor da política pública (e não apenas aquele encarregado de fazer a lei e de decidir os casos concretos).

Na toada do que foi exposto no capítulo 1, a República Federativa do Brasil resta norteada pelos fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político – cristalizados no art. 1º da Constituição Federal de 1988. Mais do que isso, o Estado Democrático de Direito objetiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades, além de abominar as formas de discriminação, e que resta voltado ao bem-estar de todos (art. 3º da Constituição Federal de 1988). Resta bem delineada, pois, a comunidade de princípios que conforma e informa a República Federativa do Brasil, e essas previsões constitucionais são mais do que mera utopia, são compromissos políticos que unem essa comunidade de princípios, e os quais são os responsáveis por, ao menos teoricamente, dar integridade ao Direito em solo pátrio.

Esses princípios informativos se orientam para a sustentação, promoção e desenvolvimento dos direitos fundamentais, e justificam o dever-poder dos agentes públicos em observá-los durante o exercício de suas funções. É a partir dessa constatação que se pode concluir que a interpretação da Lei de Improbidade Administrativa também se submete à roupagem interpretativa do Direito, demandando que a integridade atue sobre tal, de forma que ressoe em decisões legislativas, administrativas e judiciais convergentes para uma tutela efetiva dos direitos

fundamentais. Esse ponto será abordado nas próximas linhas, na tentativa de formular-se um corpo de critérios capazes de aclarar a atividade interpretativa dos operadores do Direito nessa temática, especialmente com ênfase no direito à efetiva tutela administrativa.

4.2 A configuração do ato de improbidade administrativa no caso de descontinuidade de políticas públicas

Há que se retomar, então, a ideia dos direitos fundamentais como nó central para a interpretação da Lei de Improbidade Administrativa, tendo o direito fundamental à efetiva tutela administrativa como sua peça-chave, já que serve de linha mestra tanto para o Poder Judiciário quanto para a própria Administração Pública como guia de orientação para a conformação (ou não) dos atos ímprobos, sempre visando o fim maior que é a realização constitucional⁵².

Realçando o primado dos direitos fundamentais, Freitas (2008, p. 97) destaca que a tarefa do administrador é “[...] bem hierarquizar princípios, regras e valores, emprestando a maior efetividade possível ao conjunto orgânico que daí exsurge, a um só tempo, aberto e unitário”, e que não resta possível, no Estado contemporâneo, “[...] deixar de cobrar a vinculação das escolhas administrativas ao primado objetivo dos direitos fundamentais, de modo a compatibilizar o desenvolvimento econômico, o bem-estar social e o equilíbrio ecológico (FREITAS, 2015b, p. 204).

Na mesma linha, Moraes (2016), defende que o rechaço à corrupção, ilegalidade e imoralidade precisa ser prioridade máxima, pois atos dessa envergadura causam importantes reflexos na destinação de recursos financeiros para a implantação de políticas públicas de excelência. Diante dessa conjuntura, o direito fundamental à efetiva tutela administrativa atua como uma medida dessa desconformidade de atuação, servindo como parâmetro de observação da atividade do gestor público para tal fim, especialmente considerando-se que, em termos de políticas públicas, quanto

⁵² Realizar a constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através de sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos ‘pluralismo de intérpretes’ que fundaram na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres” (CANOTILHO, 2006, p. 1200).

mais intimamente relacionada a um direito fundamental, mais estrita será a vinculação da atividade estatal e o controle a ser exercido (BITENCOURT; RECK, 2018a)⁵³.

É nesse estado de coisas que a dimensão objetiva derivada do direito fundamental à efetiva tutela administrativa orienta e define limites e contornos à atividade administrativa (os quais ainda precisam ser melhor investigados), assim como uma leitura sob as luzes da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin dão sustentáculo para a identificação de uma conduta ímproba conforme previsão estabelecida pela Lei nº 8.429/92 caso a escolha pela interrupção ou a alteração substancial deficitária de uma política pública seja efetuada à revelia de outra que a substitua de forma suficiente, jamais perdendo-se de vista que a garantia e a promoção dos direitos humanos é a força motriz do Estado Democrático de Direito, e deve ser esta a principal preocupação da Administração Pública.

Assim é que se propõe que o “juiz Hércules” de Dworkin (em sentido amplo, abarcando também os agentes públicos executores das políticas públicas), perante um caso difícil – e os casos que versam sobre atos de improbidade administrativa não podem ser considerados “fáceis”, notadamente por obra da generalidade com que foi escrito o diploma legal repressor -, pode-se valer, calcado na ótica da integridade do Direito, das premissas decorrentes do direito fundamental à efetiva tutela administrativa para o seu atuar⁵⁴.

A investigação, para que tenha prosseguimento, demanda sejam lembrados, ainda que de forma sintética, os desdobramentos primordiais do reconhecimento do direito à efetiva tutela administrativa (apostos no capítulo 2 de forma detalhada), quais sejam:

⁵³ Esse posicionamento é também encampado por Ohlweiler (2007, p. 279), que exterioriza que “Fazer política pública não se reduz em um único ato ou ação, mas um constante ir e vir para criar as condições de possibilidade de uma educação igualitária, um meio ambiente sadio, uma eficiente segurança pública, etc., razão pela qual as políticas públicas vinculam as Administrações Públicas e não apenas os governantes que periodicamente alternam-se no exercício do poder”.

⁵⁴ Nesse diapasão, Hachem (2014, p. 298) propõe que “com apoio na conceituação geral desse direito até agora desenvolvida, passível de utilização para a reivindicação de qualquer pretensão jurídica, a tese aqui sustentada é a de que, em matéria específica de direitos fundamentais sociais, o direito à tutela administrativa efetiva: (i) impõe à Administração Pública o dever prioritário de criar condições materiais e jurídicas para satisfazê-los em sua integralidade, para além do mínimo existencial, ainda que para tanto seja necessária sua atuação praeter legem ou contra legem para não incorrer em omissões inconstitucionais que obstem o desenvolvimento social; e (ii) obriga-a a atender de forma igualitária todos os titulares de idênticas posições subjetivas jusfundamentais, adotando de ofício medidas aptas a universalizar prestações concedidas individualmente por requerimentos administrativos ou condenações judiciais, sob pena de responsabilização estatal objetiva individual ou coletiva, a depender da natureza da pretensão jurídica em questão”.

(1) A incidência imediata do direito em comento sobre a atividade administrativa, a partir da sua faceta objetiva;

(2) O dever de reconhecimento, de maneira espontânea, administrativa, pelos agentes públicos e advogados públicos, do direito fundamental vindicado pelo cidadão quando ele efetivamente tiver razão. Tal atuar poderia contribuir para dar mais solidez aos posicionamentos desses profissionais, racionando a máquina estatal e judiciária, e mitigando os anseios de sofrer uma repreensão administrativa por não ter defendido o interesse econômico do erário;

(3) O realce da necessidade da postura proativa da Administração Pública quando se tratar de proteção aos direitos fundamentais, usufruindo das mesmas prerrogativas que o Poder Judiciário teria ao lidar com a questão, assumindo uma postura ativista tal qual os tribunais. Essa conduta ativista seria desvelada em caso de inexistência de precisão de conteúdo ou técnica para formalizar a proteção ao direito fundamental do cidadão, ou quando a lei interpuser obstáculos para tanto.

É precisamente nesse último desdobramento que despontará, com mais fulgor, a aplicação do Direito como integridade: é preciso que o agente público tomador da decisão considere não apenas os estreitos limites legais, mas os demais contornos jurídicos que o envolvem, inclusive aqueles de cunho implícito contidos nos enunciados normativos (HACHEM, 2014).

E complementa Hachem (2014), em acertada posição, que cumprir fielmente a lei não é sinônimo de garantia de respeito aos direitos fundamentais, posto que a falibilidade é característica humana e o legislador pode incorrer nesse erro. Não se desobriga o agente público de, e expondo claramente a sua motivação para tanto - propiciando o controle desse ato -, lançar mão de interpretação obtida a partir das vestes do Direito como integridade, e calcado no direito à efetiva tutela administrativa proceder de forma a privilegiar o direito fundamental do cidadão, ainda que *contra legem* ou *praeter legem*⁵⁵.

⁵⁵ É evidente que essa atuação atípica precisa se dar em casos excepcionais, sob pena de subverter-se a base do Estado Democrático de Direito. Por isso Hachem (2014), elucida critérios orientadores, quais sejam: 1) quando dispositivo de lei ofender direito fundamental; 2) quando o fundamento for a ampliação ou proteção de direito fundamental, e nunca para denegar, restringir ou sancionar o cidadão; 3) quando existirem reiteradas decisões em controle difuso de constitucionalidade que consideram a lei inconstitucional, quando o descumprimento da lei se revelar mais protetivo ao cidadão; 4) quando houver decisão de efeito vinculante e *erga omnes*, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cujo núcleo justificador determinante se aplique à lei que seja análoga àquela que se declarou inconstitucional.

O direito à efetiva tutela administrativa proíbe a aplicação de lei que, por sua execução, importe agressão aos direitos fundamentais ou restrição ilegítima da esfera jurídica do cidadão. A atuação *contra legem* é possível nessa situação sem que descambe para ofensa a princípios da Administração Pública – ou seja, afastando a aplicação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, ao menos teoricamente -, posto que o administrador público está comprometido com a Constituição Federal, sobretudo. E, conclui Hachem (2014) que simplesmente assegurar que o atuar administrativa esteja vinculado de forma estreita com a lei não importará, necessariamente, em respeito aos direitos fundamentais.

Assim é que ao administrador público é dado não aplicar lei cujo produto resulte em situação incompatível com o direito à efetiva tutela administrativa. E em tal situação pode ser comparado ao “juiz Hércules” de Dworkin, pois a interpretação do Direito acaba sendo uma imposição ao gestor público, que deve orientar-se também pelos princípios da sua “comunidade de princípios” – e não pelas estritas e restritas amarras da legalidade de ato normativo que seja contrário frontalmente aos direitos fundamentais.

O cerne do controle do ato, como bem expõe Bitencourt (2013), será a exposição da motivação, o que permite aferir a razoabilidade da decisão tomada. Uma vez tendo o agente público motivado o ato, mesmo que com isso atue de forma contrária à lei violentadora de direito fundamental – mas no intento de atender o direito à efetiva tutela administrativa -, subsiste resguardado de eventual questionamento quanto à sua conduta, posto que fundamentada sua tomada de decisão e, com isso, aferível as suas razões pelos órgãos de controle, inclusive pelo Poder Judiciário.

A quarta resultância é a proibição imposta à Administração Pública (e aos seus advogados públicos) de perseguição de interesse secundário que colida com os direitos fundamentais – afinal, o interesse estatal, em última análise, é a prossecução dos direitos fundamentais. Hachem (2014) elucida, portanto, que essa conjuntura interpretativa não pode levar à responsabilização do agente que deixe de agir em favor do interesse fazendário nessas condições.

Registre-se, por oportuno, que não se pode defender uma desmedida aplicação da Lei de Improbidade Administrativa por mera desconformidade com os princípios constitucionais (que, quando materialmente verificados, também terão como reflexo a ofensa a um direito fundamental), conforme já exposto precedentemente. Tampouco,

conforme Perez (2018), a falta de atingimento de metas erguidas para a política pública desenha uma situação de responsabilização.

Moraes (2016), repise-se, acentua que o escopo não é repreender a simples ilegalidade, mas sim os atos e omissões ilegais e imorais qualificados pelo objetivo de corromper a Administração Pública. E Freitas (2008) pondera que o próprio sistema jurídico, para fins de sua preservação, não admite, sob argumentos meramente moralistas, desproporcionalidades.

Diante dessa realidade, o enquadramento da conduta como improbidade pressupõe a análise do elemento subjetivo e a tipificação nos artigos 9º, 10 ou 11, o que qualifica a conduta enquanto tal (GAJARDONI *et al.*, 2014). E reivindica a ocorrência simultânea de: 1) um desvio de conduta do agente público, que se afasta dos estandartes éticos e morais; 2) com a finalidade de obter proveito econômico indevido ou provocar prejuízo ao erário, mesmo que não tenha êxito na empreitada (MORAES, 2016). Freitas (2008) aponta que mesmo para os casos em que não haja prejuízo ou enriquecimento em termos econômicos, sobressai a penalização por conta da violação dos princípios (previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa) ante a dimensão jurídica que se empresta ao princípio da moralidade, já que existirá uma quebra da probidade (e apenas quando essa ocorrer de forma nefasta).

Assim é que se propõe que a interpretação da Lei de Improbidade Administrativa reflita o conteúdo do direito fundamental à efetiva tutela administrativa pois, conforme já salientado, em sendo um direito fundamental e ostentando uma dimensão objetiva, é conformador das normas infraconstitucionais. Ingo Sarlet (2015, p. 156) bem expressa esse condicionamento, ao afirmar que

Nesse sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. Neste contexto, há que se considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.

O liame entre probidade administrativa e direito fundamental à efetiva tutela administrativa também já foi percebido por Osório (2019), que aduz ser indubitável a

existência de um princípio de boa gestão pública em constituições que pretendam ser democráticas, com uma série de deveres a serem observados, ainda que não efetivamente explicitados. E, embora sem as exatas palavras, por Juarez Freitas (2015b, p. 207), para quem a decisão administrativa será legítima se “[...] resguardar as regras legais (atribuidoras da liberdade de escolha) e, simultaneamente, a conformidade com o sistema inteiro (nos limites dos poderes atribuídos aos atores públicos para que realizem as melhores opções)”.

Resta delinear o cabimento da responsabilização do agente público em termos de descontinuidade ou interrupção dos instrumentos de uma política pública. Retome-se que, que para fins desta pesquisa, o conceito de política pública considerado é aquele apresentado por Reck (2006, p. 248), pelo qual

O que vai realmente diferenciar a política pública de todos os outros fenômenos é [...] a possibilidade de identificação de um discurso que se auto-referencia enquanto fim e enquanto meio. Isto é, as políticas públicas formam um todo orgânico especializado em algo, cujo discurso traz dentro de si uma coerência narrativa entre fins e os atos de fala necessários em sede de poder administrativo, isto é, faz uma ligação causaliforme e comunicativa entre as medidas e os valores a serem alcançados.

Bitencourt (2013), a partir da concepção de Reck, identifica que política pública é um conceito complexo⁵⁶, que engloba conteúdo, nível de engajamento para dar legitimidade à escolha, a competência para praticar/executar, a abertura democrática que interliga os discursos que a formam e a necessária provisoriedade. Sobre este último ponto é que se precisa refletir: a provisoriedade da política pública é justificativa para a sua interrupção ou descontinuidade? Em que termos seria possível? Como seria a forma desse controle? E o foco principal: é possível configurar ato de improbidade administrativa em caso de alteração ou interrupção tomando como parâmetro o direito à efetiva tutela administrativa?

Schmidt (2018) observa que um dos problemas mais recorrentes é a descontinuidade administrativa que, não raro, acaba tomando diretrizes contraditórias com as anteriores, efeito da alternância periódica dos governantes. Aponta que

⁵⁶ As políticas públicas se distinguem dos direitos sociais (que são o seu fim, como acima apontado) e dos serviços públicos ante a sua complexidade, posto que aquelas são implementadas diretamente pelo Estado por meio de seus Poderes Executivo e Legislativo, com mais abertura para a participação democrática e operações controláveis pelo Poder Judiciário, enquanto esses podem ser ou não ofertados diretamente pela Administração Pública, com participação popular bem mais restrita para a definição (BITENCOURT, 2013).

Cada novo governo representa descontinuidades. Até certo ponto isso é positivo, pois permite inovações e avanços. Mas, a descontinuidade administrativa leva frequentemente ao abandono de diretrizes vigentes em áreas de grande relevância e à criação de outras, bastante distintas e não raro contraditórias em relação às anteriores, gerando desperdício de energia e de recursos financeiros. Políticas institucionalizadas evitam a descontinuidade excessiva. A definição ainda ressalta que a explicitação das políticas públicas indica aos cidadãos as intenções do governo em cada área, permitindo a sua participação. O Estado deixa de ser uma “caixa preta” na medida em que as diretrizes governamentais são conhecidas, de modo que os cidadãos podem apoiar, monitorar ou lutar para alterar a política pública (SCHMIDT, 2018, p. 127).

Vanice Lírio do Valle (2018), discorrendo sobre o planejamento das políticas públicas, compreende que o processo orçamentário é ponto relevante para a bem execução dos comandos propostos pelo administrador público. O esquema constitucional prevê que se antecipe uma previsão orçamentária, a qual pode ser reduzida ou ampliada a depender das contingências e fatos supervenientes ao longo do exercício financeiro. A repercussão dessas instabilidades e ajustes – que são naturais do processo -, prossegue a autora, são decisões tomadas rapidamente, e acabam não sendo objeto de reflexões sobre todos os possíveis efeitos, constituindo-se arbitrárias, e implicam em corte de gastos sem qualquer avaliação mais concreta sobre a forma de incidência ao programa ou instrumento prejudicado – levando, em alguns casos extremos, à interrupção total.

É precisamente essa a rubrica que se traz à tona com essa pesquisa. O administrador público precisa, em qualquer que seja a fase, mas especialmente quando já em curso uma política pública, refletir às claras sobre a adequação instrumental que se revele imperiosa, e com muito mais afinco sobre a possibilidade de sua interrupção. O critério econômico, é consabido, não resta à margem de nenhuma decisão a ser tomada em qualquer dos Poderes constituídos, mas não pode ser preponderante, notadamente porque a Constituição Federal dá primazia aos direitos fundamentais, os quais, pelas peculiaridades de nosso país, reclamam a execução de políticas públicas eficientes, eficazes, racionais em termos de gastos, ininterruptas (enquanto necessárias), e que atendam aos postulados da moralidade, da publicidade e da legalidade. Logo, é possível afirmar-se que é o planejamento orçamentário que precisa ser organizado e adequado às políticas públicas, e não o inverso – permitindo-se que a programação financeira seja disposta com menor ênfase para esse objetivo primordial (OHLWEILER, 2007).

Para melhor aclarar o ponto passa-se ao elenco de algumas situações hipotéticas que bem ilustram o pretendido. Inicie-se, pois, por um exemplo mais simplificado, como a escolha do local para instalação de um posto de saúde: havendo recursos disponíveis para apenas uma unidade, e existindo duas comunidades que necessitam, uma delas situada em local próximo ao centro da cidade, com acesso a outras formas de atendimento médico, e outra mais afastada, vizinha de uma zona industrial, é preciso considerar que ainda que mais econômico fosse instalar em localidade central, a comunidade mais afastada possivelmente precisaria muito mais dos serviços de saúde em razão das condições fáticas a que submetida (emissão de gases pelas indústrias, descarte irregular de resíduos, inexistência de sistema de transporte público, com poucos meios de atendimento médico na localidade, dentre outros).

A escolha da instalação unicamente pelo critério econômico⁵⁷, embora respeite o princípio da economicidade (de envergadura constitucional, por evidente), deixa de atentar para a preservação do direito à saúde da comunidade que demanda maior atenção, confrontando o direito fundamental à efetiva tutela administrativa e, por conseguinte, podendo cogitar-se de ato de improbidade administrativa a ser enquadrado no artigo 10, caso haja uma determinação, por exemplo, de embargo à obra iniciada para que seja removida para a comunidade próxima à zona industrial. Ainda, poderia ser conformado ao artigo 11, por violação aos princípios da moralidade e da eficiência, uma vez que a maior demanda por atendimento de saúde não estava no local elegido para a implantação do posto de saúde⁵⁸.

⁵⁷ A eleição do critério econômico como preponderante precisa ser revista, como defende Ohlweiler (2007, p. 292), pois “[...] aspecto fundamental é não cair no discurso objetificado, relativamente ao problema das necessidades e possibilidades públicas, adotando, por exemplo, certas lógicas de gestão privada nas quais valorar monetariamente os bens e os serviços é menos uma eleição e mais uma decisão instrumental, determinada pela posição no mercado. A gestão pública, construída a partir de um horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito, deve estar marcada pelas indicações valorativas do pacto político e social que é a Constituição”.

⁵⁸ A lição de Freitas (2015a, p. 123) bem serve para complementar raciocínio desenvolvido no exemplo hipotético descrito, ao mencionar que “Daí o ponto de inflexão: na seara das políticas públicas, deixa de fazer sentido reputar indiferente, por exemplo, a escolha entre uma intervenção urbana voltada para o transporte individual ou para o transporte coletivo: determina a racionalidade sistemática, em qualquer avaliação idônea, a prioridade inequívoca do transporte coletivo. Tampouco se reputa indiferente contratar pelo míope menor preço, em vez de prestar atenção aos custos futuros. Nesses casos emblemáticos, não se aceitam condutas administrativas candidamente mesmerizadas pelo inconsequencialismo avesso ao estudo de impactos sistêmicos. Isto é, não se aceitam as condutas típicas do personalismo extrativista nem as que se escudam em atos completamente vinculados e autômatos (de mera obediência irreflexiva). Com tais pressupostos em mente, redesenha-se, em promissoras tintas, o escrutínio das escolhas públicas, na senda de checar (apesar das zonas de incerteza) o adimplemento dos deveres de enunciação e implementação das políticas prioritárias do Estado Constitucional, expungindo, com rigor, crônicas arbitrariedades por ação e por omissão”.

Pode-se lançar mão de um segundo exemplo, mais focado na descontinuidade de uma política pública de distribuição de renda que já existe, qual seja, a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que instituiu o programa Minha Casa Minha Vida, e cuja preocupação era propiciar uma forma de acesso à moradia às camadas menos abastadas da população. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, dois anos antes da promulgação da lei, divulgou pesquisa que ratificava a questão de fundo da inovação legal: a melhora nas condições habitacionais da população demandava um atuar concatenado com as demais políticas públicas que, conjuntamente, poderiam diminuir o déficit habitacional,

Além de constituir-se em uma estratégia de combate à pobreza, a política habitacional de cunho social é justificada por outros fatores. Primeiro, a moradia é tanto um bem transacionável no mercado como uma necessidade, e os gastos da família com prestações ou aluguéis determinam o consumo de outros bens necessários à sua sobrevivência. Segundo, a moradia não é somente a estrutura física do imóvel, ela representa também a escolha da família pela comunidade onde está inserida, pela proximidade do trabalho, de escolas, mercados e demais estruturas públicas e privadas. Terceiro, é o caráter social da habitação que justifica que, apesar de ser um bem privado, ele seja financiado para determinado segmento da população com tributos pagos por toda a população do país. Esta possibilidade reflete o entendimento daqueles que pagam os tributos de que é socialmente desejável que a população mais pobre tenha acesso à casa própria, objetivo explícito da política nacional de habitação. A posse do imóvel contribuiria, então, para o bem-estar social ao induzir a estabilidade social, o maior envolvimento dos indivíduos nas comunidades e os comportamentos sociais desejáveis dos adultos e dos jovens (IPEA, 2007, p. 279).

Sob tais premissas, o programa Minha Casa Minha Vida traz, em sua atual redação, os seguintes critérios que orientam a escolha da alocação dos recursos:

Art. 3º Para a indicação dos beneficiários do PMCMV, deverão ser observados os seguintes requisitos:

- I - comprovação de que o interessado integra família com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais);
- II - faixas de renda definidas pelo Poder Executivo federal para cada uma das modalidades de operações;
- III - prioridade de atendimento às famílias residentes em áreas de risco, insalubres, que tenham sido desabrigadas ou que perderam a moradia em razão de enchente, alagamento, transbordamento ou em decorrência de qualquer desastre natural do gênero;
- IV - prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar; e
- V - prioridade de atendimento às famílias de que façam parte pessoas com deficiência.

Trouxe a lei as condições primordiais para a organização do programa em âmbito local municipal, especialmente enfatizando os grupos sociais mais vulneráveis e que

gozariam da prerrogativa de usufruírem do programa. A ideia de que o gestor público municipal pudesse selecionar atender uma certa comunidade, assentada irregularmente em área municipal, com acesso precário à serviços essenciais como eletricidade, água e esgoto, em razão de ser mais, em detrimento de um grupo menor de pessoas, que reside em área constantemente sujeita a alagamentos, e também com acesso a precários a serviços essenciais, faz atrair, indubitavelmente, a responsabilização por improbidade⁵⁹.

Isto é: por mais que ambas as comunidades possam estar em situação irregular e demandando uma postura ativa estatal, o direito à efetiva tutela administrativa não deixa dúvidas de que o gestor precisa orientar-se pela proteção do grupo mais vulnerável – aquele que está em risco não apenas social, como também físico, neste caso, em virtude dos alagamentos -, sem descuidar-se de que, em momento posterior e nem tão longínquo, também precisará organizar a regularização da comunidade anormalmente assentada em área pública.

Na seleção dos beneficiários, portanto, o direito à efetiva tutela administrativa requer seja abandonada a perseguição de interesse estatal que colida com os direitos fundamentais (HACHEM, 2014) e eventual conduta em sentido diverso requer seja averiguada a responsabilidade por improbidade do agente público envolvido por violação do art. 11 - no mínimo, sem prejuízo de verificar-se o grau de severidade do fato a partir dos artigos 9º e 10.

Uma outra hipótese pode ser trazida para bem ilustrar a situação espelhada na pesquisa, mas desta feita em sentido oposto – ou seja, invocando-se o parâmetro interpretativo da efetiva tutela administrativa para afastar a responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa ao negar vigência à lei que contrariasse tal direito. Também conforme dados do IPEA, desta feita em boletim divulgado em agosto de 2020, o benefício assistencial conhecido por LOAS ou benefício de prestação continuada, instituído pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de

⁵⁹ Carvalho (2019) pontua que a utilização de direitos fundamentais como marco de políticas públicas – tal qual no exemplo suscitado – não é consenso no âmbito da formulação desses programas, havendo formuladores de políticas públicas que pressupõe a redução da margem de discricionariedade que lhes caberia, e a ampliação do rol de obrigações do Estado. Para o autor, na mesma toada do que vem sendo proposto no recorte dessa pesquisa, “Parece óbvio que as políticas públicas em geral e as sociais em particular, não obstante o limite de conformação política dos poderes públicos, não podem deixar de ter em atenção os deveres estatais de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais; aliás, na nossa opinião, esses deveres acarretam um papel fundamentação na formulação das políticas públicas. À luz dos direitos fundamentais sociais, não pode uma política pública ser juridicamente legítima se restringir injustificadamente algum direito fundamental ou criar barreiras que possam limitar a sua plena realização” (CARVALHO, 2019, p. 782).

1993, imprimiu grandes avanços no campo da renda mínima à população idosa e portadora de deficiência.

A questão que se impõe é a seguinte: seria possível sua interrupção ou alteração nos requisitos para ingresso de forma que restringisse os beneficiários a um número mínimo, diminuindo-se a despesa com tal pagamento? O aludido benefício, rememore-se, garante uma prestação pecuniária mensal ao idoso que conte com 65 anos ou mais (e até 2011 a idade era de 70 anos), e ao portador de deficiência que, nem por meios próprios, nem por meio de seu núcleo familiar, tenha condições de garantir a própria sobrevivência⁶⁰.

A sua sede constitucional reside no art. 203, inciso V, pelo qual cabe ao Estado prestar assistência ao cidadão necessitado, independentemente de contribuição de qualquer espécie (diferentemente do que ocorre para os benefícios previdenciários) e, no artigo seguinte, já restam indicadas as bases orçamentárias para a execução desse programa. Vê-se, pois, que deflui do texto constitucional a exigência de uma política pública capaz de atender ao comando imposto pelo art. 203, o que foi materializado pela Lei Orgânica da Assistência Social (antes citada) e, dentre outros instrumentos, pelo benefício de prestação continuada.

O IPEA (2020), avaliando o impacto dessa política pública, especificamente em relação ao benefício pecuniário mencionado, concluiu que entre 2001 e 2018, e conjuntamente com a execução do Programa Bolsa Família, houve uma queda vertiginosa da pobreza acentuada (considerando as pessoas que sobreviviam com R\$ 3,20 ou menos por dia), cujo ápice dessa decrescente foi atingido no ano de 2015. Em 2001, os extremamente pobres atingiam 28,2% da população brasileira, enquanto em 2015 esse percentual era de 10,9%, e em 2018, com ligeira alta, atingiam 12,7%. Os números, sem os benefícios assistenciais, seriam bem maiores, conforme projeções do IPEA (2020): em 2001 seria de 28,4%, em 2015 de 14,3%, e em 2018 de 15,7%. A diferença, em um primeiro momento, parece pequena, mas cada ponto percentual equivale a milhões de brasileiros que, a partir da inclusão em políticas públicas assistenciais, puderam sair da linha de extrema pobreza, pelo que não se pode minimizar, de forma alguma, os favoráveis efeitos desse programa.

Então, retomando-se o problema inicial: seria possível pensar-se em interromper essa política pública de assistência social? Ou imprimir requisitos de ingresso que

⁶⁰ Por não ser o objetivo primordial discutir os critérios para concessão desse benefício, não se adentrará na temática do valor per capita para fins de composição da renda familiar.

dificultasse o acesso a tal prestação pecuniária? Por certo que, como já afirmado por Bitencourt (2013), a provisoriedade é uma marca das políticas públicas. Entretanto, a conduta de impor condições para engessar o ingresso das pessoas necessitadas ao programa claramente viola o direito fundamental à efetiva tutela administrativa – e alteração legislativa neste sentido atrairá, por certo, não apenas o controle de constitucionalidade, como também uma miríade de possíveis ações individuais questionando o ato legislativo.

Ratifica-se o apontamento já efetuado, no sentido de que existe uma imposição constitucional para consecução de políticas públicas no campo da assistência social, a ser materializada por leis que respeitem tal comando, assim como os demais atos legais subsequentes, expedidos pelo Poder Executivo para a materialização. Portanto, remanescendo uma grande parcela da população que ainda demanda políticas assistenciais de renda mínima⁶¹, assoma-se impossível a interrupção do programa sob tal condição, o que ofenderia diversos direitos fundamentais e o próprio art. 203 da Constituição Federal e, inclusive, caberia a negativa de vigência à lei dessa magnitude, à guisa de pronunciamento judicial sobre sua inconstitucionalidade, sem que importasse qualquer ato de improbidade administrativa em razão disso.

Para finalizar esse subtópico, interessante trazer à tona o estudo perpetrado com relação ao Programa Mais Médicos, instrumento que compõe a política pública de saúde e objeto de inúmeras controvérsias entre os próprios profissionais de saúde, que discordavam da possibilidade de recrutamento de formados em universidades estrangeiras à guisa da aprovação no exame de validação necessário para o desempenho da atividade em solo brasileiro. Novamente se deixará de abordar a questão da constitucionalidade da disposição contida na Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013, bem como o regime de contratação, posto não serem o foco da pesquisa. O que importa é verificar a possibilidade de interrupção ou descontinuidade deste instrumento de política pública a partir da ótica da improbidade administrativa.

⁶¹ Conclusão do IPEA, no mesmo estudo publicado em agosto de 2020, para o ano de 2017, estima que 87,8% dos idosos com mais de 65 anos eram beneficiários de LOAS ou de benefício previdenciário e, dos 12,3% restantes, 40% compunha parcela da população com precária distribuição de renda. Já entre os portadores de deficiência, para 2017, estimou-se que 66% (dentro o conjunto de extremamente pobres) recebiam o benefício. Assim, o estudo conclui que “essas coberturas insuficientes refletem dois problemas fundamentais, que deveriam ser enfrentados para a universalização dos benefícios assistenciais: os valores das linhas de pobreza administrativas utilizadas e as dificuldades de acesso aos benefícios” (IPEA, 2020, p. XII).

Conforme levantamento efetuado por Macedo e Ferreira (2020), o escopo do programa era reduzir a carência de médicos em solo brasileiro, especialmente em municípios mais afastados dos grandes centros urbanos e para as regiões que concentravam populações mais vulneráveis. Nesse aspecto geral, os autores, após análise de dados de 871 municípios brasileiros nos quais se verificou a presença dos profissionais aludidos – apartados em relação ao todo com ênfase na região norte e nordeste do país -, concluíram que o programa em comento foi efetivo ao prover certo grau de assistência médica básica a essa população⁶², mas não alcançou a resolutividade esperada no patamar da atenção básica (pois os encaminhamentos para outros setores especializados aumentaram), tampouco contribuiu para a melhora dos índices de mortalidade infantil.

Os autores observam, entretanto, que os resultados dependiam da infraestrutura local para prestação dos serviços de saúde, dos recursos humanos e materiais, e questões sociais da comunidade como a escolaridade, acesso ao saneamento básico e água potável. Portanto, o sucesso do Programa Mais Médicos dependia não apenas da disponibilidade de profissionais da saúde – médicos, enfermeiros, técnicos, etc. – como também da articulação de outros setores em termos de políticas públicas e a ausência de coordenação entre elas acabou implicando em resultados inferiores aos esperados originariamente (MACEDO; FERREIRA, 2020).

Através do estudo citado seria possível levantar-se a questão de potencial responsabilidade dos gestores locais pela falta de atingimento de resultados do Programa Mais Médicos e a opção pela sua interrupção/descontinuidade, retomando-se o patamar inferior de prestação de atendimento médico à saúde básica, já que o planejamento para receber o profissional dependia, evidentemente, das medidas prévias a serem adotadas pela Administração Pública, para adequação da infraestrutura e aquisição de insumos, e da organização do planejamento urbano, para a efetiva disponibilidade de acesso a recursos hídricos e sanitários.

A ausência dessa coordenação e planejamento afetou a performance do Programa Mais Médicos e contrariou o direito à efetiva tutela administrativa, posto que

⁶² Essa constatação é contraposta pelo estudo efetuado por Padin e Oliveira (2018), os quais, ao debruçarem-se sobre o TC nº 005.391/2014-8, derivado da auditoria levada a cabo pelo Tribunal de Contas da União em relação ao Programa Mais Médicos, em avaliação referente ao anos de 2013 e 2014, apontam que, dos 2282 municípios considerados críticos pela insuficiência de profissionais médicos para os fins do Programa Mais Médicos, 592 deles (26%) não receberam nenhum médico, evidenciando a falha na distribuição geográfica e a perda de foco em relação ao objetivo considerado prioritário.

cabia à Administração Pública ter tomado as providências para o bom andamento da política pública, e fato dessa envergadura demanda maiores ilações por parte dos órgãos de controle, aferindo-se a responsabilidade dos gestores públicos por improbidade administrativa – novamente, no mínimo, por agressão aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, sem prejuízo da possibilidade de enquadramento em conduta mais gravosa a depender da conduta/omissão averiguada no caso concreto.

Outros inúmeros casos ainda poderiam ser trazidos à tona⁶³, mas a ideia principal resta bem delineada: em sendo a promoção das políticas públicas um dos desdobramentos do direito fundamental à efetiva tutela administrativa (HACHEM, 2014), a interrupção ou descontinuidade de algum dos seus instrumentos poderá implicar em ato de improbidade administrativa, a partir de parâmetros práticos decorrentes daquele direito, e cuja interpretação aos casos em comento é possível ante o Direito como integridade, e o imperativo de convergência de decisões para os princípios partilhados pela comunidade.

4.3 Uma proposta de contornos/limites a serem observados para a descontinuidade/interrupção de uma política pública perante o direito à efetiva tutela administrativa

Na esteira do que foi explanado anteriormente, cumpre ser refeita, portanto, a abordagem do controle dos atos de interrupção ou modificação de uma política pública a partir da responsabilização pelo viés da improbidade administrativa. Abordou-se, na abertura dessa pesquisa, que há um dever-poder imposto aos agentes públicos que os compele a atuar em prol do interesse alheio, a partir das finalidades constitucional e legalmente postas – e, em caso de atuar diverso, caracterizado estaria o desvio de poder (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

⁶³ Bitencourt (2013, p. 303) menciona um outro exemplo bastante elucidativo de erro evidente do gestor, caso em que indubitavelmente atrairia a sua responsabilização se levado a cabo, qual seja: “Ninguém discutiria que a compra de ambulância teria uma motivação formal absolutamente em conformidade com a finalidade do ato administrativo, mas olhando-se pela motivação substancial, pode ocorrer que a compra de 10 ambulâncias para um município com menos de três mil habitantes mostre-se em desconformidade, haja vista a quantidade de habitantes em relação ao número de ambulâncias pretendido. Note-se que tal número não representa uma desproporcionalidade da conduta, mas um erro evidente, pois se o número variasse entre uma ou duas a mais do que o recomendado para o número de habitantes, a intervenção judicial seria bem mais questionada. Um erro evidente é uma conduta tão destoante, que praticamente dispensa fundamentações, justamente por ser autoexplicativa”.

Hachem (2014), a seu turno, identifica que a conjuntura do dever-poder e do rol de direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988 culmina na centralidade da tutela administrativa efetiva, ao encargo da Administração Pública. Pondera que é imperativo o desentrelaçamento ao planejamento e à execução das políticas públicas através da via administrativa, mais universal, abrangente e igualitária que a usual via judicial. E, em posição semelhante, a lição de Vanice do Valle (2011), para quem as políticas públicas são a materialização do planejamento da ação do Estado, submetida a constante avaliação e redirecionamento, daí ressaltando que a formulação das políticas públicas é tarefa mais orientada ao Poder Executivo do que ao Poder Legislativo.

O direito à efetiva tutela administrativa ressaí desta constatação, e a sua dimensão objetiva (SARLET, 2015) dá a nota essencial para a pesquisa proposta nesse trabalho: a consideração de que os direitos fundamentais são aplicáveis de imediato sobre a atividade da Administração Pública, aliados à noção dos princípios constitucionais da eficiência e da impessoalidade (HACHEM, 2014). A exigência, portanto, é de que o administrador público defina uma escolha a partir “da escolha certa” dentre aquelas disponíveis.

As decisões em termos de políticas públicas precisam ser observadas a partir da noção reinante de que são, em sua grande maioria, discricionárias⁶⁴ – até mesmo a escolha por uma ou outra política pública também é, com margem maior ao legislador, mas sempre cingido à Constituição Federal de 1988. Com isso, a teoria interpretativista de Ronald Dworkin abre espaço para que consideremos o gestor também um intérprete do ordenamento jurídico, muito mais do que um mero executor ou controlador, posto que a igualdade é a virtude soberana da comunidade política, e “[...] o desafio institucional é saber lugar esse princípio transcendente com a realidade ordinária, ou seja, juntar o idealismo da igualdade com o pragmatismo cotidiano das instituições” (MONTARROYOS, 2013, p. 101).

Perante um caso difícil, o juiz se apropria de um discurso interpretativo para a busca pela resposta correta e considera, para essa finalidade, não apenas a lei formal, mas todo o conjunto legal, a prática jurídica anterior e os princípios orientadores da

⁶⁴ Embora Juarez Freitas (2013, p. 425) não aceite a ideia de existir apenas uma resposta correta, apregoa que os atos discricionários devem ser compreendidos “[...] como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências, mediante justificativas válidas, fáticas e juridicamente aceitáveis, observados os requisitos da efetividade do direito fundamental à boa administração pública”.

sua comunidade (DWORKIN, 2014). A interpretação que Dworkin preconiza como imprescindível para se atingir e manter a integridade do Direito é obtida, tal qual já patenteadado nessa pesquisa, pelo discurso de aplicação de Klaus Günther (2004), a partir da constatação de que as normas somente são válidas se originadas de um processo que considera um discurso de justificação para tanto.

A seleção da norma adequada é operada pela reconstrução coerente do caso concreto, que leva em conta tanto as singularidades do fato, quanto as particularidades da norma, demonstrando a conexão entre um e outro, por meio de um discurso de aplicação (RECK; BITENCOURT, 2016). É atendendo a essa restauração dos fatos e das peculiaridades que haverá a remissão à norma aplicável ao caso – na mesma toada, a reconstituição pelo agente público leva à escolha correta.

É também papel do agente público, tomador da decisão dentro das engrenagens da política pública, apossar-se dessa ideia para atingir “a” resposta certa – isto é, certa para aquele momento, a partir das condições verificadas, e que serão passíveis de controle concomitante ou *a posteriori* em função da motivação explicitada – até mesmo porque não se deve perder de vista que as decisões devem ser convergentes justamente em razão desses princípios partilhados pela comunidade (DWORKIN, 2014).

Se o dever-poder compele o agente público a agir em prol da efetivação dos direitos fundamentais, competência que deflui da Constituição Federal de 1988, é certo que o direito fundamental à efetiva tutela administrativa justifica a sua atuação em prol desse mesmo direito (que, em última análise, acaba sendo um escudo protetor e uma força propaladora dos direitos fundamentais no âmbito da Administração Pública). E, assim, se ao Poder Judiciário é cabível influir em aspectos da política pública⁶⁵ que são alheios ao texto explícito da lei⁶⁶, também o pode o administrador

⁶⁵ Registre-se que não se está chancelando as decisões judiciais que interfiram nos instrumentos das políticas públicas. Todavia, esse fenômeno resta caracterizado no âmbito do Poder Judiciário brasileiro e, por não ser o foco dessa pesquisa, não se adentrará em minúcias. Sobre o tema, confira-se: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un activismo” o “el” activismo? **Estudios Constitucionales**, ano 10, n. 2, p. 429-454, 2012. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002012000200011&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 17 dez. 2020; e TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/ativismo-judicial-limites-entre-racionalidade-juridica-decisao-politica>. Acesso em: 17 dez. 2020.

⁶⁶ Como é o polêmico caso da importação de medicamentos de alto-custo não previstos nas listagens do SUS e tampouco nas leis orçamentárias.

público, encarregado precípua da execução e modelação da política pública, muito mais próximo do problema e conhecedor das especificidades, com mais probabilidade de, a partir de uma fundamentação no seu ato, tomar “a” decisão correta⁶⁷ - inclusive em termos de suspensão ou modificação de algum instrumento de uma política pública.

Calha diferenciar, antes de adentrar-se no desfecho da pesquisa, as políticas públicas de Estado e as políticas públicas de governo, distinção efetuada por autores como Bucci (2006) e Bitencourt (2013), tomando em consideração o objetivo do programa. Assim, políticas públicas de Estado são aquelas tendentes à consolidação de um paradigma de fundo, de consolidação do Estado em si – a exemplo da estruturação dos Poderes, segurança pública, estruturação do Sistema Único de Saúde (BITENCOURT, 2013). As ditas políticas públicas de governo são, doutro giro, ações mais pontuais, voltadas à promoção dos direitos fundamentais e, por isso, usufruem de uma maior flexibilidade, utilizando aparato instrumental já existente (BITENCOURT, 2013) – como o Programa Mais Médicos, por exemplo, inserido dentro da política pública de saúde.

A reflexão proposta nessa pesquisa atrai, de forma mais aguda, as políticas públicas de governo (por seus instrumentos de execução, repise-se, e não o paradigma de fundo em si da política pública), uma vez que mais suscetíveis à judicialização – contrapondo à efetivação do direito fundamental à efetiva tutela administrativa –, especificamente em virtude da característica da maleabilidade que lhes é afim.

Partindo-se dessa sistematização, é passível discernir quatro critérios orientadores que delimitam a prática de ato de improbidade administrativa em relação às decisões que tenham por objeto a interrupção ou a alteração de uma política pública, sem descuidar-se, como pontuado no capítulo anterior, que o elemento subjetivo (dolo, nos termos da novel interpretação conferida pelo art. 28 da LINDB, e

⁶⁷ Juarez de Freitas (2007) refuta a ideia de que possa existir apenas uma resposta correta para escolhas administrativas discricionárias, posto não existir vinculação, mas admite ser possível verificar qual seria a melhor possível e daquelas que são, evidentemente, equivocadas. Discordamos parcialmente dessa argumentação, posto que as políticas públicas, a partir do dever-poder de que restam encarregados os agentes públicos (inclusive os legisladores), acabam tendo vinculação aos ditames constitucionais e aos direitos fundamentais (embora não na acepção administrativista usual do termo) e, por isso, “a” resposta correta é passível de ser encontrada a partir do escrutínio das razões consideradas para a tomada da decisão (que, necessariamente, precisará expor as demais alternativas possíveis e os motivos para rejeição).

culpa) precisa ser averiguado para fins de efetivar-se o enquadramento na lei em comento:

1) Inobservância da aderência da decisão de interrupção ou modificação substancial do instrumento da política pública em cotejo com o conjunto global do seu escopo: se a decisão pela interrupção ou modificação substancial do instrumento da política pública não estiver pautada em razões explícitas que demonstrem a impropriedade da forma de execução que vinha sendo efetuada, pode-se cogitar (pois existem outros elementos a serem considerados, conforme exposto em tópico precedentes) a prática de ato de improbidade administrativa.

Hachem (2014, p. 520) observa que as políticas públicas são parcelas integrantes da noção de direito fundamental à efetiva tutela administrativa e, conjuntamente com o “[...] direito fundamental ao serviço público adequado, posiciona-se o direito à implementação de políticas públicas, como parcela integrante do direito fundamental à tutela administrativa efetiva”. É, pois, um direito que possui por missão o cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, requestando a atuação planejada, organizada e racional do Poder Público (HACHEM, 2014), não se restringindo a ser meramente reativa, mas sim proativa.

Ressai, à vista disso, a importância maior que a Administração Pública deve dar para as suas ações e planejamentos, notadamente em matéria de políticas públicas, cumprindo-lhe apontar os critérios de atuação, as metas que pretende-se atingir, os meios a serem utilizados e o intervalo de tempo para o resultado (HACHEM, 2014). Assim, “a partir desses parâmetros, a Administração se autovincula, reduzindo as margens de sua própria discricionariedade e permitindo que os órgãos de controle possam fiscalizar o regular cumprimento dos planos por ela mesma traçados” (HACHEM, 2014, p. 524).

A maleabilidade dos instrumentos das políticas públicas é essencial para que se ajuste a execução conforme as peculiaridades fáticas que se desdobram ao longo do tempo – como eventuais sentenças judiciais, aspectos fáticos emergentes e, inclusive de cunho orçamentário, a despeito de ser necessário, como pontuado retro, que o planejamento financeiro tome em conta os gastos das políticas públicas como diretivas para sua organização, e não o revés. Nessas condições, a pertinência da interrupção e da modificação deve ser cotejada com o objetivo final da política pública e, caso se vislumbre a necessidade de ajustes, nada de ilegal, imoral ou transgressivo de princípios (em tese) haveria na decisão.

A chave-mestre reside, portanto, na justificação que será dada pelo agente público para esse ato: as razões expostas serão capazes de demonstrar a aderência da novel proposição aos objetivos inicialmente traçados para aquela política pública⁶⁸. É precisamente a racionalidade da fundamentação do ato que dará a tônica da interpretação a partir do direito fundamental à efetiva tutela administrativa.

Habermas (1997), nessa toada, dispõe que o ato de fala será racional se o agente invoca razões passíveis de defesa frente a um crítico ou se, seguindo uma lei vigente, é capaz de justificar essa conduta à luz de expectativas comportamentais. Bitencourt e Reck (2014, p. 31) apontam que esse conceito amplo de racionalidade encarta a percepção de que racional não é apenas o ato de fala que se utiliza de um observação capaz de ser repetida e criticada, mas também aqueles que enunciam um juízo “prático-Moral-jurídico”. Essa conclusão “[...] tem relevância para a seleção de demandas sociais, uma vez que se percebe que as escolhas políticas não são decisões irracionais: são, isso sim, decisões racionais disponíveis à crítica e ao controle intersubjetivo (BITENCOURT; RECK, 2014, p. 31).

A pretensão de validade do ato de fala depende, conforme Habermas, de três pressupostos, quais sejam:

(a) primeiro, o falante deve se fazer compreensível, ou seja, escolher uma “forma de expressão inteligível”, (b) em segundo lugar, deve pretender expressar suas intenções de maneira verdadeira, sendo digno de confiança dos demais atores da comunicação, demonstrando sinceridade, (c) por fim, deve adotar um discurso correto no que respeita às “normas” e valores fundamentais, pressupostos em uma base reciprocamente reconhecida (SILVA; FREIRE JR, 2018, p. 103).

A pretensão de validade do ato de fala será crucial para o desenlace do imbróglio, posto que as razões ofertadas precisam ser aferíveis intersubjetivamente, e não apenas pelo próprio agente público emissor do ato. E, essa condição, precisa restar projetada em razões, construídas a partir de um discurso que as fundamente, e que propicie um controle (usualmente judicial) a partir do discurso de aplicação (BITENCOURT; RECK, 2018a)⁶⁹.

⁶⁸ Ohlweiler (2015, p. 188), destacando a necessidade de motivação dos atos administrativos no panorama do constitucionalismo contemporâneo, tal qual priorizado nessa pesquisa, conclui que “[...] o ato praticado pela Administração Pública deverá ser autêntico ato constitucional materializado a partir de uma relação circular na qual aparecem regras, princípios constitucionais, questões de direito e questões de fato”.

⁶⁹ Bitencourt e Reck (2018a, p. 128), em complementação à ideia de controle judicial de escolhas em políticas públicas a partir d ótica discursiva, concebem que “Assim, são possíveis as revisões judiciais

Nesse caso, é da análise do discurso pragmático – ou seja, daquele que faz o enlace entre a preferência por esse ou aquele instrumento, e a finalidade que se pretende atingir – do agente público que ressaíra a conformação (ou não) ao ato de improbidade administrativa. Bitencourt e Reck (2018a) advertem, contudo, que apenas o discurso pragmático será insuficiente, cabendo lançar mão da racionalidade argumentativa, através do enlace das diferentes lógicas discursivas de fundamentação, pragmática e de aplicação – as quais foram bem contextualizadas no capítulo 2 desse trabalho. Essa construção da racionalidade argumentativa é o que “[...] clarifica e torna suscetível a revisitação às escolhas públicas, tornando possível o controle a partir tanto do procedimento de formação das vontades, ao momento de escolha e execução, quanto de um possível controle dos diferentes enlaces” (BITENCOURT; RECK, 2018a, p. 130).

A escolha, portanto, em interromper ou alterar profundamente algum dos instrumentos de uma política pública será a resposta correta, dentre as alternativas possíveis, se restar cristalino que as razões para tanto são as melhores razões possíveis em relação aos argumentos que suportam as demais alternativas (ou seja, dando a melhor luz possível a partir da interpretação do Direito, dos aspectos fáticos e, evidentemente, da tutela administrativa efetiva).

2) Verificação de que modificação substancial do instrumento analisado, componente da política pública, não trará mais proteção ao direito fundamental que lhe serve de suporte, em cotejo com os instrumentos que vinham sendo utilizados: é aceitável e possível que ajustes sejam realizados para a melhor execução da política pública. Todavia, esses reparos, pequenos ou substanciais, não podem estar desacompanhados da conexão maior com o(s) direito(s) fundamental(is) tutelado(s).

A política pública é, conforme Reck e Bitencourt (2016), estruturada sobre as bases dos fins e objetivos políticos expressos na Constituição Federal 1988, situação que, indubitavelmente, vincula os agentes públicos. Afirmam os autores, ainda, que o traço marcante da política pública é a organização de ações no tempo, que pressupõe

das escolhas em termos de políticas públicas; porém, devem observar o procedimento de fundamentação, sendo que o controle, em termos de aplicação, volta mais à perspectiva da argumentação jurídica que fará os enlaces em relação às escolhas tomadas no processo de fundamentação. Em outros termos, será preciso identificar racionalmente em que ponto os discursos de fundamentação falharam no tocante às decisões em termos de políticas públicas”.

uma regularidade para que se desenvolvam os objetivos, os atos de planejamento e os atos de execução (RECK; BITENCOURT, 2016).

Assim, além do tempo razoável que se precisa para a colheita de resultados de uma política pública, a sua afetação com o direito fundamental é sempre essencial, e a proteção deve ser sempre a mais ampla possível. Por tal razão é que a seleção do instrumento de uma política pública demanda um estudo preliminar de sua viabilidade técnica, financeira e jurídica, de modo que se possa comparar as alternativas disponíveis, e subsidie o gestor na seleção daquela que melhor atenda à efetiva tutela administrativa. Da mesma maneira, a modificação da política pública requer do agente público essa conduta de análise técnica para a tomada da decisão final, evitando que cause restrições desnecessárias, ou retrocessos, no direito fundamental do cidadão.

A evidência dessa constatação pode ser compreendida não apenas a partir do direito à efetiva tutela administrativa – pelo qual incumbe à Administração Pública a promoção integral e espontânea dos direitos fundamentais (HACHEM, 2014) -, mas também quando se destacam os serviços públicos e as contratações, instrumentos comuns de várias políticas públicas, pela análise da Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993). Tal diploma normativo prevê que, para a realização de licitações e contratos que envolvam a Administração Pública, é essencial que seja realizado um estudo técnico de viabilidade, consubstanciado no “projeto básico” (artigo 7º, inciso I)⁷⁰. É, pois, um ato medular de qualquer contrato ou licitação que se proceda a um estudo técnico de viabilidade.

O mesmo procedimento deve ocorrer com as políticas públicas, seja durante a produção legislativa, seja ao longo da seleção e adequação dos instrumentos que a concretizam, ressaíndo esse estudo técnico como uma maneira de propiciar-se o controle sobre tais atos e a averiguação da sua conformidade com o direito à efetiva tutela administrativa – verificação que já pode ser assegurada a partir dos assessoramentos jurídicos dos quais dispõem os gestores públicos, e que será levada a cabo a partir da fundamentação do ato a ser editado.

⁷⁰ A definição de projeto básico encontra-se exposta no artigo 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993, e dispõe que se trata do seguinte: “IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:” (BRASIL, 1993).

Vanice do Valle (2020), em pesquisa dedicada à deferência judicial para com as escolhas administrativas, pontua que ao controlador cabe conhecer os termos da opção administrativa, verificar se essa escolha tem sido executada a partir do que foi planejado, e eventuais razões de impugnação precisam estar relacionadas com as razões administrativas, em uma estrutura dialética⁷¹. Assim, é preciso que a escolha do administrador esteja subsidiada em suportes técnicos, formais e passíveis de serem apresentados e acessados pelos controladores e pela sociedade, ressaltando a importância dessa espécie de estudo técnico em termos de políticas públicas.

Bitencourt (2013), Hachem (2014) e Sarlet (2015) ressaltam a impossibilidade, dentro do Estado Democrático de Direito, de aceitar-se um retrocesso em relação aos direitos fundamentais. Essa lógica, para Bitencourt (2013), não rege a política pública, cuja notoriedade é a transitoriedade. A concepção da autora encontra-se correta quando se analisa essa possibilidade em relação ao ordenamento jurídico e as conquistas sociais, mas não quando se analisa a política pública a partir dela mesma.

Explica-se: estando em curso uma política pública e, através de um estudo técnico percebe-se que ela não é ainda dispensável - posto existirem cidadãos que dela dependem para a efetivação de seus direitos fundamentais -, é possível defender-se a impossibilidade de retrocesso (nessa conjuntura interna da própria política pública), especialmente quando já está em curso a política pública, foram efetuados dispêndios financeiros, e até se criou a justa expectativa na sociedade de que a tutela se daria pela via administrativa.

Carvalho (2019, p. 783), em posição semelhante, aduz que a adoção de um critério de interdependência e integração entre políticas públicas e direitos fundamentais é fundamental para a convergência das decisões a serem tomadas e, dessa forma, permitir que “[...] as políticas públicas sejam construídas com o objetivo de satisfazer um ou vários direitos ou, ao contrário, erigir barreiras mais fortes para o

⁷¹ A autora informa, então, que “Significa dizer que deflagrada a iniciativa de controle judicial, a primeira investida do agente controlador é de ser no sentido de conhecer os termos da estratégia desenhada pela Administração Pública para o trato da matéria. Existe uma política pública em curso? Quais os seus termos? Ela foi aplicada à hipótese? A alegada violação a direito decorre da estrita aplicação à esfera individual dessa mesma política pública? Ou a hipótese de fato contempla uma simples falha de serviço, com a não aplicação da estratégia de ação que o Estado traçara para si? Ou ainda, o que se tem é uma situação individual ou coletivo que se julga erroneamente excluída da política pública existente e em curso?” (VALLE, 2020, p. 119). Reforça-se, pois, a conclusão aqui aposta, no sentido de que um estudo técnico, que contenha o planejamento esperado, a forma da execução, e as razões pelas quais não se alcançou o objetivo, é essencial para o próprio resguardo do administrador público que precise determinar o rumo de uma política pública.

controle das políticas públicas que desvalorizem a linguagem dos direitos”. Tal afirmação explícita, pois, a demanda pelo critério aqui delineado.

Em suma, a decisão do agente público que tencione a remodelagem do instrumento de política pública precisa estar orientada a uma melhor adequação ao direito fundamental a que serve. Do contrário – e o estudo técnico mencionado, que deveria ser imperativo para as decisões desse calibre –, a conduta é passível de ser enquadrada como ímproba, por violação, no mínimo, do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, vez que ofende os princípios da Administração Pública e o próprio direito fundamental à efetiva tutela administrativa.

3) Verificação de que interesses secundários sustentam a decisão pela interrupção ou modificação radical do instrumento da política pública: o direito fundamental à efetiva tutela administrativa requer a vinculação do administrador público aos direitos fundamentais, exigindo que atue de forma a promovê-los espontânea e integralmente (HACHEM, 2014).

A conformação dessa conjuntura é escorada pelo dever-poder, e a tutela administrativa efetiva precisa estar no panorama de horizonte para a tomada da decisão que opte pela interrupção ou modificação avultada em uma política pública. Assim, interesses secundários, que não coincidam com o direito fundamental à efetiva tutela administrativa, não devem ser defendidos ou opostos como obstáculo ao exercício do direito fundamental do cidadão.

Juarez de Freitas (2015a, p. 127), antecipando essa vertente do direito em voga, apregoa que

Contudo, hoje é preciso dizer mais: a escolha lícita ocorre no quadro de justificativas universalizáveis e intertemporalmente consistentes, em contraste com aquelas que miram na satisfação de necessidades secundárias. Decerto, a liberdade não se desfaz pela pretendida elevada dose de vinculação: legitima-se, ao abandonar o espaço fluido das vontades particularistas, pouco ou nada universalizáveis. Dito de outro modo, a Administração Pública não apenas pode (a rigor, inexitem atos administrativos meramente facultativos), mas está obrigada a realizar avaliações de impactos (sociais, econômicos e ambientais) antes de decidir, exorcizada a recorrente dominância dos atos políticos voluntaristas.

Não se pode deixar de mencionar que é conhecido o clima de suspeição em relação às atividades operadas pela Administração Pública (GABARDO, 2009; RECK; BITENCOURT, 2019), tratadas usualmente como imorais e/ou ineficientes. O detalhe que passa despercebido é que, por vezes, o agente público simplesmente teme a sua

responsabilização e, por isso, opta pela decisão anteriormente adotada (e não questionada pelos órgãos de controle), ou queda-se inerte. Hachem (2014), nesse contexto, pontua que o direito fundamental à efetiva tutela administrativa, nesse viés, ampara o administrador público em sua decisão, pois permite que o agente possa implementar os direitos do cidadão à margem de responsabilização.

Assim, a atuação do agente público não deve restar voltada ao atendimento dos interesses fazendários na hipótese em que eles se chocarem com a proteção conferida aos direitos fundamentais, cabendo o reconhecimento desses direitos na esfera administrativa de forma voluntária⁷².

Nesse cenário, a decisão de interromper ou alterar algum dos instrumentos de uma política pública deve estar amparada em razões que não prejudiquem a promoção dos direitos fundamentais, vez que justificativa em desacordo com essa proposição pode ensejar a responsabilização do agente por improbidade administrativa, a partir dos efeitos interpretativos que se destaca do direito fundamental à efetiva tutela administrativa.

4) Verificação de que o instrumento selecionado não era o melhor possível no momento da tomada da decisão, impulsionando a suspensão ou alteração da política pública após o início da sua execução: é imprescindível que a tomada de decisão esteja amparada em razões explícitas, as quais propiciem a verificação de que a escolha recaiu sobre o melhor instrumento disponível (ou seja, que foi “a escolha certa”, em um paralelo com “a resposta certa” de Dworkin)⁷³.

⁷² E, para Daniel Hachem (2014, p. 317), também o seguinte: “[...] (i) nos casos em que há súmulas, enunciados, pareceres normativos ou orientações técnicas do órgão de cúpula da advocacia de Estado (nas esferas federal, estadual ou municipal) estipulando hipóteses em que os direitos fundamentais do particular devem ser reconhecidos, tanto os administradores quanto os advogados públicos (das áreas consultiva e contenciosa) estão obrigados a adotar tal entendimento, sob pena de incorrerem em falta funcional; 1209 (ii) é também dever da Administração e da Advocacia Pública investigar as posições já pacificadas pelos tribunais a propósito do reconhecimento de direitos fundamentais, as quais devem ser respeitadas para evitar o ajuizamento de ações fadadas à condenação do Estado; (iii) mesmo que não haja orientação expressa da chefia das procuraturas públicas, nem entendimentos consolidados do Poder Judiciário, os administradores públicos e advogados de Estado encontram-se ainda assim autorizados a deferir pleitos administrativos, abster-se de contestar ações judiciais e deixar de recorrer de sentenças favoráveis aos cidadãos, nos casos que envolverem direitos fundamentais, para fazer prevalecer o interesse primário, genuinamente público, consagrado pelo sistema normativo”.

⁷³ Como adverte Ohlweiler (2015, p. 190), “na medida em que todo ato da Administração Pública é um ato constitucional, o agente público possui o dever hermenêutico de confrontar suas expectativas de sentido com a tradição do Constitucionalismo moderno, explicitada pelos indícios formais dos princípios e, no horizonte específico desta pesquisa, com a dignidade humana. Como os textos só acontecem na medida do seu sentido constitucional, o agente público deve assumir a postura de deixar-se dizer algo pelo texto constitucionalizado, sustentado por aquilo que Dworkin trabalha, pela Leitura Moral da Constituição; e, no caso brasileiro, pelas condições de possibilidade dos princípios constitucionais”.

As políticas públicas são um conjunto de unidades decisórias, derivadas de diversos órgãos que interagem entre si. Nesse sentido, Reck e Bitencourt (2016, p. 138) definem, que

Uma política pública é um sistema de interação porque possui estabilidade, identidade e uma referência que forma uma unidade, tudo isto em sucessão no tempo. Esta referência que forma uma unidade é precisamente o objeto da política pública. A política pública é um sistema de interação que ao mesmo tempo mantém as expectativas normativas (isto é, comanda ações que, mesmo não cumpridas, permanecem enquanto devidas) e estabelece ações vinculantes para toda a comunidade. É, portanto, um cruzamento das perspectivas política e jurídica.

E, além disso, admitem os referidos autores que, a partir da visão sistêmica, é preciso que se reconheça que a decisão adotada pelo agente público poderia ser outra (RECK; BITENCOURT, 2016). O fulcral é, além de aceitar-se a transitoriedade e a multiplicidade de alternativas para as escolhas que precisam ser feitas, qual dessas possibilidades é a melhor, a que mais se encaixa no escopo da política pública e que atenda, concomitantemente, o direito à efetiva tutela administrativa.

Um exemplo prático colabora para a elucidação desse critério. O município de Canoas/RS obteve êxito na aprovação de um projeto para ampliar o sistema de transporte coletivo urbano de passageiros através do PAC – Plano de Aceleração do Crescimento -, por meio da implantação de um transporte coletivo elevado sobre trilhos. A municipalidade, em 2014, firmou pacto com empresa privada (Aeromovel Brasil S/A) para a instalação de um sistema de transporte novo, denominado de “aeromóvel”, que seria utilizado para a ligação de passageiros entre bairros e as estações do Trensurb (conectando o município com as regiões centrais de Porto Alegre/RS) – no valor de R\$ 287 milhões de reais

Relatório do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2018) dispõe que esse sistema de transporte somente existe em outros dois locais no mundo: em Jacarta, na Indonésia, e em Porto Alegre, ligando o aeroporto à estação do Trensurb. Por isso, não é consolidado do ponto de vista tecnológico, tampouco existem dados sobre sua efetividade como meio de locomoção em massa, pretensão inicial da municipalidade.

Os contratos, que envolveram recursos municipais e verbas oriundas de um financiamento junto à Caixa Econômica Federal, foram questionados através da Ação Civil Pública nº 5001558-15.2016.4.04.7112, ajuizada perante a 2ª Vara Federal de Canoas. O ponto principal levantado pelo Ministério Público Federal foi a ausência de

licitação para a contratação da empresa, cujo acerto foi levado a cabo através de uma dispensa de licitação, calcada na alegada inexigibilidade ante a singularidade do projeto (pois apenas uma empresa detém a patente do aeromóvel), dentre outros fatores (como o fato da filha do gestor local ser funcionária da empresa contratada e o dispêndio de valores sem cumprimento do cronograma pactuado). A sentença proferida, no entanto, não analisou o mérito, reconhecendo a ilegitimidade do *Parquet* federal para a sua proposição, vez que os valores gastos não foram repassados pela União, mas sim pela Caixa Econômica Federal.

Outras ações⁷⁴ foram ajuizadas questionando a ausência de licitação para o contrato, uma vez que o sistema de transporte público coletivo sobre trilhos elevados não é uma novidade, e diversas empresas detêm tecnologias semelhantes já implantadas com sucesso em outras cidades. Nenhuma, ainda, possui sentença de mérito. A gestão que sucedeu aos contratantes acabou por optar pela cessação do contrato de financiamento e das obras pactuadas, firmando sua posição ante a identificação de diversas incorreções, e a adaptação das obras de infraestrutura que já estavam prontas para outras finalidades (BRASIL, 2018).

O que atrai a atenção para esse caso, num primeiro momento, é o fato evidente da falta de licitação para a contratação das obras de implantação de transporte coletivo urbano de passageiros sobre trilhos elevados, tecnologia existente em diversos locais do país – sendo Porto Alegre, cidade próxima à Canoas, bem servida dessa espécie de transporte especificamente, implantado através de processos licitatórios. Mas, para além dessa obviedade, também ressaltamos a escolha equivocada do instrumento para a execução da política pública de transporte coletivo.

Retomando-se a ideia de que o gestor público precisa vestir-se de “juiz Hércules” e encontrar a resposta correta (dentre as opções possíveis para aquele momento) a partir da interpretação do Direito, dos princípios e dos fatos concretos, não é plausível que a escolha do aeromóvel pelo município da Canoas possa representar “a escolha correta”. Isso porque a tecnologia de transporte sobre trilhos elevados não necessariamente é a única disponível capaz de atender a coletividade, havendo opções diversas e conjuntivas para serem adotadas, como aumento da frota de táxis,

⁷⁴ Perante a Justiça Federal do Rio Grande do Sul, pesquisando-se por “AEROMOVEL BRASIL S/A” encontrou-se a Ação Popular 5014126-29.2017.4.04.7112 (declinada a competência em favor da Justiça Estadual), e perante a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, a partir da mesma palavra-chave, as ações 008/1.16.0010790-2; 008/1.19.0001576-0; 001/1.17.0146213-4, nenhuma das quais com sentença prolatada até a data da consulta, efetivada em 30 de setembro de 2020.

aumento das linhas de transporte coletivo rodoviário, criação de túneis de passagem com trânsito exclusivo para o transporte coletivo, implantação e incremento de cicloviarias, e a averiguação da possibilidade do tradicional metrô ou trem, já usuais e com diversas empresas que poderiam competir pelos contratos.

O que se verifica, a partir desse caso narrado é que, ao menos em tese (já que se precisa da análise também do elemento volitivo, exposto no capítulo antecedente de forma detida), a conduta dos gestores contraentes do aeromóvel seria passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, posto que a seleção do instrumento de execução da política pública não era, coerentemente, a escolha acertada para o objetivo pretendido e não satisfaz o direito fundamental à efetiva tutela administrativa (conquanto a demanda social pelo incremento do transporte coletivo não foi atendida e nem tinha indícios de que o seria através do artefato escolhido). Ou seja, o aeromóvel não mostrava ser “a resposta correta” dentre as opções possíveis, a partir da reconstrução do caso concreto, tal qual foi demonstrado, teoricamente, a partir das considerações efetuadas nos parágrafos antecedentes.

Destarte, a improbidade administrativa pode ressaír a partir da análise da escolha do instrumento selecionado para operacionalizar a política pública, pois se é dever-poder do gestor público comprometer-se com o direito à efetiva tutela administrativa – e isso somente poderá ser aferido a partir da motivação de seu ato⁷⁵ -, a sua escolha precisa refletir essa preocupação ou, do contrário, verificados os demais pressupostos, é passível de responsabilização.

Por fim, é também possível pensar-se em ao menos duas hipóteses que, em um primeiro momento subsumir-se-iam à Lei de Improbidade Administrativa, mas que, quando interpretadas a partir do viés do direito fundamental à efetiva tutela administrativa, acabam por espancar a possibilidade de responsabilização, quais sejam:

1) Demonstração de que, mesmo atuando *contra legem* ou *praeter legem*, a decisão foi tomada com o fito de garantir proteção ao direito fundamental do cidadão: essa hipótese foi referida em tópico anterior, mas cumpre ser reforçada. Isso

⁷⁵ Novamente invoca-se Oehlweiler (2015, p. 192) o qual sintetiza, na esteira do interpretativismo de Dworkin, que “A compreensão que deverá estar explicitada na motivação do ato administrativo é verdadeiro ato de aplicação, não obtido dedutivamente, mas consequência de uma fusão de horizontes – do agente público com o horizonte da tradição do Constitucionalismo moderno –, dotada de caráter aberto, histórico e não objetificadora. A motivação dos atos da Administração Pública é uma relação de sentido, isto é, uma aproximação entre os indícios formais do texto – regra, princípio, direitos – com as vivências do mundo prático”.

porque o direito à efetiva tutela administrativa demanda do agente público uma proatividade para garantir, a partir do seu dever-poder, a promoção dos direitos fundamentais de forma maximizada – e tanto Estado quanto sociedade atuem como corresponsáveis pelas políticas públicas (OHLWEILER, 2007).

Essa proposição, ao admitir-se que também o agente público é um intérprete do ordenamento jurídico, a exemplo do “juiz Hércules” de Dworkin, não deixa pecha para que se afirme que a atuação contra a lei ou para além dela são incabíveis, e destoam da mera suposição de ilegalidade. Se o impulso do direito fundamental à efetiva tutela administrativa é a obrigação de, administrativamente, criar condições para a implementação e proteção dos direitos fundamentais, então a falta de lei ou a lei que caso aplicada não se coadune com esse dever-poder, não pode ser manejada como argumento em prol da inércia da Administração Pública (HACHEM, 2014).

Juarez Freitas (2011), em pesquisa sobre a atividade do gestor público que deixa de aplicar lei inconstitucional na hipótese em que, levada a cabo tal ação acabaria conduzindo ato de improbidade administrativa, consigna, reforçando o posicionamento declinado nesse critério que a guarda da Constituição também precisa ser praticada por toda a Administração Pública. Questões como controle de ofício em relação à eficácia e à probidade demonstram uma responsabilidade para com o texto constitucional, “[...] sem omissivismo de qualquer matiz, seja na hipótese de acatamento, seja quando se mostrar necessária fundada concretização dos direitos fundamentais, acima das leis que os violem” (FREITAS, 2011, p. 163).

2) Demonstração de que a interrupção do instrumento da política pública é motivada pela perda de objeto/esgotamento do seu objetivo: caso em que a política pública está claramente marcada pelo viés transitório que lhe é característico, tendo atingido a sua finalidade e, evidentemente, não sendo mais necessário o manejo de todos os seus instrumentos ou de alguns deles. Hachem (2014) pontua com propriedade que as políticas públicas são caracterizadas pela continuidade e projeção temporal, posto que seu objetivo é atingir metas, usualmente a médio e longo prazo, buscando o Estado dar cumprimento a objetivos constitucionais que, à guisa de sua ingerência, não se materializariam de forma adequada ou naquele período de tempo.

Assim, tanto a transitoriedade e alterabilidade são marcas da política pública, como também a sua prospecção temporal, até mesmo porque os resultados almejados são de grande porte, e requerem a coordenação de diversos atores sociais

e estatais. Todavia, como não é impossível que ocorra, com o fim de bem elucidar esse critério, pode-se suscitar o exemplo de uma política pública cujo objetivo é o da erradicação do vírus da dengue em território nacional, tendo mobilizado agentes de saúde para visitas domiciliares, agentes de fiscalização para combate à endemia, vacinação em massa da população, campanhas de conscientização, dentre outras medidas.

Embora não seja crível que tal política pública possa ter curto prazo de duração frente às agruras com que a população convive - falta de esgotamento e de aterramentos sanitários adequados, de acesso à água potável -, caso se pudesse atingir tal marca, por certo que a decisão que optasse por cessar a política pública a partir desses moldes não seria identificada com nenhuma espécie de improbidade administrativa, ante o exaurimento do objetivo, e a clara ausência de eficiência em permanecer com o aparato voltado para finalidade inexistente.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha por propósito elucidar a possibilidade de enquadrar-se como ato de improbidade administrativa a decisão do agente público que envolvesse a descontinuidade ou alteração substancial de algum instrumento que compõe uma política pública. O questionamento central apoiava-se na premissa de que o direito fundamental à efetiva tutela administrativa, ao encampar um feixe de obrigações a serem observadas, detinha a prerrogativa de compelir, em virtude do dever-poder, a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. E, sendo a política pública uma forma de materialização de tais direitos, em caso de suspensão ou modificação substancial (a partir de critérios que seriam dispostos ao longo da pesquisa), violaria o direito fundamental à efetiva tutela administrativa, atraindo a incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

A conclusão dessa pesquisa perpassa pelas pontuações realizadas ao longo de seus capítulos e subtópicos, de modo que se possa traçar o raciocínio lógico empreendido. O talante final, repise-se, não era afixar uma conclusão imutável, mas sim construir critérios interpretativos para a Lei de Improbidade Administrativa a partir desse cuidado com as decisões que se refiram à descontinuidade ou modificação nos instrumentos de execução das políticas públicas, tarefa que certamente não se esgota nessa dissertação e que demanda um debruçar-se apurado de outros pesquisadores, para que haja um desenvolvimento mais próspero do tema.

Para se atingir a pretensão originária, o primeiro passo foi realizar a investigação sobre o dever-poder dos agentes públicos. Verificou-se que essa instrumentalização está orientada para os mandamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito, mas não é discricionária. A diferenciação entre as áreas de vinculação e discricionariedade não condizem com a tradicional concepção de faces opostas da mesma moeda, posto que em ambos os casos a atividade estatal precisa estar orientada ao atendimento das finalidades legais a serem alcançadas. E, por isso, a discricionariedade se relaciona com a busca pela solução ideal para o problema concreto e não pela indiferença na escolha dentre aquelas que são possíveis.

O mérito do ato administrativo torna-se imprescindível para a efetivação de seu controle, seja considerado vinculado (ou seja, para aquele ao qual a lei atribui a solução ótima), seja discricionário, pois é justamente essa a característica que influencia a conclusão de que é esperado do agente público o escrutínio das

possibilidades para que eleja aquela excelente. Ressai, pois, a ênfase nos deveres – e não nos poderes – que se confere aos agentes públicos, não suprimível, sob pena de impossibilitar o desenlace das funções públicas.

A noção de dever-poder, contudo, ainda não tem sido albergada pela jurisprudência dos tribunais superiores pátrios, não se tendo localizado, a partir de buscas efetuadas no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o uso da expressão. A efetuar-se pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observa-se haver uma sinalização para uma alteração de paradigma, incorporando essa ideia em alguns acórdãos.

Conjuntamente com o rol de direitos fundamentais, o dever-poder acaba por conceder ao cidadão um feixe de posições jurídicas que, sindicáveis, são passíveis de postulação judicial. Essa configuração, todavia, desprestigia a efetivação dos direitos fundamentais pelas vias das políticas públicas, uma vez que as decisões judiciais, não raro, canalizam os recursos financeiros em prol da satisfação particular de um direito do postulante – em detrimento do coletivo –, bem como diminuem o alcance das políticas públicas justamente para a população que delas mais necessita – pois se abre a escotilha da via judicial apenas para aqueles que possuem condições de acessá-la.

O abrandamento dessa injusta posição que se configura pode ser operado pela via do reconhecimento do direito fundamental à boa Administração Pública ou, mais precisamente, pelo direito fundamental à efetiva tutela administrativa, voltado à atuação do Poder Executivo. Esse último dispõe, de forma incisiva, que cabe à Administração Pública, a partir do dever-poder, atuar em prol do reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A retomada da centralidade do Direito Administrativo como instrumento principal de concretizador das políticas públicas é primordial. A Constituição Federal de 1988 concebe, para a República Federativa do Brasil, um Estado Democrático de Direito, arrogado na busca pela igualdade efetiva, com intervenções estatais que busquem alterar e contrabalancear as situações de contraste

A par disso, exsurge o Constitucionalismo Contemporâneo, fenômeno calcado na normatividade, superioridade e centralidade das disposições constitucionais, com ênfase nos direitos fundamentais. O cenário para a modificação da realidade é propício, portanto, a partir da conjunção das ideias do Estado Democrático de Direito e do Constitucionalismo Contemporâneo.

Ressai, desse estado de coisas, o direito à boa Administração Pública que, de longa data, já fixou raízes no ordenamento jurídico da União Europeia, através da Carta de Nice. Tal postulado apregoa que a atividade administrativa seja orientada pela impessoalidade, objetividade, transparência, atendimento da demanda do cidadão em lapso temporal compatível, dentre outras condições. O conceito de “boa Administração Pública” remanesce aberto, mas ativamente em construção.

No Brasil, inexistente a indicação textual do direito em testilha na Constituição Federal de 1988, embora seja inegável sua existência a partir do arquétipo legal delineado. Os princípios estruturantes da cidadania e da dignidade da pessoa humana já são indicativos, aliados ao extenso rol de direitos fundamentais, da cláusula de abertura contida no art. 5º, §2º e dos princípios orientadores do art. 37 do texto constitucional. Ao somar-se os objetivos da República Federativa de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de desenvolvimento nacional, de erradicação das desigualdades, de promoção de bem-estar social e de abolição de qualquer forma de discriminação, está consolidada a plena ocorrência do direito fundamental à boa Administração Pública, encarregada de pôr em marcha o aparato estatal para o atingimento das finalidades constitucionais.

A justificação para sua existência também perpassa pela identificação de que existem direitos fundamentais que não estão nominalmente dispostos na Constituição Federal, embora sejam materialmente jusfundamentais. No caso em tela, o direito fundamental à boa Administração Pública resguarda relevância sob a ótica do constituinte, a partir da sua hierarquização no texto legal, ainda que de forma implícita, além de salvaguarda bem jurídico relevante.

O direito em testilha demanda, em síntese, que a atividade dos agentes públicos esteja orientada para o atendimento pleno dos direitos fundamentais, comedida pelos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito, a partir de metas e indicadores gerais e específicos. E acaba abarcando o direito fundamental à efetiva tutela administrativa, voltado especificamente para a atividade administrativa, e pelo qual o cidadão possui o direito de receber, em prazo razoável, da Administração Pública, a valia de seus direitos, de maneira célere, completa e igualitária, através da adoção de técnicas e instrumentos que se mostrem suficientes para tanto, inclusive, propiciando a atuação *contra legem* e *praeter legem* e proibindo seja adotada decisão que albergue interesse estatal divorciado dos direitos fundamentais.

O dever-poder se agrega ao direito fundamental à efetiva tutela administrativa para instrumentalizá-lo, posto que esse último carrega o conteúdo de atendimento à Administração Pública, da proteção e promoção dos direitos fundamentais, enquanto aquele atribui aos agentes públicos a busca pela solução ótima para cada caso. É possível identificar, entre um e outro, uma simbiose.

O reconhecimento da jusfundamentalidade do direito à efetiva tutela administrativa descamba, então, para a sua dimensão objetiva. Tal aspecto confere a condição de componente estruturante da ordem jurídica, com conteúdo normativo e, portanto, atuam como limites e orientadores da atividade estatal. Os efeitos da dimensão objetiva são diversos: conduz a um senso de responsabilidade comunitária; importa em eficácia dirigente ao Estado, vinculando-o aos direitos fundamentais; fornece balizamentos interpretativos para a legislação infraconstitucional; direciona um dever de proteção aos direitos fundamentais, tanto nas relações Estado-indivíduo, quanto nas relações indivíduo-indivíduo; impõe um dever de concretização dirigido também ao legislador.

Essas considerações acabam por estreitar a relação entre o direito fundamental à efetiva tutela administrativa e as políticas públicas. Estando a Administração Pública encarregada da promoção dos direitos fundamentais (dentre eles os sociais), é a partir da efetivação dessa tutela administrativa que se concretizará tal mister. E sobressairá, com mais robustez, a busca do agente público pela solução que melhor albergue o direito fundamental que se intenta promover – o que exige, também, que essa seleção seja precedida de uma criteriosa análise e fundamentação.

A partir da constatação do encargo constitucional atribuído à Administração Pública, a responsabilização do agente público acaba ganhando espaço como forma de controle e alinhamento das atividades estatais. A previsão da tutela da probidade administrativa ressoa a partir do art. 37, §4º da Constituição Federal, e é o mote para a edição de diversos diplomas legais, dentre eles a Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa –, objeto desse estudo, e que padece de algumas controvérsias.

A primeira contenda diz respeito ao sujeito ativo do ato de improbidade, pois o art. 2º enumera que é o agente público tal ator, mesmo que esteja transitoriamente desempenhando a atividade, por qualquer que seja o vínculo estabelecido com a Administração Pública. O problema reside em definir se os agentes políticos estão

abrangidos ou não pelas repreensões da Lei de Improbidade, uma vez que se sujeitam à Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº. 1.079/1950).

De forma geral, e a despeito das diversas correntes doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 2.138/DF, assentou que os regimes de responsabilização são concorrentes, pelo que descaberia a dupla capitulação aos agentes políticos, para os quais reserva-se a Lei dos Crimes de Responsabilidade. O Superior Tribunal de Justiça, em sentido oposto, admite que os agentes políticos estão sujeitos às penas da Lei de Improbidade Administrativa, ressalvado o Presidente da República, fulcro no art. 85, V, da Constituição Federal de 1988.

Contudo, equacionadas as razões delineadas pelos diversos autores que enfrentam a matéria, conclui-se que os agentes políticos podem ser responsabilizados também pela Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que a Constituição Federal, quando efetuou a exceção para o Presidente da República, não o fez para os demais cargos políticos. Além, as penas cominadas para o crime de responsabilidade e para a improbidade administrativa não coincidem de forma total (por exemplo, não se determina o perdimento dos bens em caso de condenação por crime de responsabilidade e, caso não fosse viável o enquadramento como ato de improbidade administrativa, haveria a incorporação ilícita de patrimônio para o infrator), podendo serem aplicadas de forma concomitante, apenas excluindo-se aquelas que sejam dúplices (iguais nas duas leis).

A segunda controvérsia enfrentada remete ao estado anímico do agente público, pois a Lei de Improbidade Administrativa, expressamente, demanda a caracterização de dolo ou culpa. Tal ponto sofreu recente alteração interpretativa com a edição das modificações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), especificamente a partir do art. 28, que apregoa a responsabilização em caso de dolo ou erro grosseiro.

Averiguou-se que o escopo original da alteração era unificar conceitos da seara sancionatória penal com a administrativa, uniformizando e assegurando juridicamente que a interpretação da responsabilidade dos pareceristas não estaria submetida aos influxos dos órgãos de controle. A ideia central era abrandar a teoria do “administrador médio”, formulada e aplicada pelo Tribunal de Contas da União, a qual padecia de critérios objetivos e, por isso, acabava causando certa insegurança entre os agentes públicos.

A introdução do art. 28 da LINDB acabou por verter posições distintas em relação à influência na Lei de Improbidade Administrativa: de um lado, autores que defendiam a derrogação parcial dos tipos culposos de improbidade administrativa e, de outro, a falta de aplicabilidade do novel artigo àquele diploma, ante a ausência de respaldo constitucional. No entanto, uma terceira via intermediária foi adotada pelo Tribunal de Contas: para fins de ressarcimento ao erário, tanto o dolo quanto a culpa são causas configuradoras, posto que a Constituição Federal é expressa nesse sentido, enquanto para o sancionamento é o erro grosseiro - que capitula culpa grave - o elemento anímico que se precisa estar identificado.

A compreensão técnica da porfia foi efetuada a partir das considerações da teoria do discurso de Günther. Valendo-se do “princípio U” de Habermas, Günther parte da ideia de que toda norma implica referência a uma situação de aplicação, das consequências e dos efeitos. Entretanto, nem todas as possibilidades são passíveis de serem antevistas no processo legiferante, ante a finitude do tempo.

Diante desse papel contrafactual, considerando que a norma parta de um princípio de universalização, processo no qual todos os envolvidos possam assentir, sob as mesmas circunstâncias, com as consequências e os efeitos colaterais, ela é válida. Do conjunto de normas válidas e ante a inviabilidade de perscrutar todas as possíveis incidências, é plausível que se tenha mais de uma norma válida que remeta a um mesmo caso concreto. É a coerência que resolverá, então, o conflito de normas.

A coerência é a exigência de racionalidade, que conduz a um sistema de princípios e regras válidas, escoradas em pretensões de validade normativa. Por essa razão, é a reconstrução coerente do caso concreto, a partir de um discurso de aplicação, que poderá solver o problema. Há, pois, uma divisão entre o discurso de aplicação e o discurso de justificação, posto que aplicar imparcialmente uma norma não é sinônimo de justificar imparcialmente uma norma.

O discurso de justificação da norma não se ocupa de cada aplicação possível para ela, mas sim da representação do interesse comum que precisa estar presente. É, pois, a expressão da universalização, que acaba encetando a imparcialidade ao processo de constituição de validade. O discurso de aplicação, de modo diverso, é a seleção, dentro do espectro de normas válidas a partir do discurso de justificação, daquela adequada para o caso concreto, a partir da racionalidade imposta pela coerência.

No caso do art. 28 da LINDB, o discurso de justificação para a edição da norma tomava em conta o argumento de que era necessário conferir segurança jurídica ao intérprete do Direito que subsidiasse o administrador público a partir da sua opinião técnica. O paradigma de justificação foi, pois, um fato do mundo concreto (nesse caso, a aferição de critérios objetivos e o afastamento da ideia de “administrador médio” do Tribunal de Contas da União), e tal não desnatura a imparcialidade da justificação, posto que não existe interpretação desconexa de fatos. O discurso de justificação é que focou apenas na hipótese da responsabilidade do parecerista (ao menos a partir dos documentos que instruíram o projeto de lei que se converteu na LINDB), o que não afasta a sua irradiação para a Lei de Improbidade Administrativa, a partir do discurso de aplicação.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro configura-se como uma espécie de código interpretativo da legislação infraconstitucional e, portanto, na seleção a partir do corpo de normas válidas para um caso de improbidade administrativa, haverá remissão ao artigo 28 quando se verificar a presença de dolo, isto é, a presença do especial fim de agir ou o erro grosseiro. Todavia, em se tratando de conduta culposa, não haverá a incidência da LINDB para o ato ímprobo, uma vez que o art. 28 não remete a essa modalidade, a qual permanece intocada tal qual aposta na Lei de Improbidade Administrativa (ou seja, refutando-se a ideia de derrogação parcial no ponto).

O terceiro ponto duvidoso que essa pesquisa enfrentou é a interpretação da moralidade administrativa para fins de configuração de ato de improbidade administrativa. Verificou-se que inexistente consenso sobre a sua extensão e conceito, ante as dificuldades que a alta carga de abstração impõe ao intérprete, o que pode acabar prejudicando a verificação concreta do ato de improbidade administrativa que, violando direito fundamental, enquadre-se como violador da moralidade administrativa.

Considerou-se que as políticas públicas são decisões, realizadas a partir de escolhas dentre as alternativas possíveis, componentes de programas do Estado, e dependentes da ação de diversos atores para implementação. A seleção precisa tomar em consideração a moralidade administrativa e não apenas à legalidade em sentido estrito, ante a atenção que precisa ser dispensada ao sistema valorativo que se depreende da Constituição Federal.

O processo de compreensão da moralidade administrativa ocupa, de longa data, a pauta jurídica. A tensão entre Direito e moral já tentou ser resolvida a partir da ótica

jusnaturalista, pela qual se apreciava um “fazer o bem”, dotando o homem de direitos naturais. A explicação, todavia, considerada insuficiente, acabou por inflar a corrente positivista, a defender o desacoplamento entre moral e Direito, tal qual expõe Hans Kelsen e a sua Teoria Pura do Direito. A separação radical, contudo, também sofreu contraposição, como aquela efetuada por Ronald Dworkin, para quem os princípios são integrantes da ordem jurídica, e essa somente pode ser considerada justa se contiver a pretensão de correção.

Posteriormente, a teoria da argumentação jurídica, pautada em Habermas, acabou ganhando espaço no meio jurídico, posto defender que uma decisão judicial pode ser racional, desde que escorada em um discurso. A ação comunicativa opera, nesse campo, como a chave para o sucesso: uma proposição possui validade se puder ser contraposta por razões que a desqualifiquem como tal, a partir da exposição de argumentos pelos interlocutores, o que propicia que eles possam compreender, concordar ou discordar dessas razões (as razões possuem, assim, pretensão de validade a partir da universalização). A moral, apesar de distinta do Direito, o influencia, desde que se compartilhe intersubjetivamente a aceitação daquela máxima de conduta, inclusive quanto aos efeitos colaterais.

Aliás, a moral comum não se confunde com a moral administrativa, da qual a proibidade administrativa é uma de suas faces. De maneira geral, a doutrina converge em aceitar que a moralidade administrativa está correlacionada à limitação e controle dos atos estatais, vinculando-os aos direitos fundamentais e demandando uma atuação que busque a máxima efetividade dos atos (a solução ótima). Da complexa conformação da moralidade administrativa é possível destacar-se, a partir do direito fundamental à efetiva tutela administrativa, marcos interpretativos sucessivos para a configuração do ato de improbidade administrativa.

O primeiro parâmetro é a verificação da aderência do ato (ou da omissão) a algum direito fundamental. É precisamente a finalidade do ato em promover ou resguardar direito dessa magnitude, a partir do dever-poder dos agentes públicos, que poderá identificar a sua conformação ao parâmetro da moralidade administrativa. Se a centralidade do ordenamento jurídico aponta para os direitos fundamentais, a moralidade administrativa é uma espécie de salvaguarda para evitar o desvio dessa finalidade.

O segundo critério, bastante próximo do primeiro, diz respeito à fundamentação do ato. A Constituição Federal demanda que sejam os atos publicizados e o mesmo

ocorre com a sua justificação. Assim, a abstenção de razões ou o desvirtuamento (evitadas por interesses escusos ou inexistentes na prática) tornam não apenas o ato ilegal, mas também imoral.

O terceiro critério está afeto, quando inserto em um contexto de políticas públicas, à compatibilização material do ato com o direito fundamental tutelado. A falta de correspondência entre as razões do ato e a natureza do seu objeto, também o convertem em imoral. A interpretação de moralidade administrativa que se busca para fins de improbidade administrativa é o desvirtuamento do rumo dos instrumentos da política pública que não o dever-poder de realização dos direitos fundamentais.

A pesquisa adentra, então, em sua última etapa. Nessa, o direito fundamental à efetiva tutela administrativa se assoma, conquanto intimamente ligado ao resguardo das condutas probas dos gestores públicos, como autêntica moldura interpretativa à Lei de Improbidade Administrativa. Também atua como viés de interpretação para o próprio administrador público que precise selecionar uma opção, dentre as possíveis, no contexto de uma política pública.

Retomou-se então a ideia de que o direito à efetiva tutela administrativa capacita o agente público a dispor dos mesmos fundamentos que poderiam ser manejados na seara judicial, caso o ato (ou a omissão) fosse objeto de contenda. O manejo dessa espécie argumentativa na esfera administrativa previne a judicialização da questão e serve para aprimorar a atividade administrativa, capaz de alcançar um número muito maior de cidadãos quando comparada com as decisões judiciais, que produzem efeitos *inter partes*.

A busca pela conciliação entre discricionariedade, dever-poder e direito fundamental à efetiva tutela administrativa pode ser solvida pela teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin. E esse congruar não apenas se presta à resolução dos *hard cases* judiciais, sendo possível que o próprio agente público se valha para fins de orientação na tomada de uma decisão que envolva uma política pública (especialmente quando estiver em pauta a sua interrupção, descontinuidade ou modificação substancial).

A teoria em comento parte da ideia de que a atividade do intérprete, semelhante à de um crítico artístico, é lançar a melhor luz possível sobre a obra de arte, revelando o que de melhor ela tem a oferecer. Não desconsidera que, ao longo do processo, a interpretação acaba sofrendo revezes da opinião pessoal de quem o executa, mas reserva que é a integridade da obra que precisa ser observada (e isso também impede

que se lance luzes apenas sobre uma parte ou outra, ou ainda que se outorgue uma condição que desvirtue a obra). A atribuição de valores à interpretação é inconteste, os valores dedicados é que são controversos.

Por conta disso, Dworkin elucida que a atividade interpretativa de decidir um caso concreto é um capítulo de um romance em cadeia (*chain novel*), a qual precisa ajustar-se à prática anterior e, concomitantemente, demonstrar o seu valor. A visão particular do intérprete precisa estar adaptada à visão coletiva da obra, o que é atingido pelo respeito à coerência e integridade do que foi previamente escrito, restando um espaço criativo entre as decisões tomadas no passado e o novo capítulo que se inicia. Não é a intenção de cada autor que acaba sendo a força interpretativa, sim os argumentos de princípios, os quais acabam ordenando a justificação da decisão e conferem a integridade preconizada.

Para exemplificar, Dworkin lança mão da figura do “juiz Hércules”, um julgador hipotético que aceita o Direito como integridade, assim como acata a ideia de que é preciso se enfrentar as questões políticas. A par disso, Hércules aceita seu papel de escritor de uma obra coletiva, capaz de criar, para cada caso concreto, uma teoria que contrabalanceie princípios, leis e decisões anteriores.

É evidente que nenhum julgador humano será capaz de assim atuar e fundamentará as suas decisões a partir das convicções próprias que atribui à prática do Direito. Contudo, a despeito de serem diversas para cada magistrado, elas convergem em razão dos princípios partilhados pela comunidade e que acabam atuando como centros gravitacionais – tais quais os princípios de justiça, equidade e devido processo legal –, consensuados como um laço de união por seus membros. A resposta certa para um caso concreto difícil está concatenada à prática interpretativa, a qual precisa expressar os melhores valores da moralidade política da comunidade.

A aplicabilidade da teoria de Dworkin aos agentes públicos não se restringe a magistrados, sendo cabível de observância pelos executores e definidores de políticas públicas, posto que os compromissos principiológicos orientam a uma convergência de decisões – e essa unidade é que dá movimento às engrenagens da política pública.

A comunidade de princípios brasileira resta bem delineada pela própria Constituição Federal, a qual dispõe ser norteadas pelos fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do pluralismo político (art. 1º) e orientada aos objetivos da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, a

erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades, que abomina as formas de discriminação e voltada ao bem-estar social (art. 3º).

Os princípios que dão a integridade se voltam, como observado, à promoção e proteção dos direitos fundamentais, justificando o dever-poder dos agentes públicos. Constatou-se, pois, que a interpretação da Lei de Improbidade Administrativa precisa estar conectada a esses fundamentos, de forma que ressoe em decisões legislativas, judiciais e administrativas convergentes para a tutela efetiva dos direitos fundamentais, mais bem instrumentalizada a partir da atividade da Administração Pública (e não pela judicialização).

Verificou-se que, para se atingir a efetiva tutela administrativa tencionada pelo direito homônimo, quatro repercussões principais despontam: 1) a incidência imediata dos direitos fundamentais sobre a atividade administrativa, a partir da dimensão objetiva; 2) o aprimoramento da função administrativa, capaz de atender os interesses pelo olhar coletivo; 3) a pró-atividade do agente público em prol do direito do cidadão, deixando de considerar a lei como um obstáculo, se for necessário; 4) a proibição da perseguição de interesse fazendário secundário que se contraponha aos direitos fundamentais. Tais consequências precisam ser balizamentos para a atividade do intérprete da Lei de Improbidade Administrativa e, no decote pretendido pela pesquisa, quando a ação ou omissão do agente público envolver a decisão sobre uma política pública.

A provisoriedade é um traço característico das políticas públicas, mas não significa que, a partir disso, possa-se albergar decisões que as descontinuem ou interrompam a execução de um ou mais de seus instrumentos à guisa de qualquer controle ou responsabilização – o que restou esclarecido a partir do rol de exemplos listados e analisados. O desentrelaçamento ao planejamento e execução das políticas públicas é um dos imperativos do direito fundamental à efetiva tutela administrativa, expondo o encargo conferido à Administração Pública nesse sentido.

As decisões em termos de políticas públicas são, em grande parte, discricionárias – o que significa que é a busca pela melhor solução que move o administrador público e não a seleção de qualquer possibilidade dentre as disponíveis. Assim é que a teoria de Dworkin abre espaço para que o gestor público seja mais do que um mero executor ou controlador, mas um autêntico intérprete.

Os julgadores, perante casos difíceis, se apropriam de discursos (interpretativos) de aplicação para perscrutarem a resposta correta que irá solucionar o caso. Essa

ideia é passível de apropriação pelo agente público que precisa mover as engrenagens das políticas públicas e o direito à efetiva tutela administrativa acaba por lhe disponibilizar os mesmos meios e instrumentos de que pode se valer o Poder Judiciário quando confrontado à revisão de um ato administrativo. Se o escopo a atingir é a entrega de uma proteção eficaz e igualitária ao cidadão, será a via administrativa capaz de atingir tal objetivo – posto que a atuação judicial é pontual –, com os aprimoramentos que se fizerem necessários para tanto.

Tal constatação é a tônica que orienta a formação dos critérios interpretativos para a averiguação da conformidade do ato administrativo – que descontinue ou altere uma política pública – à Lei de Improbidade Administrativa, a partir do direito à efetiva tutela administrativa. Os parâmetros verificados foram os seguintes:

- 1) Inobservância da aderência da decisão de interrupção ou modificação substancial de algum dos instrumentos da política pública em cotejo com o conjunto global de seu escopo: a prática do ato de improbidade administrativa restará cristalizada caso não se verifique, a partir das razões expostas, a impropriedade na forma da execução da política pública;
- 2) Verificação de que a modificação substancial do instrumento sob análise da política pública não trará mais proteção ao direito fundamental que lhe serve de suporte, em cotejo com os instrumentos que vinham sendo utilizados: a decisão do agente público precisa estar subsidiada em um estudo técnico, que possa analisar as consequências da decisão, a exemplo do que ocorre como exigência para a realização de uma licitação ou de uma contratação pública. A remodelagem da política pública, mormente quando já em curso, precisa demonstrar, a partir de uma investigação técnica e abrangente, que está orientada para uma melhor adequação ao direito fundamental que salvaguarda ou, do contrário, poderá qualificar-se como ato ímprobo;
- 3) Verificação de que interesses secundários sustentam a decisão pela interrupção ou modificação radical do instrumento da política pública: isso é, se o direito à efetiva tutela administrativa demanda a promoção integral dos direitos fundamentais, interesses secundários que sejam colidentes não podem subsidiar a decisão do agente público;
- 4) Verificação de que o instrumento selecionado não era o melhor possível no momento da tomada da decisão, impulsionando a suspensão ou alteração da política pública após o início da sua execução: a decisão, ainda que discricionária, sempre

precisa voltar-se para a escolha da melhor opção (dentre as disponíveis) – ou seja, “da resposta correta”, como menciona Dworkin.

Por fim, outros dois critérios formulados podem afastar a responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa, quais sejam:

1) Demonstração de que, mesmo atuando *contra legem* ou *praeter legem*, a decisão foi tomada com o fito de garantir proteção ao direito fundamental ao cidadão: hipótese em que o agente público, no exercício do seu dever-poder, e de forma proativa, atua para garantir que entraves legais não detenham a plena concretização do direito fundamental do cidadão. A lei serve para proteger o cidadão da indevida ingerência estatal e, por conta disso, não pode ser oposta como obstáculo ao próprio cidadão para alcançar um direito fundamental. Da mesma forma, a ausência de lei não se revela proibitiva, posto que a integridade do Direito requer se busque a resposta correta, mesmo que na via administrativa e especialmente quando se trata de promoção de direitos fundamentais;

2) Demonstração de que a interrupção de algum instrumento da política pública é motivada pela perda de objeto/esgotamento do seu objetivo: sendo a transitoriedade uma das características, a extinção de uma política pública que tenha cumprido seu escopo evidentemente está alheia a questionamentos.

A conclusão, em suma, é de que a hipótese inicialmente ventilada foi confirmada, posto que a decisão que implique em descontinuidade de algum dos instrumentos de uma política pública pode enquadrar-se como ato de improbidade administrativa, atuando o direito à efetiva tutela administrativa como uma moldura interpretativa, inclusive propiciando a formulação de critérios para orientar essa verificação. A preocupação principal do direito à efetiva tutela administrativa requer a centralidade dos direitos fundamentais para a atividade administrativa, a qual está apta, e notadamente por meio das políticas públicas, a promover tais direitos de forma mais ampla e abrangente (quando comparada com a via judicial, restrita àqueles que detenham condições para acesso).

Ainda, pressupõe uma melhor alocação de recursos e de conhecer as necessidades da comunidade, o que lhe capacita a atingir a “escolha certa” com mais precisão, a partir das vestes do Direito como integridade – a exemplo dos fundamentos que podem ser manejados pelo Poder Judiciário. Por conta disso, a responsabilização do agente público, na esteira dos balizamentos ofertados, é uma possibilidade em caso de interrupção ou alteração substancial de algum dos instrumentos da política

pública, posto que viola os direitos fundamentais e, dentre eles, também o direito fundamental à efetiva tutela administrativa.

O assunto desvelado ao longo da pesquisa revelou-se, pois, carente de maiores aprofundamentos pelos estudiosos brasileiros, a despeito da grande importância para a sociedade no contexto do Estado Democrático de Direito, cuja principal preocupação é a garantia de direitos fundamentais. Esse trabalho não possui a pretensão de ser um ponto final na temática, senão um ponto de reflexão, pelo que se espera que o presente estudo contribua para a evolução da proposta delineada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. Vinculação e Discrição na teoria dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 87, 1967. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v89.1967.30219>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30219>. Acesso em: 16 mar. 2020.

ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de. Uma relação rica e controversa: considerações sobre Ronald Dworkin, os positivistas e a interpretação jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 37, n. 2, p. 62-85, 2013. DOI: <https://doi.org/10.5216/rfd.v37i2.23933>. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/23933>. Acesso em: 13 out. 2020.

ARANGUIZ, Dandara Flores. Hospital Regional é inaugurado em Santa Maria. **Diário de Santa Maria**, Santa Maria, 6 jul. 2018. Disponível em: <https://diariosm.com.br/not%C3%ADcias/saúde/hospital-regional-é-inaugurado-em-santa-maria-1.2079035>. Acesso em: 10 out. 2020.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67>. Acesso em: 7 jul. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 9 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBJOM, Gustavo. CYRINO, André. O art. 28 da LINDB - A cláusula geral de erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, p. 203-224,

nov. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77655>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 9 out. 2019.

BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. **Teoria do Direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica do positivismo**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2014. *E-book*. Disponível em: <http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-teoria-do-direito-e-discricionariedade-fundamentos-teoricos-e-critica-do-positivismo-ebook31.php>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núris Fabris Ed., 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens epistemológicas sobre democracia, políticas públicas e controle social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018a. *E-book*. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/publicacoes/Abordagens-epistemologicas-sobre-democracia-politicas-pblicas-e-controle-social.pdf>. Acesso em: 2 maio 2019.

_____. O contrato social na perspectiva da matriz democrática deliberativa sob a óptica da ética discursiva e do paradigma dos direitos fundamentais. **Revista Barbarói**, Edição Especial, Santa Cruz do Sul, n. 42, p. 23-45, jul./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/barbaroi.v0i42.5543>. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/5543>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. **Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018b. *E-book*. Disponível em: <http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-politicas-pblicas-e-matriz-pragmatico-sistemica-ebook124.php>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 maio 2020.

_____. **Decreto 592, de 06 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. DF: Presidência da REPÚBLICA, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 24 abr. 2020.

_____. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da

República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 9 out. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 9 out. 2020.

_____. **Exposição de motivos da Lei nº 8.429, de 14 de agosto de 1991.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaoodemotivos-149644-pl.html>. Acesso em: 23 maio 2020.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 9 out. 2020.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Relatório nº 201702174 – Aeromóvel – Pró-Transporte.** Disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/857520>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Senado Federal. **Parecer (SF) nº 22, de 2017.** Brasília: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5205948&disposition=inline>. Acesso em: 09 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Reclamação nº 2.790-SC.** CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO RÉGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO. USURTAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO. [...] Reclamante: Luiz Henrique da Silveira. Reclamado: Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública de Joinville – SC. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 02 de dezembro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7530819&num_registro=200800768899&data=20100304&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Agravo em Recurso Especial nº 1.520.734/PB.** AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO E CONCURSO PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PARA DISPENSA. LESÃO AO ERÁRIO PRESUMIDA. CULPA VERIFICADA. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. [...] Agravante: Ministério Público do Estado da Paraíba. Agravado: Antonio Trajano de Souza. Relator: Min. Francisco Falcão, 12 de novembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=102459055&num_registro=201901668339&data=20191122&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial nº 1.528.102/PR.** AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. JUIZ. AMIZADE ÍNTIMA COM ADVOGADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO PRESENTE. DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Antonio Cezar Andrade. Relator: Min. Herman Benjamin, 2 de maio de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63964342&num_registro=201500875459&data=20170512&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5468/DF.** DIREITO CONSTITUCIONAL FINANCEIRO. FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. ANEXO DE LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL (LOA – LEI 13.255/2016). CONTROLE FORMAL E MATERIAL. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA FIXADA A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADI 4.048/DF. [...] Requerente: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269137>. Acesso em: 16 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Reclamação 2138/DF.** RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE.

AGENTES POLÍTICOS. [...] Reclamante: União. Reclamado: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e outro. Relator: Min. Nelson Jobim, 13 de junho de 2007. Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22Rcl%202138%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Ação Originária 1483/DF. AÇÃO ORIGINÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. INTERESSE DE TODA A MAGISTRATURA. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 102, INC. I, ALÍNEA N, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA AFASTADA. LEGALIDADE DA DECISÃO ATACADA. VALIDADE DOS LIMITES IMPOSTOS PELO ART. 65, INC. VII, DA LOMAN, À PERCEPÇÃO DO ADICIONAL EM ATÉ SETE QUINQUÊNIOS. PRECEDENTES. SEGURANÇA DENEGADA.** Autor: Evandro Gueiros Leite. Impetrado: Conselho de Administração do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Cármen Lúcia, 20 de maio de 2014. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6004450>. Acesso em: 26 mar. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2391/2018.** Tomada de contas especial instaurada em razão de supostas irregularidades na execução de contrato que tinha por objeto a prestação de serviços de transporte executivo a servidores e dirigentes da Funasa - locação de veículos executivos, incluindo motorista, combustível e outros. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=395ba010-ec47-11e9-84a5-b7131b9d711e. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas.** Brasília: TCU, 2018. Disponível em:
<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>. Acesso em: 09 out. 2019.

BRESOLIN, Keberson. Klaus Günther e a nova perspectiva sobre a teoria da argumentação: justificação e aplicação. **Conjectura: filosofia e educação**, Caxias do Sul, v. 21, n. 2, p. 338-361, maio/ago. 2016. Disponível em:
<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/4100>. Acesso em: 2 fev. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Dafne Reichel. **O controle externo como instrumento para a concretização do direito fundamental à boa administração pública.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul,

Campo Grande, 2017. Disponível em: <http://posgraduacao.ufms.br/portal/trabalho-arquivos/download/5332>. Acesso em: 26 maio 2019.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVII, n. 61, p. 115-121, set./dez. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo, minorías y derecho. **Isonomía**: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 12, p. 95-116, abr. 2000. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucionalismo-minoras-y-derecho-0/>. Acesso em: 21 out. 2020.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 33, p. 773-794, set./dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v6i3.59730>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/59730>. Acesso em: 21 out. 2020.

CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública: uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013. Disponível em: http://ppgdc.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/34/2017/06/DISSERTAÇÃO_-_Valter_Alves_Carvalho.pdf. Acesso em: 26 maio 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de. Administração Pública e planejamento no estado brasileiro: qual a contribuição a ser feita pelo direito administrativo?. **Revista Jurídica**, Curitiba, vol. 4, n. 45, p. 56-76, 2016. DOI: 10.6084/m9.figshare.4622497. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1763/1155>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. O artigo 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, maio, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opiniaao-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro>. Acesso em: 9 out. 2019.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias contemporâneas do direito e da justiça**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodvim, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, p. 2-19, fev./abr. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=176>. Acesso em: 16 mar. 2020.

_____. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 37, p. 1-14, fev./mar. 2014. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=704>. Acesso em: 16 mar. 2020.

DWORKIN, Ronald. O direito como integridade. *In*: TEIXEIRA, Anderson; OLIVEIRA, Elton Somensi (org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. São Paulo: Manole, 2010. p. 14 a 41.

_____. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESPANHA. **Constituição espanhola (1978)**. Disponível em: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em: 26 maio 2019.

FERNANDES, Sophie Perez. A boa administração nas 'calhas de roda' dos discursos jurídico-constitucionais português e da União - 'gira a entreter a razão'...?. **UNIO EU Law Journal**, Braga, vol. 3, n. 1, p. 90-108, jan. 2017. DOI: <https://doi.org/10.21814/unio.3.1.11>. Disponível em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/322/331>. Acesso em: 19 out. 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 15, n. 3, p. e1937, set./dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201937>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80715>. Acesso em: 23 maio 2020.

FRAGALE, Edoardo. El derecho (europeo) a la buena administración y el problema de la autonomía de las pretensiones participativas en el ordenamiento italiano.

Revista Digital de Derecho Administrativo, Bogotá, n. 21, p. 125-151, jan./jun.

2019. Disponível em:

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5702/7098>. Acesso em: 19 out. 2019.

FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 171-167, set./dez. 2011. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8612>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 195-2017, jan./jun. 2015b. Disponível em:

<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais.

Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, v. 18, n. 3, p. 416-434, set./dez. 2013. Disponível em:

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5131/2691>. Acesso em: 16 ago. 2020.

_____. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015a. DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000100115&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Reflexões sobre moralidade e direito administrativo. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 94-115, jan./jun. 2008. DOI:

<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.671>. Disponível em:

<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/671>. Acesso em: 19 jul. 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin. **Revista Direito e Liberdade**, v. 19, n. 1, p. 321-349, jan./abr. 2017. Disponível em:

http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1309. Acesso em: 12 set. 2020.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em:

https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_?sequence=1. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **Revista A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.847. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/847>. Acesso em: 25 jul. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Comentários à lei de improbidade administrativa**: lei 8.429, de 02 de junho de 1992. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F100959444%2Fv3.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b0000016a5a57817a30e592f0#sl=e&eid=e5323cc1573f4cb59f4f94f9f2395b8a&eat=a-101730178&pg=1&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 23 jul. 2019.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 155, p. 153-173, jul./set. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/801/R155-11.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 26 jul. 2020.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 291-303, out./dez. 2002. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v230.2002.46347>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46347>. Acesso em: 23 maio 2020.

GIL, José Luis Meilán. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 74, p. 13-44, out./dez. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v13i54.111>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/111>. Acesso em: 23 jul. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. Disponível em:

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>. Acesso em: 21 mar. 2020.

_____. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, íntegra e igualitária. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANI%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jul. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Políticas Sociais:** acompanhamento e análise nº 14, 2007. Brasília: IPEA, 2007. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas_sociais/bps14_completo.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. **Políticas Sociais:** acompanhamento e análise nº 27, 2020 – Assistência Social. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36260&Itemid=9. Acesso em: 20 set. 2020.

ITÁLIA. **Constituição italiana (1947)**. Disponível em: <<https://www.senato.it/1024>> Acesso em: 26 maio 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIM, Richard Pae. PORTO, Valéria do Vale. O conteúdo da moralidade na Lei de Improbidade Administrativa: obrigação à conduta do homem público e direito fundamental difuso do cidadão. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 125-166, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v266.2014.32143>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32143>. Acesso em: 28 jul. 2020.

KOHL, Cleize Carmelinda. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Boa administração pública e fundamentos constitucionais das políticas públicas na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 188-196, maio/ago. 2015. DOI: 10.4013/rechtd.2015.72.08. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.08/4725>. Acesso em: 23 jul. 2019.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta:** reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americanas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **Revista A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v14i55.104>. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/104>. Acesso em: 21 jul. 2020.

LIMA, Alberto Jorge C. De Barros; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. Improbidade administrativa: estrutura jurídica dos tipos e controle judicial - uma perspectiva dogmática para proteção dos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 6, n. 1, p. 3-21, 2015. Disponível em: <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1804>. Acesso em: 17 out. 2019.

MACEDO, Alex dos Santos; FERREIRA, Marco Aurélio Marques. Efeitos do Programa Mais Médicos (PMM) nos resultados da Atenção Básica à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 195-222, 2020. DOI: 10.5102/rbpp.v10i1.6534. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6534>. Acesso em: 20 set. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou? **Revista Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 449-477, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61986. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392019000200449&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 30 set. 2020.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Improbidade administrativa, agentes políticos e foro privilegiado. **Revista de Direito Administrativo**, v. 232, p. 231-254, abril/jun. 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45693>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45693>. Acesso em 11 jun. 2020.

MARQUES, Bruno Garrote. **Objetividade e Interpretação: o debate entre R. Dworkin e S. Fish**. 2012. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral e Filosofia do Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01082013-082911/publico/Bruno_Garrote_Dissertacao_Final.pdf. Acesso em: 19 out. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; MEIRELES, Ivson Antonio de Souza. Juízo subjetivo da Administração Pública: os dilemas do controle jurisdicional e da supremacia do interesse público. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 305-320, maio/ago. 2015. DOI: 10.5585/rtj.v4i2.231. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/231>. Acesso em: 16 mar. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTARROYOS, Heraldo Elias. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”. **Universitas/JUS**, v. 24, n. 1, p. 89-118, jan./jun. 2013. DOI: 10.5102/unijus.v24i1.2182. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/2182/1892>. Acesso em: 14 out. 2020.

MORAES, Alexandre de. A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário público, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na lei 8.429/1992. *In*: MARQUES, Mauro Campbell (org). **Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out./dez. 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405/47592>. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v11i45.207>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/207>. Acesso em: 21 jul. 2019.

OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas pública: desafios do Direito administrativo moderno. **Verba Juris**, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, p. 269-300. Disponível em: <https://silo.tips/download/a-construao-e-implementacao-de-politicas-publicas-desafios-do-direito-administrat>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. O princípio da dignidade humana e a motivação contextual dos atos administrativos: *applicatio* e hermenêutica filosófica. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 59, p. 177-197, jan./mar. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v15i59.69>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/69>. Acesso em: 30 set. 2020.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e jurisdição: a compreensão procedimentalista do Direito em Jürgen Habermas**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/89102/237734.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 out. 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/235/216>. Acesso em: 11 out. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Teoria da improbidade administrativa**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografi as%2F101686518%2Fv4.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b0000016a5a57817a30e592f0#sl=p&eid=74a2405115044b43c99f5f1b139670c2&eat=a-165004372&pg=III&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 20 jun. 2019.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PADIN, Camila Ferrara; OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. Análise do Programa Mais Médicos sob o viés constitucional de política pública. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 20, n. 8, p. 429-447, maio/ago. 2018. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2018.v20i8.3916. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3916>. Acesso em: 26 set. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Enunciado nº 10**. O artigo 10 da Lei nº 8.429/92 deve ser interpretado à luz do artigo 28 da LINDB (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), com as alterações feitas pela Lei nº 13.655/18, não mais sendo admitida a caracterização de ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário quando o agente atua com culpa simples ou leve; apenas mediante dolo ou erro grosseiro, equivalente este à culpa grave nos termos do Decreto nº 9.380/19. Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f2e9b8173e4f60b0ae02ad4d83cd02da68bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e. Acesso em: 9 out. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, [2000]. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019.

_____. **Código Europeu de Boa Conduta Administrativa**. [2001]. Disponível em: <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/en/3510>. Acesso em: 3 jun. 2019.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. Concretização dos direitos fundamentais sociais: funções objetiva e subjetiva e problemas de aplicabilidade e justiciabilidade. **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 1, n. 1, p. 237-269, jun. 2010. Disponível em:

<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/138/122>. Acesso em: 3 jun. 2019.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 48, p. 187-201, 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v48i0>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15748/10453>. Acesso em: 10 out. 2020.

PEREZ, Marcos Augusto. **O Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas**. 2018. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22042019-144541/publico/O_controle_jurisdicional_da_discricionariedade_administrativa_tese_MAP.pdf. Acesso em; 22 ago. 2020.

PONCE, Juli. Good Administration and Administrative Procedures. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 12, n. 2, p. 551-588, 2005. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/207178>. Acesso em: 20 maio 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Caracterização da configuração do ato de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública: o princípio da moralidade e o agir probo do agente público. **Revista Síntese Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 9-25, jan./2006. Disponível em: http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/DCP_141_miolo.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

RECK, Janriê Rodrigues. **Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/mestrado/direito/dissertacoes/2006/janrie.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. A jurisprudência do STF sobre Impeachment e sua repercussão aos Prefeitos Municipais em uma perspectiva discursiva. **Revista de investigações Constitucionais**. Curitiba, v. 3, n. 3, p. 191-214, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48535. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/48535>. Acesso em: 2 fev. 2020.

_____. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de política públicas. **A&C – Revista de direito administrativo & constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 131-151, out./dez. 2016. DOI: 10.2105/aec.v16i66.364. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/364/649>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Direito Administrativo e o diagnóstico de seu tempo no Brasil. **A&C - Revista de direito administrativo & constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 241-246, jan./mar. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v20i75.1075>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1075>. Acesso em: 23 jul. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do Código Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin** (uma abordagem). Coimbra: Almedina, 2005.

RODRÍGUEZ-ARANA MUNÓZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C - Revista de direito administrativo & constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 13/50, jan./mar. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v12i47.188>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/188>. Acesso em: 23 jul. 2019.

RONZANI, Dwight Cerqueira. Corrupção, improbidade administrativa e poder público no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VIII, n. 10, p. 57-89, jun. 2007. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Artigos/Dwight.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, ano 7, v. 2, p. 147-165, maio/ago. 2015a. DOI: 10.4013/rechtd.2015.72.05. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/540>. Acesso em: 16 ago. 2020.

_____. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, maio/ago. 2015b. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57596/56101>. Acesso em: 16 mar. 2020.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos fundamentais atípicos: análise da cláusula de abertura - art. 5º, §2º, da CF/88**. Salvador: JusPodvim, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12,

n. 2, p. 311-344, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n2/1808-2432-rdgv-12-2-0311.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. Curitiba: Editora Íthala, 2016.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. DOI: 10.17058/rdunisc.v3i56.12688. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 20 set. 2020.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SENADO FEDERAL. **Segurança Jurídica e Qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília, DF: 2015. *E-book*. Disponível em: <http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA; Willy Potrich da; FREIRE JR., Américo Bedê. Agir comunicativo e democracia: uma proposta para a legitimação da jurisdição constitucional. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54, p. 99-119, jan./abr. 2018. DOI: 10.17058/rdunisc.v1i54.11398. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11398>. Acesso em: 20 set. 2020.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Gênese, 1993.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em: 10 set. 2020.

SOUZA FILHO, Marcos José Nogueira de. Moralidade Administrativa, Extra-Administrativa e Comum: uma distinção necessária. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, v. 13, n. 2, p. 145-162. DOI: <https://doi.org/10.32586/rcda.v13i2.8>. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/8>. Acesso em: 30 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos *positivismos interpretativos*. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>. Disponível em:

<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em: 1 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A teoria da interpretação em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 113, p. 657-676, out. 2015/jan. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2016v17e113-1176>.

Disponível em:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1176/1123>.

Acesso em: 11 out. 2019.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr. 2020. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i11577. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1577/649>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. **Direito fundamental à boa administração e governança**: democratizando a função administrativa. 2010. Tese (Pós-doutorado em Administração) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6977>. Acesso em: 16 dez. 2020.

_____. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-134, maio/ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.55250. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55250>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. **A&C - Revista de direito administrativo & constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 127-149, jul./set. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v11i45.212>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/212>. Acesso em: 19 jul. 2019.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, Brasília, ano 11, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007.

WELGE, Tatiana Michele Marazzi. **Moralidade Administrativa**: o agente público da democracia do novo milênio. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em:

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01032016-130457/pt-br.php>.
Acesso em: 26 jul. 2020.